



HAL
open science

L'urgence et le contrôle juridictionnel des atteintes législatives aux droits fondamentaux.: Etude de droit processuel public interne et européen.

Julien Vachey

► **To cite this version:**

Julien Vachey. L'urgence et le contrôle juridictionnel des atteintes législatives aux droits fondamentaux.: Etude de droit processuel public interne et européen.. Droit. Université de Toulon, 2021. Français. NNT: 2021TOUL0146 . tel-04298764

HAL Id: tel-04298764

<https://theses.hal.science/tel-04298764>

Submitted on 21 Nov 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

ÉCOLE DOCTORALE 509
Centre de droit et de politique comparés Jean-Claude Escarras

THÈSE

Présentée par :

Julien VACHEY

Soutenu le : 16 décembre 2021

pour obtenir le grade de DOCTEUR EN DROIT

Spécialité : DROIT PUBLIC

L'urgence et le contrôle juridictionnel des atteintes législatives aux droits fondamentaux

Étude de droit processuel public interne et européen

THÈSE dirigée par :

Monsieur PARDINI Jean-Jacques Professeur à l'Université de Toulon, Doyen
honoraire de la Faculté de droit

JURY :

Monsieur BONNET Julien	Professeur à l'Université de Montpellier (<i>Rapporteur</i>)
Monsieur CASU Gatien	Maître de conférences à l'Université Lyon III Jean Moulin
Madame CLÉMENT-WILZ Laure	Professeure à l'Université Paris-Est Créteil (<i>Rapporteur</i>)
Monsieur LE BOT Olivier	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille
Monsieur PARDINI Jean-Jacques	Professeur à l'Université de Toulon, Doyen honoraire de la Faculté de droit (<i>Directeur de thèse</i>)

AVERTISSEMENT

L'Université de Toulon (UTLN) n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

À mes grands-parents

À mes parents et à ma sœur

REMERCIEMENTS

J'adresse mes remerciements les plus sincères à Monsieur le Professeur Jean-Jacques PARDINI pour ses précieux conseils avisés et sa disponibilité.

Que soient vivement remerciés Rafsandjani HASSANI MOHAMED et Giuliano SERGES de m'avoir si amicalement accompagné durant mes années de doctorat.

Que tous les membres de ma famille soient affectueusement remerciés pour toute la confiance et le soutien qu'ils m'accordent.

Liste des principales abréviations

I) Annuaires, revues, recueils

<i>AFDI</i>	<i>Annuaire français de droit international</i>
<i>AIDC</i>	<i>Annuaire international des droits de l'Homme</i>
<i>AIJC</i>	<i>Annuaire international de justice constitutionnelle</i>
<i>AJDA</i>	<i>Actualité juridique droit administratif</i>
<i>BICC</i>	<i>Bulletin d'information de la Cour de cassation</i>
<i>BJCL</i>	<i>Bulletin juridique des collectivités locales</i>
<i>CCC</i>	<i>Cahiers du Conseil constitutionnel</i>
<i>CDE</i>	<i>Cahiers de droit européen</i>
<i>CRDF</i>	<i>Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux</i>
<i>Dall. actu.</i>	<i>Dalloz actualité</i>
<i>DA</i>	<i>Droit administratif</i>
<i>Dr. soc.</i>	<i>Droit social</i>
<i>EDCE</i>	<i>Etudes et documents du Conseil d'État</i>
<i>ERA Forum</i>	<i>Journal of the Academy of European Law</i>
<i>Gaz. Pal.</i>	<i>Gazette du Palais</i>
<i>JCP A</i>	<i>Juris-classeur (La Semaine juridique) administratif</i>
<i>JCP G</i>	<i>Juris-classeur (La Semaine juridique) Édition générale</i>
<i>JDE</i>	<i>Journal de droit européen</i>
<i>JDI</i>	<i>Journal du droit international</i>
<i>Juris. Class</i>	<i>JurisClasseur</i>
<i>JTDE</i>	<i>Journal des tribunaux de droit européen</i>
<i>LPA</i>	<i>Les Petites Affiches</i>
<i>NCCC</i>	<i>Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel</i>
<i>RAE</i>	<i>Revue des affaires européennes</i>
<i>Rec. Leb.</i>	<i>Recueil Lebon</i>
<i>Rep. Ctx. Admin.</i>	<i>Répertoire de contentieux administratif</i>
<i>Rep. Dr. Eur.</i>	<i>Répertoire de droit européen</i>
<i>Rep. Dr. Inter.</i>	<i>Répertoire de droit international</i>
<i>Rev. ad. (ou RA)</i>	<i>Revue administrative</i>
<i>Rev. arb.</i>	<i>Revue de l'arbitrage</i>
<i>Rev. crit. DIP</i>	<i>Revue critique de droit international privé</i>
<i>Rev. UE</i>	<i>Revue de l'Union européenne</i>
<i>RDCA</i>	<i>Répertoire Dalloz de contentieux administratif</i>
<i>RDLF</i>	<i>Revue des droits et libertés fondamentaux</i>
<i>RDP</i>	<i>Revue de droit public et de la science politique</i>
<i>RDSS</i>	<i>Revue de droit sanitaire et social</i>
<i>RDUE</i>	<i>Revue du droit de l'Union européenne</i>
<i>RFAP</i>	<i>Revue française d'administration publique</i>
<i>RFDA</i>	<i>Revue française de droit administratif</i>
<i>RFDC</i>	<i>Revue française de droit constitutionnel</i>
<i>RGDIP</i>	<i>Revue générale de droit international public</i>
<i>RIDE</i>	<i>Revue internationale de droit économique</i>

<i>RIDC</i>	<i>Revue internationale de droit comparé</i>
<i>RMCUE</i>	<i>Revue du marché unique européen</i>
<i>RRJ</i>	<i>Revue de la recherche juridique</i>
<i>RTD civ.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
<i>RTDE</i>	<i>Revue trimestrielle de droit européen</i>
<i>RTDH</i>	<i>Revue trimestrielle des droits de l'Homme</i>
<i>RUDH</i>	<i>Revue universelle des droits de l'Homme</i>

II) Juridictions

CDH	Comité des droits de l'Homme des Nations-Unis
Comm. EDH	Commission européenne des droits de l'Homme
Cons. prud'h	Conseil de prud'hommes
CAA	Cour administrative d'appel
C. cass	Cour de cassation
CC	Conseil constitutionnel
CE	Conseil d'État
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'Homme
Cour IADH	Cour interaméricaine des droits de l'Homme
CJB	Cour de Justice Benelux
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CIDH	Cour interaméricaine des droits de l'Homme
<i>Corte. cost.</i>	Cour constitutionnelle italienne
TA	Tribunal administratif
TC	Tribunal des conflits
TGI	Tribunal de grande instance
TPICE	Tribunal de première instance des communautés européennes
TPIUE	Tribunal de première instance de l'Union européenne

III) Textes juridiques

CDFUE	Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne
CJA	Code de justice administrative
Conv. ADH	Convention américaine relative aux droits de l'Homme
Conv. EDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales
DDHC	Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen
PIDCP	Pacte international relatif aux droits civils et politiques
RPCJUE	Règlement de procédure de la Cour de justice de l'Union européenne
RPCC	Règlement de procédure du Conseil constitutionnel
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TUE	Traité sur l'Union européenne

IV) Organisation, institutions internes et internationales

ONU	Organisation des nations-unis
UE	Union européenne

V) Procédures

QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
MAE	Mandat d'arrêt européen
PPA	Procédure préjudicielle accélérée
PPU	Procédure préjudicielle d'urgence

VI) Formules de rédaction

aff. jtes.	Affaires jointes
<i>alii</i>	<i>Alii auctores</i> (autres auteurs)
ass.	Assemblée du contentieux du Conseil d'État
concl.	Conclusions
consid.	Considérant
c.	Contre
chron.	Chronique
CR	Chambres du Conseil d'État réunies
CREDOF	Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux
e. a.	Et autres requérants
éd.	Édition
dact.	Dactylographié
doctr.	Doctrine
ELSJ	Espace de liberté, de sécurité et de justice
Fasc.	Fascicule
GC	Grande chambre de la Cour EDH ou de la CJUE
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i> (au même endroit)
obs.	Observations
<i>op. cit.</i>	<i>Opus citatum</i> (œuvre citée)
ord.	Ordonnance
p. ou pp.	Page ou pages
pt. ou pts.	Point ou points
Somm.	Sommaire
SSR	Sous-sections du Conseil d'État réunies
T.	Tome
Trad.	Traduction
Vol.	Volume

SOMMAIRE

INTRODUCTION GÉNÉRALE

PARTIE 1 : LE CONTENTIEUX DES LOIS DANS LES RECOURS D'URGENCE DE PROTECTION PROVISOIRE DES DROITS FONDAMENTAUX

Titre 1 : Le pré-contrôle des lois par le juge du provisoire

Chapitre préliminaire. Le caractère opérant des procédures de renvoi préalable devant le juge du référé-liberté

Chapitre 1 : La compatibilité des conditions substantielles des renvois avec celles du référé-liberté

Chapitre 2 : Les adaptations procédurales des renvois aux spécificités processuelles du référé-liberté

Titre 2 : Le contrôle des lois par le juge du provisoire

Chapitre 1 : La compétence du juge du provisoire de contrôler les lois

Chapitre 2 : Les modalités du contrôle des lois par le juge du provisoire

PARTIE 2 : L'URGENCE DANS LES PROCÉDURES DE JUGEMENT DES RENVOIS PRÉALABLES

Titre 1 : La prise en compte de l'urgence par le juge des lois

Chapitre 1 : L'urgence de juger

Chapitre 2 : Juger dans l'urgence

Titre 2 : La conciliation des garanties procédurales fondamentales et de l'urgence devant le juge des lois

Chapitre Préliminaire : L'applicabilité du droit à un procès équitable et du droit à un recours effectif devant le juge des lois

Chapitre 1 : L'allègement des garanties d'un procès des lois équitable

Chapitre 2 : La recherche d'un renforcement du droit à un « renvoi effectif »

CONCLUSION GÉNÉRALE

BIBLIOGRAPHIE

INDEX

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION GÉNÉRALE

« [...] nous ne refuserons ou ne différerons pas le
droit ou la justice »

Magna Carta, 1215, § 40.

1. L' « objet » d'une thèse peut s'entendre selon deux acceptions. Suivant une première signification, évoquer son objet sert à déterminer ce sur quoi elle porte. Il s'agit dans un second sens de savoir pourquoi cette étude est entreprise. C'est la première signification qui retiendra tout d'abord notre attention (SECTION 1). Nous nous référerons par la suite à la seconde pour apprécier l'intérêt de cette étude (SECTION 2).

SECTION 1 : Objet de l'étude

2. Afin d'appréhender le champ de recherches de cette thèse, il convient de révéler avec précision la sémantique du sujet. En explicitant ce que recouvre la thématique de *l'urgence* (I) et du *contrôle juridictionnel des atteintes législatives aux droits fondamentaux* (II), nous ne chercherons pas à compiler, faire une recension exhaustive de la littérature ou étendre la connaissance sur telle ou telle notion en particulier, mais plutôt à rendre opératoire et pertinente une recherche sur le contentieux des lois dans les situations d'urgence en posant les définitions stipulatives qui s'imposent.

I) L'urgence

3. L'urgence est une notion « insaisissable »¹, « vague »², à laquelle on s'abstient généralement de donner une définition³ pour au moins trois raisons. Premièrement, cette notion

¹ G. PAMBOU TCHIVOUNDA, « Recherche sur l'urgence en droit administratif français », *RDP*, 1983, p. 82.

² G. DUPUIS, *Les privilèges de l'administration*, Thèse dact., Paris, 1962, p. 484.

³ Selon Philippe Jestaz, la définition d'une telle notion relèverait d' « une entreprise vouée à l'échec » : P. JESTAZ, *L'urgence et les principes classiques du droit civil*, LGDJ, 1968, p. 7 ; Pour un autre auteur, l'urgence serait « indéfinissable » : G. PAMBOU TCHIVOUNDA, « Recherche sur l'urgence en droit administratif français », *RDP*, 1983, p. 132. Voir également : A. VANDER STICHELE, *La notion d'urgence en droit public*, Bruylant, 1986, pp. 121 et s.

est *a minima* bisémique⁴, et, deuxièmement, l'urgence « est plus facilement ressentie que définie »⁵. Enfin, les confusions sont fréquentes avec des termes qui lui sont proches⁶.

Si l'on retient une définition simple, mais non moins pertinente, le dictionnaire encyclopédique Larousse évoque une double caractéristique de l'urgence. Elle est tout d'abord une « situation qui peut entraîner un préjudice irréparable s'il n'y est porté remède à bref délai »⁷ qui, dans un second temps, « permet au juge de prendre certaines mesures par une procédure rapide »⁸. En ce sens, Francis Jauréguiberry estime que « l'urgence naît toujours d'une double prise de conscience : d'une part, qu'un pan incontournable de la réalité relève d'un scénario aux conséquences dramatiques ou inacceptables et, d'autre part, que seule une action d'une exceptionnelle rapidité peut empêcher ce scénario d'aller à son terme... Dit autrement, on court à la catastrophe si rien n'est immédiatement mis en œuvre »⁹. Si elle est prise en compte ou qualifiée juridiquement comme telle par le juge, l'urgence est donc une situation de nature subjective et factuelle dont la substance commande une action juridictionnelle rapide et efficace de sa part. On peut résumer ce lien en citant la formule de Philippe Jestaz considérant que « l'urgence n'est qu'un pur fait : elle ne devient notion de droit – paradoxalement -, qu'en dispensant d'appliquer la règle »¹⁰. De même, selon Christian Gabolde, l'urgence est une notion de fait et ce sont les seuls faits qui « motivent la décision de considérer les circonstances de chaque espèce comme urgentes et il en résultera des conséquences de droit particulières »¹¹.

⁴ Il est possible de prêter à la notion d'urgence une pluralité de sens. La principale distinction est tirée de la nature des compétences et des pouvoirs dont elle conditionne l'exercice et oppose à ce titre l'urgence de l'administration et celle dont les juges ont à connaître. Par ailleurs, l'élasticité et la variabilité des mots pour dire l'urgence font que le langage de l'urgence est « fondamentalement polysémique » : B. LE BAUT-FERRARÈSE, « Les procédures d'urgence et le langage du droit », *RFDA*, 2002, n° 2, p. 296.

⁵ P. JESTAZ, *L'urgence et les principes classiques du droit civil*, LGDJ, 1987, p. 9. Comme l'énonce si bien Patrice Chrétien, « la logique à l'œuvre dans l'appréciation de l'urgence n'est pas sans rappeler ce qu'est, par ailleurs, le jugement esthétique : nul ne peut prouver (démontrer par des arguments rationnels) que tel objet est beau ou sublime ; en revanche, on peut ressentir ou éprouver le même sentiment. Il y a un peu de cela dans l'urgence. On peut toujours s'étonner de certaines appréciations, mais cela ne fait jamais qu'opposer une conviction à une autre. Il est toujours difficile d'en tirer des conclusions qui dépassent l'espèce » : P. CHRÉTIEN, « Premier bilan de la réforme des procédures d'urgence dans le contentieux administratif. La notion d'urgence », *RFDA*, 2007, n° 1, p. 38.

⁶ Sur l'établissement clair d'une distinction notamment entre les notions d'urgence et de nécessité voir : G. SERGES, *La dimension constitutionnelle de l'urgence en France et en Italie*, Thèse dact., Université de Toulon et Université de Pise, 2018, pp. 43-179 ; Voir également : P. JESTAZ, *L'urgence et les principes classiques du droit civil*, LGDJ, 1968, pp. 265-275.

⁷ Le « Vocabulaire juridique » d'Henri Capitant retenait déjà cette même définition : H. CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, PUF, 1936, voir « Urgence » : l'urgence est le « caractère d'un état de fait susceptible d'entraîner un préjudice irréparable s'il n'y est porté remède à brefs délais ».

⁸ *Dictionnaire encyclopédie Larousse*, 1987, T. 5, p. 3109.

⁹ F. JAURÉGUIBERRY, « Télécommunications et généralisation de l'urgence », *Sciences de la Société*, 1998, n° 44, p. 83.

¹⁰ P. JESTAZ, *L'urgence et les principes classiques du droit civil*, LGDJ, 1968, p. 285.

¹¹ C. GABOLDE, *Essai sur la notion d'urgence en droit administratif français. (Les pourvois d'urgence de l'administration)*, Thèse dact., Université de Paris, 1951, p. 72.

L'auteur conclut donc que « si l'urgence est en elle-même une notion de fait elle est susceptible de produire des effets de droit et en tant que telle, elle constitue une notion juridique »¹². En d'autres termes, l'urgence tire son origine d'un contexte factuel litigieux nécessitant une action qui, elle, sera urgente¹³. Cette action réside dans l'intervention sans délai d'un juge. Par conséquent, de son origine factuelle (A) découle la traduction juridique contentieuse (B) de l'urgence.

A) L'origine factuelle de l'urgence

4. Premièrement, la définition de l'urgence se pose par « référence à une situation matérielle donnée »¹⁴. Aucune norme juridique de procédure ne s'est aventurée dans une entreprise définitoire satisfaisante de cette facette de l'urgence. De manière concrète, cet exercice s'avérerait en tout état de cause voué à l'échec. Il n'est en effet pas raisonnablement possible de poser une définition rigoureuse de l'urgence dans l'abstrait¹⁵. C'est pour cette raison qu'il serait hasardeux de systématiser avec rigueur les faits qui la déterminent. Il est toutefois nécessaire et possible de poser certains aspects généraux des réalités factuelles à l'origine des situations urgentes concernées par cette étude. Celles-ci ont pour trait commun de provoquer ou d'être susceptibles de provoquer un préjudice grave et/ou irréparable par tout autre moyen qu'un équivalent monétaire. Aussi, le degré d'importance du droit fondamental¹⁶ violé soutient la caractérisation d'une situation d'urgence¹⁷. Relativement à ce dernier point, il s'agit essentiellement des droits indérogeables ou prééminents¹⁸ dont la transgression renforce le

¹² *Ibid.*

¹³ Selon Giuliano Serges, « l'urgence est la qualité que doit avoir une circonstance pour que l'on puisse intervenir avec des mesures urgentes » : G. SERGES, *La dimension constitutionnelle de l'urgence en France et en Italie*, Thèse dact., Université de Toulon et Université de Pise, 2018, p. 131.

¹⁴ G. PAMBOU TCHIVOUNDA, « Recherche sur l'urgence en droit administratif français », *RDP*, 1983, p. 90.

¹⁵ CA Lyon, 22 février 1954 : « en matière de référé, l'urgence ne saurait être définie dans une formule abstraite, le juge doit la découvrir dans chaque cas particulier », cité par : F. GREVISSE, « Concl. sous CE, 14 mars 1958, *Secrétaire d'Etat à la Reconstruction et au logement c. Cts Hué* », *AJDA*, 1958, n° 2, p. 188.

¹⁶ Voir la définition des droits fondamentaux retenue pour cette étude. Voir *infra* : Introduction générale, Section 1, Paragraphe 2.

¹⁷ G. ROY, *La Cour internationale de justice et les droits de l'homme*, Bruylant, 2002, p. 58.

¹⁸ Sur l'existence controversée d'une hiérarchie formelle entre les droits fondamentaux dans le système de la Conv. EDH : F. SUDRE, « Droits intangibles et/ou droits fondamentaux : y a-t-il des droits prééminents dans la Convention européenne des droits de l'homme ? », in *Liber amicorum Marc-André Eissen*, Bruylant, 1995, pp. 81-398 ; F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 12^e ed., 2015, p. 195 ; M. AFROUKH, *La hiérarchie des droits et libertés dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Bruylant, 2012, p. 25 ; K. BLAY-GRABARCZYK, « L'équivalence des protections », in R. TINIÈRE (dir.), *Question prioritaire de constitutionnalité et droit européen des droits de l'homme : entre autonomie et convergence*, Nemesis Anthemis, 2017, p. 177 et s. ; M. AFROUKH, « Une hiérarchie entre droits fondamentaux ? Le point de vue du droit européen », *RDLF*, 2019, chron. n° 43.

risque d'engendrer des répercussions graves ou irrémédiables dans le chef des justiciables¹⁹.

L'urgence est donc subjective en ce qu'elle est une situation dans laquelle un individu se trouve, contraint par la puissance publique, dans une situation de vulnérabilité²⁰ ou d'une particulière violence²¹. Il s'agit principalement des situations dans lesquelles une personne subit une force irrésistible contre laquelle elle ne peut se défendre sans l'intervention d'un juge (détention, rétention administrative, hospitalisation d'office...).

Du fait de sa nature concrète et son appréciation subjective, l'urgence est aussi relative, en ce sens qu'elle peut parfaitement se confronter par rapport à d'autres²². Une urgence peut toujours être appréciée comme plus urgente qu'une autre. C'est pourquoi, selon la procédure donnée, elle fait l'objet d'une gradation variable (urgence, extrême urgence, urgence extraordinaire...).

5. L'exclusion des régimes jurisprudentiels, législatifs et constitutionnels d'urgence en cas de troubles graves à l'ordre public, de crises ou de catastrophes naturelles. Il ne faut pas s'y méprendre, la notion d'urgence telle que nous l'entendons est différente de celle afférente à la mise en place d'une légalité *lato sensu* d'exception à l'occasion de circonstances exceptionnelles, de crises sanitaires, de troubles graves à l'ordre public ou de périls imminents. En conséquence, l'urgence appréhendée dans cette étude ne correspond pas aux situations de crises urgentes et objectives compromettant l'ordre public et justifiant la mise en œuvre de pouvoirs exorbitants du droit commun. Nous ne pourrions toutefois éviter de porter quelques

¹⁹ Il s'agit principalement de l'interdiction des traitements inhumains et dégradants, de l'esclavage et de la torture, de l'expulsion des nationaux ou des expulsions collectives d'étrangers, du droit à la vie, au respect de l'intégrité physique, à la sûreté ou encore de certaines questions liées aux intérêts de l'enfant et notamment celles relatives au déplacement illégal d'enfants.

²⁰ Plusieurs thèses de doctorat traitent de la notion de vulnérabilité : L. DUTHEIL-WAROLIN, *La notion de vulnérabilité de la personne physique en droit privé*, Thèse dact., Université de Limoges, 2004 ; V. GUITARD, *Protection de la personne et catégories juridiques : vers un nouveau concept de vulnérabilité*, Thèse dact., Université Paris II, 2005 ; G. LICHARDOS, *La vulnérabilité en droit public : pour l'abandon de la catégorisation*, Thèse dact., Université de Toulouse Capitole I, 2015 ; M. BLONDEL, *La personne vulnérable en droit international*, Thèse dact., Université de Bordeaux, 2015. Voir également sur la protection des personnes en situation de vulnérabilité par la procédure de la QPC : C. SEVERINO et H. ALCARAZ (dir.), « La QPC, outil efficace de protection des personnes en situation de vulnérabilité ? Étude comparée des systèmes de recours par voie préjudicielle devant le Conseil constitutionnel français, la Cour constitutionnelle italienne et le Tribunal constitutionnel espagnol », *Titre VII*, 2020, numéro spécial hors-série.

²¹ Sont exclus de l'étude de la protection juridictionnelle des droits fondamentaux, les rapports horizontaux de violences ou de contraintes entre personnes privées.

²² R. VANDERMEEREN, « Commentaire de la loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives », *AJDA*, 2000, n° 9, p. 706 ; Selon le Premier Président Pierre Estoup, « l'urgence est une notion relative, empreinte de subjectivité et d'empirisme » : P. ESTOUP, *La pratique des procédures rapides. Référé, ordonnances sur requête, procédures d'injonction, procédures à jour fixe et abrégées*, Litec, 2^e éd., 1998, p. 73. Pour Olivier Dugrip, « la reconnaissance de l'urgence ne repose pas sur une constatation objective. Elle résulte toujours d'une appréciation subjective des faits de la cause relativement aux circonstances de l'affaire, aux mesures demandées et aux temps de procédure » : O. DUGRIP, *L'urgence contentieuse devant les juridictions administratives*, PUF, 1991, p. 332.

regards sur la loi relative à l'état d'urgence sécuritaire²³ eu égard aux dispositions gravement attentatoires aux droits fondamentaux qu'elle recèle, mais aussi, et c'est un pléonasme de le dire, de sa valeur législative.

B) La traduction juridique contentieuse de l'urgence

6. L'urgence a une double dimension contentieuse. La première est le fruit de la prise en compte ou de l'opération de qualification juridique d'un fait, et engendre la seconde qui se matérialise par l'ensemble des mécanismes ou pratiques de spécification d'une procédure juridictionnelle permettant à un juge de répondre à la nécessité d'agir en temps utile. Ainsi résumé, l'on comprend que l'urgence est « à la fois une idée d'inquiétude face à un risque grave et imminent et une idée de transgression à l'égard [...] des manières de faire habituelles »²⁴. Dès lors, c'est d'une nécessité d'agir en temps utile (1) que naît une contrainte procédurale (2).

1) Une nécessité d'agir en temps utile

7. En latin, *Urgens* est le participe présent du verbe *urgere* qui signifie « pousser, presser, imprimer une force sur ». L'urgence est l'instant qui commande une nécessité d'agir en temps utile, c'est-à-dire avant qu'il ne soit trop tard pour le faire. Elle résulte de la reconnaissance, par le juge, de l'impossible retard dans la prise d'une décision juridictionnelle. Juger en temps utile revient donc à juger « tant qu'il est encore temps »²⁵, c'est-à-dire, avant que la loi n'ait accompli ses pires méfaits. Il y a urgence, selon Jacques Van Compernelle, dès lors que « la crainte d'un préjudice d'une certaine gravité voire d'inconvénients sérieux rend une décision immédiate souhaitable »²⁶.

8. Puisque qu' « elle se constate et [qu'] elle s'affirme »²⁷, l'urgence est un standard

²³ Loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence.

²⁴ F. OST, *Le temps du droit*, Odile Jacob, 1999, p. 277.

²⁵ D. CONNIL, *L'office du juge administratif et le temps*, Dalloz, 2010, p. 175.

²⁶ J. VAN COMPERNOLLE, « Introduction générale », in G. TARZIA et J. VAN COMPERNOLLE (dir.), *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien. Étude de droit comparé*, Bruylant, 1998, p. 11.

²⁷ WATTINE, *Manuel des référés*, cité par : F. GREVISSE, « Concl. sous CE, 14 mars 1958, *Secrétaire d'Etat à la Reconstruction et au logement c. Cts Hué* », *AJDA*, 1958, n° 2, p. 188.

jurisprudentiel²⁸ remis entre les mains du juge²⁹. Il en résulte que chaque juge est libre dans la détermination jurisprudentielle de l'urgence à juger. Il faut alors s'en remettre à l'édifice jurisprudentiel bâti par le juge pour entrevoir les contours de l'urgence conditionnant ou favorisant son intervention rapide. Parce qu'il nécessite une « action rapide »³⁰, le fait urgent peut donc ouvrir sans délai le prétoire du juge et précipiter la survenance de sa décision de deux manières. L'urgence conditionne une intervention juridictionnelle rapide procédant soit des prescriptions contenues dans des règles de procédure, soit d'une initiative propre et volontaire du juge. En ces deux cas, un fait sera considéré comme la justification d'une nécessité pour le juge de statuer urgemment. Le professeur Emmanuelle Jouannet résume cela en parlant d'un « modèle de situation ayant pour effet juridique la nécessité d'une action »³¹ et précise qu'« en raison d'un certain état de la réalité, le juge va qualifier une situation d'espèce comme étant une situation d'urgence et en induire la nécessité préventive d'agir rapidement »³².

9. L'urgence de juger comme condition substantielle de recevabilité d'une procédure juridictionnelle. D'un côté, l'urgence peut résulter de la qualification formelle d'un fait comme satisfaisant une condition substantielle de mise en œuvre d'une procédure. En tant qu'« outil essentiel de l'analyse juridique »³³, la qualification juridictionnelle de l'urgence est l'opération qui vise à relier un fait à une condition de mise en œuvre d'une procédure juridictionnelle contentieuse. L'urgence est donc en ce sens le fruit de la qualification juridictionnelle d'une situation factuelle.

10. L'urgence de juger comme acte de volonté du juge. D'un autre côté, il existe une hypothèse procédurale selon laquelle la saisine d'un juge n'est pas conditionnée par une quelconque urgence. En ce cas, l'urgence n'est pas forcément étrangère au juge. Il peut arriver qu'il y soit implicitement ou explicitement sensible et qu'il en tire, de sa propre initiative, une

²⁸ Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, Paris, LDG, 1972, p. 47 ; S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, LGDJ, 1981, p. 94-95 ; E. BERNARD, *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, Bruylant, 2010, 650 p.

²⁹ B. LE BAUT-FERRARÈSE, « Les procédures d'urgence et le langage du droit », *RFDA*, 2002, n° 2, p. 296.

³⁰ S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, LGDJ, 1981, p. 94. La rapidité est « la qualité de l'intervention nécessaire à faire face à l'urgence » : G. SERGES, *La dimension constitutionnelle de l'urgence en France et en Italie*, Thèse dact., Université de Toulon et Université de Pise, 2018, p. 131.

³¹ E. JOUANNET, « Quelques observations sur la signification de la notion d'urgence » in H. RUIZ FABRI et J.-M. SOREL (dir.), *Le contentieux de l'urgence et l'urgence dans le contentieux devant les juridictions internationales : regards croisés*, A. Pedone, 2003, p. 206.

³² *Ibid.*

³³ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2016.

nécessité pressante d'agir. Selon cette seconde typologie, la prise en compte de ce fait urgent ne peut être que le résultat d'un acte de pure volonté de la part du juge, c'est-à-dire sans que l'urgence ne soit érigée en une condition substantielle de mise en œuvre d'une procédure, permettant son intervention imminente. Matériellement, cela se concrétise par la mise en œuvre, de fait, d'une procédure accélérée³⁴. Celle-ci se traduit par l'inscription prioritaire d'une affaire au rôle des instances en cours et par son traitement accéléré à chaque étape de la procédure.

2) Une contrainte procédurale

11. L'urgence contentieuse se traduit, à titre principal, par l'accélération et la simplification d'une procédure. Par sa fonction dérogatoire³⁵, l'urgence simplifie ou écarte les règles ordinaires de procédures, de compétences et de pouvoirs du juge. Parfois, la dérogation est telle que sa fonction mute en devenant créatrice de nouvelles règles de procédures, de compétences et de pouvoirs juridictionnels.

L'urgence de la demande, au sens du *periculum in mora*, somme nécessairement le juge à agir rapidement afin de prévenir, suspendre ou mettre un terme aux violations des droits fondamentaux. En langue française le *periculum in mora* se traduit par la formule de « péril en la demeure » et veut dire qu' « il y a danger à rester dans la même situation, à attendre »³⁶. En effet, dès lors qu'une situation d'urgence est retenue par le juge, elle devient le fondement de l'existence de dispositifs procéduraux répondant à une nécessité renforcée pour lui d'agir avec rapidité et efficacité. Dans sa dimension temporelle, elle agit donc comme une contrainte. Celle-ci pèse sur le travail juridictionnel en compressant la durée dans laquelle les procédures se déroulent. À ce titre, l'urgence se traduit donc par un ensemble d'éléments procéduraux d'accélération ou de simplification d'un processus juridictionnel visant à faire cesser une atteinte ou à en éviter la survenance. Elle absorbe le temps nécessaire à une prise de décision *a priori* qualitative au bénéfice d'une nécessité d'agir sans délai. De manière plus générale, il s'agit d'un état spécifiant « les conditions d'exercice par le juge de son office »³⁷. La somme de

³⁴ Sur la définition d'une « procédure juridictionnelle accélérée », voir *infra* : Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, Paragraphe 1, B).

³⁵ G. PAMBOU TCHIVOUNDA, « Recherche sur l'urgence en droit administratif français », *RDPA*, 1983, p. 81 ; P. JESTAZ, *L'urgence et les principes classiques du droit civil*, LGDJ, 1987, pp. 2-5. L'auteur évoque également la « vocation » dérogatoire de l'urgence : *ibid.*, p. 285.

³⁶ A. FURETIÈRE, *Dictionnaire universel*, La Haye, 1690 : définition du mot « demeure ».

³⁷ G. BACHOUÉ PEDROUZO, *Le contrôle juridictionnel de la coopération intergouvernementale dans l'Union européenne. Contribution au principe de juridictionnalisation de l'Union*, Institut Universitaire Varenne, 2013, p. 187.

ces éléments de caractérisation d'une procédure juridictionnelle favorise le rendu utile d'une décision pour la garantie des droits fondamentaux du justiciable et empêche qu'une affaire portée devant un juge perde son objet. Dans ce cadre, l'urgence poursuit « une fonction de justification »³⁸ à la mise en place d'un régime procédural dérogatoire au droit commun.

II) Le contrôle juridictionnel des atteintes législatives aux droits fondamentaux

12. Dans l'énoncé relatif au *contrôle juridictionnel des atteintes législatives aux droits fondamentaux*, trois notions méritent d'être expliquées. Il convient tout d'abord de déterminer comment (A) et par qui (B) s'opère le *contrôle juridictionnel* pour ensuite en délimiter le champ en identifiant son objet et ses paramètres. Sur ce dernier point, il est donc nécessaire de s'entendre sur les notions de *loi* (C) et de *droits fondamentaux* (D).

A) Le contrôle juridictionnel

13. La notion de *contrôle juridictionnel* semble à première vue facilement appréhendable. Il est toutefois utile de séparer les termes de la notion et de définir successivement ce en quoi consiste une opération de contrôle (1) des atteintes législatives aux droits fondamentaux exercé par un organe juridictionnel (2).

1) La définition du contrôle

14. Le contrôle est l'opération qui vise à vérifier concrètement et/ou dans l'abstrait qu'il n'existe pas de contradiction entre le sens et la portée d'une norme de référence avec une autre qui lui est inférieure. Cette dernière norme pouvant être tant antérieure que postérieure à celle qui lui est supérieure. Dans notre recherche, les normes de référence et celles qui leur sont inférieures sont respectivement les droits fondamentaux et les lois. Face à la multitude de significations pouvant être avancées à l'endroit de ces deux types de normes, il conviendra de les déterminer précisément. L'opération de contrôle conduit donc le juge à donner la signification normative d'une loi ou à juger de sa validité par rapport aux droits fondamentaux.

³⁸ G. PAMBOU TCHIVOUNDA, « Recherche sur l'urgence en droit administratif français », *RDPA*, 1983, p. 109.

15. Il ne sera pas établi de distinction entre les contrôles de compatibilité et de conformité des lois, tels qu'ils ont été classifiés par Charles Eisenmann. Cette distinction ferait du premier contrôle la recherche d'un « rapport positif entre deux objets parfaitement individualisés » et du second, d'un simple rapport négatif de non-contrariété³⁹. Cette typologie voudrait que le contrôle de la conventionnalité internationale des lois soit un contrôle de compatibilité réputé moins intense que le contrôle de la conformité des lois à la Constitution. Or, aucun fondement juridique ne vient appuyer cette dichotomie supposée des contrôles. La jurisprudence administrative se révèle d'ailleurs inconstante concernant l'utilisation de ces terminologies. Il est donc justifié qu'elle soit considérée comme étant « sans grande logique » et n'aidant « en rien le taxinomiste »⁴⁰.

16. Ce contrôle d'une loi au regard des droits fondamentaux supra-légaux peut poursuivre trois finalités. Il peut s'agir, d'une part, de la reconnaissance ou non de la validité d'une loi par rapport aux droits fondamentaux et, d'autre part, de la déclaration d'inopposabilité d'une loi dans le cadre d'un litige. Ces deux premières formes de contrôle d'une loi ont pour conséquence commune de mettre un terme définitif ou temporaire à l'application d'une loi. Enfin, le contrôle d'une loi peut avoir comme finalité l'établissement de son interprétation conforme aux droits fondamentaux. Ces contrôles ont respectivement pour effet de conditionner le maintien en vigueur d'une loi, son applicabilité dans un procès en cours et enfin son interprétation conforme aux droits fondamentaux.

Nous excluons donc, en dépit de sa montée en puissance et de l'intérêt qu'il représente, le contentieux de la responsabilité de l'État du fait des lois inconstitutionnelles ou inconventionnelles⁴¹.

17. **Un contrôle *a posteriori*.** Le contrôle juridictionnel du rapport entre deux normes contradictoires de valeurs différentes, peut s'exercer avant ou après l'entrée en vigueur de la norme inférieure. Par définition, le contrôle *a priori* d'une loi ne peut être à l'origine d'une situation d'urgence telle qu'entendue dans le cadre de cette étude. Il faut qu'elle soit appliquée

³⁹ C. EISENMANN, « Le droit administratif et le principe de légalité », *ECDE*, 1957, n° 11, p. 31.

⁴⁰ J.-P. MARKUS, « Le contrôle de conventionnalité des lois par le Conseil d'État », *AJDA*, 1999, n° 2, p. 99.

⁴¹ Le contentieux de la responsabilité de l'État du fait des lois inconventionnelles existe depuis fort longtemps (A.-S. BILGE, *La responsabilité internationale des États et son application en matière d'actes législatifs*, Thèse dact., Université de Genève, 1950, 164 p.) et émerge depuis peu pour les lois inconstitutionnelles (CE, 24 décembre 2019, *Société Paris Clichy, Société Hôtelière Paris Eiffel Suffren et M. A.*, n° 425981, 425983 et 428162 ; T. DUCHARME, *La responsabilité de l'État du fait des lois déclarées contraires à la Constitution*, LGDJ, 2019, 564 p.)

pour pouvoir provoquer une situation urgente de violation des droits fondamentaux. D'autre part, aucun recours juridictionnel de droit public interne, européen ou international permettant le contrôle juridictionnel *a priori* d'une loi⁴² n'est ouvert aux justiciables qui sont des personnes physiques. Le seul contrôle juridictionnel *a priori* des lois existant en droit public français est celui prévu à l'article 61 de la Constitution. Il réserve aux seuls parlementaires et aux plus Hautes autorités constitutionnelles la faculté de saisir le Conseil constitutionnel. Par souci de rigueur, il faut préciser que le contrôle opéré par le Conseil constitutionnel au titre de l'article 61 de la Constitution ne concerne pas formellement des lois mais précisément des textes adoptés par le Parlement et non promulgués par le Président de la République.

18. Un contrôle de la qualité substantielle des lois. Il y a lieu de distinguer le contrôle juridictionnel de la qualité substantielle, intrinsèque des lois françaises de celui du contrôle de leur qualité procédurale, extrinsèque. Cette seconde conception, de type kelsénien, relative à la validité des normes ne retient pas notre attention puisqu'elle n'implique pas de droits fondamentaux. Par conséquent, le respect des procédures d'édiction des lois et des compétences normatrices du législateur sont exclues du champ d'étude du contrôle des lois. Il est d'ailleurs à noter qu'il n'existe qu'un contrôle juridictionnel concentré de la qualité formelle des lois. En effet, ce dernier type de contrôle est exercé quasi uniquement par le Conseil constitutionnel dans le cadre du contentieux constitutionnel *a priori*⁴³. Il est arrivé de manière tout à fait exceptionnelle que la Cour européenne des droits de l'Homme⁴⁴ et le Conseil d'État⁴⁵ contrôlent le processus d'élaboration des lois.

⁴² Le contrôle *a priori* d'une loi peut toutefois s'exercer au titre des compétences consultatives d'une juridiction tant interne qu'internationale. En effet, en vertu de l'article 39 alinéas 2 et 4 de la Constitution, le Conseil d'État est compétent pour contrôler les projets et les propositions de lois. Au titre de sa compétence consultative, la Cour IADH a la faculté d'exercer un contrôle *a priori* des lois : CIADH, avis, 19 janvier 1984, *Modification des dispositions de la Constitution du Costa Rica relatives à la naturalisation*, Série A, n° OC-4/84 ; CIADH, avis, 13 novembre 1985, Série A, n° 5/85 ; CIADH, avis, 6 décembre 1991, *Compatibilité d'un projet de loi avec l'article 8.2 de la Convention américaine*, Série A, n° 12/91.

⁴³ Voir une étude récente sur le contrôle de la qualité formelle des lois par le Conseil constitutionnel : S. HUTIER, *Le contrôle de la procédure parlementaire par le Conseil constitutionnel. Etude sur la juridictionnalisation du fonctionnement des assemblées parlementaires françaises*, Institut Universitaire Varenne, 2016, 624 p.

⁴⁴ Voir par exemple : le contrôle de la qualité formelle d'une loi en matière électorale (CEDH, 6 octobre 2005, *Hirst c. Royaume-Uni* (n° 2), n° 74025/01, § 79), de liberté religieuse (CEDH, 10 novembre 2005, *Leyla Sahin c. Turquie*, n° 44774/98 ; CEDH, 1 juillet 2014, *S.A.S. c. France*, n° 43835/11), de liberté d'expression (CEDH, 22 avril 2013, *Animal Defenders International c. Royaume-Uni*, n° 48876/08), de vie privée et familiale (CEDH, 27 août 2015, *Parrillo c. Italie*, n° 46470/11). La Cour IADH refuse catégoriquement de contrôler le processus d'adoption d'une loi : CIADH, 16 juillet 1993, *Certaines attributions de la Commission interaméricaine des droits de l'homme*, Série A, n° 13/93, § 29.

⁴⁵ Voir par exemple : CE, 28 juillet 2000, *Laboratoire Paucourt*, n° 208103 concernant le contrôle de l'article L. 162-38 du code de la sécurité sociale par rapport à l'article 2 de la directive 89/105/CEE du Conseil des communautés européennes du 21 décembre 1988. Dans un arrêt CE, 27 octobre 2015, *Allenbach e. a.*, n° 393026,

19. Précision sur la nature du contrôle de l'absence de loi. Concernant le contrôle des compétences normatrices du pouvoir législatif, il est important de saisir la différence de nature du contrôle portant sur un vice d'incompétence négative du législateur. En effet, dans le cadre du contrôle *a priori* d'une loi, le contrôle d'un vice d'incompétence négative correspond à un contrôle de la qualité formelle de la loi en ce qu'il porte sur l'examen des compétences normatrices du législateur. En revanche, dans le cadre du contrôle *a posteriori*, l'examen d'un vice d'incompétence négative du législateur correspond à un contrôle de la qualité substantielle de la loi puisque ce moyen n'est recevable que lorsqu'il est couplé à la violation d'un droit fondamental substantiel.

2) Le caractère juridictionnel du contrôle

20. Présentation du champ des contrôles non-juridictionnels des lois. Qu'il soit *a priori* ou *a posteriori*, le contrôle des lois n'est pas exclusivement juridictionnel. Il peut être *quasi-juridictionnel* (ex : comités conventionnels de l'ONU) ou bien même *non-juridictionnel*. Relativement à ce dernier point, le contrôle des lois peut être qualifié de *législatif* (ex : technique du référé législatif⁴⁶ ; procédure des articles 95 à 97 de la Constitution du 5 fructidor an III prévoyant qu'en cas d'omission des formes constitutionnelles, le Conseil des Anciens peut refuser d'approuver une proposition de loi venant du Conseil des Cinq-cents ; procédure de l'article 21 de la Constitution du 22 frimaire an VIII permettant au Sénat conservateur d'opérer un contrôle de la constitutionnalité des « actes qui lui sont déférés comme inconstitutionnels par le Tribunat ou par le Gouvernement »), de *politique* (ex : condamnation publique par le Secrétariat général de l'Organisation des Nations-Unis ; procédure des articles 91 et 92 de la Constitution du 27 octobre 1946 prévoyant la compétence du Comité constitutionnel pour examiner la constitutionnalité des lois ; rôle de la Commission de Venise), d'*administratif* (ex : compétence du Conseil d'État en matière d'avis consultatifs prévus par les articles 38 al. 2, 39 al. 2 et 4 et 74-1 de la Constitution ; compétence du Conseil constitutionnel pour les mesures législatives d'application de l'article 16 ; avis émis par les autorités administratives

le Conseil d'État juge qu'il « ne peut être utilement saisi d'un moyen tiré de ce que la procédure d'adoption de la loi n'aurait pas été conforme aux stipulations » d'un traité international ; J. DAVID, « Le Conseil d'État et le contrôle de la conventionnalité procédurale de la loi : autopsie d'un refus », *AJDA*, 2018, n° 22, p. 1255.

⁴⁶ Article 12 de la loi des 16 et 24 août 1790 : « [Les tribunaux] ne pourront point faire de règlements, mais ils s'adresseront au corps législatif toutes les fois qu'ils croiront nécessaire, soit d'interpréter une loi, soit d'en faire une nouvelle ». Cette procédure a été abrogée par la loi du 1^{er} avril 1837.

indépendantes comme la CNCDH, Défenseur des droits), de *populaire* (ex : procédure de l'article 75 de la Constitution italienne prévoyant un référendum abrogatif d'initiative populaire ; procédure de l'article 8 du titre 7 de la Constitution du 3 septembre 1791 ainsi que l'article 377 de la Constitution du 5 fructidor an III prévoyant que « le peuple français remet le dépôt de la présente Constitution » notamment à la « vigilance des pères de famille, aux épouses et aux mères, à l'affection des jeunes citoyens, au courage de tous les Français » afin d'assurer par le biais de l'opinion publique un contrôle de constitutionnalité) ou encore de *collectif* c'est-à-dire du contrôle des lois opéré par des personnes morales de droit privé à but non lucratif (ex : ONG, associations, observatoires...).

21. Identification du contrôle juridictionnel. Le qualificatif « juridictionnel » ne renvoie pas seulement à la désignation d'un organe chargé d'effectuer un contrôle des lois mais sert aussi à qualifier la fonction d'un contrôle. Le cumul d'un critère organique et d'un critère fonctionnel permet donc de caractériser le contrôle juridictionnel.

En vertu du critère organique, il s'agit du contrôle opéré par un juge public déterminé comme tel par l'ordre juridique auquel il appartient et siégeant au sein d'une juridiction de celui-ci.

Selon l'approche fonctionnelle, le contrôle est celui qui s'opère principalement dans le cadre de l'exercice de fonctions juridictionnelles contentieuses ou consultatives dès lors que ces dernières s'exercent sur saisine d'une juridiction. La mission attachée à cette fonction est celle de dire le droit à l'occasion d'un litige subjectif ou objectif porté devant un juge.

B) Les juges chargés du contrôle

22. Définition du « juge ». Au sens dans lequel nous employons ce terme, le « juge » est un terme générique renvoyant à un organe public impartial et indépendant dont la fonction est celle de trancher, en application du droit, des litiges purement objectifs (contrôle de la régularité d'une norme par rapport une autre qui lui est supérieure) ou subjectifs.

23. Afin de procéder à la détermination des juges opérant le contrôle juridictionnel tel qu'il vient d'être caractérisé, il est possible de regrouper sous deux formules deux catégories de juges chargés de statuer au titre des recours d'urgence de protection juridictionnelle des droits fondamentaux, d'une part, et des renvois préalables, d'autre part. Pour la constitution de ces deux ensembles, il convient de se rapporter à des considérations fonctionnelles et organiques.

Si la donnée organique permet de les désigner nommément, c'est le critère fonctionnel qui apparaît comme le meilleur agent révélateur d'une unité. Au titre de ces deux ensembles, l'on conviendra qu'officiellement respectivement, au titre des recours d'urgence de protection juridictionnelle des droits fondamentaux et des renvois préalables, le juge « du provisoire » (1) et celui « des lois » (2).

1) Le juge du provisoire

24. La fonction du juge du provisoire. La fonction essentielle du juge du provisoire est celle de garantir, dans le cadre de recours d'urgence, une protection juridictionnelle provisoire dans un domaine de compétence spécialisé dans la protection des droits fondamentaux.

Un recours d'urgence est entendu comme une voie juridictionnelle directement ouverte à un justiciable, c'est-à-dire sans l'intermédiaire d'un autre juge. Il est dit « d'urgence » lorsque ses règles de procédure sont spécifiquement conçues pour répondre à ce type de situation. Ces procédures visent à l'obtention en urgence de mesures en principe provisoires⁴⁷ et réversibles. Elles ont soit pour fonction de protéger préventivement les droits fondamentaux, soit celle de préserver l'objet d'un litige dans l'attente d'une décision au fond. En droit, la protection offerte par ce juge est en effet assurée par des mesures qui ont la caractéristique de s'appliquer temporairement. Cependant, en fait, dans bien des situations, ces mesures ont une portée

⁴⁷ Ces procédures empruntent différentes terminologies pour qualifier les mesures qu'elles ordonnent. Il peut s'agir de mesures « provisoires », « conservatoires » ou « transitoires ». Ces différences de sémantiques ne font pas émerger de régimes procéduraux différents : G. LE FLOCH, *L'urgence devant les juridictions internationales*, note 86 ; C. MITIDIERI, *Les mesures conservatoires dans le système de protection des droits de l'homme*, p. 15. En matière de droit international privé, la doctrine reconnaît qu'il est difficile de distinguer les mesures « provisoires » de celles qui sont « conservatoires » : N. NIOCHE, *La décision provisoire en droit international privé européen*, Bruylant, 2012, p. 75 ; G. CUNIBERTI, *Les mesures conservatoires portant sur des biens situés à l'étranger*, LGDJ, pp. 7 et s.

Finalement, les mesures conservatoires et transitoires ne sont que des espèces de mesures provisoires. En tout état de cause, les trois procédures étudiées dans cette thèse utilisent l'expression de mesures « provisoires » que nous retiendrons.

définitive. En effet, le juge du référé-liberté⁴⁸ et du provisoire de la Cour EDH⁴⁹ prononcent régulièrement des mesures qui *de facto* sont définitives. Elles peuvent en principe être modifiées ou retirées par une nouvelle saisine du juge et *ne lient pas le juge du fond*. Par ailleurs, en dépit de leur force exécutoire, elles *ne bénéficient pas de l'autorité de chose jugée*. Le juge du provisoire ne statue donc jamais au fond.

25. La détermination organique du juge du provisoire. Pour la détermination du premier ensemble, organiquement, le juge du provisoire en droit public interne est le juge administratif du référé-libertés fondamentales tel qu'institué par l'article L. 521-2 du CJA⁵⁰. Le « référé-liberté spécialisé »⁵¹ de l'article L. 213-9 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile qui met en place un recours suspensif contre le refus d'entrée sur le territoire français d'un demandeur d'asile et le « référé-liberté » des articles 187-1 et 187-2 du code de procédure pénale ouvert contre les mesures de placement en détention provisoire n'intègrent

⁴⁸ Le juge du référé-liberté reconnaît qu'il peut prononcer des mesures définitives dans l'hypothèse où aucune mesure provisoire n'est « susceptible de sauvegarder l'exercice de la liberté fondamentale à laquelle il est porté atteinte » : CE, ord., 31 mai 2007, *Syndicat CFDT Interco 28*, n° 298293. La procédure du référé-liberté notamment doit « permettre éventuellement de vider le litige sans l'exercice parallèle d'un recours principal » : M. GUYOMAR et B. SEILLER, *Contentieux administratif*, Dalloz, 2010, p. 142 ; C. BROUELLE, « Les mesures ordonnées en référé », *RFDA*, 2007, n° 1, p. 73 ; B. PLESSIX, « Le caractère provisoire des mesures prononcées en référé. Premier bilan de la réforme des procédures d'urgence dans le contentieux administratif », *RFDA*, 2007, n° 1, p. 79 ; J. PIASECKI, *L'office du juge administratif des référés : entre mutations et continuité jurisprudentielle*, Université du Sud Toulon Var, 2008, pp. 353-370 ; R. VANDERMEEREN, « L'office du juge administratif des référés : entre évolution et révolution », in *Études offertes au professeur René Hostiou*, Litec, 2008, p. 526 et s. ; Selon Franck Moderne, « c'est jouer sur les mots que de qualifier de provisoires des mesures sur lesquelles on sait pertinemment ne plus pouvoir revenir » : F. MODERNE, « Premier bilan de la réforme des procédures d'urgence dans le contentieux administratif. Rapport de synthèse : vers la banalisation des procédures d'urgence », *RFDA*, 2007, n° 1, p. 91. Voir par exemple : CE, ass., 24 juin 2014, *M^{me} Lambert e. a.*, n° 375081, 375090, 375091 (injonction faite à un médecin d'arrêter les traitements d'un patient) ; CE, 5 mars 2001, *Saez* (injonction faite à un maire de réunir le conseil municipal) ; CE, ord., 19 août 2002, *Front national et Institut de formation des élus locaux (IFOREL)*, n° 249666 et CE, ord., 30 mars 2007, *Ville de Lyon*, n° 304053 (injonction faite à un maire de mettre une salle à disposition pour la tenue d'une réunion). Le caractère autonome de la procédure de référé-liberté et le fait qu'elle ne soit que peu suivie de recours au fond renforce, *de facto*, le caractère définitif des mesures prononcées. Sur les référés judiciaires, voir notamment : Voir notamment : R. PERROT, « Du "provisoire" au "définitif" », in *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à Pierre Drai*, Dalloz, 2000, pp. 447-461 ; G. WIEDERKHER, « L'accélération des procédures et les mesures provisoires », *RIDC*, 1998, n° 2, p. 453 ; D. CHOLET, *La célérité de la procédure en droit processuel*, LGDJ, 2006, pp. 235-237.

⁴⁹ La Cour EDH reconnaît que, bien souvent, les mesures adoptées à l'issue de procédures provisoires ont des « effets à long terme ou permanents » : CEDH, 15 octobre 2009, *Micallef c. Malte*, n° 17056/06, § 79.

⁵⁰ Article L. 521-2 du CJA : « Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures » ; Voir : O. LE BOT, *La protection des libertés fondamentales par la procédure du référé-liberté. Étude de l'article L. 521-2 du Code de la justice administrative*, LGDJ, 2007, 672 p. Le caractère provisoire des mesures prononcées par le juge du référé-liberté est prévu par l'article L. 511-1 du CJA : « Le juge des référés statue par des mesures qui présentent un caractère provisoire ».

⁵¹ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, LGDJ, 2008, 13^e éd., p. 1501, n° 1689.

pas notre champ d'étude.

Sur le plan européen, le juge du provisoire est celui des mesures provisoires de la Cour européenne des droits de l'Homme tel qu'institué par l'article 39 du règlement de la Cour EDH⁵².

26. La procédure du référé-liberté et celle des mesures provisoires prévue par l'article 39 de la Conv. EDH sont deux procédures qui peuvent être pensées ensemble au regard de leur fonction commune de protection juridictionnelle provisoire et urgente des droits fondamentaux. Lorsqu'elles fonctionnent successivement sur une même affaire, l'on a même pu dire d'elles qu'elles constituent un « réseau juridictionnel de l'urgence »⁵³. Il n'est d'ailleurs pas anodin que le référé-liberté inspire des propositions de réforme de la protection provisoire des droits de la Conv. EDH par la Cour de Strasbourg⁵⁴ et de création d'un « référé-liberté européen »⁵⁵.

2) Le juge des lois

27. **La notion de renvoi préalable.** Les juges des lois sont les juges *ad quem* des procédures de renvoi préalable. La paternité de cette notion de « renvoi préalable » est à attribuer à Gatien Casu. L'auteur l'a définie dans sa thèse de doctorat comme correspondant à « tout mécanisme par lequel une juridiction suprême unifie l'interprétation des textes juridiques, sur le renvoi, par un juge, d'une question de droit nécessaire à la solution de son litige »⁵⁶. En droit public interne et européens, les juges des lois ont donc soit pour fonction d'uniformiser l'interprétation des catalogues supra-législatifs de protection des droits fondamentaux (Conseil constitutionnel, Cour de justice de l'UE, Cour EDH) soit d'uniformiser l'interprétation des lois (Conseil d'État).

⁵² Article 39 du règlement de la Cour EDH : « La chambre ou, le cas échéant, le président de la section ou un juge de permanence désigné conformément au paragraphe 4 du présent article peuvent, soit à la demande d'une partie ou de toute autre personne intéressée, soit d'office, indiquer aux parties toute mesure provisoire qu'ils estiment devoir être adoptée dans l'intérêt des parties ou du bon déroulement de la procédure ».

⁵³ F. SUDRE, « Défense des droits et libertés et dialogue des juges de l'urgence », in *Études offertes au professeur Jean-Louis Autin. Indépendance(s)*, Presse de la Faculté de Droit et Science Politique de Montpellier, 2011, Vol. 2, pp. 1295-1298. L'auteur emprunte la formule de « réseau juridictionnel » à A. ROUYERE, « Le juge administratif et les règles garantissant les libertés », *Juris. Class. Libertés*, n° 109, fasc. 250.

⁵⁴ Il a pu être proposé la création d'un référé autonome devant la Cour EDH qui ne serait pas l'accessoire d'un recours au fond et qui pourrait, comme c'est généralement le cas du référé-liberté, épuiser définitivement le litige : X. DUPRÉ DE BOULOIS, « La Cour européenne des droits de l'homme et l'affaire Vincent Lambert : à la recherche du temps perdu... », *RDLF*, 2015, chron. n° 24.

⁵⁵ N. HERVIEU, « Cour européenne des droits de l'homme : De la résilience juridictionnelle à l'audace contentieuse ? Bilan annuel 2017 », *La Revue des droits de l'homme, Actualités Droits-Libertés*, 1^{er} février 2018, p. 8.

⁵⁶ G. CASU, *Le renvoi préalable. Essai sur l'unification préjudicielle de l'interprétation*, LGDJ, 2016, p. 201.

28. La distinction de la notion de renvoi préalable avec celles qui lui sont proches. Afin d'éviter toute confusion, il est nécessaire de bien distinguer la notion de renvoi préalable de celles qui lui sont proches et qui sont généralement considérées, à tort, comme synonymes.

La dénomination courante de « renvoi préjudiciel » ne fait référence qu'à une espèce du genre des renvois préalables et correspond seulement à la procédure de saisine de la Cour de justice de l'UE par les juridictions nationales, sur le fondement de l'article 267 du TFUE. Le mécanisme du renvoi préalable est également proche mais tout à fait distinct de la notion de « question préjudicielle »⁵⁷ qui correspond aux renvois entre le juge administratif et le juge judiciaire mais aussi des renvois entre juridictions du même ordre juridictionnel⁵⁸. L'utilisation de la formule « recours préjudiciel »⁵⁹ mobilisée par la Cour de Luxembourg n'est qu'un abus de langage puisque, par nature, un recours ne peut pas être préjudiciel. En effet, un recours est une voie de droit juridictionnelle permettant la saisine directe d'un juge. La notion de renvoi préalable est encore distincte de celle de « renvoi en droit international privé »⁶⁰. Par ailleurs, certains auteurs ont pu improprement employer la formulation de « question préliminaire » pour regrouper les procédures des demandes d'avis consultatifs à la Cour EDH et celle du renvoi préjudiciel à la Cour luxembourgeoise⁶¹. D'autres encore ont pu confondre la question prioritaire de constitutionnalité avec les notions de « question préjudicielle »⁶², de « question préalable »⁶³ ou encore de « question *sui generis* »⁶⁴.

⁵⁷ G. CASU, « Qu'est-ce qu'une question préjudicielle ? », *Procédures*, 2016, n° 8-9, Étude 8. Voir également : S. FATAL, *Recherche sur la catégorie juridique des questions préjudicielles*, Thèse dact., Université de Montpellier, 2014, 494 p.

⁵⁸ Tout aussi proche, la « question préalable » se distingue de la « question préjudicielle » en ce qu'elle peut être traitée sans renvoi à un autre juge : G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, voir « Question préalable », PUF, 9^e éd., 2011, p. 831.

⁵⁹ CJCE, 15 octobre 1980, *Roquette Frères c. Administration des douanes françaises*, C-145/79, pt. 50 ; CJCE, 9 février 1984, *Groupement d'intérêt économique « Rhône-Alpes Huiles » e. a. c. Syndicat national des fabricants raffineurs d'huile de graissage e. a.*, C-295/82, pt. 12.

⁶⁰ Y. LEQUETTE, « Renvoi », *Rep. Dr. Inter.*, décembre 1998 (actualisation : mars 2009).

⁶¹ L. LOPEZ GUERRA, « Le protocole n°16 : une vraie-fausse solution ? », in L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), *Les défis de l'interprétation et de l'application des droits de l'homme. De l'ouverture au dialogue*, A. Pedone, 2017, p. 365 ; S. FATAL, *Recherche sur la catégorie juridique des questions préjudicielles*, Thèse dact., Université de Montpellier, 2014, p. 166 et s.

⁶² X. MAGNON, « La question prioritaire de constitutionnalité est-elle une "question préjudicielle" ? », *AJDA*, 2015, p. 255.

⁶³ M. GRIENENBERGER-FASS, « Les filtres juridictionnels dans la question préalable en appréciation de constitutionnalité, préfiguration d'un contrôle diffus de constitutionnalité ? », *LPA*, 2009, n° 212, p. 24.

⁶⁴ S. FATAL, *Recherche sur la catégorie juridique des questions préjudicielles*, Thèse dact., Université de Montpellier, 2014, p. 172.

29. Si la qualification du Conseil constitutionnel de juge des lois n'emporte pas la moindre contestation (a), en dire de même pour la Cour de justice de l'Union européenne statuant sur renvoi préjudiciel (b), la Cour européenne des droits de l'Homme (c) et le Conseil d'État (d) statuant sur demandes d'avis semble osé voire juridiquement erroné. Il y a pourtant lieu de se libérer d'une vision restrictive des règles constitutives et procédurales de ces derniers mécanismes pour être convaincu du contraire.

a) Les questions prioritaires de constitutionnalité au Conseil constitutionnel

30. Sans difficulté de démonstration, le Conseil constitutionnel est juge des lois lorsqu'il est saisi sur le fondement de l'article 61-1 alinéa 1 de la Constitution. Plus précisément, la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité prévue par l'article 61-1 alinéa 1 de la Constitution⁶⁵ confère au Conseil constitutionnel le rôle de contrôler la conformité d'une disposition législative en vigueur aux droits et libertés que la Constitution garantit.

b) Les renvois préjudiciels en interprétation ou en validité à la Cour de justice de l'Union européenne

31. Par le mécanisme prévu à l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne⁶⁶, la Cour de justice de l'UE contrôle la validité du droit dérivé de l'UE et unifie l'interprétation du droit primaire et dérivé de l'UE. Ainsi délimitée, la compétence de la Cour de justice exclut par principe le contrôle sur renvoi préjudiciel des lois nationales. Toutefois,

⁶⁵ Article 61-1 al. 1 de la Constitution : « Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé ».

⁶⁶ Article 267 du TFUE : « La Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour statuer, à titre préjudiciel :

a) sur l'interprétation des traités,

b) sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union.

Lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction d'un des États membres, cette juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de statuer sur cette question.

Lorsqu'une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour.

Si une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale concernant une personne détenue, la Cour statue dans les plus brefs délais ».

force est de constater que, *de facto*, le juge luxembourgeois exerce, sur renvoi préjudiciel, un contrôle indirect des lois nationales.

32. L'incompétence de principe de la Cour de justice de l'UE en matière de contrôle des lois nationales sur renvoi préjudiciel. Il ressort clairement de l'article précité du TFUE et de la jurisprudence constante de la Cour de Luxembourg que le contrôle de l'unionité des lois nationales ne relève pas de la compétence de la Cour dans le cadre de la procédure de renvoi préjudiciel⁶⁷. Précisément, la Cour refuse de statuer sur la « validité d'une mesure de droit interne au regard » du droit de l'UE⁶⁸ ou encore d'en interpréter ses dispositions⁶⁹. L'arrêt *Cinéthèque* énonce qu'il n'appartient pas non plus à la Cour luxembourgeoise de contrôler la « compatibilité, avec la Convention européenne [des droits de l'Homme], d'une loi nationale »⁷⁰.

Cette position est le pur produit de l'application du principe d'attribution inséré dans l'article 5 du traité sur l'Union européenne, enjoignant aux institutions européennes, y compris la Cour de justice, de n'agir que dans les bornes de leurs compétences. La compétence de la Cour de justice sur renvoi préjudiciel n'est justement pas instituée, en tant que telle, en vue de la garantie des droits fondamentaux. L'invocation de leur violation par une loi nationale ne relevant pas du cadre du champ d'application ou de la mise en œuvre du droit de l'UE, ne saurait par conséquent déterminer la compétence de la Cour⁷¹. En définitive, seul le juge national semble compétent pour vérifier la compatibilité d'une loi avec le droit de l'UE. Aussi, lorsque les parties au principal se sont entendues pour utiliser le mécanisme du renvoi préjudiciel en vue

⁶⁷ Selon une jurisprudence constante : CJCE, 22 octobre 1974, *Demag AG c. Finanzamt Duisburg-Süd*, C-27/74, pt. 8 ; CJCE, 29 juin 1978, *Procureur du Roi c. P. Dechmann*, C-154/77, pt. 8 ; CJCE, 16 avril 1991, *Eurim-Pharm*, C-347/89, pt. 16 ; CJCE, 12 janvier 2006, *Turn-und Sportunion Waldburg*, C-246/04, pt. 20 ; CJCE, 21 juin 2016, *New Valmar*, C-15/15, pt. 25.

⁶⁸ CJCE, 15 juillet 1964, *Flaminio Costa c. ENEL*, C-6/64 ; CJCE, 26 février 1980, *Procédure pénale c. Pieter Vriend*, C-94/79, pt. 5 ; CJCE, 2 juillet 1987, *Lefèvre*, C-188/86.

⁶⁹ CJCE, 2 décembre 1964, *A.M. Dingemans c. Bestuur der Sociale Verzekeringsbank*, C-24/64 ; CJCE, 8 juin 1971, *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH c. Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG*, C-78/70, pt. 3 ; CJCE, 17 décembre 1975, *Jacob Adlerblum c. Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés*, 93/75 ; CJCE, 30 avril 1998, *Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés (CNAVTS) c. Evelyne Thibault*, C-136/95 ; CJCE, 20 octobre 2005, *Ten Kate Holding Musselkanaal e. a.*, C-511/03, pt. 25 ; CJCE, 7 septembre 2006, *Marrosu et Sardino*, C-53/04 ; CJUE, 17 janvier 2013, *Zakaria*, C-23/12, pt. 29 ; Voir récemment : CJUE, GC, 6 mars 2018, *Segro et Horváth*, C-52/16 et C-113/16, pt. 98 ; CJUE, *Recommandations à l'attention des juridictions nationales, relatives à l'introduction de procédures préjudicielles*, JOUE 2018/C 257/01, 20 juillet 2018, pt. 8 : « c'est aux juridictions nationales exclusivement qu'il appartient d'interpréter la législation nationale ».

⁷⁰ CJCE, 11 juillet 1985, *Soc. Cinéthèque e. a. c. Fédération nationale des cinémas français*, aff. jtes. C-60/84 et C-61/84, pt. 26.

⁷¹ CJUE, 15 novembre 2011, *Dereci e. a.*, C-256/11, pt. 71 ; CJUE, 17 janvier 2013, *Zakaria*, C-23/12, pts. 40-41 ; CJUE, ord., 16 janvier 2014, *Dutka et Sajtos*, C-614/12 et C-20/13, pt. 15.

de faire condamner un régime législatif fiscal national, le juge de Luxembourg a estimé que si « par le biais d'arrangements du genre de ceux ci-dessus décrits, la Cour était obligée à statuer, il serait porté atteinte au système de l'ensemble des voies de recours juridictionnelles dont disposent les particuliers pour se protéger contre l'application de lois fiscales qui seraient contraires »⁷² au droit de l'UE. Cette position apparemment claire de refus du contrôle d'unionité des lois nationales ne doit pas masquer les raisons profondes de son adoption. Ce qui est condamné là n'est pas l'office de juge des lois nationales qui est prêté au juge de l'Union, mais bien la tentative d'instrumentalisation du renvoi préjudiciel en dehors de tout réel litige entre les parties au principal⁷³.

Le principe semble bien établi : la Cour de justice ne peut connaître de la compatibilité d'une loi nationale au droit de l'UE. Un faisceau d'indices prouve cependant que, de fait, la Cour luxembourgeoise contrôle de manière indirecte la compatibilité des lois au droit de l'UE.

33. L'exercice *de facto* d'un contrôle indirect des lois opéré au titre du renvoi préjudiciel. Le respect de la règle relative à l'incompétence du juge de Luxembourg de contrôler la compatibilité au droit de l'UE des lois nationales est, selon la démonstration faite par Robert Kovar dans les années 1960, « pratiquement impossible »⁷⁴. Le principe de l'exclusion du contrôle du droit national ne tient finalement que lorsque la question posée par le juge *a quo* évoque exclusivement un litige de pur droit national⁷⁵. En effet, la Cour peut interpréter les lois nationales si leurs dispositions expriment un renvoi au droit de l'Union européenne ou si des dispositions conventionnelles le permettent. De plus, la jurisprudence *Dzodzi*⁷⁶ permet *in fine* au juge de Luxembourg d'interpréter une disposition nationale qui, de manière autonome et unilatérale, rend applicable le droit de l'UE, par elle-même ou par son interprétation jurisprudentielle⁷⁷. De surcroît, la Cour de Luxembourg s'est reconnue compétente pour interpréter sur renvoi préjudiciel une loi nationale qui tire son origine et opère un renvoi « direct et inconditionnel »⁷⁸ au droit de l'UE dans le cadre d'un litige purement

⁷² CJCE, 11 mars 1980, *Pasquale Foglia c. Mariella Novello*, C-104/79, pt. 11.

⁷³ F.-V. GUIOT, *La distinction du fait et du droit par la Cour de justice de l'Union européenne : recherche sur le pouvoir juridictionnel*, Institut Universitaire Varenne, 2014, p. 796.

⁷⁴ R. KOVAR, « Le droit des personnes privées à obtenir devant la Cour des Communautés le respect du droit communautaire par les États membres », *AFDI*, 1966, n° 12, p. 541.

⁷⁵ CJCE, 16 avril 1991, *Euripharm*, C-347/89.

⁷⁶ CJCE, 18 octobre 1990, *Massam Dzodzi c. État belge*, aff. jtes C-297/88 et C-197/89, pt. 37 ; CJUE, 10 décembre 2009, *Rodriguez Mayor e. a.*, C-323/08.

⁷⁷ F. MANCINI, Concl. présentées le 15 mai 1985 sous CJCE, 29 mai 1985, *Thomasdüniger GmbH c. Oberfinanzdirektion Frankfurt am Main*, C-166/84, pt. 2.

⁷⁸ CJCE, 28 mars 1995, *Kleinwort Benson Ltd c. City of Glasgow District Council*, C- 346/93, pt. 16.

national⁷⁹. Cette règle s'applique encore dans le cas où une loi nationale de transposition d'une directive prévoit un régime applicable aux situations nationales similaires à celles prévues par la directive⁸⁰. La Cour de Luxembourg a par ailleurs reconnu qu'une juridiction nationale pouvait procéder à un renvoi préjudiciel en interprétation d'une directive transposée en vue de l'application conforme au droit de l'UE de la loi nationale qui la réceptionne⁸¹. À travers divers exemples jurisprudentiels, Frédérique Berrod avance un motif supplémentaire d'acceptation du contrôle des lois nationales lié à la marge de manœuvre normative laissée aux États dans certains domaines. Plus le pouvoir discrétionnaire national de réglementation serait restreint, plus la Cour exercerait un contrôle poussé du droit interne⁸². L'auteur explique cette tendance au contrôle de la compatibilité du droit interne dans le cadre des arrêts rendus sur renvois préjudiciels par la volonté de la Cour de donner aux juges nationaux le plus d'utilité à ses décisions⁸³ et satisfaire ainsi le principe de coopération juridictionnelle. La synthèse de ces exceptions peut se résumer par l'emploi de la formule du professeur Dominique Berlin énonçant que « c'est finalement le contenu du droit interne qui confère à l'Union un intérêt à voir la Cour se déclarer compétente »⁸⁴ en matière de contrôle des lois.

34. La Cour de justice de l'UE se prononce régulièrement sur le droit national, que ce soit de manière indirecte ou partielle. L'on peut ainsi dire que si la cause du renvoi préjudiciel demeure bien l'unification préjudicielle de l'interprétation du droit de l'UE par le biais de l'interprétation de ses dispositions ou le contrôle de la validité du droit dérivé, la conséquence réside bien souvent dans l'examen du droit national, y compris des lois, au regard du droit de l'UE⁸⁵. En effet, il est clair que la mise en œuvre d'un tel mécanisme par un juge *a quo a*

⁷⁹ Lorsqu' « une législation nationale se conforme pour les solutions qu'elle apporte à des situations purement internes à celles retenues en droit communautaire afin, notamment, d'éviter l'apparition de discriminations à l'encontre des ressortissants nationaux ou d'éventuelles distorsions de concurrence, il existe un intérêt communautaire certain à ce que, pour éviter des divergences d'interprétation futures, les dispositions ou les notions reprises du droit communautaire reçoivent une interprétation uniforme, quelles que soient les conditions dans lesquelles elles sont appelées à s'appliquer » : CJCE, 17 juillet 1997, *Leur-Bloem (Mme) c. Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2*, C-28/95, pt. 32 ; CJCE, 15 janvier 2002, *Andersen og Jensen ApS et Skatteministeriet*, n° C-43/00, pt. 18 ; CJCE, 16 mars 2006, *Poseidon Chartering c. Marianne Zeeschip VOF e. a.*, C-3/04, pts 15 et 16 ; CJUE, 2 mars 2010, *Salahadin Abdulla e. a. c. Bundesrepublik Deutschland*, C-175, 176, 178 et 179/08, pt. 48 ; CJUE, 20 mai 2010, *Modehuis A. Zwijnenburg*, C-352/08, pts. 31-35.

⁸⁰ CJCE, 17 juillet 1997, *Bernd Giloy c. Hauptzollamt Frankfurt am Main-Ost*, C-130/95, pts. 20 à 29.

⁸¹ CJCE, 12 novembre 1974, *Friedrich Haaga GmbH*, C-32/74, pt. 3.

⁸² F. BERRON, *La systématique des voies de droit communautaires*, Dalloz, 2003, p. 129.

⁸³ F. BERRON, *La systématique des voies de droit communautaires*, op. cit., p. 130.

⁸⁴ D. BERLIN, « La peau de chagrin des situations purement internes », *JCP G*, 2013, n° 14, p. 394.

⁸⁵ Selon Florence Zampini, « s'il est constant que la fonction première du mécanisme préjudiciel vise à permettre l'interprétation d'un acte communautaire ou le contrôle de sa validité au cours d'un litige dont est saisi le juge national, [...], la pratique démontre que, très souvent, c'est la compatibilité d'une mesure nationale à l'égard des

fréquemment pour intérêt de lui permettre par la suite d'apprécier la compatibilité d'une loi nationale avec le droit de l'UE. À ce titre, le juge de Luxembourg a pu juger que « s'il n'appartient pas à la Cour de se prononcer, dans le cadre de la procédure préjudicielle, sur la compatibilité de dispositions du droit national avec les règles de droit de l'Union, elle a itérativement jugé qu'elle est compétente pour fournir à la juridiction de renvoi tous les éléments d'interprétation relevant de ce droit qui peuvent permettre à celle-ci d'apprécier une telle conformité pour le jugement de l'affaire dont elle est saisie »⁸⁶. Autrement dit, la Cour dispose d'une compétence pour « fournir à la juridiction nationale les éléments qui [lui] permettront [...] de trancher le litige dont elle est saisie, notamment en ce qui concerne une éventuelle incompatibilité entre des dispositions nationales et communautaires »⁸⁷. La juridiction de l'UE précise par ailleurs que « l'origine législative, [...] des règles du droit national dont la juridiction de renvoi devra apprécier la conformité avec le droit de l'Union à la lumière des éléments d'interprétation fournis par la Cour n'affecte nullement la compétence de celle-ci pour statuer sur la demande de décision préjudicielle »⁸⁸. C'est donc souvent à l'occasion de litiges dans lesquels la compatibilité d'une loi avec le droit de l'UE est contestée que l'on observe des renvois en interprétation rédigés par les juges *a quibus* et favorablement reçus par le juge de l'UE, sous la forme de questions interrogeant en substance la compatibilité d'une loi nationale avec le droit de l'UE⁸⁹.

normes communautaires qui est mise en doute au détour » du renvoi préjudiciel : F. ZAMPINI, « La Cour de justice des Communautés européennes, gardienne des droits fondamentaux "dans le cadre du droit communautaire" », *RTDE*, 1999, n° 4, p. 659.

⁸⁶ CJUE, 26 janvier 2010, *Transportes Urbanos y Servicios Generales*, C-118/08, pt. 23 ; Voir également : CJCE, 29 juin 1978, *Procureur du Roi c. P. Dechmann*, C-154/77, pt. 9 ; CJCE, 15 décembre 1993, *Hünermund e. a.*, C-292/92, pt. 8 ; CJCE, 31 janvier 2008, *Centro Europa 7*, C-380/05, pt. 50.

⁸⁷ CJCE, 23 novembre 1977, *Enka*, C-38/77, pt. 21 ; CJCE, 7 juillet 1994, *Lamare NV c. Nationale Dienst voor Afzet van Land- en Tuinbouwprodukten*, C-130/93, pt. 10 ; CJCE, 17 octobre 1995, *The Queen c. Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte National Federation of Fishermen's Organisations e. a.*, C-44/94, pt. 30 ; CJCE, 10 juillet 2008, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. Firma Feryn NV.*, C-54/07, pt. 19. Concernant spécialement une loi susceptible de s'appliquer à des citoyens d'autres États membres de l'UE : CJUE, 8 mai 2013, *Eric Libert e. a. c. Gouvernement flamand et All Projects & Developments NV e. a. c. Vlaamse Regering*, aff. jtes. C-197/11 et C-203/11, pt. 34.

⁸⁸ CJUE, 26 janvier 2010, *Transportes Urbanos y Servicios Generales*, C-118/08, pts. 23-24. Nous soulignons. Voir également : CJCE, 29 mai 1997, *Friedrich Kremzow c. Republik Österreich*, C-299/95, pt. 15 : « lorsqu'une réglementation nationale entre dans le champ d'application du droit communautaire, la Cour, saisie à titre préjudiciel, doit fournir tous les éléments d'interprétation nécessaires à l'appréciation, par la juridiction nationale, de la conformité de cette réglementation avec les droits fondamentaux dont elle assure le respect, tels qu'ils résultent en particulier de la convention [européenne des droits de l'homme]. En revanche, la Cour n'a pas cette compétence à l'égard d'une réglementation qui ne se situe pas dans le cadre du droit communautaire. Voir aussi : CJCE, 4 octobre 1991, *Society for the Protection of Unborn Children Ireland*, C-159/90, pt. 31.

⁸⁹ Voir par exemple la question de la Cour de cassation tendant à vérifier si « [l']article 67 [TFUE] s'oppose à une législation telle que celle résultant de l'article 78-2, alinéa 4 du code de procédure pénale » : CJUE, 22 juin 2010, *Aziz Melki et Selim Abdeli*, aff. jtes. C-188, 189/10, pt. 22 2). Dans un arrêt, la Cour de cassation formule une question à la CJUE sur le point de savoir si le droit de l'UE s'oppose à « une disposition législative nationale [...] » : C. Cass., soc., 11 avril 2012, n° 11-21.609. Le Conseil d'État a eu l'occasion de questionner la CJUE pour

35. Au début des années 1980, de multiples ordonnances de renvoi en interprétation à la Cour de justice de l'UE par le juge civil des référés de première instance⁹⁰ et d'appel⁹¹ avaient pour objet le contrôle de la compatibilité de lois nationales de régulation des prix avec le droit de l'UE. De manière récurrente, la question posée se transformait « en fait en une appréciation de la légalité de la mesure nationale »⁹². La formule consacrée, que l'on retrouve quasi-systématiquement, consiste à interroger la Cour sur le point de savoir si « le droit de l'UE s'oppose à une législation nationale... ». Dans cette optique, le juge de renvoi qui met en œuvre l'article 267 du TFUE doit fournir « un minimum d'explications » sur le « lien qu'il établit entre ces dispositions [de droit de l'UE] et la législation nationale applicable au litige »⁹³. Cela n'a rien d'inédit ou de nouveau puisqu'il y a presque cinquante ans, l'on relevait déjà qu'« en pratique une décision en interprétation a souvent contribué à la solution d'un conflit entre le droit communautaire et le droit national » et que les « nombreuses demandes préjudicielles concernant l'application directe d'une disposition du traité ou d'un acte communautaire dissimulent souvent, en fait, un tel conflit »⁹⁴. Ce faisant, la Cour délivre, de manière régulière,

savoir si « eu égard aux stipulations du paragraphe 3 de l'article 6 de l'accord annexé au protocole n° 14 sur la politique sociale, le principe de l'égalité des rémunérations est-il méconnu par les dispositions de l'article L. 12 b) du code des pensions civiles et militaires de retraite ? » : CJCE, 29 novembre 2001, *Joseph Griesmar e. a.*, C-366/99, pt. 20. Le juge des libertés et de la détention du TGI de Bayonne a demandé à la CJUE si la directive 2008/115/CE invalide les dispositions législatives du code de procédure pénale qui prévoient l'emprisonnement d'un étranger entré irrégulièrement sur le territoire national et son placement en garde à vue : CJUE, 3 juillet 2014, *Préfet des Pyrénées-Atlantiques c. Raquel Gianni Da Silva*, C-189/13, pt. 23. Dans l'affaire *Achughbhabian*, il revenait à la Cour de répondre à la question suivante : « la directive [2008/115 CE du 18 décembre 2008] s'oppose-t-elle à une réglementation nationale, telle [que] l'article L. 621-1 du [CESEDA], prévoyant l'infliction d'une peine d'emprisonnement à un ressortissant d'un pays tiers au seul motif de l'irrégularité de son entrée ou de son séjour sur le territoire national ? » : CJUE, 6 décembre 2011, *Alexandre Achughbhabian c. Préfet du Val-de-Marne*, C-329/11, pt. 25. Récemment, voir l'arrêt *Jacob* dans lequel la résolution d'une difficulté d'interprétation du droit de l'Union justifiant un renvoi préjudiciel à la CJUE conditionnait la conventionnalité d'une loi : CE, ass., 31 mai 2016, *M. Marc Jacob*, n° 393881. Voir également : CJUE, 6 novembre 2014, *Cartiera dell'Adda SpA c. CEM Ambiente SpA*, C-42/13, pt. 34.

⁹⁰ TGI Saint-Quentin, 5 octobre 1989, *Gaz. Pal.*, 1989, n° 2, somm. 532 ; TGI Nanterre, 22 juillet 1983, *Gaz. Pal.*, 1984, n° 1, doct. 48 ; T. com. Melun, 12 mars 1984, *Gaz. Pal.*, 1984, n° 1, somm. 126 ; TGI Fontainebleau, ord., 11 juillet 1983, *Gaz. Pal.*, 1984, n° 1, p. 47. Voir également le renvoi du TGI d'Alençon, 5 août 1987 : CJCE, 14 juillet 1988, *Syndicat des libraires de Normandie c. L'Aigle distribution*, C-254/87.

⁹¹ Dans un arrêt CJCE, 10 janvier 1985, *Association des Centres distributeurs Édouard Leclerc e. a. c. SARL "Au blé vert" e. a.*, C-229/83, la CJCE a contrôlé la compatibilité du dernier alinéa de l'article 1^{er} de la loi du 10 août 1981 avec les articles 30 et 85 du traité CEE.

⁹² F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaires*, Dalloz, 2003, p. 116 ; Voir également : R. TINIÈRE, « La Cour de justice de l'Union européenne protectrice des droits ou régulatrice du droit de l'Union européenne ? », in J. ARLETTAZ et J. BONNET (dir.), *L'objectivation du contentieux des droits et libertés fondamentaux. Du juge des droits au juge du droit ?*, LGDJ, 2015, p. 85.

⁹³ CJCE, ord., 7 avril 1995, *Grau Gomis e. a.*, C-167/94, pt. 9 ; CJCE, ord., 25 février 2003, *Simoncello et Boerio*, C-445/01, pt. 23.

⁹⁴ G. BEBR, « Examen en validité au titre de l'article 177 du traité C.E.E. et cohésion juridique de la Communauté », *CDE*, 1975, n° 4, p. 380.

des « déclarations de légalité »⁹⁵ du droit national et « dépasse souvent la frontière »⁹⁶ entre la stricte interprétation du droit de l'UE et le contrôle de la compatibilité des lois. Selon l'avocat général Giuseppe Tésauro « il ne fait pas de doute que l'on a introduit, par le biais de l'interprétation préjudicielle de la Cour et de la compétence “directe” du juge national, un mécanisme qui consiste, en substance, en un contrôle de légalité (ou de compatibilité, si l'on préfère) de la disposition nationale par rapport à la disposition communautaire »⁹⁷. On retrouve ce raisonnement sous la plume de l'avocat général Jean-Pierre Werner qui considère qu'il y a deux manières de soumettre à la Cour de Luxembourg une question relative à la compatibilité d'une loi avec le droit de l'UE : la première est le recours en manquement et la seconde est la procédure du renvoi préjudiciel⁹⁸. Les plus éminents spécialistes du droit de l'Union européenne reconnaissent « qu'au-delà des précautions d'usage contenues dans les arrêts de la Cour, le renvoi en interprétation est devenu un moyen d'amener la Cour de justice à statuer sur la compatibilité d'une mesure nationale avec le droit communautaire »⁹⁹. De manière claire, le professeur Philippe Manin relève que l'importance du renvoi préjudiciel tient, en partie, à ce qu'il sert :

« en fait souvent à donner à la Cour l'occasion de se prononcer sur la compatibilité d'une disposition du droit national avec le droit communautaire. [...] [La Cour] a accepté, depuis longtemps, de répondre à des questions posées par des tribunaux nationaux qui souhaitent connaître son opinion sur le point de savoir si le droit communautaire leur imposait d'écarter, dans une affaire, une disposition du droit national. Certes, sa réponse n'est donnée que sous couvert d'une interprétation du droit communautaire. Il n'empêche que, ce faisant, la Cour procède de fait à un examen du droit national et pénètre plus avant dans l'examen du litige. Surtout, dans un tel cas, la marge d'appréciation du tribunal national devient très limitée puisqu'il se trouve en présence d'une réponse qui lui indique, soit que l'interprétation du droit communautaire implique l'incompatibilité de la disposition nationale (auquel cas il est dans l'obligation d'écarter cette dernière), soit l'inverse, ce qui autorise à en faire application. Cet aspect de l'utilisation des questions préjudicielles d'interprétation permet de montrer à quel point la Cour de justice peut devenir un des acteurs du règlement des litiges nationaux dans lesquels le droit communautaire est en cause »¹⁰⁰.

⁹⁵ F.-V. GUIOT, *La distinction du fait et du droit par la Cour de justice de l'Union européenne : recherche sur le pouvoir juridictionnel*, Institut Universitaire Varenne, 2014, p. 796.

⁹⁶ F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaires*, Dalloz, 2003, p. 127.

⁹⁷ G. TESAURO, Concl. présentées 17 mai 1990 sous CJCE, 19 juin 1990, *The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame*, C-213/89, pt. 24.

⁹⁸ J.-P. WARNER, Concl. présentées le 23 janvier 1980 sous CJCE, 11 mars 1980, *Foglia c. Mariella Novello*, C-104/79.

⁹⁹ M. WATHELET et S. VAN RAEPENBUSCH, « Rapport de la Cour de justice des Communautés européennes » in M. MELCHIOR, A. ALEN et F. MEERSSCHAUT, *XIIème congrès de la conférence des cours constitutionnelles européennes à Bruxelles les 14 et 16 mai 2002*, Cour d'arbitrage, 2005, T. 1, p. 140 ; O. DE SCHUTTER « La protection juridictionnelle provisoire dans le droit de l'Union européenne et les droits fondamentaux », *CRIDHO Working Paper*, 2005, n° 8, p. 20.

¹⁰⁰ P. MANIN, « Les effets des juridictions européennes sur les juridictions françaises », *Pouvoirs*, 2001, n° 96, p. 63.

36. Le professeur Jean-Paul Jacqué appuie ce constat en soulignant que le renvoi préjudiciel « apparaît comme l'instrument principal qui permet aux individus de contester la législation nationale au regard du droit de l'Union »¹⁰¹. Mais encore, le professeur Guy Isaac soutenait que lorsque le juge national est confronté à un « conflit entre le droit communautaire et une loi [...] et qu'il est nécessaire, afin de trancher le conflit d'être éclairé par la voie préjudicielle sur la signification du droit communautaire, la réponse faite par la Cour est généralement déterminante par elle-même »¹⁰². L'auteur insiste sur le fait qu'« il est inévitable que l'interprétation ne laisse aucun doute sur la validité ou l'invalidité des règles nationales et que la décision de la Cour préjuge en fait la solution finale, même si celle-ci ne peut, formellement, être donnée que par le juge du fond »¹⁰³.

37. Le contrôle des lois est donc essentiellement indirect, c'est-à-dire que c'est par le truchement de l'interprétation du droit de l'UE que la Cour de justice déduit la compatibilité ou l'incompatibilité d'une loi nationale. En tout état de cause, il fut justement remarqué, dès les débuts de la procédure du renvoi préjudiciel, que l'idée d'une répartition des compétences étanche entre juge national et juge de l'UE serait « illusoire en raison de l'étroitesse de la marge qui sépare l'interprétation de l'application »¹⁰⁴.

c) Les demandes d'avis consultatifs à la Cour européenne des droits de l'Homme.

38. L'article premier alinéa 2 du protocole additionnel né 16 à la Conv. EDH¹⁰⁵ prévoit la possibilité pour les Hautes juridictions des  tats membres, « dans le cadre d'une affaire pendante » devant elles, de renvoyer à la Cour EDH des « demandes d'avis consultatifs sur des

¹⁰¹ J.-P. JACQUÉ, « Union européenne et Conseil de l'Europe.   propos des droits de l'homme en Europe », *RTDE*, 2013, né 2, p. 195.

¹⁰² G. ISAAC, « Procédure préjudicielle et libération des prix des carburants français », *RTDE*, 1985, né 1, p. 382.

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ R. KOVAR, « Le droit des personnes privées à obtenir devant la Cour des Communautés le respect du droit communautaire par les  tats membres », *AFDI*, 1966, né 12, p. 537. Dans le même sens, François-Vivien Guiot considère qu'en « s'intéressant par nécessité à l'application du droit commun, la juridiction communautaire se prononce donc indirectement sur l'interprétation du droit interne » : F.-V. GUIOT, *La distinction du fait et du droit par la Cour de justice de l'Union européenne : recherche sur le pouvoir juridictionnel*, Institut Universitaire Varenne, 2014, p. 797.

¹⁰⁵ Article 1^{er} al. 1 du protocole né 16 à la Conv. EDH : « Les plus hautes juridictions d'une Haute Partie contractante, telles que désignées conformément à l'article 10, peuvent adresser à la Cour des demandes d'avis consultatifs sur des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles ».

questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles ». Dans le cadre de cette procédure, le contentieux des lois ne semble pouvoir trouver sa place. Pourtant, selon l'interprétation que l'on donne aux conditions substantielles de recevabilité des demandes d'avis, rien n'interdit que le juge des avis de la Cour EDH connaisse du contentieux de la compatibilité des lois nationales avec la Conv. EDH. En effet, si la Cour refuse expressément de connaître du contentieux abstrait de la compatibilité des lois nationales avec la Conv. EDH, il apparaît en revanche qu'elle se prête à l'exercice d'un contrôle concret et indirect des lois¹⁰⁶.

39. Le refus de la Cour EDH de connaître du contentieux de la compatibilité des lois nationales avec la Conv. EDH. Le corpus de *soft law* qui accompagne la procédure d'avis consultatif confirme que la Cour EDH ne saurait procéder au contrôle d'une loi nationale dans l'abstrait¹⁰⁷. Il est expressément dit qu'elle « ne doit pas être amenée à contrôler [...] la législation nationale dans le cadre de la procédure en cause »¹⁰⁸. À l'occasion du premier avis rendu sur saisine de la Cour de cassation, la Cour a affirmé son incompétence pour « apprécier le bien-fondé des points de vue des parties relativement à l'interprétation du droit interne à la lumière du droit de la Convention »¹⁰⁹. Elle mentionne, de surcroît, qu'il ne lui appartient pas de se prononcer sur l'interprétation du droit national¹¹⁰ ou sur son « adéquation »¹¹¹ à la Conv. EDH. En effet, le rapport explicatif relatif à la nouvelle procédure énonce que la demande d'avis

¹⁰⁶ Qu'il nous soit permis de renvoyer à : J. VACHEY, « La saisine pour avis consultatif de la Cour EDH, mécanisme préjudiciel de contrôle de la compatibilité des lois à la Convention européenne des droits de l'Homme », in C. TZUTZUIANO et T. DISPERATI (dir.), *Le Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme. Mise en œuvre et effets de la procédure d'avis consultatif*, PUAM, 2021, pp. 183-199.

¹⁰⁷ CEDH, *Avis de la Cour sur le projet de Protocole n° 16 à la Convention élargissant la compétence de la Cour afin de lui permettre de rendre des avis consultatifs sur l'interprétation de la Convention*, 6 mai 2013, § 7 : « il ne doit pas y avoir de contrôle de législation dans l'abstrait ».

¹⁰⁸ CEDH, *Avis de la Cour sur le projet de Protocole n° 16 à la Convention élargissant la compétence de la Cour afin de lui permettre de rendre des avis consultatifs sur l'interprétation de la Convention*, *op. cit.*, § 8. Voir également : F. BENOÎT-ROHMER, « Le protocole 16 à la Convention Européenne des Droits de l'homme. Du soliloque au dialogue », in *Liber amicorum Stelios Perrakis. Écrits sur la communauté internationale : enjeux juridiques, politiques et diplomatiques*, I. Sidéris, 2017, p. 444.

¹⁰⁹ Cour EDH, GC, avis, 10 avril 2019, *Reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention demandé par la Cour de cassation française*, n° P16-2018-001, § 25 ; Cour EDH, *Lignes directrices concernant la mise en œuvre de la procédure d'avis consultatif prévue par le Protocole n° 16 à la Convention*, 18 septembre 2017, pt. 6.2.

¹¹⁰ Cour EDH, GC, avis, 29 mai 2020, *Utilisation de la technique de « législation par référence » pour la définition d'une infraction et aux critères à appliquer pour comparer la loi pénale telle qu'elle était en vigueur au moment de la commission de l'infraction et la loi pénale telle que modifiée*, n° P16-2019-001, § 50.

¹¹¹ Cour EDH, GC, avis, 10 avril 2019, *op. cit.*, § 58.

« n'est pas destinée, [...] à permettre un examen théorique de la législation qui n'a pas à être appliquée dans l'affaire pendante »¹¹².

40. La pratique d'un contrôle concret et indirect des lois. Le refus d'un examen « abstrait » des lois peut s'entendre de deux manières. Cette notion peut renvoyer dans un premier sens à la nature du contrôle, c'est-à-dire à l'absence de prise en compte de faits dans l'opération de confrontation de deux normes. Soit, et c'est la signification qu'il convient de retenir, l'interdiction du contrôle abstrait d'une législation correspond à la simple application d'une des conditions nécessaires à la recevabilité d'une demande d'avis prévue à l'article 1 § 2 du protocole 16. Cette condition implique qu'une demande d'avis doit trouver son origine « dans le cadre d'une affaire pendante » devant la Haute juridiction interne de renvoi. L'interdiction de l'examen abstrait d'une législation nationale correspond donc à la délimitation de la compétence de la Cour EDH au contrôle d'une loi seulement dans la mesure où celle-ci trouve à s'appliquer dans le litige pendant dans le cadre de l'instance principale¹¹³. Elle vise donc à rejeter tout examen « théorique »¹¹⁴ ou « désincarné »¹¹⁵ d'une loi. Par conséquent, s'il est précisé que le contrôle de la législation nationale ne peut s'établir dans l'*abstrait*, l'on peut alors considérer *a contrario* que celui-ci peut s'établir *concrètement*. En ce sens, le Gouvernement français soutient qu'il « ne s'agira donc pas pour la CEDH de procéder à un examen abstrait d'une législation nationale, mais bien d'en apprécier la conformité aux droits et libertés définis par la convention ou par ses protocoles à l'occasion de son *application concrète* aux faits de l'espèce »¹¹⁶.

41. L'intégration des questions portant sur la compatibilité des lois nationales avec la Conv. EDH dans le champ des « questions de principe ». La notion cardinale de la « question

¹¹² Conseil de l'Europe, *Rapport explicatif sur le protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, 2 octobre 2013, pt. 10. Voir également : V. BERGER, « Le Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme, ou l'institutionnalisation du "dialogue des juges" », *Gaz. Pal.*, 2015, n° 178, p. 8 ; F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 2016, 13^e éd., p. 289.

¹¹³ F. SUDRE, « De QPC en Qpc... ou le Conseil constitutionnel juge de la Convention EDH », *JCP G*, 2014, n° 41, doct. 1027, p. 1801 ; F. SUDRE, « La subsidiarité, "nouvelle frontière" de la Cour européenne des droits de l'homme. À propos des Protocoles 15 et 16 à la Convention », *JCP G*, 2013, n° 42, doct. 1086.

¹¹⁴ C. DEMUNCK, « Vers un élargissement de la compétence consultative de la CEDH », *Dall. actu.*, 23 juillet 2013.

¹¹⁵ G. PAYAN, « La saisine pour avis de la Cour EDH : entrée en vigueur du Protocole n° 16 à la Convention européenne », *Lamy Droit civil*, 2018, n° 161, p. 32.

¹¹⁶ Ministère de l'Europe et des affaires étrangères, *Étude d'impact du projet de loi concernant la ratification du protocole n°16 à la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, NOR : EAEJ1729498L/Bleue-1, pt. 4.1.2.2. Nous soulignons.

de principe » conditionnant le renvoi d'une demande d'avis consultatif semble particulièrement indéfinie et n'exclut *a priori* pas l'examen de la compatibilité d'une loi avec la Conv. EDH. À ce propos, il est envisageable d'entendre cette notion par analogie avec la procédure de renvoi d'une affaire devant la Grande chambre de la Cour prévue à l'article 43 alinéa 2 de la Conv. EDH¹¹⁷. Cette première piste permet d'appuyer le fait que cette condition puisse intégrer dans son champ matériel le contentieux de la compatibilité des lois avec la Conv. EDH¹¹⁸.

De plus, dans un document de réflexion, la Cour EDH envisage explicitement l'hypothèse selon laquelle des « affaires concernant des questions de principe ou d'intérêt général sur lesquelles il pourrait être rendu des avis consultatifs pourraient aussi englober celles qui concernent la compatibilité avec la Convention d'une loi, d'une règle ou d'une interprétation constante d'une loi par un tribunal »¹¹⁹. De surcroît, selon l'ancien Président Linos-Alexandre Sicilianos, « rien n'empêche que les questions de principe ou d'intérêt général sur lesquelles la Cour pourrait être amenée à se prononcer par voie consultative soulèvent des problèmes relatifs à la compatibilité avec la Convention d'une loi »¹²⁰.

42. Sur le modèle des règles de compétence de la Cour de justice de l'UE, l'exclusion de principe du contrôle direct des lois nationales nous paraît difficilement tenable. En effet, par ce mécanisme et de manière identique à ce qu'il vient d'être présenté pour le renvoi préjudiciel à la Cour de justice, il est possible que la mise en œuvre d'une demande d'avis par un juge *a quo* ait pour but de lui permettre *in fine* d'apprécier la compatibilité d'une loi nationale avec le droit

¹¹⁷ Article 43 alinéa 2 de la Conv. EDH : « Un collège de cinq juges de la Grande Chambre accepte la demande si l'affaire soulève *une question grave* relative à l'interprétation ou à l'application de la Convention ou de ses protocoles, ou encore *une question grave* de caractère général ». Nous soulignons toutefois la différence entre la condition de « question de principe » des demandes d'avis consultatif et celle de « question grave » relative au renvoi d'une affaire à la Grande chambre de la Cour EDH.

¹¹⁸ Conseil de l'Europe, *Rapport explicatif sur le protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, 2 octobre 2013, pt. 9 ; A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE, « Protocole 16 - L'audace d'une première demande d'avis consultatif à la Cour EDH. Note sous C. Cass., ass. plén., 5 oct. 2018, n° 10-19.053 », *JCP G*, 2018, n° 46, 1190. Voir également : B. POLETTI, *Rapport sur le projet de loi autorisant la ratification du protocole n° 16 à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Assemblée nationale, 2018, n° 642, p. 15 ; P. DEUMIER et H. FULCHIRON, « Première demande d'avis à la CEDH : vers une jurisprudence "augmentée" ? », *Rec. Dall.*, 2019, n° 4, p. 228 ; D. SZYMCZAK, « "Répondre et rassurer" : quelques enseignements à propos du premier avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'homme (obs. sous Cour eur. dr. h., Gde Ch., avis consultatif relatif à la gestation pour autrui, 10 avril 2019) », *RTDH*, 2019, n° 120, p. 969.

¹¹⁹ CEDH, *Document de réflexion sur la proposition d'élargissement de la compétence consultative de la Cour*, 2013, pt. 29. Voir, pour cette option, le document DH-GDR(2011)015 déf., pp. 4-5, § 7.

¹²⁰ L.-A. SICILIANOS, « Le dialogue des juges nationaux et européens : la nouvelle fonction consultative de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Les limites du droit international. Essai en l'honneur de Joe Verhoeven*, Bruylant, 2014, p. 508.

de la Conv. EDH¹²¹. Ainsi, par le truchement de la mention des éléments « pertinents du contexte juridique [...] de l'affaire pendante »¹²² dans le corps de la demande d'avis, le juge de Strasbourg pourra être mis en mesure de contrôler une loi applicable à un litige pendant devant une Haute juridiction interne. C'est d'ailleurs ce qu'il est advenu lors d'une demande d'avis consultatif adressée à la Cour EDH par la Cour de cassation le 5 octobre 2018¹²³. En substance, il était question, dans cette demande d'avis, de l'interprétation conforme à l'article 8 de la Conv. EDH des dispositions législatives du code civil relatives à la filiation et à l'adoption en matière de gestation pour autrui. De même, le 9 août 2019, la Cour a été saisie d'une deuxième demande d'avis par la Cour constitutionnelle arménienne portant sur la conventionnalité d'une disposition législative du code pénal¹²⁴. Dernièrement, dans une demande d'avis consultatif adressée le 15 avril 2021, le Conseil d'État a interrogé la Cour EDH sur la compatibilité de l'article L. 422-18 du code de l'environnement par rapport aux articles 14 de la Conv. EDH et 1 du Protocole 1 à la Convention¹²⁵.

43. Il est important de noter que le caractère consultatif d'un mécanisme de renvoi n'exclut pas, par nature, la compétence d'une cour internationale de contrôler la conventionnalité d'une loi nationale. En effet, la compétence consultative d'une juridiction internationale est « loin d'être incompatible avec l'exercice d'un contrôle de compatibilité du droit national avec le droit

¹²¹ Selon Frédéric Sudre, la demande d'avis consultatif est « un mécanisme préventif qui permet aux juridictions nationales de s'assurer auprès de la Cour de la compatibilité avec la Convention des mesures nationales » : F. SUDRE, « La subsidiarité, "nouvelle frontière" de la Cour européenne des droits de l'homme. À propos des Protocoles 15 et 16 à la Convention », *JCP G*, 2013, n° 42, doctr. 1086. Voir également : L.-A. SICILIANOS, « L'élargissement de la compétence consultative de la Cour européenne des droits de l'homme – À propos du Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2014, n° 97, p. 18 ; M.-C. RUVANOT, « Le protocole n°16 à la convention européenne : réflexions sur une nouvelle espèce du genre », *RGDIP*, 2014, n° 1, p. 91. Selon les professeurs Adeline Gouttenoire et Frédéric Sudre, la procédure des demandes d'avis consultatifs « permet aux juridictions nationales de s'assurer auprès de la Cour de la compatibilité avec la Convention de mesures nationales » : A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE, « Protocole 16 - L'audace d'une première demande d'avis consultatif à la Cour EDH. Note sous C. Cass., ass. plén., 5 oct. 2018, n° 10-19.053 », *JCP G*, 2018, n° 46, 1190. Selon Julie Ferrero, la procédure permet de « questionner la compatibilité du droit [interne] » avec la Conv. EDH au cours d'un procès : J. FERRERO, « L'ouverture de la saisine de la Cour européenne des droits de l'homme du Protocole n° 16 au Conseil constitutionnel français : interlude dans le dialogue des juges », *RDP*, 2019, n° 4, p. 1047.

¹²² Article 1 alinéa 3 du protocole additionnel n° 16 à la Conv. EDH.

¹²³ C. cass., ass. plén., 5 octobre 2018, *M. Dominique X... e. a.*, n° 10-19.053.

¹²⁴ CEDH, avis, 29 mai 2020, *Utilisation de la technique de « législation par référence » pour la définition d'une infraction et aux critères à appliquer pour comparer la loi pénale telle qu'elle était en vigueur au moment de la commission de l'infraction et la loi pénale telle que modifiée*, n° P16-2019-001 ; CEDH, « La Cour constitutionnelle arménienne demande un avis consultatif sur un article de son code pénal », *Communiqué de presse*, 9 août 2019, n° 208.

¹²⁵ CE, 15 avril 2021, *Fédération Forestiers privés de France (Fransylva)*, n° 439036.

conventionnel »¹²⁶ et est « parfaitement adaptée à la reconnaissance d'incompatibilités du droit interne avec les obligations internationales de l'État »¹²⁷.

À titre d'exemple, l'article 64 § 2 de la Convention américaine relative aux droits de l'Homme prévoit qu'en dehors de tout procès juridictionnel et à la demande « de tout État membre de l'organisation », la Cour interaméricaine des droits de l'Homme est compétente pour rendre un avis sur la compatibilité [avec la Conv. ADH] d'une loi d'un État membre¹²⁸.

Mais encore, en application des articles 96 a) de la Charte des Nations-Unies et 65 du statut de la CIJ, la Cour de La Haye peut être saisie d'une demande d'avis consultatif sur « toute question juridique ». Dans le cadre de cette procédure, la Cour internationale de justice a déjà reconnu l'incompatibilité d'une loi avec un accord de Sièges¹²⁹.

d) Les demandes d'avis contentieux au Conseil d'État

44. Créée par l'article 12 de la loi du 31 décembre 1987 et codifiée à l'article L. 113-1 du CJA¹³⁰, la procédure de demandes d'avis contentieux permet notamment d'appeler le Conseil d'État à contrôler la légalité d'un acte administratif¹³¹ mais également la conventionnalité internationale d'une loi. De nombreux exemples illustrent le contrôle d'une loi par rapport à la Convention EDH¹³², et à ses protocoles combinée avec le Pacte international relatif aux droits

¹²⁶ M. AFROUKH, « L'objectivisation du contrôle », in J. ANDRIANTSIMBAZOVNA, L. BURGORGUE-LARSEN et S. TOUZÉ (dir.), *La protection des droits de l'homme par les Cours supranationales*, Pedone, 2016, p. 115.

¹²⁷ H. RASPAIL, *Le conflit entre droit interne et obligations internationales de l'État*, Dalloz, 2013, p. 481.

¹²⁸ Voir par exemple : CIADH, avis, 19 janvier 1984, *Modification des dispositions de la Constitution du Costa Rica relatives à la naturalisation*, Série A, n° OC-4/84 ; CIADH, 13 novembre 1985, *Affiliation obligatoire des journalistes*, Série A, n° 5/85.

¹²⁹ CIJ, avis, 26 avril 1988, *Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l'organisation des Nations-unies*, Rec., pp. 12-35.

¹³⁰ Article L. 113-1 du CJA : « Avant de statuer sur une requête soulevant une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, le tribunal administratif ou la cour administrative d'appel peut, par une décision qui n'est susceptible d'aucun recours, transmettre le dossier de l'affaire au Conseil d'État, qui examine dans un délai de trois mois la question soulevée. Il est sursis à toute décision au fond jusqu'à un avis du Conseil d'État ou, à défaut, jusqu'à l'expiration de ce délai ».

¹³¹ CE, avis, 15 janvier 1997, *Gouzien*, n° 182777.

¹³² CE, avis, 31 mars 1995, *S.A.R.L. Auto-Industrie Méric*, n° 164008 ; CE, avis, 13 janvier 1997, *Derbay*, n° 181775 : cette affaire portait sur « la question de savoir s'il y a eu méconnaissance de l'article 6-1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales par l'article 47-1 de la loi de finances rectificative pour 1994 n° 94-1163 du 29 décembre 1994 » ; CE, avis, 5 décembre 1997, *OGEC, de Saint-Sauveur-le-Vicomte*, n° 188530 « les dispositions de l'article 107 de la loi de finances pour 1996 [...], portent-elles atteinte au droit à un procès équitable énoncé par les stipulations de l'article 6 de la convention [EDH] ? » ; CE, avis, 16 février 2001, *Syndicat des compagnies aériennes autonomes*, n° 226155 : « l'article 2 de la loi n° 98-1171 du 18 décembre 1998 validant les décisions des exploitants d'aérodromes fixant les taux de redevances aéroportuaires en application des articles R. 224-1, 224-2 et R. 224-3 du code de l'aviation civile est-il compatible avec l'article 6-1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ? » ; CE, avis, 12 avril 2002, *Société Anonyme Financière Labeyrie*, n° 239693 : contrôle des

civils et politiques¹³³, au droit de l'UE¹³⁴ ou au Pacte relatif aux droits civils et politiques et à celui relatif aux droits économiques, sociaux et culturels¹³⁵.

45. La Cour de cassation, au titre de la même procédure de demandes d'avis contentieux¹³⁶, a pu en revanche considérer qu'il ne lui appartenait pas, au titre de la procédure d'avis contentieux, de contrôler une loi car cet office relève de celui du juge statuant au fond¹³⁷. Cette

articles 1727 et 1729 du code général des impôts au regard de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH ; CE, avis, 7 juillet 2006, *M. Majha Waly A.*, n° 286122 ; CE, avis, 10 décembre 2008, *M. Serge A.*, n° 317573 ; CE, avis, 13 juin 2013, *M. A.*, n° 362981. Dans cet avis, le Conseil d'État contrôle la compatibilité des articles 16-8 du code civil et L. 1211-5 du code de la santé publique avec les articles 8 et 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Les dispositions de l'article 16-8 du code civil, de l'article 511-10 du code pénal et des articles L. 1273-3 et L. 1211-5 du code de la santé publique sont-elles incompatibles avec l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; CE, avis, 27 mai 2016, *Niakaté*, n° 397842. Dans cet avis, le Conseil d'État a contrôlé la compatibilité de l'article L. 441-2-3-1 alinéa 8 du code de la construction et de l'habitation avec l'article 6 § 1 de la Conv. EDH.

¹³³ CE, avis, 6 décembre 2002, *M. et Mme Draon*, n° 250167 : « Les dispositions du I de l'article 1^{er} de la loi du 4 mars 2002 sont-elles compatibles avec les stipulations des articles 5, 6, 8 13 et 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à cette convention et des articles 14 et 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ».

¹³⁴ CE, avis, 26 février 1993, *Caisse régionale de crédit agricole mutuel de Savoie*, n° 143039 : « les dispositions de la loi du 26 juillet 1991 sont-elles compatibles avec les objectifs fixés par l'article 19, paragraphe 1, de la sixième directive européenne ? » ; CE, avis, 4 février 2000, *M. Henri Y...*, n° 113321.

¹³⁵ CE, avis, 2 mai 1996, *Mme Doukouré*, n° 176399.

¹³⁶ Cette procédure a été créée par la loi n° 91-491 du 15 mai 1991 et est régie par les articles L. 441-1 et suivants et R. 441-1 et suivants du code de l'organisation judiciaire, par les articles 706-64 et suivants du code de procédure pénale et les articles 1031-1 et suivants du code de procédure civile.

¹³⁷ C. cass, avis, 16 décembre 2002, n° 00-20.008 P. La Cour de cassation a jugé que « la question de la compatibilité des dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme avec des dispositions de droit interne, [...], ne relève pas de la procédure instituée par l'article L. 151-1 du Code de l'organisation judiciaire, l'office du juge du fond étant de statuer sur cette compatibilité ». L'avocat général refusait d'accorder à la Cour de cassation, saisie d'une demande d'avis contentieux, le droit d'opérer un contrôle de conventionnalité des lois. Selon l'avocat général Stanislas Kehrig, « il appartient au juge de remplir son office en procédant lui-même - sous le contrôle éventuel et ultérieur de la Cour de cassation - à l'appréciation de la conventionnalité de l'article L.755-10 du Code de la sécurité sociale » : S. KEHRIG, Obs. sous C. cass, avis, 16 décembre 2002, n° 00-20.008 P ; C. cass., avis, 1^{er} décembre 2003, n° 00-30.002 P ; C. cass., avis, 8 octobre 2007, n° 07-00.011 ; C. cass., 17 décembre 2012, n° 12-00.013 ; C. cass., soc., avis, 12 juillet 2017, n° 17-70.009 : « Les questions, en ce qu'elles concernent la compatibilité de la mise à la retraite, hors l'accord du salarié, prévue par les dispositions de l'article L. 1237-5 du code du travail avec la convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail relative à la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur, ne relèvent pas de la procédure d'avis prévue par les articles susvisés, l'office du juge du fond étant de statuer au préalable sur cette compatibilité » ; C. cass., avis, 7 mars 2018, n° 17-70.039 : « le contrôle de conventionnalité, au regard des articles 3, § 1, de la Convention de New York du 20 novembre 1989 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, relève de l'examen préalable des juges du fond et, à ce titre, échappe à la procédure de demande d'avis ». Avec Pascale Deumier, il est tentant de relever que la formule est « pour le moins élastique » et « recouvre trop d'implications pour constituer une raison claire » : P. DEUMIER, « Conventionnalité et saisine pour avis. Note sous Soc., avis, 12 juill. 2017, n° 17-70.009 », *RTD civ.*, 2018, n° 1, p. 66.

jurisprudence a tout autant pu être louée¹³⁸ que critiquée¹³⁹ - d'autant qu'initialement, la position de la Cour de cassation était inverse¹⁴⁰. C'est à l'occasion du contrôle de la compatibilité du dispositif législatif plafonnant les indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse avec les stipulations de l'article 10 de la Convention n° 158 de l'Organisation Internationale du Travail que la Cour de cassation a finalement reconnu sa compétence en matière de contrôle de conventionnalité des lois dans le cadre d'une demande d'avis contentieux¹⁴¹. La note explicative de cet avis justifie ce revirement par l'essence de la procédure d'avis qui est d'« assurer, dans un souci de sécurité juridique, une unification rapide des réponses apportées à des questions juridiques nouvelles, au nombre desquelles figure l'analyse de la compatibilité de notre droit interne aux normes supranationales »¹⁴².

46. Enfin, il est à noter que la loi consacre la compétence du Conseil d'État et de la Cour de cassation de contrôler la conventionnalité d'une loi dans le cadre d'une demande d'avis contentieux. L'article 117 de la loi de finances pour 2006¹⁴³, modifiant l'article L. 190 alinéa 3 du livre des procédures fiscales, dispose en effet que « la non-conformité d'une règle de droit à une norme supérieure » peut-être « révélée par [...] un avis rendu au contentieux ». Le dernier

¹³⁸ Justifiant l'opportunité de cette solution notamment sur le risque d'encombrement de la juridiction judiciaire suprême et le principe de séparation des pouvoirs : A. BUGADA, « La formation pour avis de la Cour de cassation, "juge des lois" ? », *Droit et procédures : la revue des huissiers de justice*, 2004, n° 3, pp. 137-143 ; S. KEHRIG, Obs. sous C. cass, avis, 16 décembre 2002, n° 0020008 P. Selon deux magistrats de la Cour de cassation, permettre le contrôle de conventionnalité des lois dans le cadre de la procédure des demandes d'avis contentieux serait « manifestement contraire aux objectifs poursuivis lors de la mise en place de cette procédure » : Mmes COUTOU et VASSALLO, rapport sur C. cass., avis, 8 octobre 2007, n° 0070011 P. Considérant que le contrôle des lois est irréductiblement incompatible avec la procédure des demandes d'avis « en l'état de nos textes et de notre tradition républicaine » : A. BUGADA, « *Mission control* : un petit pas pour le barème, un bond de géant pour le contrôle de conventionnalité », *Dr. soc.*, 2019, n° 10, p. 803.

¹³⁹ P. DEUMIER, « Conventionnalité et saisine pour avis. Note sous Soc., avis, 12 juill. 2017, n° 17-70.009 », *RTD civ.*, 2018, n° 1, p. 66 ; En plus de la critique, d'autres auteurs suggéraient une évolution de la position jurisprudentielle de refus du contrôle de conventionnalité des lois : H. FULCHIRON, « Pas de famille homoparentale hors adoption », *Rec. Dall.*, 2018, n° 18, p. 983 ; T. LARROUTUTOU, « Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme et demandes d'avis aux cours suprêmes : saisine sur avis ne vaut ? », *Rec. Dall.*, 2018, n° 27, p. 1502 ; G. LOISEAU, « Le barème d'indemnités : mésaventures en prud'homie. Note sous Cons. prud'h. Le Mans, 26 sept. 2018, Cons. prud'h. Troyes, 13 déc. 2018, Cons. prud'h. Caen, 18 déc. 2018, Cons. prud'h. Lyon, 21 déc. 2018, Cons. prud'h. Lyon, 7 janv. 2019 et Cons. prud'h. Grenoble, 18 janv. 2019 », *Gaz. Pal.*, 2019, n° 4, p. 19 ; Pour Antoine Jeammaud, il s'agit d'une « doctrine funeste, et dont les raisons échappent ou peinent à convaincre » : A. JEAMMAUD, « Propos conclusifs », *Dr. soc.*, 2019, n° 4, p. 329.

¹⁴⁰ C. cass., avis, 25 septembre 2000, n° 02-00.011. Dans cet avis, la Cour de cassation a contrôlé l'article 13 de l'ordonnance du 10 septembre 1817 par rapport à l'article 6 § 1 de la Conv. EDH.

¹⁴¹ C. cass., avis, 17 juillet 2019, n° 19-70.010 et 19-70.011 : « la compatibilité d'une disposition de droit interne avec les dispositions de normes européennes et internationales peut faire l'objet d'une demande d'avis, dès lors que son examen implique un contrôle abstrait ne nécessitant pas l'analyse d'éléments de fait relevant de l'office du juge du fond ».

¹⁴² C. cass., note explicative sous C. cass., avis, 17 juillet 2019, n° 19-70.010 et 19-70.011.

¹⁴³ Loi n° 2005-1719 du 30 décembre 2005 de finances pour 2006.

aliéna de l'article L. 190 du livre des procédures fiscales confirme, sans exclure les lois, que l'alinéa qui le précède vise expressément les procédures de demandes d'avis contentieux aux cours suprêmes prévues par les articles L. 113-1 du code de justice administrative et L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire.

C) Les lois, objet du contrôle

47. Le critère de détermination des lois. L'objet du contrôle juridictionnel est constitué de l'absence ou de l'existence d'un énoncé juridique prescriptif ou d'une norme juridique de force législative ordinaire dans la hiérarchie des normes ayant pour conséquence de porter atteinte aux droits fondamentaux. Notre détermination des lois est indépendante de tout critère organique. Il peut donc s'agir des « lois » adoptées par le Parlement, le Président de la République, le Peuple ou encore l'organe délibérant de certaines collectivités territoriales.

48. Les différents types de loi. Notre mode de détermination des lois regroupe majoritairement les lois ordinaires adoptées par le Parlement et promulguées par le Président de la République, le cas échéant après avoir été contrôlées par le Conseil constitutionnel en application de l'article 61 de la Constitution. Il intègre également les lois référendaires adoptées conformément à l'article 11 de la Constitution, les ordonnances gouvernementales de l'article 38 de la Constitution ratifiées par le Parlement et celles non ratifiées après l'expiration du délai d'habilitation¹⁴⁴, celles de l'ancien article 92 de la Constitution¹⁴⁵, les ordonnances présidentielles prises sur habilitation référendaire et ratifiées par le Parlement, les lois du pays de Nouvelle-Calédonie ainsi que la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à une disposition législative. Sont également intégrées à cette catégorie les mesures législatives présidentielles prises au titre de l'article 16 de la Constitution mais aussi les atteintes aux droits fondamentaux causées par l'absence ou les carences d'une loi.

49. Les « lois » exclues de l'étude. Les lois organiques, le droit dérivé de l'UE¹⁴⁶ et la

¹⁴⁴ CC, décision n° 2020-843 QPC, 28 mai 2020, *Force 5 [Autorisation d'exploiter une installation de production d'électricité]*, pt. 11.

¹⁴⁵ Cet article a été abrogé par la loi constitutionnelle n° 95-880 du 4 août 1995. Aux termes de cet article, les mesures législatives prises par ordonnance ont « force de loi ». Le Conseil d'État a pu juger qu'une ordonnance de l'article 92 de la Constitution prise par le Gouvernement « ne constitue pas un acte de nature à être déféré au Conseil d'État par la voie du recours pour excès de pouvoir » : CE, 12 février 1960, *Société Eky*, n° 46922.

¹⁴⁶ Les articles 14 et 16 du TUE sont relatifs à la fonction législative exercée conjointement par le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne.

« notion autonome »¹⁴⁷ de loi entendue dans un sens matériel par la Cour. EDH¹⁴⁸ n'intègrent pas la catégorie des lois retenues dans notre étude. Il en va de même pour les hypothèses de contrôle des lois étrangères désignées par les règles de conflit au regard de l'ordre public international français. La délimitation de notre sujet au contrôle *a posteriori* des lois oblige évidemment d'exclure de l'étude les projets ou propositions de lois ainsi que les textes législatifs adoptés mais non promulgués par le Président de la République.

D) Les droits fondamentaux, paramètres du contrôle

50. Les « atteintes ». Les « atteintes » législatives aux droits fondamentaux ne concernent pas toutes les contrariétés d'une loi aux normes supérieures. Les atteintes législatives qui intéressent notre étude sont celles qui sont portées à l'encontre des droits fondamentaux. L'atteinte doit donc être la conséquence de la contrariété d'une loi aux droits fondamentaux. En outre, seules les atteintes aux droits fondamentaux qui engendrent une situation d'urgence entrent dans notre champ de recherches.

51. La conception formelle des droits fondamentaux. Sans entrer dans des controverses de théorie générale des droits fondamentaux, il convient, dans l'intérêt de la cohérence de l'étude, d'intégrer une considération théorique sur la conception retenue pour les besoins de cette recherche de la notion de droits fondamentaux. Ainsi, l'approche formelle des droits fondamentaux déterminera les sources juridiques de la fundamentalité faisant office de paramètre du contrôle des lois. À ce titre, « les droits et libertés fondamentaux désignent simplement les droits et libertés protégés par des normes constitutionnelles ou (et) européennes et internationales »¹⁴⁹ sans réserve ou adjonction de critères supplémentaires. Pour reprendre la formule du doyen Louis Favoreu, il s'agit donc des droits fondamentaux qui se voient placés

¹⁴⁷ Cette technique jurisprudentielle est utilisée par la Cour EDH pour « pallier l'imprécision des termes conventionnels et l'absence d'homogénéité des droits nationaux et permettre une définition uniforme des engagements étatiques » : F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 13^e éd., 2016, p. 244.

¹⁴⁸ CEDH, 24 avril 1990, *Kruslin et Huvig c. France*, n° 11801/85, § 27 à 30 : dans cet arrêt la Cour retient une conception matérielle de la notion de loi. La Cour a par ailleurs pu considérer que « le mot "loi" englobe à la fois le droit "écrit et le droit non écrit" » : CEDH, 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, n° 6538/74, § 47 ; CEDH, 22 octobre 1981, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, n° 7525/76, § 44. Pour sa part, la CIADH retient une conception formelle du terme « lois » figurant dans la Conv. ADH : CIADH, avis, 9 mai 1986, Le mot « lois » de l'article 30 de la Convention américaine des droits de l'homme, série A, n° 6, §§ 27 et 37.

¹⁴⁹ L. FAVOREU et *alii.*, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 2006, 9^e éd., n° 1218.

« à l’abri du législateur »¹⁵⁰, c’est-à-dire que leur détermination est tributaire de leur valeur juridique supra-législative. Par conséquent, les droits fondamentaux supra-législatifs sont les droits fondamentaux constitutionnels, de l’UE¹⁵¹, de la Conv. EDH et de ses protocoles additionnels ainsi que ceux du droit international ordinaire des droits de l’Homme.

SECTION 2 : Intérêts d’une étude sur le contentieux des lois dans les situations d’urgence

52. Cette thèse n’a pas vocation, en tant que telle, à étendre la connaissance sur une notion juridique en particulier telle que pourraient l’être par exemple la notion d’urgence ou celle de droits fondamentaux. Elle a pour intérêt de rendre compte de différentes dynamiques contemporaines du droit et, spécifiquement, d’un type de contentieux particulier dans des circonstances exceptionnelles : celui des lois dans les situations d’urgence (I). Deux juges, dont l’importance est en plein essor, ont à connaître de cette configuration contentieuse en droit public interne et européen : le « juge du provisoire » des recours juridictionnels d’urgence spécialisés en matière de protection provisoire des droits fondamentaux et le « juge des lois » saisi d’un mécanisme de renvoi préalable (II).

53. En plus de son apport à la connaissance du droit et à la théorie du procès, il y a lieu de présenter un double intérêt « institutionnel » et « pratique » à cette thèse. Au titre de l’intérêt « institutionnel », cette recherche peut intéresser les juridictions et les acteurs normatifs étatiques qui régissent les procédures juridictionnelles françaises et européennes. Au-delà d’une simple description du droit positif, nos recherches conduiront à des propositions de créations ou de modifications de procédures et de techniques juridictionnelles. L’objectif poursuivi réside ainsi dans la valorisation de la fonction juridictionnelle des juges du provisoire et des lois. Au titre de son intérêt « pratique », cette thèse sert à éclairer les stratégies procédurales ouvertes

¹⁵⁰ L. FAVOREU, « La notion de liberté fondamentale devant le juge administratif des référés », *Rec. Dall.*, 2001, n° 22, p. 1739.

¹⁵¹ Aux termes de l’article 6 alinéas 1 et 3 du TUE, les droits fondamentaux de l’UE sont :

« 1. [...] les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne du 7 décembre 2000, telle qu’adaptée le 12 décembre 2007 à Strasbourg, [...]. Les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte sont interprétés conformément aux dispositions générales du titre VII de la Charte régissant l’interprétation et l’application de celle-ci et en prenant dûment en considération les explications visées dans la Charte, qui indiquent les sources de ces dispositions.

3. Les droits fondamentaux, tels qu’ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l’Homme et des libertés fondamentales et tels qu’ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l’Union en tant que principes généraux ».

aux justiciables et à leurs défenseurs en matière de contentieux des lois dans les situations urgentes d'atteintes aux droits fondamentaux.

54. Après la présentation de l'objet et de l'intérêt de l'étude, suivra la présentation de la méthodologie de recherche (III), de sa problématique (IV) et la justification du plan de la thèse (V).

I) Le contentieux des lois dans les situations d'urgence

55. Si les travaux doctrinaux portant sur le contrôle juridictionnel des lois sont innombrables, rares sont ceux qui confrontent ce type de contentieux avec les situations particulières d'urgence. Cette thèse se doit de prendre en compte quelques éléments incontournables d'une étude portée sur le contentieux des lois. Il convient tout d'abord de relever l'évolution de la place du juge dans le jeu démocratique et spécialement son rôle accru en matière de contrôle des lois. De manière générale, le fait que les lois ne doivent être contraires aux textes qui leur sont supérieurs semble acquis et l'existence d'un juge compétent pour garantir cet impératif ne fait plus grande controverse. Demeure toutefois l'émergence d'un questionnement nouveau ; celui de savoir si ce contentieux peut se réaliser sous la pression de l'urgence, c'est-à-dire dans un formalisme et des garanties procédurales fondamentales limités. Ce thème de recherche trouve tout son sens dès lors que l'on s'inquiète de l'existence de lois gravement attentatoires aux droits fondamentaux (A) et de la justiciabilité *a priori* moindre de la catégorie des lois par rapport à celle des autres actes juridiques (B). Il apparaît donc nécessaire qu'existent des mécanismes adaptés de garantie juridictionnelle contre les atteintes législatives aux droits fondamentaux (C).

A) L'existence de lois gravement attentatoires aux droits fondamentaux

56. C'est au départ d'un pressentiment et de l'établissement d'un constat inquiétant que l'idée de la recherche est née. Les crises migratoires, économiques, sécuritaires, sanitaires, écologiques et du modèle de la démocratie représentative en Europe et dans le monde catalysent et exacerbent les tentations des Gouvernements de faire adopter des lois de plus en plus liberticides. En Europe tout d'abord, spécialement en Pologne ou en Hongrie, les Gouvernements s'immiscent de plus en plus dans le fonctionnement de la justice et mettent à

mal son indépendance. Partout, les réfugiés sont retenus, concentrés, refoulés, abandonnés. Des tentatives de rétablir la peine de mort refont surface dans le cadre de la commission de certains crimes. La France n'est pas épargnée par cette tendance. L'empilement des lois anti-terroristes, la prorogation multiple puis l'installation d'un régime législatif d'exception devenu permanent sont les éléments les plus significatifs. C'est encore parce que la crise climatique s'aggrave de manière exponentielle et qu'elle s'accompagne de bouleversements et menaces majeurs, que l'humanité va se trouver submergée par une situation d'urgence chronique. Les mesures pour y faire face seront assurément et massivement liberticides. L'épisode de la crise sanitaire liée à la pandémie de la Covid-19 n'est qu'une simple « mise en condition ».

C'est à plus forte raison dans les situations de crise qu'il est intéressant de mesurer la capacité des différentes garanties juridictionnelles à assurer la protection des droits fondamentaux contre les pires méfaits législatifs. La quantité des potentielles situations contentieuses urgentes d'atteintes législatives aux droits fondamentaux ne justifie pas à elle seule l'intérêt de la recherche. La simple gravité des effets de ces lois sur les droits fondamentaux commande cette étude.

57. Il convient enfin de prendre toute la mesure de l'accélération du temps du droit dans sa dimension relative à l'inflation de la production législative, à la temporalité de plus en plus resserrée dans laquelle s'inscrit cette production¹⁵² et à l'abaissement corrélatif de la qualité foncière des lois¹⁵³. S'il n'est pas question de faire ici l'inventaire des lois les plus gravement liberticides, l'on peut faire mention de celles qui régissent l'expulsion ou l'extradition d'étrangers ou encore de celles autorisant des mesures privatives ou restrictives de liberté (détention, rétention, assignation, hospitalisation d'office, mesure de mise en quarantaine et de placement en isolement).

B) La loi, un acte juridique comme les autres susceptible d'être suspendu et contrôlé en urgence

58. Selon la formule de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du

¹⁵² F. OST, P. GÉRARD et M. VAN DE KERSOVE, (dir.), *L'accélération du temps juridique*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2000, 931 p.

¹⁵³ Nous avons déjà pu montrer que les lois adoptées dans l'urgence ont une propension renforcée à souffrir d'inconstitutionnalités sur le fond. Qu'il nous soit permis de renvoyer à : J. VACHEY, « Le contrôle des lois adoptées dans l'urgence par le Conseil constitutionnel », *X^e Congrès français de droit constitutionnel*, AFDC, Lille, 22 juin 2017, p. 20 et s.

26 août 1789, la loi est l' « expression de la volonté générale ». Cette disposition ancrée dans une tradition juridique française légicentree confère à la loi une immunité renforcée. Il est à ce propos regrettable de constater qu'en France, le contrôle *a posteriori* de la conventionnalité des lois postérieures n'est consacré par le juge administratif statuant au fond que depuis le 20 octobre 1989¹⁵⁴ et qu'il ne l'est par le juge administratif des référés d'urgence que depuis le 31 mai 2016¹⁵⁵. Pareillement, le contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité des lois n'est en vigueur que depuis le 1^{er} mars 2010.

Parce qu'elle procède des représentants du peuple et parfois directement du peuple lui-même, parce qu'elle est le fruit d'un processus délibératif long et complexe, mais aussi parce qu'elle contient des normes de portée générale et abstraite, il est communément admis que la loi n'est pas un acte « comme les autres »¹⁵⁶. Elle ne pourrait par conséquent pas être suspendue ou contrôlée en urgence tandis que les actes administratifs¹⁵⁷ et ceux du droit dérivé de l'UE - de rang hiérarchique pourtant supérieur aux lois- peuvent l'être¹⁵⁸. Or, toutes ces caractéristiques que l'on vient de mentionner peuvent être similaires à celles d'un décret ou d'un acte de droit dérivé de l'Union européenne. Par exemple, une loi peut, certes de manière rare, produire une norme individuelle. Dès lors, il apparaît illogique que théoriquement, en l'état actuel des voies de recours juridictionnels, l'on puisse suspendre un décret qui déclare l'état d'urgence sur un territoire donné pour une durée de douze jours et qu'il soit impossible de suspendre la loi qui viendrait seulement proroger ce délai pour douze jours supplémentaires.

59. Le dogme du caractère irrécusable des lois n'est plus. Aujourd'hui, la loi ne peut plus bénéficier d'un statut prééminent¹⁵⁹ et continuer d'être « la norme "sacrée" qu'elle était traditionnellement aux yeux des juges »¹⁶⁰. Elle se désacralise¹⁶¹ et se banalise¹⁶² par sa

¹⁵⁴ CE, ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, n° 108243.

¹⁵⁵ CE, ass., 31 mai 2016, *M^{me} Gonzalez-Gomez*, n° 396848.

¹⁵⁶ P. DELVOLVÉ et G. VEDEL, *Droit administratif*, PUF, 1992, T. 1, p. 638 ; A. ROBLLOT-TROIZIER et G. TUSSEAU, « Chronique de jurisprudence - Droit administratif et droit constitutionnel », *RFDA*, 2018, n° 6, pp. 1141-1160.

¹⁵⁷ Notamment par la voie des référés administratifs d'urgence prévus aux articles L. 521-1 et L. 521-2 du CJA.

¹⁵⁸ En application des procédures de référés prévues aux articles 278 et 279 du TFUE, de l'article 157 du traité CEEA et des procédures préjudicielles accélérée et d'urgence de traitement des renvois préjudiciels en appréciation de validité.

¹⁵⁹ J.-C. BÉCANE, M. COUDERC et J.-L. HÉRIN, *La loi*, Dalloz, 2010, pp. 4-23.

¹⁶⁰ P. FRYDMAN, « Appréciation par le juge administratif de la compatibilité d'une loi française avec les traités internationaux antérieurs. Concl. sous CE, ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, n° 108243 », *Rev. crit. DIP*, 1990, n° 1, p. 125.

¹⁶¹ F. HAMON, « *Vox imperatoris, vox populi* ? (réflexion sur la place du référendum dans un État de droit) », in *L'État de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996, p. 400.

¹⁶² B. MATHIEU, *La loi*, Dalloz, 2004, 2^e éd., p. 76 et s.

prolifération et tend à être considérée comme un acte juridique justiciable au même titre que les autres. Le contentieux des lois perd de son originalité. La loi nationale est aussi bien examinée par le juge national que par le juge international. L'engagement de la responsabilité de l'État du fait des lois inconventionnelles perdure depuis longtemps¹⁶³ et existe depuis peu pour les lois inconstitutionnelles¹⁶⁴.

Mais encore, l'argument d'un prétendu caractère sacré des lois qui contraindrait le juge à se borner à un contrôle tremblant du produit de la volonté générale tombe du fait que celui-ci n'est plus exclusivement défini par un critère organique. En effet, l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 détermine les domaines d'interventions du législateur. Il « suffit » de soustraire un alinéa à cet article pour qu'un acte administratif puisse intervenir là où une loi pouvait le faire. De surcroît, le constituant a consacré des procédures et habilité des organes non parlementaires pour l'adoption d'actes de valeur législative, tel que notamment, le Peuple.

Le statut de la loi nationale en droit international¹⁶⁵ et spécialement en droit de l'UE¹⁶⁶ confirme bien qu'elle n'est qu'un acte comme les autres. La Cour permanente de Justice internationale jugeant de la compatibilité d'une loi polonaise avec la Convention de Genève estimait en 1926 que « les lois nationales sont de simples faits, manifestations de la volonté et de l'activité des États, au même titre que les décisions judiciaires ou les mesures administratives »¹⁶⁷. De même, selon la Cour IADH, « la législation nationale et les normes de toute nature y compris les dispositions constitutionnelles »¹⁶⁸ incorporent sans distinction la référence faite par un traité international à la notion de « loi interne ».

Si, du point de vue du principe de la séparation des pouvoirs, l'on s'accorde à ne plus dire que juger les actes de l'administration c'est encore administrer¹⁶⁹, peut-être serait-il heureux de ne

¹⁶³ A.-S. BILGE, *La responsabilité internationale des États et son application en matière d'actes législatifs*, Thèse dact., Université de Genève, 1950, 164 p.

¹⁶⁴ CE, 24 décembre 2019, *Société Paris Clichy, Société Hôtelière Paris Eiffel Suffren et M. A*, n° 425981, 425983 et 428162 ; T. DUCHARME, *La responsabilité de l'État du fait des lois déclarées contraires à la Constitution*, LGDJ, 2019, 564 p.

¹⁶⁵ A.-S. BILGE, *La responsabilité internationale des États et son application en matière d'actes législatifs*, Thèse dact., Université de Genève, 1950, pp. 66-70.

¹⁶⁶ J.-C. BONICHOT, « Les pouvoirs d'injonction du juge national pour la protection des droits conférés par l'ordre juridique communautaire. Note sous Cour de justice des Communautés européennes, 19 juin 1990 *Factortame* », *RFDA*, 1990, n° 5, p. 912 : « la loi devient un acte comme un autre et doit, au moins au regard du droit communautaire, pouvoir être contestée de la même manière que les autres actes ».

¹⁶⁷ CPIJ, 25 mai 1926, *Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute Silésie Polonaise*, Série A, n° 7, p. 19.

¹⁶⁸ CIADH, avis, 19 janvier 1984, *Modification des dispositions de la Constitution du Costa Rica relatives à la naturalisation*, Série A, n° OC-4/84, § 14.

¹⁶⁹ La formule exacte revient à Pierre-Paul Nicolas Henrion de Pensey, selon qui « juger l'administration c'est encore administrer » : P.-P. N. HENRION DE PENSEY, *De l'autorité judiciaire en France*, Théophile Barrois Père, 3^e éd., 1827.

plus considérer que juger les lois revient à légiférer¹⁷⁰. Mais, même si l'on se résout à reconnaître que la loi n'est pas pleinement un acte juridique « comme les autres », doit-on pour autant admettre, en droit, qu'elle puisse bénéficier d'une contestabilité *a priori* moindre dans les situations urgentes nées de son application ? En dehors de toute considération politique, culturelle, historique ou idéologique, juridiquement la justiciabilité des lois ne diffère pas de celle des autres actes juridiques et implique l'existence d'un contrôle juridictionnel adapté aux situations d'urgence.

C) La nécessité d'un contrôle juridictionnel des lois adapté aux situations d'urgence

60. Dans sa thèse de doctorat relative à « l'urgence en droit public », Pierre-Laurent Frier indique que « l'urgence crée une obligation bien particulière, celle où le service public doit non seulement agir, mais encore agir vite »¹⁷¹. Il est à ce propos indispensable que les garanties juridictionnelles s'adaptent à l'époque dans laquelle elles s'inscrivent et aux situations auxquelles elles peuvent être confrontées. De plus, l'effectivité de la garantie d'un droit fondamental ne s'épuise pas dans la détermination de son « contenu, et du rang qu'occupe dans la hiérarchie des normes la règle qui l'attribue. Elle dépend aussi des voies de recours qui sont ouvertes au titulaire du droit »¹⁷². Les situations particulièrement insoutenables de violations des droits fondamentaux causées par les lois les plus nocives n'intéressent pas uniquement la critique des éventuelles lenteurs ou insuffisances de la justice, mais plutôt ce qu'il convient de nommer des dénis de justice. Selon un principe historique et largement ancré dans la doctrine processualiste, « la nécessité d'entamer un procès pour avoir raison ne doit pas se retourner contre celui qui a raison »¹⁷³. L'enjeu est de taille, puisqu'en s'étant « interdit le recours à la

¹⁷⁰ Charles Eisenmann renchérisait non sans dérision que contrôler la loi n'est « pas d'avantage accomplir un acte de la fonction législative que juger de la légalité d'un règlement [...] n'est participer à l'exercice du pouvoir réglementaire ou de la fonction administrative, ou enfin juger de la régularité d'un contrat ou d'un testament n'est pas contracter ou tester » : C. EISENMANN, « Note sous CE, 6 novembre 1936, *Arrighi et Coudert* », *Daloz*, 1938, n° 3, pp. 5-6.

¹⁷¹ P.-L. FRIER, *L'urgence en droit public*, LGDJ, 1987, p. 124.

¹⁷² O. DE SHUTTER, *Fonction de juger et droits fondamentaux. Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européens*, Bruylant, 1999, p. 177.

¹⁷³ P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padoue, 1936, p. 20 : « la necessità di servirsi del processo per ottenere ragione non deve tornare a danno di chi ha ragione » cité par G. OBERTO, « La gestion de l'urgence dans le procès civil italien », *RIDC*, 2001, p. 710 et cité par C. CHAINAIS, *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droits français et italien*, Dalloz, 2007, p. 10. Dit de la même manière : G. TESAURO, Concl. présentées le 17 mai 1990 sous CJCE, 19 juin 1990, *The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame*, C-213/89, pt. 18 : « la nécessité de recourir au procès pour obtenir gain de cause ne doit pas jouer au détriment de celui qui a raison ».

justice privée, le justiciable risque d'en subir lourdement les conséquences s'il ne trouve pas une protection adaptée à la situation urgente à laquelle il est confronté »¹⁷⁴.

61. L'enjeu de cette thèse est donc d'examiner cette adaptation du contentieux juridictionnel des lois à l'urgence devant le juge des lois et celui du provisoire.

II) Le choix d'une étude sur le « juge des lois » et le « juge du provisoire »

62. Le droit processuel public interne et européen est un domaine vaste. Il aurait été vain de mener une étude sur le contentieux des lois en recoupant toutes les procédures juridictionnelles de droit public interne et européen. Il est donc apparu nécessaire de sélectionner de manière cohérente deux ensembles de procédures juridictionnelles dont l'étude se justifiait par une tendance actuelle au développement. Aussi bien en droit public interne qu'en droit de l'UE et de la CEDH, on observe une multiplication des mécanismes de renvoi préalable (A) et le développement qualitatif et quantitatif du rôle des recours juridictionnels de protection provisoire des droits fondamentaux (B).

A) La multiplication des mécanismes de renvoi préalable

63. Indéniablement, le mécanisme juridictionnel des renvois préalables se répand et connaît même un développement qui s'accélère¹⁷⁵. Au cours des vingt dernières années, on relève, concernant le renvoi préjudiciel à la CJUE, la création d'une procédure préjudicielle accélérée (entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2000) et d'une procédure préjudicielle d'urgence (entrée en vigueur le 1^{er} mars 2008). En droit interne français, la question prioritaire de constitutionnalité est entrée en vigueur le 1^{er} mars 2010 et la procédure des demandes d'avis consultatifs à la Cour EDH est entrée en vigueur le 1^{er} août 2018.

¹⁷⁴ C. CHAINAIS, *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droits français et italien*, Dalloz, 2007, p. 10.

¹⁷⁵ Sur le constat d'une « multiplication des mécanismes préjudiciels » en droit interne et européen : G. CASU, *Le renvoi préalable. Essai sur l'unification préjudicielle de l'interprétation*, LGDJ, 2016, pp. 2 et s. ; Sur le constat d'une « intensification des procédures de renvoi » : D. SIMON, « Repenser le raisonnement interprétatif : autonomie ou circulation des principes, des méthodes et des techniques, dans les rapports de systèmes », in B. BONNET (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, LGDJ, 2016, pp. 609-611. Sur le constat de la « montée en puissance des procédures incidentes » : J. FERRERO, « L'ouverture de la saisine de la Cour européenne des droits de l'homme du Protocole n° 16 au Conseil constitutionnel français : interlude dans le dialogue des juges », *RDP*, 2019, n° 4, p. 1047.

B) Le développement quantitatif et qualitatif des recours juridictionnels de protection provisoire des droits fondamentaux

64. Occupant une place centrale au sein de la première partie de cette étude, l'analyse de la procédure du référé-liberté permet d'apprécier l'accroissement quantitatif et qualitatif de son rôle dans le contentieux administratif français¹⁷⁶. Il y a à l'évidence un « engouement contemporain pour les référés »¹⁷⁷ que l'on observe depuis plus longtemps devant le juge judiciaire des référés¹⁷⁸. Mais, le constat de la « banalisation »¹⁷⁹ des référés administratifs d'urgence et l'« irrésistible ascension »¹⁸⁰ du référé-liberté est sans appel. La procédure de l'article L. 521-2 du CJA s'est d'ailleurs montrée incontournable avec la décrétation puis la prorogation de l'état d'urgence sécuritaire à partir du mois de novembre 2015¹⁸¹. À cet égard, le Conseil constitutionnel et le législateur ont affirmé à plusieurs reprises le rôle croissant de la

¹⁷⁶ Déjà en 1999, François Ost relevait qu'en droit privé et en droit administratif, « le juge des référés -juge de l'urgence- semble s'être imposé comme la juridiction normale en bien des contentieux », F. OST, *Le temps du droit*, Odile Jacob, 1999, p. 283 ; R. DRAGO, « Les droits fondamentaux entre juge administratif et juges constitutionnel et européens », *Droit Administratif*, 2004, n° 6, étude 11 ; A. BRETONNEAU et J. LESSI, « Référés : l'irrésistible ascension des référés », *AJDA*, 2014, n° 26, p. 1484 ; J.-M. SAUVE, « L'urgence devant le Conseil d'Etat : procédures, méthodes de travail et défis nouveaux », Séminaire organisé par l'Association internationale des Hautes juridictions administratives (AIHJA) : *Comment réduire les délais de jugement et accélérer les procédures devant les juridictions administratives suprêmes ?*, Varsovie, 23 septembre 2014 ; J.-M. SAUVE, « Bilan de quinze années d'urgence devant le juge administratif », *L'urgence devant le juge administratif*, 5^e édition des états généraux du droit administratif, colloque organisé par le Conseil d'État et le Conseil national des Barreaux - Maison de la chimie, 26 juin 2015.

¹⁷⁷ J. NORMAND, « Le juge unique et l'urgence » in C. BOLZE et P. PEDROT (dir.), *Les juges uniques. Dispersion ou réorganisation du contentieux ?*, Dalloz, XXI^e Colloque des Instituts d'études judiciaires, 19 et 20 mai 1995, Toulon, 1996, p. 33.

¹⁷⁸ Au début des années 80, l'on relevait l'« essor extraordinaire » des référés : R. PERROT, « L'évolution du référé », in *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 645. Dans l'ordre judiciaire, il était relevé au début des années 90, « la place prééminente » du juge du provisoire : P. LAURENT, « Le juge national, juge communautaire des référés », *Gaz. Pal.*, 1992, n° 1, doct., p. 227 ; J. NORMAND, « Les fonctions des référés », in J. VAN COMPERNOLLE et G. TARZIA (dir.), *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien. Étude de droit comparé*, Bruylant, 1998, p. 86 ; Philippe Théry évoque l'expansion considérable du juge judiciaire des référés : P. THÉRY, « La justice entre l'exigence de la durée et la contrainte de l'urgence », *Droits*, 1999, n° 30, p. 92 ; Jacques Normand fait référence au « recours intensif » et à l'« extraordinaire essor » du référé : J. NORMAND, « Les facteurs d'accélération de la procédure civile », in *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à Pierre Drai*, Dalloz, 2000, p. 430 ; Sur l'essor « considérable pour ne point dire spectaculaire » du juge belge des référés : J. VAN COMPERNOLLE, « Propos sur la juridiction des référés en droit belge », in *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à Pierre Drai*, Dalloz, 2000, pp. 473-474.

¹⁷⁹ F. MODERNE, « Premier bilan de la réforme des procédures d'urgence dans le contentieux administratif. Rapport de synthèse : vers la banalisation des procédures d'urgence », *RFDA*, 2007, n° 1, p. 91 ; B. STIRN, « Le point de vue du juge », *RFDA*, 2021, n° 4, p. 649.

¹⁸⁰ A. BRETONNEAU et J. LESSI, « Référés : l'irrésistible ascension », *AJDA*, 2014, n° 26, p. 1484.

¹⁸¹ S. HENNETTE-VAUCHEZ, S. SLAMA et alii, « L'état d'urgence au prisme du contentieux ; analyse transversale de corpus », in S. HENNETTE-VAUCHEZ (dir.), *Ce qui reste(ra) toujours de l'urgence*, Institut Universitaire Varenne, 2018, pp. 233-339, spec. p. 301.

procédure du référé-liberté dans le contrôle des mesures prises au titre de la loi relative à l'état d'urgence sécuritaire. De même, dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, le Conseil d'État a été saisi de pas moins de 208 requêtes en référés en seulement trois mois, dès l'entrée en vigueur des premières mesures de lutte contre l'épidémie de la Covid-19. Durant l'année 2020, devant le Conseil d'État, 840 référés sur 1 208 ont concerné des mesures relatives à la Covid-19¹⁸². Concernant spécifiquement les référés jugés en premier ressort par le Conseil d'État en 2020, ils sont au total six fois plus élevés par rapport à l'année précédente¹⁸³. Ce rôle croissant du juge du référé-liberté peut trouver une explication liée à la réduction à portion congrue du champ de la voie de fait¹⁸⁴.

65. Du côté européen, la doctrine est tout aussi unanime à s'accorder sur l'« influence grandissante »¹⁸⁵ et le « vif succès »¹⁸⁶ de la procédure des mesures provisoires devant la Cour EDH et la Cour IADH¹⁸⁷. Le président de la juridiction européenne des droits de l'Homme de l'époque, Jean-Paul Costa, dévoilait qu'entre 2006 et 2010, la Cour EDH s'est trouvée confrontée à une hausse de plus de 4 000 % du nombre de saisines de la Cour en indication de mesures provisoires sur le fondement de l'article 39 du règlement de procédure¹⁸⁸. Pour sa part, Guillaume Le Floch relève « un recours accru [des personnes physiques] à l'urgence » devant les juridictions internationales¹⁸⁹ et spécialement au juge international du provisoire¹⁹⁰. L'auteur avance comme explication de ce constat, que les personnes physiques justiciables sont mues par une volonté de « court-circuiter » les procédures juridictionnelles nationales en cours.

¹⁸² CE, *Activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives en 2020*, La documentation française, 2021, p. 17.

¹⁸³ Plus précisément, l'augmentation est de 570 %.

¹⁸⁴ TC, 17 juin 2013, *M. Bergoend c. Société ERDF Annecy Léman*, n° 3911 ; CE, ord., 23 janvier 2013, *Commune de Chirongui*, n° 365262, consid. 6.

¹⁸⁵ C. BOYER-CAPELLE, « L'influence renouvelée de la Cour européenne des droits de l'homme dans le domaine des mesures provisoires et l'office du juge administratif français », *RDP*, 2011, n° 2, p. 321 ; Voir également : M. DE SALVIA, « La pratique de la Cour européenne des droits de l'homme relative aux mesures provisoires », in G. COHEN-JONATHAN et J.-F. FLAUSS (dir.), *Mesures conservatoires et droits fondamentaux*, Bruylant, 2005, p. 193.

¹⁸⁶ S. SLAMA, « Plaidoyer pour l'instauration d'une procédure d'examen des questions prioritaires de constitutionnalité en urgence », *CRDF*, 2011, n° 9, p. 56.

¹⁸⁷ A. A. CANÇADO TRINDADE, « Les mesures provisoires de protection dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme », in G. COHEN-JONATHAN et J.-F. FLAUSS (dir.), *Mesures conservatoires et droits fondamentaux*, Bruylant, 2005, p. 161 ; L. BURGORGUE LARSEN et A. UBEDA DE TORRES, *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, Bruylant, 2008, p. 215 et s.

¹⁸⁸ La Cour était saisie de 112 demandes en 2006 contre 4 786 en 2010 : CEDH, « Déclaration du Président de la Cour européenne des droits de l'homme concernant les demandes de mesures provisoires », 11 février 2011, p. 1 ; Voir également : Communiqué de presse du greffier de la Cour, 14 février 2011, n° 127, p. 1 : « Devant "l'augmentation alarmante" du nombre de demandes de mesures provisoires dans les affaires d'expulsion, la Cour européenne exhorte les Gouvernements, les requérants et leurs avocats à coopérer pleinement avec elle ».

¹⁸⁹ G. LE FLOCH, *L'urgence devant les juridictions internationales*, A. Pedone, 2008, pp. 257 et s.

¹⁹⁰ G. LE FLOCH, *L'urgence devant les juridictions internationales*, *op. cit.*, pp. 298 et s.

En tout état de cause, de manière générale, « si le provisoire séduit c'est parce qu'il n'est pas provisoire, ou du moins parce qu'il peut ne pas l'être »¹⁹¹. L'on doit aussi et surtout ajouter que l'encombrement du prétoire de certaines juridictions statuant au fond, dont la Cour EDH fait partie, n'est sans doute pas anodin dans le traitement croissant de contentieux au titre de la procédure des mesures provisoires.

III) Considérations méthodologiques

66. Au-delà d'une description axiologiquement neutre des règles processuelles en matière de contrôle des lois dans les situations d'urgence, il est opportun de porter une appréciation sur l'application effective et l'efficacité des techniques de contrôle des lois dans les situations urgentes de violation des droits fondamentaux. Il ne s'agit pas dans cette entreprise de mesurer quels sont les standards maximums de protection des droits fondamentaux sur un plan substantiel, mais bien de mesurer l'existence d'une garantie optimale des droits fondamentaux sur un plan procédural. Par ailleurs, dans une démarche propositionnelle et prospective, il apparaît utile d'interroger les perspectives et probabilités futures d'évolution de ce type de contentieux.

67. Il y a lieu de signaler que les procédures juridictionnelles entrant dans notre champ de recherches n'auront pas toutes le même apport dans cette étude. Cette différence de prise en compte est dénuée de toute appréciation qualitative mais réside uniquement dans l'existence récente et quantitativement faible de certaines procédures ou jurisprudences. À cela s'ajoute le fait que la Cour EDH ne publie pas les décisions qu'elle adopte sur le fondement de l'article 39 de son règlement de procédure. La décision de rejeter ou d'accorder une demande de mesure provisoire ne fait l'objet que d'un communiqué de presse du greffe de la Cour. Cet état de fait n'entame en rien l'ambition scientifique de l'étude. Elle s'en trouve mécaniquement facilitée car cette réalité implique de traiter moins de matière. Un échantillon jurisprudentiel quantitativement limité ainsi qu'une consécration lacunaire voire inexistante des procédures par des textes juridiques peuvent néanmoins se révéler piégeux. Il peut en effet être risqué de systématiser de manière trop hâtive un droit récent ou faiblement appliqué. Toutes ces raisons nous conduiront bien souvent à sonder l'implicite, l'inhérent mais aussi l'essence des garanties

¹⁹¹ C. CHAINAIS, *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droits français et italien*, Dalloz, 2007, p. 40.

juridictionnelles étudiées.

68. Habituellement, le sous-titre d'une thèse spécifie le champ ou la méthode de la recherche. Le contentieux des lois dans l'urgence sera étudié au prisme de la méthode du droit processuel insérée dans le champ du droit public interne, de l'UE et de la CEDH (A). Sans constituer une étude de droit comparé, il est nécessaire de préciser que, dans une optique d'« information comparative », nous ferons référence aux droits étrangers et à différentes cours internationales (B).

A) Le droit processuel public interne et européen

69. Le droit processuel correspond aux règles fondamentales communes du procès. Mais, sans totalement écarter ces questions, le droit processuel est mobilisé dans cette thèse, dans le sens qu'il lui a été initialement donné par Henri Motulsky, c'est-à-dire en tant que méthode de conduite d'une recherche de droit comparé des procédures (1) insérée dans le champ des contentieux publics interne et européens (2).

1) La méthode du droit processuel

70. À l'instar de toute étude de droit processuel public, il est de coutume de faire une brève présentation de ce qu'était le droit processuel¹⁹², de ce qu'il est devenu dans son acception contemporaine¹⁹³ avant de définir le sens qu'on lui donne dans le cadre de la recherche menée. Historiquement, la méthode du droit processuel consiste dans l'établissement du droit *commun* des standards du procès et notamment de ses garanties fondamentales et du droit *comparé* des procédures internes classiques de contentieux pénal, civil et administratif.

¹⁹² La genèse de la formulation « droit processuel » est à chercher dans les écrits doctrinaux d'un pays qui fait figure de pionnier en matière de recherches sur le droit du procès : l'Italie. C'est sous la plume de Giuseppe Chiovenda que la science du procès naquit sous le nom de *diritto processuale*. Par la suite, Henri Vizioz importe en France cette terminologie : H. VIZIOZ, « Observations sur l'étude de la procédure civile », *Revue générale du Droit, de la Législation et de la Jurisprudence en France et à l'Étranger*, 1927, p. 171, réédité de manière posthume : H. VIZIOZ, *Études de procédure*, Bière, 1956, p. 19. Ce n'est qu'avec les écrits d'Henri Motulsky que le terme se diffuse dans la doctrine française : H. MOTULSKY, *Droit processuel*, Montchrestien, 1973, 294 p.

¹⁹³ Depuis quelques décennies, et précisément depuis l'enracinement des cours européennes et constitutionnelles, le véritable apport du droit processuel n'est plus la comparaison des procédures internes classiques, mais leur confrontation avec les procédures juridictionnelles internationales et constitutionnelles et leurs exigences en matière de garanties fondamentales au cours des procès. Voir les éditions du précis : S. GUINCHARD, *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*, Dalloz.

Dans cette recherche de droit processuel, il a fallu rassembler des procédures qui ont une fonction commune pour ensuite les comparer afin de traiter la question de la confrontation de l'urgence au contentieux des lois. Mais, une étude de droit processuel ne se limite pas aux pures règles de procédure *stricto sensu*. En plus, des considérations de stricte technicité procédurale relatives au processus juridictionnel constitué de la succession des étapes, depuis la saisine d'un juge, jusqu'au rendu d'une décision, il convient de s'intéresser à l'étude de l'office du juge et de l'essence de sa fonction pour comprendre le champ de ses compétences et de ses pouvoirs en matière de traitement du contentieux des lois dans les situations d'urgence.

71. Nous n'évoquerons pas, ou seulement de manière brève, les problématiques liées à l'organisation interne des juridictions. En ce sens, il n'est pas du ressort de cette étude de questionner l'engorgement des prétoires, le manque évident de moyens matériels et humains¹⁹⁴, et les contraintes linguistiques de traduction devant les juges européens.

2) Le champ du droit public interne et européen

72. **Le développement du pluralisme juridique.** Le développement du pluralisme juridique se caractérise par une augmentation du nombre des ordres juridiques dans lesquels le droit est fabriqué et appliqué¹⁹⁵. Ce mouvement contemporain se traduit par une multiplication des sources normatives et des garanties juridictionnelles des droits fondamentaux. Il en résulte par conséquent une pluralité des sources du droit applicables à un litige donné et des juges devant lesquels celui-ci peut être porté. Aujourd'hui, un justiciable soutenant qu'une loi porte atteinte à ses droits fondamentaux peut contester cet acte, successivement ou simultanément, devant plusieurs juridictions nationales, européennes voire onusiennes. Ce phénomène, qui découle d'une multiplication des systèmes juridiques et donc de leurs interactions, peut contribuer à renforcer la protection des droits fondamentaux en multipliant les possibilités de soumettre une situation litigieuse à un contrôle juridictionnel. Si la lisibilité n'est pas toujours

¹⁹⁴ En dépit du fait que le nerf de la guerre réside précisément dans les moyens humains, financiers et matériels dévolus aux juridictions.

¹⁹⁵ Pour une vision d'ensemble des différents sens donnés au « pluralisme juridique » : M. VAN DE KERCHOVE et F. OST, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Facultés Universitaires Saint-Louis Bruxelles, 2002, p. 185-186.

au rendez-vous, il est incontestable que « la cause des libertés ne peut que gagner à la multiplication des procédures de contrôle »¹⁹⁶.

73. Les garanties juridictionnelles internationales comme palliatif aux carences internes. À l'heure d'une mise en avant du principe de subsidiarité¹⁹⁷ et dans un contexte de multiplication et de concurrence des voies juridictionnelles de protection en urgence des droits fondamentaux, il apparaît nécessaire de revisiter la question de la compétence du juge international de contrôler la loi nationale, précisément lorsqu'il est soumis à une demande urgente du justiciable. Par ailleurs, chaque technique de contrôle des lois a ses lacunes procédurales et chaque juge est limité par le champ de son office. De ces considérations, un intérêt tout particulier à l'étude des garanties juridictionnelles internationales émerge du fait que certaines lois sont insusceptibles de recours en droit interne. Il en va ainsi des mesures législatives présidentielles prises au titre de l'article 16 de la Constitution qui sont insusceptibles de contrôle juridictionnel tant devant le Conseil d'État¹⁹⁸ que devant le Conseil constitutionnel puisqu'elles ne sont pas des lois parlementaires¹⁹⁹. En application de l'alinéa 3 de l'article 16 de la Constitution, la compétence du juge de la rue de Montpensier se borne au rendu de simples avis qui ne font l'objet d'aucune mesure de publication et sont dépourvus de force obligatoire. Il y a également lieu d'évoquer l'incompétence du Conseil constitutionnel en matière de contrôle des lois ordinaires « adoptées par le Peuple à la suite d'un référendum »²⁰⁰. En revanche, de manière implicite, le Conseil d'État n'a pas fait sienne la jurisprudence de son voisin du Palais Royal en matière de contrôle des lois référendaires ordinaires²⁰¹. Il est donc

¹⁹⁶ P. WACHSMANN, « Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme », in *L'homme et le droit. En hommage au professeur Jean-François Flauss*, A. PEDONE, 2014, p. 814.

¹⁹⁷ Spécialement dans le mécanisme européen de protection des droits de l'homme avec l'article 1 du Protocole n° 15 portant amendement à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

¹⁹⁸ CE, ass., 2 mars 1962, *Rubin de Servens e. a.*, n° 55049 et 55055. Dans l'hypothèse, où le Président de la République serait amené à prendre des mesures législatives sur le fondement de l'article 16 de la Constitution, il y a fort à parier que le Conseil d'État saisi d'une exception d'inconventionnalité internationale exerce un tel contrôle.

¹⁹⁹ *A priori*, rien ne semble empêcher qu'une QPC puisse être renvoyée au Conseil constitutionnel sur une mesure présidentielle prise au titre de l'article 16 de la Constitution.

²⁰⁰ CC, décision n° 62-20 DC, 6 novembre 1962, *Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962*, consid. 2 ; CC, décision n° 92-313 DC, 23 septembre 1992, *Loi autorisant la ratification du traité sur l'Union européenne*, consid. 5 ; CC, décision n° 2014-392 QPC, 25 avril 2014, *Province Sud de Nouvelle-Calédonie. [Loi adoptée par référendum - Droit du travail en Nouvelle-Calédonie]*, consid. 8.

²⁰¹ CE, ass., 30 octobre 1998, *M. Sarran, M. Levacher e. a.*, n° 200286 et 200287. Selon Jean-François Flauss, « le Conseil d'État ne se reconnaît-il pas expressément compétent pour exercer un tel contrôle [de conventionnalité des lois référendaires], mais la rédaction de sa décision est exempte de toute ambiguïté » : J.-F. FLAUSS, « Contrôle de conventionnalité et contrôle de constitutionnalité devant le juge administratif. Note sous CE, Ass., 30 octobre 1998, *MM. Sarran et Levacher et autres* », *RDP*, 1999, n° 3, p. 932.

intéressant de vérifier si les voies de droit internationales accessibles aux justiciables de manière subsidiaire reproduisent ou corrigent ces lacunes processuelles de droit interne.

74. Les mouvements d'influence procédurale. La confrontation des garanties juridictionnelles de droit public interne et européen apporte quelques éléments d'appréciation des influences et interactions réciproques entre les différents systèmes juridictionnels en matière de réception de l'urgence et de techniques de contrôle des lois. Ces phénomènes d'influences ou d'imitations relèvent de ressorts discrétionnaires et se manifestent sur le plan intraétatique ou dans une dynamique de référence extra-systémique, c'est-à-dire dans une circulation à double sens entre procédures internes et européennes mais aussi entre juridictions européennes elles-mêmes.

Les mouvements d'influences des règles de procédure entre les juridictions internationales et les juridictions internes sont notamment provoqués par le fait que l'effectivité des droits fondamentaux consacrés par les droits européens et le droit international est substantiellement tributaire de la qualité des règles processuelles internes ouvertes aux justiciables. En effet, il s'avère qu'en matière processuelle, les juridictions internes jouissent d'une autonomie relative ; elles ne peuvent affecter drastiquement la garantie juridictionnelle des droits fondamentaux européens et internationaux. Toute règle de procédure allant à l'encontre de cette garantie doit donc pouvoir être écartée.

B) Le recours à l' « information comparative »

75. De manière accessoire et non systématique, des références aux droits étrangers ainsi qu'à des procédures internes et internationales écartées du champ convenu de l'étude, s'avèreront nécessaires. Cela pourra être utile, notamment, pour éclairer ou appuyer certains développements ou propositions. La thèse ne revendique par conséquent aucune prétention à la qualification d'étude de droit comparé. Il s'agit d'une simple mobilisation opportune de droits étrangers ou de procédures extérieures au champ de recherches au service d'une « information comparée ». Il n'en demeure pas moins nécessaire de présenter et de justifier celles qui interviendront avec le plus d'occurrences.

76. Le référé-suspension de l'article L. 521-1 du code de justice administrative²⁰². Il apparaîtra fréquemment utile d'intégrer l'étude de la procédure du référé-suspension prévue à l'article L. 521-1 alinéa 1 du CJA principalement au regard du fait qu'elle a la même fonction que le référé-liberté, à savoir le contrôle de la légalité des actes administratifs²⁰³ dans les situations d'urgence²⁰⁴. L'intérêt d'intégrer l'étude du référé-suspension à celle du référé-liberté tient également au fait que leurs jurisprudences en matière de contentieux des lois par voie d'exception et sur renvoi sont quasiment identiques et ont vocation à s'appliquer à l'ensemble des procédures du Livre V du code de justice administrative. À propos de la fameuse jurisprudence *Carminati*²⁰⁵, Rony Abraham a d'ailleurs pu écrire en ce sens que « l'office du juge des référés est considéré, pour les besoins de cette jurisprudence, comme suffisamment homogène »²⁰⁶.

77. Les référés judiciaires des articles 808 à 809 alinéa 2 du code de procédure civile. Il sera principalement fait référence au référé de l'article 809 alinéa 1 du CPC²⁰⁷ mais également, à titre subsidiaire, à ceux de l'article 808 alinéas 1 et 2 du CPC. L'étude de ce juge judiciaire est intéressante à deux titres. Il peut tout d'abord intervenir sur des voies de fait, donc sur des situations contentieuses identiques à celles que peut connaître le juge du référé-liberté²⁰⁸. D'autre part, l'étude du contentieux des lois devant le juge civil des référés est

²⁰² Article L. 521-1 alinéa 1 du CJA : « Quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision » ; Voir : A. SAYEDE HUSSEIN, *Le juge administratif, juge du référé suspension. Douze ans de mutations juridictionnelles et jurisprudentielles*, PUAM, 2014, 534 p.

²⁰³ La différence entre l'office du juge du référé-suspension et celui du juge du référé-liberté réside dans l'intensité du contrôle de légalité. Voir : P. CASSIA, « L'examen de la légalité en référé-suspension et en référé-liberté », *RFDA*, 2007, n° 1, pp. 45-57. Le premier juge lorsqu' y a un « doute sérieux sur la légalité » d'une décision administrative et le second lorsqu'une même décision apparaît comme « manifestement illégale ».

²⁰⁴ L'urgence du référé-liberté étant plus stricte que celle sur le référé-suspension. CE, ord., 28 février 2003, *Commune de Pertuis*, n° 254411 : « Considérant qu'en distinguant les deux procédures ainsi prévues par les articles L. 521-1 et L. 521-2 le législateur a entendu répondre à des situations différentes ; que les conditions auxquelles est subordonnée l'application de ces dispositions ne sont pas les mêmes, non plus que les pouvoirs dont dispose le juge des référés ».

²⁰⁵ CE, 6^e et 4^e SSR, 30 décembre 2002, *Ministre de l'Aménagement du territoire et de l'environnement c. M. Carminati*, n° 240430.

²⁰⁶ R. ABRAHAM, « L'application des traités internationaux et l'office du juge des référés administratifs », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle, Juger l'administration, administrer la justice*, Dalloz, 2007, p. 7.

²⁰⁷ « Le président peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite ».

²⁰⁸ Selon l'ordonnance *Commune de Chirongui*, quand bien même le juge judiciaire serait compétent en matière de voie de fait, le juge du référé-liberté l'est aussi : CE, ord., 23 janvier 2013, *Commune de Chirongui*, n° 365262, consid. 6.

éclairant car c'est principalement au début des années 1980 qu'il s'est retrouvé dans un engrenage contentieux de contestation, notamment des lois de limitation des prix du livre²⁰⁹ et d'interdiction de la vente de cassettes²¹⁰ par rapport au droit communautaire.

78. Les questions préjudicielles. Les questions préjudicielles sont une catégorie de mécanismes différente de celle des renvois préalables. Elles se distinguent par leur essence qui tient au respect des règles de compétences exclusives entre les ordres juridictionnels administratif et judiciaire et entre les juridictions de l'ordre juridictionnel judiciaire. Les premières sont dites « générales » et les secondes sont qualifiées de questions préjudicielles « spéciales ». Lorsqu'à l'occasion d'une instance en cours, une question accessoire au litige se révèle ressortir de la compétence exclusive d'une autre juridiction, celle qui est initialement saisie renvoie une question préjudicielle à la juridiction seule compétente pour connaître du point litigieux²¹¹.

Ce type de mécanisme emprunte la même technique procédurale de renvoi d'une question d'un juge vers un autre et c'est à ce titre que les questions préjudicielles intéressent notre recherche. Un regard sera donc porté sur la prise en compte des situations d'urgence par ces procédures.

79. Les renvois à la Cour de cassation et au Tribunal des conflits. La procédure des demandes d'avis contentieux à la Cour de cassation²¹² est la fille de celle des demandes d'avis contentieux au Conseil d'État et au Tribunal des conflits²¹³. Ces trois procédures sont des espèces qui appartiennent au genre des renvois préalables. Mais l'examen de la procédure de demande d'avis contentieux à la Cour de cassation ne saurait intégrer le champ direct de cette étude puisqu'elle n'est pas une procédure contentieuse de droit public. Par ailleurs, la même

²⁰⁹ Loi n° 81-766 du 10 août 1981 relative au prix du livre.

²¹⁰ Loi n° 86-652 du 29 juillet 1982 relative à la protection de l'industrie cinématographique française.

²¹¹ Voir notamment : G. CASU, *Le renvoi préalable. Essai sur l'unification préjudicielle de l'interprétation*, LGDJ, 2016, p. 181 et s.

²¹² Article L. 441-1 alinéa 1 du code de l'organisation judiciaire : « Avant de statuer sur une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, les juridictions de l'ordre judiciaire peuvent, par une décision non susceptible de recours, solliciter l'avis de la Cour de cassation ».

Il est ajouté à l'alinéa suivant, une procédure similaire spécifiquement pour les questions relatives à l'interprétation d'une convention ou d'un accord collectif. En effet, les juridictions de l'ordre judiciaire « peuvent, dans les mêmes conditions, solliciter l'avis de la commission paritaire mentionnée à l'article L. 2232-9 du code du travail ou de la Cour de cassation avant de statuer sur l'interprétation d'une convention ou d'un accord collectif présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges ».

²¹³ Article 35 alinéa 1 du décret n° 2015-233 du 27 février 2015 relatif au Tribunal des conflits et aux questions préjudicielles : « Lorsqu'une juridiction est saisie d'un litige qui présente à juger, soit sur l'action introduite, soit sur une exception, une question de compétence soulevant une difficulté sérieuse et mettant en jeu la séparation des ordres de juridiction, elle peut, par une décision motivée qui n'est susceptible d'aucun recours, renvoyer au Tribunal des conflits le soin de décider sur cette question de compétence ».

exclusion doit prévaloir pour la procédure de renvoi au Tribunal des conflits. En effet, elle ne peut avoir pour objet le contrôle des lois par rapports aux droits fondamentaux puisqu'elle a pour seule fonction d'unifier les règles de compétence entre les deux ordres juridictionnels français. Toutefois, de manière extrêmement rare, il est à noter que le Tribunal des conflits a pu être amené à se prononcer sur le bien-fondé des moyens d'une partie, tirés de l'inconventionnalité d'une loi ayant pour objet de désigner l'ordre juridictionnel compétent pour statuer sur un litige²¹⁴.

80. La Cour interaméricaine des droits l'Homme. Le contentieux devant la Cour IADH constitue un véritable « *modèle de référence* »²¹⁵ pour la Cour EDH. Cela se vérifie spécialement en matière de pouvoir d'ordonner des mesures provisoires. Il y a tout lieu de croire qu'il puisse en aller de même en matière de compétence consultative. C'est à ce titre que la jurisprudence de la Cour IADH et les règles processuelles applicables devant elle seront mobilisées pour appréhender les procédures en indication de mesure provisoire et celle des demandes d'avis consultatifs à la Cour EDH.

81. Le droit étranger. Certains États étrangers partagent des procédures de référés administratifs d'urgence²¹⁶ et de contrôle de constitutionnalité sur renvoi²¹⁷ comparables à ceux de la France. L'étude des règles de procédure qui les régissent permettront à bien des égards d'éclairer la compréhension des procédures françaises et de servir de modèles de référence pour l'établissement de propositions de modifications ou de créations de nouvelles règles de procédures.

IV) Problématiques

²¹⁴ Le Tribunal des conflits a ainsi pu contrôler la compatibilité de l'article 10 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 avec l'article 6 de la Conv. EDH : TC, 13 décembre 2010, *SNC Green Yellow e. a. c. EDF*, n° 3800.

²¹⁵ L. BURGORGUE LARSEN et A. UBEDA DE TORRES, *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, Bruylant, 2008, p. 217. C'est l'auteur qui souligne.

²¹⁶ O. GOHIN (dir.), *Les procédures d'urgence : approche comparative*, Panthéon Assas, 2008, 219 p. ; D. LE PRADO (dir.), *Les procédures d'urgence devant les juges de l'administration. Étude comparative*, Société de législation comparée, 2015, 178 p.

²¹⁷ M. FATIN-ROUGE STEFANINI, « La question préjudicielle de constitutionnalité : étude du projet français au regard du droit comparé », in *AIJC*, Economica-PUAM, vol. XXIII-2007, 2008, pp. 13-23 ; J.-J. PARDINI, « Question prioritaire de constitutionnalité et question incidente de constitutionnalité italienne : *ab origine fidelis* », *Pouvoirs*, 2011, n° 137, pp. 101-122 ; P. BON, T. DI MANNO et L. GAY (dir.), *La QPC vue du droit comparé : le contrôle de constitutionnalité sur renvoi du juge ordinaire en France, Espagne et Italie*, Mission de recherche Droit et justice, 2013, 510 p. ; T. SANTOLINI, « La question prioritaire de constitutionnalité au regard du droit comparé », *RFDC*, 2013, n° 93, pp. 83-105.

82. La recherche menée dans le cadre de la présente thèse porte, au moins pour moitié, sur le contentieux des lois. Une telle thématique de recherches, lorsqu'elle se confronte à celle de l'urgence, renouvelle avec une acuité particulière deux problématiques redoutables et infinies relatives à la légitimité du juge et à la qualité de ses décisions. Parce qu'elles sont ainsi, nous choisissons de les évoquer sans pour autant les approfondir (A). En revanche, nous développerons, dans un cadre purement processuel, une problématique centrée sur la confrontation de l'urgence et du contentieux *a posteriori* de la conformité des lois aux droits fondamentaux (B).

A) Les problématiques écartées

83. Une étude sur l'urgence et le contentieux des lois soulève inévitablement des questions liées à la légitimité du juge et à la qualité de ses décisions. Il y a une contradiction flagrante entre d'une part, le temps nécessaire à la qualité et à la légitimité des décisions juridictionnelles rendues en matière de contrôle des lois et, d'autre part, l'exigence de traitement urgent des situations les plus insoutenables de violation des droits fondamentaux.

84. **La légitimité du juge.** De manière récurrente, une recherche sur le contentieux des lois implique des considérations relatives à la légitimité du juge à contrôler l'expression de la volonté générale, de surcroît lorsqu'il doit le faire toutes affaires cessantes. Afin de saisir cette tension, il faut considérer deux éléments concernant les lois françaises en vigueur. Tout d'abord, par l'intermédiaire de la voix des membres de la représentation nationale, les lois constituent l'expression de la volonté générale. D'autre part, l'existence des lois est l'aboutissement d'un processus législatif long et complexe censé favoriser leur qualité et le caractère démocratique de leur élaboration. C'est quand on a suffisamment pesé le poids de cette composante de notre démocratie que l'on peut s'interroger sur la légitimité d'un juge non élu (qu'il soit d'ailleurs français ou même encore qu'il siège au sein d'une juridiction internationale) à contrôler et éventuellement à censurer une loi au terme d'une procédure conduite à la hâte et selon un formalisme abrégé.

85. L'objet de notre thèse n'est pas de questionner la légitimité du contrôle des lois par le juge et de trancher cette problématique commune à tout système de séparation des pouvoirs.

Tout au plus, cette question sera abordée sur le point de savoir si le contrôle urgent des lois est une limite ou au contraire un élément favorisant la légitimité du censeur des lois. À ce propos nous partageons l'idée qui revient à considérer qu' « agir dans l'urgence apparaît comme une condition de crédibilité voire même de légitimité »²¹⁸ et qu' « en dépit de tous les inconvénients du traitement en urgence du contentieux, les juridictions qui l'appliquent gagnent en légitimité et confortent l'idée même de droit »²¹⁹.

86. Il y a une ambivalence tenace dans cette problématique. D'un côté, il s'agirait de savoir ce qui justifierait qu'un juge puisse légitimement refuser de contrôler dans l'urgence une loi applicable à un litige soumis à sa juridiction dont la conformité aux droits fondamentaux serait douteuse. D'un autre côté, quelle est la légitimité d'un juge qui écarte l'expression de la volonté générale au cours d'un procès conduit au terme de garanties procédurales limitées et d'un formalisé épuré ? Même si, au vu du nombre d'écrits sur le sujet, il est très minoritaire de considérer que la question de la légitimité du juge est un non-objet pour les juristes, cette position permet d'écarter le traitement de cette problématique. Par conséquent, seules nous intéressent, du point de vue de la science juridique, les questions relatives à l'existence, l'organisation et le fonctionnement des procédures juridictionnelles ainsi qu'aux champs de compétences et des pouvoirs qu'elles donnent aux juges en matière de contentieux des lois dans les situations d'urgence.

87. La qualité des décisions de justice. Il y a une tension nette entre les exigences de rapidité et de qualité des décisions de justice. En effet, une décision juridictionnelle est largement le résultat de la succession d'étapes procédurales additionnées au respect de garanties procédurales fondamentales. Si la procédure de jugement impose au juge de se prononcer dans un délai très court ainsi qu'avec des garanties procédurales restreintes, alors le risque de rendre une décision entachée d'arbitraire²²⁰ ou de qualité moindre se trouve renforcé. Puisqu'il est indéniable que « tout ne cède pas devant l'urgence et [que] le juge ne peut faire vite qu'à

²¹⁸ N. AUBERT, « Le sens de l'urgence », *Sciences de la société*, 1998, n° 44, p. 30. Yves Gaudemet considère que « l'existence de procédures d'urgence accessibles, adaptées, efficaces, est une condition absolue de la crédibilité du juge » : Y. GAUDEMET, « Crise du juge et contentieux administratif français », in *La crise du juge*, LGDJ, 1996, p. 93.

²¹⁹ J.-F. LACHAUME, « Les stratégies de l'urgence et la réponse juridictionnelle », *LPA*, 2001, n° 52, p. 18.

²²⁰ Pour un magistrat, l'urgence « renforce [...] les sentiments d'émotion au détriment de la raison » : F. RUELLAN, « Le juge et l'urgence », *Les cahiers de la sécurité intérieure*, 1995, n° 22, p. 48. Aussi, selon Rostane Mehdi, « tout contribue à condamner les excès d'une justice qui se montrerait hâtive, car la précipitation ne peut que déboucher sur l'arbitraire » : R. MEHDI, « Le droit communautaire et les pouvoirs du juge national de l'urgence (quelques enseignements d'une jurisprudence récente) », *RTDE*, 1996, n° 1, p. 77.

condition de pouvoir bien faire »²²¹, juger rapidement ne peut être synonyme de justice expéditive. Innombrables sont les auteurs à louer les vertus du temps sur la qualité des décisions de justice, mais tout aussi nombreux sont ceux qui en critiquent la lenteur excessive. C'est une problématique commune et incontournable à toute étude de droit processuel. Si l'on ne saurait avoir la prétention de trouver la recette pour juger « vite et bien », c'est tout de même une certaine qualité de la justice des lois dans l'urgence qui sera évaluée.

B) La problématique retenue

88. Une tension fait inévitablement surface lorsque le juge se trouve confronté à l'urgence. Cette tension c'est celle qui existe entre l'efficacité du fonctionnement de la justice et l'impérieuse nécessité de garantir une protection juridictionnelle efficace des droits fondamentaux. Du fait de la fonction dérogatoire de l'urgence, les règles normales de compétences et de pouvoirs régissant les procédures juridictionnelles se trouvent adaptées voire écartées.

Le texte britannique historique de consécration des droits de l'Homme enjoignant de ne point refuser ou différer le droit ou la justice²²² alimente la formation de notre hypothèse. Notre intuition première serait en effet de considérer que face à des lois sévèrement douteuses, d'une part, le juge du provisoire statuant dans le cadre de recours d'urgence refuse de juger les lois et que, d'autre part, le juge des lois, confronté à des situations d'urgence, diffère dans le temps la justice. Cela revient à savoir s'il existe des cas dans lesquels le juge, confronté à une situation d'urgence née de l'application d'une loi, différerait ou refuserait d'assurer une protection juridictionnelle des droits fondamentaux et le respect du droit. Y-a-t-il des « zones de non-droit » dans lesquelles la loi peut, lorsqu'elle est contestée devant un juge dans une situation d'urgence, se soustraire, au moins temporairement, à tout examen du respect des droits fondamentaux ? En cas d'atteinte législative, les droits fondamentaux bénéficient-ils d'une justiciabilité immédiate devant le juge du provisoire et celui des lois ?

La problématique générale de ce sujet est donc de savoir dans quelle mesure le contrôle juridictionnel des lois se lie à l'urgence de situations d'atteintes aux droits fondamentaux. Exprimée simplement, la problématique de cette thèse consiste à établir, du point de vue du droit processuel, les rapports entre les situations urgentes d'atteintes aux droits fondamentaux

²²¹ A. BRETONNEAU et J. LESSI, « Référés : l'irrésistible ascension », *AJDA*, 2014, n° 26, p. 1484.

²²² *Magna Carta*, 1215, § 40 : « [...] nous ne refuserons ou ne différerons pas le droit ou la justice ».

et le contrôle des lois par le juge du provisoire et celui des lois. L'étude ne vise donc pas à établir le contenu de l'urgence et de ses causes, mais de savoir quels sont les *effets* issus de la fonction dérogatoire de l'urgence sur le contentieux des lois ?

On se demande donc premièrement si le juge du provisoire est un juge du droit ou plus précisément un juge des lois. Entre-t-il dans les compétences du juge du provisoire de connaître d'un moyen tiré de la contrariété d'une loi par rapport aux droits fondamentaux ?

On s'interroge ensuite sur le point de savoir si le juge de l'unification préjudicielle de l'interprétation du droit, c'est-à-dire le juge *ad quem* des procédures de renvoi préalable, peut aussi être un juge de l'urgence ? Dit simplement, le juge des lois peut-il se contenter de repousser le jugement des violations des droits fondamentaux les plus insoutenables ou doit-il être en mesure d'agir en temps utile et de disposer de pouvoirs permettant de les prévenir ou de les suspendre ?

En résumé, le contentieux des lois dans les situations d'urgence peut-il se conjuguer avec les fonctions juridictionnelles de protéger provisoirement les droits fondamentaux et d'unifier l'interprétation du droit supra-législatif ? Non seulement *le contentieux des lois peut s'accorder avec les situations d'urgence, mais aussi il le doit.*

V) Justification du plan

89. Les recours d'urgence de protection provisoire des droits fondamentaux et le mécanisme du renvoi préalable suivent un schéma évolutif d'influences croisées quant à leur vocation. Au sens où nous l'avons définie, l'essence de la fonction du juge du provisoire est de garantir en urgence une protection juridictionnelle provisoire des droits fondamentaux. À l'inverse de réticences initiales, l'office de ce juge s'ouvre toutefois à l'exercice du contrôle de la qualité substantielle des lois. D'un autre côté, la vocation attribuée au mécanisme du renvoi préalable est l'unification de l'interprétation du droit supra-législatif exercée notamment à l'occasion du contrôle des lois. L'on voit poindre, à cet effet, une sensibilité croissante de ces mécanismes aux situations urgentes d'atteintes législatives aux droits fondamentaux. Deux blocs se dégagent en « miroir » afin d'englober les tenants de la problématique envisagée. En considération des distinctions établies entre recours juridictionnels d'urgence de protection provisoire des droits fondamentaux et renvois préalables mais aussi entre juge du provisoire et juge des lois, il est cohérent de se pencher dans un premier temps sur le contentieux des lois dans les recours d'urgence de protection provisoire des droits fondamentaux (PARTIE 1) puis d'étudier, dans un

second temps, la prise en compte de l'urgence par le juge *ad quem* dans le cadre des procédures de traitement des renvois préalables (PARTIE 2).

PARTIE 1 : LE CONTENTIEUX DES LOIS DANS LES RECOURS D'URGENCE DE PROTECTION PROVISOIRE DES DROITS FONDAMENTAUX

90. Distinction des techniques de contrôle des lois : contrôle direct par voie d'exception et contrôle incident sur renvoi préalable. Dans le cadre des recours juridictionnels d'urgence de protection provisoire des droits fondamentaux, le contrôle des lois peut s'opérer par voie d'exception directement par le juge du provisoire. En plus de cette technique, devant le juge du référé-liberté, le contentieux des lois peut prospérer de manière incidente par la mise en œuvre d'un ou plusieurs mécanismes de renvoi préalable. La coexistence de ces techniques juridictionnelles de contrôle des lois invite à penser la concurrence et la complémentarité des mécanismes de renvoi préalable avec le contrôle direct des lois par voie d'exception dans le cadre des recours d'urgence de protection provisoire des droits fondamentaux.

91. S'il est communément reconnu aux juges internes et internationaux statuant au fond la compétence de contrôler les lois, il est moins sûr qu'il en aille de même concernant les juges du provisoire. Se pose la question de savoir si devant le juge du provisoire, le justiciable peut trouver bénéfice d'un moyen tiré de la contrariété d'une loi aux droits fondamentaux ou bien s'il en est privé ? Selon l'éternelle formule de Montesquieu, le juge du provisoire n'est-il que « la bouche qui prononce les paroles de la loi ; un être inanimé »²²³ ? Quel cap le juge du provisoire peut-il ou doit-il suivre lorsqu'il est emporté par deux courants d'intensité distincte : celui des rapides de l'urgence qui le poussent à voguer sans attendre et celui des flots sinueux de la hiérarchie des normes qui le contraignent à naviguer avec prudence et sans précipitation ? Juge par excellence des droits subjectifs, le juge du provisoire est-il aussi juge du droit objectif ? Quelles sont la compétence et l'étendue de son office en matière de contrôle des lois ? L'objet de cette première partie est de questionner le champ de compétence du juge du provisoire en matière de contentieux des lois puis de mettre en lumière les différentes techniques de contrôle des lois auxquelles il a recours. Un premier mécanisme de traitement du

²²³ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1748, Livre XI, Chapitre VI.

contentieux des lois peut être uniquement actionné devant le juge du référé-liberté statuant en tant que juge *a quo*. Il s'agit précisément du pré-contrôle des lois dans le cadre de la mise en œuvre des mécanismes de renvoi préalable (TITRE 1). La seconde technique, commune aux deux recours d'urgence étudiés, correspond au contrôle direct des lois par le juge du provisoire (TITRE 2).

TITRE 1 : Le pré-contrôle des lois par le juge du provisoire

92. Le « pré-contrôle » de la loi. Le terme de « pré-contrôle » est communément employé, notamment pour qualifier le filtrage des QPC par les juges de transmission et de renvoi²²⁴. Nous retenons cette formule pour l'étendre à l'examen des conditions des renvois à la Cour de justice de l'UE, à la Cour EDH et au Conseil d'État. Dans cette opération de « pré-contrôle », le juge de renvoi ne tranche pas sur le fond la question du rapport de conformité d'une loi avec les droits fondamentaux. Il se borne à mettre en lumière un « doute » ou une « difficulté » sérieuse de nature à ce qu'il puisse s'en dessaisir au profit du juge *ad quem* par un mécanisme de renvoi.

93. La particularité des mécanismes de renvoi préalable est l'utilisation de la technique préjudicielle. Elle implique que la résolution d'une question posée au juge *ad quem* soit un préalable nécessaire au jugement d'une affaire principale. Le juge *a quo* est donc, par principe, tenu d'attendre la décision du juge *ad quem* avant de statuer. L'inconvénient premier de ces mécanismes de renvoi est essentiellement celui du rallongement mécanique du temps de la procédure principale induit par l'obligation de principe du juge *a quo* de surseoir à statuer et d'attendre la décision du juge saisi sur renvoi. De plus, leur mise en œuvre est strictement conditionnée et généralement plus compliquée ou plus lourde, et donc *a priori* plus longue, que le recours aux techniques de contrôle direct des lois par voie d'exception. Au regard de ces premiers éléments et, *a fortiori*, dans les situations d'urgence, on peut supposer que le justiciable et le juge se détournent de ce mécanisme et préfèrent une technique de contrôle des lois plus efficace et plus rapide.

Eu égard à la particularité de son office et au délai extrêmement court dans lequel le juge du référé-liberté doit statuer en première instance ou en appel, il est nécessaire de s'assurer du caractère opérant des procédures de renvoi préalable devant son prétoire (Chapitre

²²⁴ Parmi de nombreux exemples : D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, LGDJ, 2013, 10^e éd., p. 252 ; J.-B. PERRIER, « Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par la Cour de cassation », *RFDA*, 2001, n° 4, p. 711 ; A. ROBLOT-TROIZIER, « La question prioritaire de constitutionnalité devant les juridictions ordinaires : entre méfiance et prudence », *AJDA*, 2010, n° 2, p. 80 ; P. DEUMIER, « QPC : la question fondamentale du pouvoir d'interprétation (à propos du filtrage). Note sous C. cass., 7 mai 2010, n° 09-80.774 et CE, 16 avril 2010, *Association Alcaly*, n° 320667 », *RTD civ.*, 2010, n° 3, p. 504.

préliminaire). Ce n'est qu'après avoir levé cette incertitude qu'il devient possible de questionner la compatibilité des conditions substantielles de déclenchement des renvois préalables avec celles du référé-liberté (Chapitre 1), puis l'articulation procédurale des renvois avec les spécificités de la procédure de l'article L. 521-2 du CJA (Chapitre 2). En clair, le succès et l'utilité des renvois préalables impliquent de penser leur imbrication processuelle avec les spécificités procédurales et l'office du juge auteur des renvois.

Chapitre préliminaire : le caractère opérant des procédures de renvoi préalable devant le juge du référé-liberté

94. Avant de s'intéresser à l'étude du caractère opérant des mécanismes internes (SECTION 1) et internationaux (SECTION 2) de renvoi préalable devant le juge du référé-liberté, il convient de relever l'absence d'un droit absolu à leur mise en œuvre et de sanctions dans certaines hypothèses de refus.

95. **L'absence d'un droit absolu à la mise en œuvre des renvois préalables par le juge du référé-liberté.** À lui seul, le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme résume l'inexistence d'un droit absolu à voir prospérer, devant un juge, une demande de saisine d'un autre juge par la mise en œuvre d'une procédure de renvoi préalable²²⁵. La Cour estime en effet que l'article 6 § 1 du texte européen de sauvegarde des droits de l'Homme « ne garantit pas comme tel un droit à ce qu'une affaire soit renvoyée, à titre préjudiciel, par une juridiction nationale devant une autre instance nationale ou internationale. [...] Le droit de saisir un tribunal par voie de question préjudicielle n'est pas absolu, même lorsqu'une législation réserve un domaine juridique à la seule appréciation d'un tribunal et prévoit pour les autres juridictions l'obligation de lui soumettre sans réserve toutes les questions qui s'y rapportent »²²⁶. La Cour EDH juge que l'absence de droit absolu à la saisine d'un juge sur renvoi s'applique indistinctement selon qu'il s'agisse de la saisine sur renvoi préalable d'une juridiction interne²²⁷

²²⁵ L. MILANO, « Techniques préjudicielles et exigences du procès équitable dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. UE*, 2019, n° 631, p. 470.

²²⁶ CEDH, 22 juin 2000, *Coëme, Mazy, Stalport, Hermanus, Javeau c. Belgique*, n° 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 et 33210/96, § 114 ; CEDH, 20 septembre 2011, *Ullens de Schooten et Rezabek c. Belgique*, n° 3989/07 et 38353/07, § 57 ; CEDH, 24 avril 2018, *Baydar c. Pays-Bas*, n° 55385/14, § 39.

²²⁷ CEDH, 22 juin 2000, *Coëme, Mazy, Stalport, Hermanus, Javeau c. Belgique*, n° 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 et 33210/96 ; CEDH, 15 juillet 2003, *Ernst e. a. c. Belgique*, n° 33400/96 ; CEDH, 5 novembre 2002, *Wynen et Centre hospitalier interrégional Edith-Cavell c. Belgique*, n° 32576/96. Concernant spécifiquement la saisine du Conseil constitutionnel d'une QPC : CEDH, 25 août 2015, *Renard c. France*, n° 3569/12.

ou internationale²²⁸ y compris si le refus de renvoi émane d'un juge ne statuant pas en dernier ressort²²⁹.

96. En dépit de l' « irénisme des cours européennes et de la Commission européenne »²³⁰, le refus du juge du référé-liberté de saisir une autre juridiction sur renvoi ne peut se voir sanctionné que par la Cour de justice de l'UE et la Cour EDH. En toutes hypothèses, le caractère volontaire et l'essence dialogique du mécanisme du renvoi préalable²³¹ excluent toute possibilité de sanction d'un refus de renvoi. Cela rend pour le moins improbable le prononcé par ces cours européennes d'une sanction à l'encontre du juge du référé-liberté qui aurait refusé de mettre en œuvre un renvoi préalable.

97. La rareté du contrôle de la Cour de justice de l'UE sur le refus d'une juridiction de la saisir d'un renvoi préjudiciel. La Commission européenne ou un État membre de l'UE peuvent saisir la Cour de justice de l'UE d'un recours en constatation de manquement, prévu respectivement aux articles 258 et 259 du TFUE, contre tout État membre dans le cas où l'une de ses juridictions aurait violé son obligation de procéder à un renvoi préjudiciel prévue à l'article 267 alinéa 3 du TFUE²³². En ce sens, la Cour de justice de l'UE a été saisie le 8 décembre 2016 par la Commission européenne d'un recours en manquement ciblé contre la France au motif que le Conseil d'État n'avait pas procédé à un renvoi préjudiciel en interprétation. L'avocat général Whatelet relève dans ses conclusions qu'en « n'interrogeant pas la Cour, le Conseil d'État a créé un risque de divergences de jurisprudence au sein de l'Union incompatible avec l'obligation de renvoi préjudiciel qui pesait sur lui, en tant que juridiction dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours »²³³. Du même avis, la Cour tranche cette affaire en jugeant qu' « il y a lieu de constater qu'il incombait au Conseil d'État,

²²⁸ À propos d'un refus de renvoi à la Cour de justice de l'UE : Commission EDH, *Société Divagsa c. Espagne*, n° 20631/92 ; Commission EDH, 12 mai 1993, *Desmots c. France*, n° 41358/98 ; CEDH, 23 mars 1999, *Dotta c. Italie*, n° 38399/97 ; CEDH, 7 septembre 1999, *Moosbrugger c. Autriche*, n° 44861/98 ; CEDH, 25 janvier 2000, *John c. Allemagne*, n° 15073/03 ; CEDH, 20 septembre 2011, *Ullens de Schooten et Rezabek c. Belgique*, n° 3989/07 et 38353/07.

²²⁹ CEDH, 8 juin 1999, *Predil Anstalt S.A. c. Italie*, n° 31993/96 ; CEDH, 8 décembre 2009, *Herma c. Allemagne*, n° 54193/07.

²³⁰ L. COUTRON, « L'irénisme des cours européennes. Rapport introductif », in L. COUTRON (dir.), *L'obligation de renvoi préjudiciel à la Cour de justice : une obligation sanctionnée ?*, Bruylant, 2014, p. 13 et s.

²³¹ G. CASU, *Le renvoi préalable. Essai sur l'unification préjudicielle de l'interprétation*, LGDJ, 2016, pp. 128 et s.

²³² CJUE, 30 septembre 2003, *Gerhard Köbler et Republik Österreich*, C-224/01.

²³³ M. WATHELET, Concl. présentées le 25 juillet 2018 sous CJUE, 4 octobre 2018, *Commission c. France*, C-416/17, pt. 100.

en tant que juridiction dont les décisions ne sont pas susceptibles de faire l'objet d'un recours juridictionnel de droit interne, d'interroger la Cour sur le fondement de l'article 267, troisième alinéa, TFUE afin d'écartier le risque d'une interprétation erronée du droit de l'Union »²³⁴. Cette sanction marque la reconnaissance inédite d'un manquement imputé à une cour suprême nationale relatif à la violation de l'obligation de procéder à un renvoi préjudiciel en interprétation. Par conséquent, en tant que juge d'appel ou de cassation statuant en dernier ressort, le juge du référé-liberté du Conseil d'État peut se voir condamner pour le non-respect de l'article 267 alinéa 3 du TFUE qui l'oblige à saisir la Cour de justice d'un renvoi préjudiciel. Précisons enfin qu'il n'appartient pas à la Cour de justice de Luxembourg « vu la répartition des fonctions entre elle et la juridiction nationale, de vérifier si la décision par laquelle elle a été saisie a été prise conformément aux règles d'organisation et de procédure judiciaires du droit national »²³⁵.

98. La limitation du contrôle de la Cour EDH à la présence formelle d'une motivation du refus de renvoi. La Cour de Strasbourg n'exclut pas que « dans certaines circonstances, le refus opposé par une juridiction nationale, appelée à se prononcer en dernière instance, puisse porter atteinte au principe de l'équité de la procédure, tel qu'énoncé à l'article 6 § 1 de la Convention, en particulier lorsqu'un tel refus apparaît entaché d'arbitraire »²³⁶. Face au refus d'une juridiction de procéder à la mise en œuvre d'un renvoi préalable, un justiciable peut donc se tourner vers la Cour EDH pour demander réparation d'une éventuelle violation de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH qui impose la motivation suffisante des décisions de refus de saisir une cour au titre d'un mécanisme de renvoi préalable. Les juridictions doivent en effet « motiver au regard du droit applicable les décisions par lesquelles elles refusent de poser une question préjudicielle, d'autant plus lorsque le droit applicable n'admet un tel refus qu'à titre d'exception »²³⁷. Tout au plus, le juge sollicité par une demande de mise en œuvre d'un renvoi, doit simplement vérifier que les conditions de recevabilité sont remplies et, s'il estime qu'il n'est pas nécessaire à la résolution du litige dont il est saisi, de le justifier formellement²³⁸.

²³⁴ CJUE, 4 octobre 2018, *Commission c. France*, C-416/17, pt. 113 ; Voir également : CJUE, 9 septembre 2015, *João Filipe Ferreira da Silva e Brito e. a. c. Portugal*, C-160/14, pt. 44.

²³⁵ CJCE, 14 janvier 1982, *Reina c. Landeskreditbank Baden-Württemberg*, 65/81, pt. 7.

²³⁶ CEDH, 5 novembre 2002, *Wynen c. Belgique*, n° 32576/96, § 41 ; CEDH, 10 avril 2012, *Vergauwen c. Belgique e. a.*, n° 4832/04 §§ 89-90 ; CEDH, 8 avril 2014, *Dhahbi c. Italie*, n° 17120/09, § 31.

²³⁷ CEDH, 20 septembre 2011, *Ullens de Schooten et Rezabek c. Belgique*, n° 3989/07 et 38353/07, § 60.

²³⁸ Voir notamment : CEDH, 5 novembre 2002, *Wynen c. Belgique*, n° 32576/96, § 41 : « Il est conforme au fonctionnement de pareil mécanisme que le juge vérifie s'il peut ou doit poser une question préjudicielle, en s'assurant que celle-ci doit être résolue pour permettre de trancher le litige dont il est appelé à connaître ».

C'est ainsi qu'à l'occasion d'une procédure accélérée de non-admission des pourvois devant une cour suprême, le juge de Strasbourg considère qu'une demande de renvoi faite par un requérant peut être sommairement rejetée s'il apparaît que ce refus n'est ni manifestement déraisonnable ni arbitraire²³⁹. Autrement dit, si le refus de faire droit à une demande de mise en œuvre d'un renvoi préalable doit être suffisamment motivé, le contrôle de la Cour de Strasbourg demeure finalement superficiel. Il implique un simple contrôle formel de la présence d'une motivation sans entrer dans un examen substantiel de sa pertinence. Plus précisément, le contrôle de la Cour du refus d'un juge d'en saisir un autre ne saurait porter sur les éventuelles « erreurs qu'auraient commises les juridictions internes dans l'interprétation ou l'application du droit pertinent »²⁴⁰.

SECTION 1 : Le caractère opérant des renvois de droit interne devant le juge du référé-liberté

99. Le caractère opérant des questions préjudicielles devant le juge des référés. Il est à noter que le juge du référé-liberté a déjà été saisi de conclusions faisant état d'une demande de question préjudicielle au juge judiciaire mais le Conseil d'État a refusé de faire droit à cette demande sans prononcer expressément de régime de compatibilité ou d'incompatibilité entre ces deux procédures²⁴¹. Néanmoins, en sens inverse, le caractère opérant des questions préjudicielles du juge judiciaire des référés au juge administratif est consacré jurisprudentiellement²⁴².

Même si la jurisprudence a pu démontrer le contraire²⁴³, la doctrine belge considère pour sa part que l'urgence n'interdit pas au juge des référés de saisir d'autres juridictions par la voie de mécanismes préjudiciels²⁴⁴.

²³⁹ CEDH, 24 avril 2018, *Baydar c. Pays-Bas*, n° 55385/14, § 50.

²⁴⁰ CEDH, 20 septembre 2011, *Ullens de Schooten et Rezabek c. Belgique*, n° 3989/07 et 38353/07, § 63. Voir par exemple la condamnation de la France par la Cour EDH pour l'absence de motivation du rejet, au titre de l'une des hypothèses de l'arrêt *Cilfit*, d'une demande de renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'UE : CEDH, 13 février 2020, *Sanofi Pasteur c. France*, n° 25137/16.

²⁴¹ CE, ord., 14 juin 2006, *Association syndicale du canal de la Gervonde*, n° 294060 ; CE, ord., 8 juillet 2011, *Simonet*, n° 350486.

²⁴² CE, 26 mars 2008, *Commune de Saint-Denis de la Réunion c. SARL Lucofer*, n° 298033. Voir l'accord implicite du Tribunal des conflits : TC, 10 avril 1995, *Consorts Auguste-Géraud e. a. c. Ville de Colombes*, n° 02958.

²⁴³ CA de Liège, 13 mai 1987, *JLMB*, 1987, p. 924.

²⁴⁴ A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de Liège, 1987, 2^e éd., p. 334 ; P. MARCHAL, *Les référés*, Larcier, 1992, p. 86 ; G. CLOSSET-MARCHAL, « Le juge du provisoire et les questions préjudicielles », in G. TARZIA et J. VAN COMPERNOLLE (dir.), *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien. Étude de droit comparé*, Bruylant, 1998, p. 189 et s.

100. À l'instar des questions préjudicielles, les renvois préalables de droit interne peuvent également être actionnés par le juge des référés. En dépit de quelques doutes et hésitations initiales, l'expérience contentieuse a en effet largement démontré que les instances en cours devant le juge du référé-liberté étaient comprises dans celles qui permettaient à une QPC d'être soulevée (I). Concernant les demandes d'avis contentieux au Conseil d'État, l'absence d'exemples jurisprudentiels et de consécutions normatives n'excluent toutefois pas leur caractère opérant devant le juge de l'article L. 521-2 du CJA (II).

I) La question prioritaire de constitutionnalité

101. **La consécution formelle du caractère opérant des QPC soulevées devant le juge du référé-liberté.** À n'en pas douter, les procédures d'urgence en général, et celles des référés administratifs d'urgence en particulier, au premier titre desquelles figure le référé-liberté, posent des « problèmes délicats »²⁴⁵ d'articulation avec la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité. Au vu de l'exposé des motifs du projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, la question du caractère opérant de la QPC devant le juge du référé-liberté n'est pas dénuée d'intérêt. Durant l'étude du projet de loi organique, la réponse à cette question n'était déjà « pas claire »²⁴⁶. Le Gouvernement soutenait en effet dans l'exposé des motifs du projet de loi organique que « les délais d'examen de la question de constitutionnalité par le Conseil d'État [...], puis, le cas échéant, par le Conseil constitutionnel, ne sont pas compatibles avec certaines règles de procédure qui imposent que le juge statue dans un délai déterminé. Il en va ainsi, par exemple, [...], devant le juge administratif, dans le cadre des référés, du contentieux électoral ou de certains recours touchant au droit des étrangers »²⁴⁷. Cette inquiétude était à cette période d'autant plus justifiée que la politique jurisprudentielle du juge administratif des référés d'urgence était réfractaire au contrôle de la conventionnalité des lois. En toute logique, cette position jurisprudentielle pouvait potentiellement s'appliquer aux questions tirées de la contrariété d'une loi aux droits et libertés

²⁴⁵ G. DRAGO, « Exceptions d'inconstitutionnalité. Prolégomènes d'une pratique contentieuse », *JCP G*, 2008, n° 49, doctr. 217.

²⁴⁶ P. CASSIA, « Audition de M. Paul CASSIA », in *Auditions sur le projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution (n° 1599)*, Compte-rendu de la Commission des lois de l'Assemblée nationale, 30 juin 2009, n° 63, p. 16.

²⁴⁷ Gouvernement, « Exposé des motifs », *Projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, p. 6.

que la Constitution garantit²⁴⁸. Ces premières craintes pouvaient donc légitimement laisser penser que la QPC était « difficilement conciliable »²⁴⁹ avec les référés administratifs d'urgence et plus encore avec la procédure du référé-liberté.

102. La lecture de l'ensemble des dispositions constitutionnelles, organiques, législatives et réglementaires relatives à la QPC permet cependant de déceler son caractère opérant devant le juge du référé-liberté. Tout d'abord, l'article 61-1 alinéa 1 de la Constitution prévoit qu'une disposition législative peut être contestée « à l'occasion d'une instance en cours devant une *juridiction* »²⁵⁰. Le juge des référés n'est pas considéré comme une juridiction distincte de celle au sein de laquelle il siège²⁵¹ ; il n'en est qu'une émanation. En revanche, le Conseil d'État et les tribunaux administratifs au sein desquels il siège sont des juridictions au sens de la disposition constitutionnelle précitée. Au niveau des dispositions de valeur organique, l'article 23-1 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel prévoit qu'une QPC peut être soulevée par un justiciable devant « les juridictions relevant du Conseil d'État » dont font évidemment partie les tribunaux administratifs au sein desquels officient les juges du référé-liberté de premier ressort. L'article 23-5 de l'ordonnance ajoute qu'une QPC peut être formulée « pour la première fois en cassation, à l'occasion d'une instance devant le Conseil d'État ». Le troisième alinéa de l'article 23-3 et le dernier alinéa de l'article 23-5 de l'ordonnance de 1958 suggèrent qu'une QPC peut être soulevée devant le juge du référé-liberté puisqu'il est fait référence aux cas où « la loi ou le règlement prévoit [que la juridiction] statue dans un délai déterminé ou en urgence ». Il ne

²⁴⁸ P. CASSIA, « Le renvoi préjudiciel en appréciation de constitutionnalité, une "question" d'actualité », *RFDA*, 2008, n° 5, p. 877.

²⁴⁹ G. EVEILLARD, « État d'urgence : les assignations à résidence devant le juge administratif et le Conseil constitutionnel », *DA*, 2016, n° 4, p. 46.

²⁵⁰ Nous soulignons.

²⁵¹ Il en va de même à propos de l'ancienne procédure de référé prévue à l'article 24 de la loi du 22 juillet 1889 modifiée par la loi du 28 novembre 1955 applicable devant les tribunaux administratifs : CE, 13 juillet 1956, *Secrétaire d'État à la reconstruction et au logement c. Consorts Piéton-Guibout*, n° 37649 : « l'article 24 de la loi du 22 juillet 1889 modifiée par la loi du 28 novembre 1955, en confiant au président du Tribunal administratif ou au magistrat qu'il délègue le pouvoir de prendre, en cas d'urgence, toutes mesures utiles, a entendu non pas instituer une juridiction nouvelle distincte du Tribunal administratif et dotée d'une compétence propre, mais seulement organiser, dans le cadre de ce Tribunal, une procédure particulière dans laquelle, à raison de l'urgence, le président du Tribunal administratif ou le magistrat qu'il délègue est habilité à statuer aux lieu et place du Tribunal » ; Il en va pareillement devant le Conseil d'État : CE, 21 février 1958, *Syndicat intercommunal pour l'alimentation en eau potable de la région de Breuillet*, *Rec.* p. 120 ; CE, 25 février 1991, *M. Raymond X.*, n° 105269 : « l'article 27 du décret du 30 juillet 1963 dans sa rédaction issue du décret du 2 septembre 1988 : "sur simple requête ou d'office, le président de la section du Contentieux peut ordonner toute mesure en vue de la solution du litige ..." ; que cette disposition n'a pas entendu instituer une juridiction distincte de celle du Conseil d'État et dotée d'une compétence propre, mais seulement organiser une procédure particulière ».

fait aucun doute que les prescriptions de l'article L. 521-2 du CJA prévoyant que le juge du référé-liberté statue dans un délai de quarante-huit heures intègre le champ de cette disposition organique. Les rapports parlementaires relatifs à l'application de l'article 61-1 de la Constitution confirmaient d'ailleurs, avant même l'entrée en vigueur de la QPC, qu'elle peut être soulevée au cours d'une instance devant le juge du référé-liberté²⁵². Les manuels de référence sur la question prioritaire de constitutionnalité²⁵³ et la doctrine²⁵⁴ ont d'ailleurs rapidement confirmé cette interprétation.

103. La consécration jurisprudentielle du caractère opérant des QPC soulevées devant le juge du référé-liberté. La combinaison des règles présentées ci-dessus confirme le caractère opérant de la QPC dans le cadre de la procédure du référé-liberté. Sur leur fondement, le juge du référé-liberté a eu la tâche d'« acclimater »²⁵⁵ et d'articuler²⁵⁶ la nouvelle procédure constitutionnelle à celle de l'article L. 521-2 du CJA. Durant les cinq premières années après le 1^{er} mars 2010, il est apparu que les deux procédures « se croisent plus qu'elles ne s'articulent »²⁵⁷. Avant la consécration jurisprudentielle déterminante, deux tentatives se sont soldées par une ordonnance de tri²⁵⁸. Ce fût finalement à l'occasion d'une affaire mêlant le contrôle de normes internes à la Constitution et au droit de l'UE que le juge du référé-liberté s'est trouvé « renforcé dans son office de juge de la loi »²⁵⁹. Tel est, selon le professeur Olivier Le Bot, l'apport essentiel de l'ordonnance *Diakité*²⁶⁰ rendue par le président de la section du

²⁵² J.-L. WARSMANN, *Rapport d'information sur l'évaluation de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, Assemblée Nationale, septembre 2009, n° 1898, pp. 13, 41 et 66 ; H. PORTELLI, *Rapport relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, Sénat, 29 septembre 2009, n° 637, p. 47.

²⁵³ D. ROUSSEAU (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité*, Lextenso, 2010, p. 10 et 21 ; X. MAGNON (dir.), *QPC. La question prioritaire de constitutionnalité. Principes généraux, pratique et droit du contentieux*, LexisNexis, 2011, 1^{er} éd., p. 183 ; X. MAGNON (dir.), *QPC. La question prioritaire de constitutionnalité. Principes généraux, pratique et droit du contentieux*, LexisNexis, 2013, 2^e éd., p. 39.

²⁵⁴ F. ZERDOUMI, « L'articulation complexe de la QPC avec les autres procédures : l'exemple des procédures d'urgence en contentieux administratif », in E. CARTIER (dir.), *La QPC, le procès et ses juges. L'impact sur le procès et l'architecture juridictionnelle*, Dalloz, 2013, p. 202 ; M. QUYOLLET, « Question prioritaire de constitutionnalité (QPC) », *Juris. Class. Admin.*, 2016 (mis à jour le 2 avril 2019), Fasc. 1405, pt. 179.

²⁵⁵ G. LEBRUN, *Office du juge administratif et questions préjudicielles. Recherche sur la situation du juge a quo*, LGDJ, 2017, p. 402.

²⁵⁶ S. BRONDEL, « Articulation entre QPC et procédure d'urgence. Note sous CE, ord., 16 juin 2010, *Diakité*, n° 340250 », *AJDA*, 2010, n° 22, p. 1230.

²⁵⁷ F. ZERDOUMI, « L'articulation complexe de la QPC avec les autres procédures : l'exemple des procédures d'urgence en contentieux administratif », in E. CARTIER (dir.), *La QPC, le procès et ses juges. L'impact sur le procès et l'architecture juridictionnelle*, Dalloz, 2013, p. 207.

²⁵⁸ CE, ord., 29 mars 2010, *Bidalou*, n° 337704 ; CE, ord., 16 avril 2010, *M. René Georges A*, n° 338487.

²⁵⁹ O. LE BOT, « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de compatibilité avec le droit de l'Union européenne devant le juge des référés. Note sous CE, ord., 16 juin 2010, *Diakité*, n° 340250 », *AJDA*, 2010, n° 29, p. 1662.

²⁶⁰ CE, ord., 16 juin 2010, *Diakité*, n° 340250 ; S. DEYGAS, « La QPC est recevable devant le juge des référés administratifs », *Procédures*, n° 8-9, Août 2010, comm. 332.

contentieux du Conseil d'État le 16 juin 2010. Par cette ordonnance, il est reconnu aux justiciables, au cours d'une instance devant le juge du référé-liberté, la faculté de soulever utilement à l'encontre d'une disposition législative un moyen tiré de la méconnaissance d'un droit ou d'une liberté que la Constitution garantit. Le juge confirme qu'il découle de l'association de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 et des dispositions du livre V du code de justice administrative relatives aux référés, « qu'une question prioritaire de constitutionnalité peut être soulevée devant le juge administratif des référés statuant, en première instance ou en appel, sur le fondement de l'article L. 521-2 [du CJA] »²⁶¹. Par conséquent, il est reconnu qu'il appartient « au juge des référés de première instance d'apprécier si les conditions de transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil d'État sont remplies et au juge des référés du Conseil d'État, lorsqu'il est lui-même saisi d'une telle question, de se prononcer sur un renvoi de la question au Conseil constitutionnel »²⁶². La portée de cette solution jurisprudentielle dégagée en référé-liberté s'étend à tous les référés administratifs d'urgence²⁶³. En effet, dans une ordonnance *Conférence nationale des présidents des unions régionales des médecins libéraux*²⁶⁴, le juge du référé-suspension a confirmé quelques mois plus tard après l'affaire *Diakité* le caractère opérant de la procédure de la QPC devant son prétoire.

104. Durant les cinq premières années suivant l'entrée en vigueur de la QPC, il n'y a pas eu de saisine du Conseil constitutionnel par le juge du référé-liberté. Ce n'est qu'à partir de l'été 2015 et surtout à la suite de la décrétation, puis la prorogation multiple de l'état d'urgence, sécuritaire que ces deux procédures ont pu être mises en œuvre simultanément.

²⁶¹ CE, ord., 16 juin 2010, *Diakité*, n° 340250.

²⁶² *Ibid.*

²⁶³ S.-J. LIÉBER, D. BOTTEGHI et V. DAUMAS, « La question prioritaire de constitutionnalité vue du Conseil d'État », *NCCC*, 2010, n° 29, p. 120.

²⁶⁴ CE, ord., 21 octobre 2010, *Conférence nationale des présidents des unions régionales des médecins libéraux*, n° 343527.

D'un point de vue strictement quantitatif, on comptabilise à ce jour six QPC renvoyées par le juge du référé-liberté²⁶⁵, quatre par le juge du référé-suspension²⁶⁶ et aucune par le juge du référé-mesures utiles²⁶⁷. Les juges de cassation du référé précontractuel²⁶⁸ et le juge du référé contractuel²⁶⁹ ont également déjà été saisis de QPC portant sur les dispositions législatives du CJA encadrant les procédures de référés en matière de contrats publics. De même, une QPC peut être déposée devant un juge des référés statuant sur le fondement de l'article L. 2131-6 alinéa 3 du code général des collectivités territoriales²⁷⁰.

105. Il est à noter qu'une QPC peut également être soulevée devant le juge judiciaire des référés. Par une circulaire, le ministère de la justice le confirme d'ailleurs expressément²⁷¹. C'est ainsi qu'une QPC a déjà été transmise par le président d'un tribunal des affaires de sécurité sociale statuant en référé. Elle n'a toutefois pu prospérer au stade du second filtrage de la Cour de cassation au regard de l'absence de caractère sérieux de la question soulevée²⁷². Seules deux QPC ayant pour origine une instance devant le juge civil des référés ont été traitées par le Conseil constitutionnel. Dans une première affaire²⁷³, le juge des référés du tribunal de grande instance de Pontoise statuant au titre de l'article 809 alinéa 1 du code de procédure civile a transmis une QPC à la juridiction judiciaire suprême par deux ordonnances des 23 et 25 mars 2011 qui fut renvoyée le 30 juin 2011 au Conseil constitutionnel²⁷⁴. Une seconde QPC soulevée

²⁶⁵ CC, décision n° 2015-490 QPC, 14 octobre 2015, *M. Omar K. [Interdiction administrative de sortie du territoire]* ; CC, décision n° 2015-527 QPC, 22 décembre 2015, *M. Cédric D. [Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence]* ; CC, décision n° 2017-624 QPC, 16 mars 2017, *M. Sofiyan I. [Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence II]* ; CC, décision n° 2017-651 QPC, 31 mai 2017, *Association En Marche ! [Durée des émissions de la campagne électorale en vue des élections législatives]* ; CC, décision n° 2017-691 QPC, 16 février 2018, *M. Farouk B. [Mesure administrative d'assignation à résidence aux fins de lutte contre le terrorisme]* ; CC, décision n° 2017-695 QPC, 29 mars 2018, *M. Rouchdi B. et autre [Mesures administratives de lutte contre le terrorisme]*.

²⁶⁶ Juge du référé-suspension statuant en tant que juge de cassation : CC, décision n° 2016-580 QPC, 5 octobre 2016, *M. Nabil F. [Expulsion en urgence absolue]* ; CC, décision n° 2016-591 QPC, 21 octobre 2016, *Mme Helen S. [Registre public des trusts]* ; CC, décision n° 2019-787 QPC, 7 juin 2019, *M. Taoufik B. [Absence de sursis à exécution du licenciement d'un salarié protégé]* ; soulevée devant le juge du référé-suspension de premier ressort : CC, décision n° 2014-391 QPC, 25 avril 2014, *Commune de Thonon-les-Bains et autre [Rattachement d'office d'une commune à un EPCI à fiscalité propre]*.

²⁶⁷ CE, ord., 7 mai 2013, *Syndicat des médecins d'Aix et région*, n° 368313. Dans cette affaire une QPC avait été soulevée par le requérant mais la requête fut rejetée pour irrecevabilité.

²⁶⁸ CE, 15 février 2013, *Sociétés Novergie et Constructions industrielles de la Méditerranée (SNIM)*, n° 364325.

²⁶⁹ TA Dijon, ord., 13 septembre 2011, n° 1101943 ; CE, 27 octobre 2011, *Société TAT*, n° 350790.

²⁷⁰ TA de Cergy-Pontoise, ord., 24 juin 2014, *Préfet des Hauts-de-Seine*, n° 1405333 ; TA de Rennes, ord., 29 août 2019, *Préfète d'Ille-et-Vilaine*, n° 1904033.

²⁷¹ Ministère de la justice et des libertés, *Présentation de la question prioritaire de constitutionnalité*, Circulaire n° CIV/04/10, 24 février 2010, p. 15

²⁷² C. cass., civ. 2^e, 17 décembre 2012, n° 12-40.037.

²⁷³ CC, décision n° 2011-169 QPC, 30 septembre 2011, *Consorts M. et autres [Définition du droit de propriété]*.

²⁷⁴ C. cass., 30 juin 2011, n° 997 et 998.

devant le juge civil des référés de l'article 809 du code de procédure civile a été renvoyée par la Cour de cassation²⁷⁵ et traitée par le Conseil constitutionnel²⁷⁶.

II) Les demandes d'avis contentieux au Conseil d'État

106. Les demandes d'avis contentieux étant adressées au Conseil d'État, seul le juge du référé-liberté siégeant au sein d'un tribunal administratif pourrait être en mesure de mettre en œuvre ce mécanisme. En effet, conformément à l'article L. 113-1 du CJA, cette procédure est ouverte notamment aux tribunaux administratifs. Mais, à ce jour, aucune ordonnance rendue en référé-liberté ni aucun avis du Conseil d'État ne viennent préciser le caractère opérant de la procédure de demande d'avis contentieux dans le cadre de la procédure de référé-liberté. De même, aucun texte juridique ne prévoit ou n'interdit expressément qu'une demande d'avis contentieux au Conseil d'État puisse être renvoyée à l'occasion d'une affaire portée devant le juge du référé-liberté. Aussi, à l'occasion de l'examen du projet de loi relatif au référé devant les juridictions administratives, la Commission des lois du Sénat s'interrogeait sur la nécessité d'adapter les nouvelles procédures de référés aux spécificités du contentieux administratif en Outre-mer²⁷⁷. Sans qu'il n'y soit apportée de solution spécifique, se posait la question de savoir si la procédure en vigueur, à l'époque, de demande d'avis au Conseil d'État portant sur une difficulté de répartition des compétences entre l'État, d'une part, et le territoire et les communes de Polynésie française²⁷⁸ mais aussi avec la Nouvelle-Calédonie et ses provinces et communes²⁷⁹, d'autre part, pouvait être applicable sans mesures d'adaptation aux nouveaux

²⁷⁵ C. cass., civ 1^{ère}, 20 février 2013, n° 270.

²⁷⁶ CC, décision n° 2013-311 QPC, 17 mai 2013, *Société ÉCOCERT [France Formalités de l'acte introductif d'instance en matière de presse]*.

²⁷⁷ R. GARREC, *Rapport sur le projet de loi relatif au référé devant les juridictions administratives*, Sénat, 26 mai 1999, n° 380.

²⁷⁸ Article 113 de la loi organique n° 96-312 du 12 avril 1996 portant statut d'autonomie de la Polynésie française, abrogé par la loi n° 2004-192 du 2 mars 2004 : « Lorsqu'un recours pour excès de pouvoir invoque l'illégalité de délibérations de l'assemblée de la Polynésie française ou de sa commission permanente ou celle d'actes pris en application de ces délibérations fondée sur l'inexacte application de la répartition des compétences entre l'État, le territoire et les communes ou si ce moyen est soulevé d'office, le tribunal administratif transmet le dossier sans délai pour avis au Conseil d'Etat, par un jugement qui n'est susceptible d'aucun recours. Le Conseil d'Etat examine la question soulevée dans un délai de trois mois et il est sursis à toute décision sur le fond jusqu'à son avis ou, à défaut, jusqu'à l'expiration du délai de trois mois. Le tribunal administratif statue dans les deux mois à compter de la publication de l'avis au Journal officiel de la Polynésie française ou de l'expiration du délai imparti au Conseil d'Etat ».

²⁷⁹ Article 205 de la loi organique du 19 mars 1999 : « Lorsque le tribunal administratif est saisi d'un recours pour excès de pouvoir ou d'un recours en appréciation de légalité dirigé contre les actes mentionnés aux 1° du A, 1° du B, 1° à 3° du D du II de l'article 204 et que ce recours est fondé sur un moyen sérieux invoquant l'inexacte application de la répartition des compétences entre l'Etat, la Nouvelle-Calédonie, les provinces et les communes ou que ce moyen est soulevé d'office, il transmet le dossier sans délai pour avis au Conseil d'Etat, par un jugement

référés. L'absence de consécration formelle du caractère opérant de la procédure de demande d'avis contentieux dans le cadre de celle du référé-liberté laisse planer le doute sur la possible articulation entre ces deux procédures. De manière certaine, la procédure des demandes d'avis contentieux est fermée à la procédure du référé-provision de l'article R. 541-1 du CJA que ce soit en première instance ou en appel. La justification de cela tient au fait qu'« une obligation dont l'existence soulève une question de droit présentant une difficulté sérieuse ne peut être regardée comme une obligation dont l'existence n'est pas sérieusement contestable »²⁸⁰. Il n'appartient pas non plus au juge des référés saisi sur le fondement du troisième alinéa de l'article L. 2131-6 du code général des collectivités territoriales de statuer sur une demande de renvoi au Conseil d'État d'un avis contentieux²⁸¹. Le juge du référé-déféré motive son refus par le caractère provisoire des mesures de suspension qu'il peut ordonner²⁸² et laisse penser que cette solution a vocation à s'appliquer aux référés administratifs d'urgence. Concernant les référés administratifs d'urgence, monsieur Maillard Desgrées du Loû considère que la mise en œuvre de la procédure de demande d'avis contentieux serait « surprenante en cas d'urgence »²⁸³. L'auteur retient pour argument le bref délai dans lequel le juge administratif des référés d'urgence doit statuer et les conditions propres des référés des articles L. 521-2 et L. 521-2 du CJA. Le juge du référé-suspension étant un juge des doutes sérieux, il lui serait inutile de saisir le Conseil d'État pour en élucider un. De même, il reviendrait au juge du référé-liberté de rejeter, conformément à son office de juge des illégalités manifestes, toute requête faisant état d'une question de droit posant une difficulté sérieuse²⁸⁴. À ce stade, il devient compliqué de soutenir le caractère opérant de la procédure de demande d'avis contentieux devant le juge du

qui n'est susceptible d'aucun recours. Le Conseil d'Etat examine la question soulevée dans un délai de trois mois et il est sursis à toute décision sur le fond jusqu'à son avis ou, à défaut, jusqu'à l'expiration de ce délai. Le tribunal administratif statue dans un délai de deux mois à compter de la publication de l'avis au Journal officiel de la Nouvelle-Calédonie ou de l'expiration du délai imparti au Conseil d'Etat ».

²⁸⁰ CE, avis, 3 octobre 2012, *Société Colas Nord Picardie*, n° 360840, consid. 2. Le juge d'appel du référé-provision de la Cour administrative d'appel de Paris a pu vainement saisir le Conseil d'État d'une demande d'avis contentieux : CAA Paris, 20 juin 2019, *Hôpitaux de Saint-Maurice*, n° 18PA04069.

²⁸¹ TA de Rennes, ord., 29 août 2019, *Préfète d'Ille-et-Vilaine*, n° 1904033, pt. 16 : Il résulte des dispositions « du troisième alinéa de l'article L. 2131-6 du code général des collectivités territoriales qu'il n'appartient pas au juge des référés, saisi sur leur fondement par le représentant de l'État dans le département en vue d'obtenir la suspension de l'exécution d'un arrêté municipal, de statuer sur la demande de la commune tendant à la transmission au Conseil d'État du dossier de la requête soulevant une question de droit nouvelle présentant une difficulté sérieuse et susceptible de se présenter dans de nombreux litiges, en application de l'article L. 113-1 du code de justice administrative ». Une demande d'avis contentieux peut en revanche être initiée par le juge du déféré préfectoral : CE, avis, 20 mars 1992, *Préfet du Calvados*, n° 131852 ; CE, avis, 10 juin 1996, *Préfet de la Côte-d'Or*, n° 176873 ; CE, avis, 17 décembre 2003, *Préfet du Nord*, n° 258616 ; CE, avis, 1^{er} février 2006, *préfet Puy-de-Dôme*, n° 287656.

²⁸² TA de Rennes, ord., 29 août 2019, *Préfète d'Ille-et-Vilaine*, n° 1904033, pt. 17.

²⁸³ D. MAILLARD DESGRÉES DU LOÛ, « Conseil d'État. – Avis sur une question de droit », *JCL Justice administrative*, Novembre 2016, fasc. n° 11.

²⁸⁴ *Ibid.*

référé-liberté. Un avis portant sur une procédure prévoyant l'intervention du juge administratif dans le même délai que celui du juge du référé-liberté vient toutefois orienter la réponse à cette question.

107. Dans son avis *Chatbi*²⁸⁵, le Conseil d'État juge que le délai de quarante-huit heures dans lequel le président d'un tribunal administratif doit statuer sur les demandes concernant les arrêtés de reconduite à la frontière des étrangers en situation irrégulière prévu à l'article 22 bis de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France²⁸⁶, ne l'empêche pas d'actionner la procédure de demande d'avis contentieux au Conseil d'État. Le Commissaire du gouvernement, Rony Abraham, suivi par le Conseil d'État, estime en effet que puisque ce délai de quarante-huit heures n'est pas prescrit à peine de nullité du jugement²⁸⁷ ou de dessaisissement du juge de première instance, « *il n'y a donc pas incompatibilité entre les deux procédures*, dès lors qu'il est dans la nature de la saisine pour avis de l'article 12 de n'être mise en œuvre que dans des cas exceptionnels »²⁸⁸. Cette solution peut tout à fait être transposée à la procédure prévue à l'article L. 521-2 du CJA, puisque de la même manière, elle prévoit que le délai de jugement de quarante-huit heures n'est pas prescrit à peine de nullité ou de dessaisissement du juge²⁸⁹. Par ailleurs, le juge des référés du sursis à exécution d'un tribunal administratif a valablement pu, sur demande du requérant, saisir le Conseil d'État sur le fondement de l'article 12 de la loi du 31 décembre 1987²⁹⁰.

108. Le renvoi d'une demande d'avis contentieux à la Cour de cassation par le juge civil des référés. Un regard porté vers la procédure des demandes d'avis contentieux à la Cour de cassation démontre l'utilité de questionner l'applicabilité aux référés administratifs d'urgence de la procédure des demandes d'avis contentieux au Conseil d'État. Tout d'abord, il convient de noter que la Cour de cassation a pu rejeter une demande d'avis contentieux formulée dans le cadre d'une demande relative à la prolongation de la procédure de rétention administrative applicable aux étrangers. Contrairement à l'avis *Chatbi* du Conseil

²⁸⁵ CE, avis, 18 février 1994, *Mme. Zoubida Ahmed Fouatih, épouse Chatbi*, n° 155152.

²⁸⁶ Cette disposition a été abrogée par l'article 4 1° de l'ordonnance n° 2004-1248 du 24 novembre 2004 entrée en vigueur le 1^{er} mars 2005.

²⁸⁷ CE, ord., 6 juillet 1990, *Préfet des Hauts-de-Seine c. Korchi, T. Leb.*, p. 904.

²⁸⁸ R. ABRAHAM, « Le droit de timbre sur les requêtes présentées au juge administratif. Concl. sous CE, avis, 18 février 1994, *Mme. Zoubida Ahmed Fouatih, épouse Chatbi*, n° 155152 », *RFDA*, 1994, n° 5, p. 925. Nous soulignons.

²⁸⁹ CE, ord., 22 septembre 2009, *M. et Mme Nadar A*, n° 332003.

²⁹⁰ CE, avis, 21 février 1992, *Orsane*, n° 120876.

d'État, le juge judiciaire suprême estime que la procédure de demande d'avis contentieux est incompatible avec le délai de quarante-huit heures dans lequel le juge d'appel doit statuer en vertu des articles 35 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945 et 11 du décret du 12 novembre 1991²⁹¹. Il y a lieu de souligner que les conditions de compatibilité des demandes d'avis contentieux au Conseil d'État et de celles des recours contre les arrêtés de reconduite à la frontière des étrangers rappelées par le Commissaire du gouvernement, Rony Abraham, ne se retrouvent pas dans la procédure de prolongation de la procédure de rétention administrative. En effet, la non-observation de ce délai est sanctionnée par l'annulation de l'ordonnance²⁹². Par conséquent, la Cour de cassation rejette le caractère utile des demandes d'avis contentieux en se fondant exclusivement sur l'incompatibilité des délais de jugement prévus pour les deux procédures.

Par ailleurs, l'examen parlementaire du projet de loi introduisant cette nouvelle procédure faisait ressortir que les motifs du projet de loi suggéraient que les demandes d'avis contentieux à la Cour de cassation n'étaient « pas adaptée[s] à la procédure pénale du fait des retards que la saisine pour avis pourrait entraîner dans l'instruction des dossiers »²⁹³. Spécifiquement, en matière de contentieux de la détention provisoire²⁹⁴ et pour les juridictions d'instruction, l'interdiction était justifiée par le court délai dans lequel une décision doit être rendue par le juge pénal. En effet, en matière pénale, les affaires urgentes ont été exclues du mécanisme des demandes d'avis contentieux à la Cour de cassation. L'article 706-64 du code de procédure pénale prévoit en ce sens qu' « aucune demande d'avis ne peut être présentée lorsque, dans l'affaire concernée, une personne est placée en détention provisoire, sous assignation à résidence avec surveillance électronique ou sous contrôle judiciaire ».

À trois reprises, la Cour de cassation a, en revanche, pu accueillir et rendre un avis sur demande d'un juge judiciaire des référés²⁹⁵. La juridiction judiciaire suprême précise simplement que la procédure de référé ne dispense pas le juge *a quo*, sous peine d'irrecevabilité de la demande, de solliciter préalablement et conformément aux dispositions du premier alinéa de l'article 1031-1 du code de procédure civile les observations écrites des parties²⁹⁶.

²⁹¹ C. cass., avis, 20 novembre 2000, n° 02-020.016 P.

²⁹² C. cass., civ. 2^e, 27 mars 1996.

²⁹³ M. RUDLOFF, Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi *adopté par l'Assemblée Nationale, modifiant le code de l'organisation judiciaire* et instituant la *saisine pour avis de la Cour de cassation*, Sénat, n° 297, 1991, p. 8.

²⁹⁴ Assemblée Nationale, « Débats parlementaires », *JORF*, 18 avril 1991, p. 1341.

²⁹⁵ C. cass., avis, 27 juin 1994, n° 0940008 P ; C. cass., avis, 16 février 2015, n° 14-70.011 ; C. cass., avis, 27 février 2017, n° 17-70.001.

²⁹⁶ C. cass., avis, 27 février 2017, n° 17-70.001.

109. De manière générale, l'urgence, et plus précisément la procédure du référé-liberté, suscitent, *a priori*, de nombreuses difficultés quant à la reconnaissance du caractère opérant dans le cadre de cette procédure des mécanismes internes de renvoi préalable. Toujours au regard des contraintes relatives à l'urgence et à l'office particulier du juge du référé-liberté, la possibilité de mise en œuvre des mécanismes européens de renvoi préalable par ce juge n'est pas non plus évidente.

SECTION 2 : Le caractère opérant des renvois de droit européens devant le juge du référé-liberté

110. Les cours de Luxembourg et de Strasbourg n'ont jamais été saisies sur renvoi par le juge du référé-liberté. Pourtant, en dépit de l'absence de cas de mise en œuvre d'un renvoi à ces cours européennes et de bases textuelles ou jurisprudentielles expresses sur ce point, le juge de l'article L. 521-2 du CJA est parfaitement habilité à saisir la Cour de justice de l'Union européenne d'un renvoi préjudiciel (I) et la Cour européenne des droits de l'Homme d'une demande d'avis consultatif, à la nuance près, pour cette dernière procédure, qu'il ne peut s'agir que d'une saisine provenant du juge du référé-liberté du Conseil d'État (II).

I) Le renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne

111. La doctrine semble unanime²⁹⁷ à considérer que le référé-liberté et le renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'UE sont des procédures « particulièrement délicates à faire

²⁹⁷ Voir notamment : M. GAUTIER, « Le juge des référés face au droit communautaire. Note sous CE, ord., 18 octobre 2006, *M^{me} Milana Djabrailova, épouse Mutsulkhanova*, n° 298101 », *AJDA*, 2006, n° 42, p. 2352 ; D. CHABANOL, « Note sous l'article L. 521-2 », in *Code de justice administrative*, Le moniteur ; F. CHALTIEL, « Le juge administratif, juge européen », *AJDA*, n° 6, 2008, p. 283 ; J.-G. HUGLO, « Voies de droit et moyens d'application du droit de l'Union Européenne en France », *Juris. Class. Europe Traité*, 2012, fasc. 490, pt. 39. Dans sa thèse de doctorat, Naïké Lepoutre considère pour sa part que le juge administratif des référés d'urgence est « partiellement exclu de l'échange avec la Cour » : N. LEPOUTRE, *Le dialogue entre le juge administratif français et la Cour de justice de l'Union européenne par le mécanisme du renvoi préjudiciel*, 2016, Thèse dact., Université de Lille 2, p. 218.

coexister »²⁹⁸ voire « inconciliable[s] »²⁹⁹. Dans un rapport formulé par l'Association des Conseils d'États et des juridictions administratives suprêmes des États membre de l'Union européenne relatif au renvoi préjudiciel à la Cour de Luxembourg, il est mentionné que, dans certaines circonstances, il peut exister entre une procédure juridictionnelle nationale et le renvoi préjudiciel des « problèmes de conciliation quasiment insurmontables, en particulier dans le cas d'affaires urgentes »³⁰⁰. Il était soutenu, à l'époque où la jurisprudence *Carminati* conditionnait toujours l'office du juge administratif des référés d'urgence, que la faculté de procéder à un renvoi préjudiciel était déniée au juge du provisoire et qu'elle relevait en revanche de la compétence exclusive du juge statuant au fond³⁰¹. Le juge du référé-liberté estimait lui-même être dépourvu du pouvoir de procéder à un renvoi préjudiciel³⁰². Outre le délai bref dans lequel il doit épuiser son office, certains obstacles jurisprudentiels semblent conforter la concordance de point de vue qui règne au sein de la doctrine. En effet, pour saisir valablement la Cour de justice, le renvoi doit émaner d'une juridiction « dont les décisions, acquises à la suite d'une procédure contentieuse, sont en fait reconnues comme définitives »³⁰³. De plus, les juridictions nationales peuvent procéder à un renvoi préjudiciel à la Cour de justice « si un litige est pendant devant elles, dans lequel elles sont appelées à rendre une décision susceptible de prendre en considération l'arrêt préjudiciel »³⁰⁴. Au regard de la nature de la procédure de référé-liberté, admettre le caractère opérant du renvoi préjudiciel devant le prétoire du juge des référés paraît douteux.

²⁹⁸ G. LEBRUN, *Office du juge administratif et questions préjudicielles. Recherche sur la situation du juge a quo*, LGDJ, 2017, p. 394. Selon Joëlle Pamart, la procédure du renvoi préjudiciel est « sinon antinomique, du moins peu adaptée » à celle des référés : J. PAMART, *Le temps dans la procédure préjudicielle devant la Cour de justice de l'Union européenne*, Thèse dact., Université Paris 2 Panthéon-Assas, 2018, p. 123.

²⁹⁹ C. VOCANSON, *Le Conseil d'État français et le renvoi préjudiciel devant la Cour de justice de l'Union européenne*, Dalloz, 2014, p. 76. L'auteur s'emploie à soutenir l'« impossibilité » pour le juge du référé-liberté du Conseil d'État de procéder « utilement » au renvoi préjudiciel devant la CJUE : *ibid.*, pp. 72 et s et p. 279. L'auteur ajoute que ce juge « ne peut raisonnablement » saisir la CJUE d'un renvoi préjudiciel : *ibid.*, p. 61 et évoque son « refus de connaître d'un renvoi préjudiciel » : *ibid.*, p. 281 ; Concernant la procédure de l'article L. 521-1 du CJA, l'auteur relève la « réticence » du juge du référé-suspension à saisir la CJUE au regard de l'urgence des affaires dont il est saisi : voir p. 72. Pour Paul Cassia, il n'est « pas possible au juge du référé-liberté de saisir la Cour d'une question préjudicielle en appréciation de validité » : P. CASSIA, « La contribution du juge administratif français des référés au caractère complet des voies de droit communautaire. (À propos de l'ordonnance Sté Techna e. a., CE, 29 octobre 2003, n° 260768, 261033 et 261034) », *Europe*, 2004, n° 1, chron. 1.

³⁰⁰ H. KANNINEN, *Le renvoi préjudiciel à la Cour de Justice des Communautés européennes*, Rapport général du colloque de l'Association des Conseils d'États et des juridictions administratives suprêmes de l'Union européenne, des 20 et 21 mai 2002 à Helsinki, pt. 4.4, p. 22.

³⁰¹ B. LE BAUT-FERRARÈSE, « L'office du juge administratif des référés face à la règle européenne », *LPA*, 25 février 2004, n° 40, p. 10 ; M. GAUTIER, « Le juge des référés face au droit communautaire. Note sous CE, ord., 18 octobre 2006, *M^{me} Milana Djabrailova, épouse Mutsulkhanova*, n° 298101 », *AJDA*, 2006, n° 42, p. 2352.

³⁰² CE, ord., 17 janvier 2006, *SCI Le Galbetta*, n° 289047 ; CE, ord., 28 octobre 2005, *Hoffer*, n° 286451.

³⁰³ CJCE, 6 octobre 1981, *Broekmeulen*, C-246/80, pt. 17.

³⁰⁴ CJCE, 4 octobre 1991, *SPUC*, C-159/90, pt. 12.

112. La consécration par le Cour de justice de l'UE du caractère opérant du renvoi préjudiciel dans le cadre des instances nationales de référé. Quelques années avant même la consécration du caractère opérant du renvoi préjudiciel devant le juge national des référés, l'on avait déjà pu plaider, au nom de la garantie des droits des individus, en faveur de l'intégration du renvoi préjudiciel dans le champ de ces procédures³⁰⁵. Aujourd'hui, la jurisprudence de la Cour est clairement fixée sur ce point.

113. L'article 267 du TFUE prévoit qu'une « juridiction » nationale peut ou doit renvoyer à la Cour de justice de l'UE une question portant sur la validité d'un acte de droit dérivé ou sur l'interprétation conforme du droit de l'UE. Le juge administratif des référés d'urgence est-il, au sens de cette stipulation, une « juridiction » compétente pour saisir la Cour de justice d'un renvoi préjudiciel ? La jurisprudence relative à la notion de « juridiction » est dense³⁰⁶ et permet *a priori* de tirer la conclusion que la procédure du référé-liberté prévue à l'article L. 521-2 du CJA satisfait ses critères. Le juge du référé-liberté siège au sein des tribunaux administratifs et du Conseil d'État. Il s'agit d'organes indépendants, permanents, obligatoires et établis par la loi. Ce juge tranche les litiges qui lui sont soumis en droit et au terme d'une procédure contradictoire et correspond par conséquent à la notion de « juridiction » posée par la Cour luxembourgeoise.

114. La Cour de justice de l'UE est attentive à ce que les juges nationaux de l'urgence ne se dérobent pas du mécanisme prévu à l'article 267 du TFUE. En dehors des exceptions prévues par la jurisprudence *CILFIT*³⁰⁷, cette stipulation oblige par ailleurs toutes les juridictions dont les décisions ne sont susceptibles d'aucun recours de saisir la Cour.

Aussi, la faculté de saisir la Cour d'un renvoi préjudiciel appartient à toute juridiction d'un État membre quelle que soit « la nature de la décision qu'elle est appelée à rendre »³⁰⁸. Il peut donc

³⁰⁵ P. HAY, « Une approche politique de l'application de l'article 177 par les juridictions nationales », *CDE*, 1971, pp. 508-510.

³⁰⁶ CJCE, 30 juin 1966, *Vaassen-Göbbels c. Direction du Beambtenfonds voor het Mijnbedrijf*, C-61/65 ; CJCE, 17 septembre 1997, *Dorsch Consult*, C-54/96, pt. 23 ; CJCE, 21 mars 2000, *Gabalfrisa*, aff. jtes C- 110198 à C-147/98, pt. 33 ; CJCE, 31 mai 2005, *Syfait e. a.*, C-53/03, pt. 29.

³⁰⁷ CJCE, 6 octobre 1982, *Srl CILFIT et Lanificio di Gavardo SpA c. Ministère de la Santé*, C-283/81, pts. 16 et 21 : La juridiction dont les décisions sont insusceptibles de recours peut être exemptée de procéder à un renvoi préjudiciel dans les cas suivants : la question n'est pas « pertinente » ; la disposition contestée a déjà fait l'objet d'un renvoi préjudiciel ; « l'application correcte du droit communautaire s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable ». Nous soulignons.

³⁰⁸ CJCE, 9 novembre 1983, *Administration des finances de l'État italien c. SpA San Giorgio*, C-199/82, pt. 1.

par exemple s'agir d'une juridiction chargée de trancher des litiges au fond ou bien de statuer au provisoire. Le juge de l'UE ajoute que « l'encadrement dans un délai strict de la durée d'examen par les juridictions nationales ne saurait faire échec au renvoi préjudiciel »³⁰⁹. Suivant l'avocat général³¹⁰, la Cour défend la compatibilité du mécanisme de renvoi avec les référés considérant que le « caractère sommaire et urgent d'une procédure nationale n'empêche pas que la Cour se considère comme valablement saisie »³¹¹ d'un renvoi préjudiciel. L'avocat général Lenz a d'ailleurs pu soutenir qu'« urgence et obligation de renvoi ne s'excluent aucunement l'une de l'autre »³¹². La simple référence à l'urgence d'une procédure nationale ne peut suffire à l'exclure de la procédure du renvoi préjudiciel car, si tel était le cas, « l'attribution unilatérale de la nature urgente d'une procédure constituerait un moyen commode de contourner »³¹³ l'article 267 du TFUE. Par cette formule tirée de l'arrêt *Hoffman*, le juge du plateau de Kirchberg reconnaît aux juges des référés le caractère de « juridiction » au sens l'article 267 du TFUE. La Cour a déclaré dans une autre affaire qu'« il ne saurait être soutenu que ladite juridiction, agissant dans le cadre de la procédure des référés, n'a pas qualité pour saisir la Cour d'une question préjudicielle et que cette dernière n'est pas compétente pour y répondre »³¹⁴. Mais encore, l'arrêt *Zuckerfabrick* prévoit qu'une juridiction nationale « statuant en référé ne peut accorder le sursis que jusqu'à ce que la Cour ait statué sur la question d'appréciation de validité »³¹⁵. L'office d'une juridiction nationale limité au pouvoir de statuer au provisoire n'est donc pas un obstacle à la possibilité de saisir la Cour luxembourgeoise d'un renvoi préjudiciel³¹⁶. Les juges du plateau de Kirchberg ont également précisé qu'un juge national des référés pouvait procéder à la mise en œuvre du mécanisme du renvoi préjudiciel

³⁰⁹ CJUE, 22 juin 2010, *Aziz Melki et Sélim Abdeli*, aff. jtes. C-188/10 et 189/10, pt. 56.

³¹⁰ F. CAPOTORTI, Concl. présentées le 5 mai 1977 sous CJCE, 24 mai 1977, *Hoffmann-La Roche AG/Centrafarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse mbH*, C-107/76, pts. 5 et s.

³¹¹ CJCE, 24 mai 1977, *Hoffman-La Roche AG/Centrafarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse mbH*, C-107/76, pt. 4.

³¹² C.O. LENZ, Concl. sous CJCE, 21 février 1991, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen*, aff. jtes C-143/88 et C-92/89, pt. 50.

³¹³ F. DAVONI, « Le juge du provisoire et les questions préjudicielles » in G. TARZIA et J. VAN COMPERNOLLE (dir.), *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien. Étude de droit comparé*, Bruylant, 1998, p. 211.

³¹⁴ CJCE, 13 avril 2000, *Jyri Lehtonen, Castors Canada Dry Namur-Braine ASBL et Fédération royale belge des sociétés de basket-ball ASBL (FRBSB)*, C-176/96, pt. 20.

³¹⁵ CJCE, 21 février 1991, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen*, aff. jtes. C-143/88 et C-92/89, pt. 24.

³¹⁶ CJCE, 12 novembre 1969, *Stauder c. Sozialamt Ulm*, C-29/69 ; CJCE, 8 juin 1971, *Deutsche Grammophon*, 78/70 ; CJCE, 5 mars 1980, *Pecastaing*, C-98/79 ; CJCE, 20 mars 1980, *Verenging der Bevordering van de Belangen des Boekhandels*, C-106/79.

prévu à l'article 267 du TFUE tant en application de la procédure préjudicielle ordinaire³¹⁷ que de la procédure préjudicielle accélérée³¹⁸.

115. Dans certaines hypothèses, le juge du référé-liberté est concerné par l'obligation de renvoi prévue au troisième alinéa de l'article 267 du TFUE. En effet, saisi en appel ou en premier et dernier ressort, la décision rendue par le juge du référé-liberté du Conseil d'État est insusceptible de recours. La Cour de justice de l'UE a pu à ce propos énoncer que le juge national des référés statuant en dernier ressort peut ne pas procéder à un renvoi préjudiciel dans le cas où un juge statuant au fond pouvait par la suite s'en charger³¹⁹. Or, une requête déposée devant le prétoire du juge du référé-liberté n'est pas obligatoirement liée à la saisine d'un juge statuant au fond. Cette règle de recevabilité des référés-libertés, différente de celle conditionnant la saisine du juge du référé-suspension, n'empêche aucunement l'applicabilité de la jurisprudence *Hoffman-La Roche* puisqu'elle exige simplement la *possibilité* d'un réexamen de la question par un juge statuant au fond. Or, il est évidemment possible, en cas de persistance de l'objet du litige, qu'une saisine du juge statuant au fond puisse succéder à celle du juge du référé-liberté.

Dans la logique de cette jurisprudence, la Cour de Luxembourg a conditionné la faculté du juge des référés de procéder à un renvoi préjudiciel au fait que celui-ci n'a pas totalement réglé le litige en faisant droit à la demande de mesures provisoires demandée par le requérant³²⁰. De plus, dans la décision qu'il est appelé à rendre, le juge des référés doit être susceptible de prendre en considération l'arrêt de la Cour. Il doit donc demeurer saisi du litige afin de pouvoir,

³¹⁷ CJCE, 12 novembre 1969, *Stauder c. Sozialamt Ulm*, C-29/69 ; CJCE, 24 mai 1977, *Hoffman-La Roche AG/Centrafarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse mbH*, C-107/76, pt. 5 ; CJCE, 3 octobre 1985, *SA Centre belge d'études de marché - télémarketing c. SA Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion et SA Information publicité Benelux*, C-311/84.

³¹⁸ CJCE, ord., 23 janvier 2007, *Consel Gi. Emme Srl c. Sistema Logistico dell'Arco Ligure e Alessandrino Srl (SLALA)*, C-467/06. Par voie de conséquence, la procédure préjudicielle d'urgence est également ouverte au juge national des référés. Voir par exemple : CJUE, 19 septembre 2018, *Hampshire County Council c. C.E. et N.E.*, aff. jtes. C-325/18 PPU et C-375/18 PPU.

³¹⁹ CJCE, 24 mai 1977, *Hoffmann-La Roche AG/Centrafarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse mbH*, C-107/76, pt. 6 : « l'article [267 TFUE] doit être interprété en ce sens qu'une juridiction nationale n'est pas tenue de saisir la Cour d'une question d'interprétation ou de validité visée par cet article, lorsque la question est soulevée dans une procédure en référé [...], même si la décision à prendre dans le cadre de cette procédure ne peut plus faire l'objet d'un recours, à condition qu'il appartienne à chacune des parties d'ouvrir ou d'exiger l'ouverture d'une procédure au fond, au cours de laquelle la question provisoirement tranchée dans la procédure sommaire peut être réexaminée et faire l'objet d'un renvoi en vertu de l'article [267 TFUE] » ; Voir également : CJCE, 27 octobre 1982, *Elestina Esselina Christina Morson c. Staat der Nederlanden et Hoofd van de Plaatselijke Politie in de zin van de Vreemdelingenwet ; Sewradjie Jhanjan c. Staat der Nederlanden*, C-35 et C-36/82, pt. 10. Cette position a également été confirmée dans l'arrêt : CJCE, 4 octobre 1991, *The society for the protection of Unborn Children Ireland Ltd c. Grogan e. a.*, C-159/90, pts. 12 et 13.

³²⁰ CJCE, 21 avril 1988, *Fratelli Pardini SpA c. Ministero del commercio con l'estero et Banca toscana (filiale di Lucca)*, C- 338/85, pts. 11-12.

à la suite de l'arrêt préjudiciel, modifier, confirmer ou supprimer une mesure qu'il a prononcée³²¹.

À ce propos, à la suite d'une ordonnance du juge du référé-liberté ordonnant les mesures provisoires demandées, le requérant originel peut obtenir le bénéfice d'une décision de la Cour qui aurait été sollicitée par ce juge sur saisine d'un renvoi préjudiciel. À cette fin, le requérant peut introduire, en application de l'article L. 521-4 du CJA, un référé-réexamen afin d'obtenir la modification ou l'abandon des mesures prises notamment par le juge du référé-liberté³²².

116. La mise en œuvre des procédures préjudicielles d'urgence et accélérée peut être demandée par le juge du référé-liberté puisque, notamment pour la PPU, l'urgence n'est pas obligatoirement caractérisée par l'application d'une peine pénale privative de liberté. La condition peut en effet être remplie dans le cas où une personne ferait l'objet d'une mesure de rétention administrative³²³ qui peut être effectivement contestée devant le juge du référé-liberté.

117. Du fait de sa proche parenté avec le renvoi préjudiciel, il est intéressant de se référer à la procédure de renvoi à la Cour de Justice Benelux qui prévoit, dans ses stipulations constitutives, un aménagement inédit pour les saisines sur renvoi initiées dans le cadre d'une procédure nationale d'urgence. À la différence du renvoi préjudiciel au juge de Luxembourg, le renvoi à cette Cour peut être refusé dans les situations d'urgence. Le traité relatif à l'institution et au statut d'une Cour de Justice Benelux prévoit en effet dans son article 6 alinéa 4 deuxièmement qu'une juridiction nationale n'est pas tenue de saisir la CJB d'une question d'interprétation « si l'affaire revêt un caractère de particulière urgence ».

118. L'absence de refus de principe du juge du référé-liberté de saisir la Cour de justice de l'UE d'un renvoi préjudiciel. Par principe, la position du Conseil d'État est de

³²¹ *Ibid*, pt. 13.

³²² Voir *infra* : Partie 1, Titre, 1, Chapitre 2, Section 1, Paragraphe 1, B), 1), b).

³²³ CJCE, GC, 30 novembre 2009, *Said Shamilovich Kadzoev (Huchbarov)*, C-357/09 PPU, pt. 32. CJUE, 19 juillet 2012, *Atiqullah Adil*, C-278/12, pt. 34 ; CJUE, 10 septembre 2013, *G. et R.*, C-383/13 PPU, pts. 23 et 25 ; CJUE, 15 février 2016, *N.*, C-601/15 PPU, pts. 40 et 41 ; CJUE, 17 mars 2016, *Mirza*, C-695/15 PPU, pts. 31 et 35 ; CJUE, ord., 5 juillet 2018, *C e. a.*, C-269/18 PPU, pts. 35 et 37 ; CJUE, *Ministerio Fiscal (Autorité susceptible de recevoir une demande de protection internationale)*, C-36/20 PPU. La rétention administrative est en effet une hypothèse de sa mise en œuvre : voir en ce sens : CJUE, *Recommandations à l'attention des juridictions nationales, relatives à l'introduction de procédures préjudicielles*, JOUE 2012/C 338/01, 6 novembre 2012, pt. 33. La PPU s'applique non seulement aux cas dans lesquels une personne est détenue mais aussi dans ceux où elle est simplement « privée de sa liberté » : CJUE, *Recommandations à l'attention des juridictions nationales, relatives à l'introduction de procédures préjudicielles*, JOUE 2016/C 439/01, 25 novembre 2016, pt. 33. Sur cette question, voir *infra* : Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, Paragraphe 2, B), 1), a), a).

considérer qu'il relève de l'appréciation souveraine des juridictions de premier ressort et d'appel de décider de mettre en œuvre ou non un renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'UE³²⁴. Le juge du référé-liberté de premier ressort peut donc théoriquement procéder à un renvoi préjudiciel. Pourtant, le juge de l'article L. 521-2 du CJA semble réticent à l'idée de saisir la Cour de justice d'un renvoi préjudiciel. Lorsqu'il est saisi d'une affaire « particulièrement urgente »³²⁵, le Conseil d'État estime en effet qu'il est « inopportun »³²⁶ de recourir à la procédure du renvoi préjudiciel.

Dans une affaire où une saisine de la Cour à titre préjudiciel a pu s'avérer nécessaire au regard de l'exigence d'interprétation uniforme du droit de l'UE, le Conseil d'État a jugé que « le juge administratif du référé-liberté ne peut, *en l'espèce*, utilement procéder à un renvoi préjudiciel »³²⁷. Le juge du référé-liberté motive cette position « au regard des délais inhérents à un renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne »³²⁸. Ce refus de circonstance est donc à comprendre en rapport avec l'urgence qu'il y avait à statuer mais également avec le cadre spécifique de l'espèce porté devant son prétoire. Selon le Conseil d'État, le règlement du litige dont il était saisi empêchait la mise en œuvre d'un renvoi eu égard au régime juridique prévu par le règlement du Conseil du 18 février 2003 pour le traitement des demandes d'asile présentées dans l'un des États membres par un ressortissant d'un État tiers³²⁹. De même, dans l'affaire *Taymuskhanov et Mme Terbulatova épouse Taymuskhanov*³³⁰, le juge du référé-liberté précise qu'il ne peut, « en l'espèce », saisir utilement la Cour de justice de l'UE.

Il n'y a donc aucune opposition de principe du juge du référé-liberté à la saisine de la Cour de justice de l'UE sur renvoi. Il peut par conséquent, lorsque cela est nécessaire, procéder à un

³²⁴ J. ARRIGHI DE CASANOVA, « Une Cour administrative d'appel peut interpréter le traité de Rome sans être tenue de saisir la CJCE d'une question préjudicielle. Concl. sous CE, 1^{er} juin 1994, *Letierce*, n° 129829 », *AJDA*, 1994, n° 9, pp. 633-636.

³²⁵ Conseil d'État, « Le Conseil d'État français et le renvoi préjudiciel à la Cour de justice des Communautés européennes », in *Colloque de l'Association des Conseils d'États et des juridictions administratives suprêmes de l'Union européenne*, 20 et 21 mai 2002, Helsinki, pt. 2.3.3.4., p. 22.

³²⁶ *Ibid.*

³²⁷ CE, ord., 18 octobre 2006, *Mme Djabrailova, épouse Mutsulkhanova.*, n° 298101. Nous soulignons. Voir également : CE, ord., 6 décembre 2006, *Taymuskhanov et Mme Terbulatova épouse Taymuskhanov*, n° 299218.

³²⁸ Résumé sous CE, ord., 18 octobre 2006, *Mme Djabrailova, épouse Mutsulkhanova.*, n° 298101 ; M. GAUTIER, « Le juge des référés face au droit communautaire. Note sous CE, ord., 18 octobre 2006, *M^{me} Milana Djabrailova, épouse Mutsulkhanova*, n° 298101 », *AJDA*, 2006, n° 42, p. 2352. En matière de référé, le Conseil d'État Belge partage cette analyse : CE Belge, 3 avril 1995, *Pozarowsky*, n° 52631 ; CE Belge, 28 juin 1999, n° 81359.

³²⁹ Règlement (CE) du Conseil, 18 février 2003, n° 343/2003, établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers.

³³⁰ CE, ord., 6 décembre 2006, *Taymuskhanov et Mme Terbulatova épouse Taymuskhanov*, n° 299218.

renvoi préjudiciel en interprétation à la Cour de justice de l'Union européenne « lorsque les conditions pour ce faire sont réunies »³³¹.

Quelques exemples illustrent des demandes vaines portées par des requérants et formulées devant le juge du référé-liberté de soumettre à la Cour de justice une demande de renvoi préjudiciel en validité³³² ou en interprétation³³³. Toutes ont été rejetées pour défaut de pertinence.

119. Le caractère opérant du renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'UE devant le juge du référé-suspension. De nombreuses demandes de saisines de la Cour de justice d'un renvoi préjudiciel ont été portées devant le juge du référé-suspension. S'il n'a pas toujours justifié son refus d'y faire droit, le juge du référé-suspension n'adopte aucune position jurisprudentielle de refus de reconnaître le caractère opérant du renvoi préjudiciel devant son prétoire. Le juge du référé-suspension du Conseil d'État a par exemple refusé de donner suite à une demande de saisine de la Cour luxembourgeoise au motif que cette dernière était déjà saisie d'un renvoi préjudiciel provenant d'une juridiction d'un autre État membre de l'UE³³⁴ ou encore parce qu'une décision prise sur le fond avait déjà tranché le moyen tiré de l'inunionité de la loi qui était contestée devant lui³³⁵. Enfin quelques affaires illustrent des demandes également vaines de requérants faites au juge du référé-suspension de soumettre à la Cour de justice un renvoi préjudiciel en interprétation³³⁶.

Seul le juge du référé-suspension du Tribunal administratif de Saint-Denis de la Réunion a pu

³³¹ Résumé sous CE, ord., 15 avril 2011, *Yousfia Ziana*, n° 348338.

³³² CE, ord., 28 octobre 2005, *Hoffer*, n° 286451. Sur un refus de renvoi préjudiciel portant sur la conformité de la théorie des actes de gouvernement par rapport aux droits protégés par les Charte des droits fondamentaux : CE, ord., 23 avril 2019, n° n° 429668, 429669, 429674 et 429701.

³³³ CE, ord., 15 avril 2016, *M. A...B...*, n° 398550 ; TA Nantes, ord., 3 juillet 2015, *Mme A...B... épouse C..., M. D...C... et Mme E...C...*, n° 150546 ; CE, ord., 13 juin 2018, n° 421333 ; CE, ord., 26 juillet 2018, *M. B... A...*, n° 421832 ; CE, ord., 27 août 2018, *M. B... A...*, n° 423124 ; CE, ord., 1 février 2019, *M. A...*, n° 426800 ; CE, ord., 2 juin 2020, *Ligue des droits de l'homme*, n° 440449. Pour une demande devant le juge du référé-liberté d'un tribunal administratif : TA Paris, ord., 25 mai 2018, n° 1808020.

³³⁴ CE, ord., 29 octobre 2003, *Société Techna SA e. a.*, n° 260768, 261033 et 261034. Voir : C. VOCANSON, *Le Conseil d'État français et le renvoi préjudiciel devant la Cour de justice de l'Union européenne*, Dalloz, 2014, p. 67-69. Cette affaire n'impliquait cependant pas le contrôle d'une loi pour l'examen de la légalité de l'acte administratif attaqué. En l'espèce, c'est une directive européenne qui constituait la base légale d'un décret.

³³⁵ CE, ord., 19 août 2003, *Association vie et nature pour une écologie radicale*, n° 259340 ; CE, ord., 24 février 2004, *Scherrer*, n° 264119.

³³⁶ CE, ord., 21 juillet 2005, *Association pour la protection des animaux sauvages*, n° 281856 ; CE, ord., 27 avril 2007, *Commune de Bourguoin-Jallieu*, n° 304402 ; CE, ord., 20 mars 2013, *Association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers*, n° 366308 ; CE, ord., 2 août 2019, *Société Effik*, n° 433151 ; CE, 16 octobre 2019, *Association One Voice*, n° 434537. CE, ord., 6 mai 2020, *M. B... A...*, n° 440166. Voir également une demande vaine de renvoi préjudiciel devant le juge du référé-déféré préfectoral : TA de Rennes, ord., 29 août 2019, *Préfète d'Ille-et-Vilaine*, n° 1904033.

initier une saisine de la Cour de justice sur renvoi préjudiciel, le 25 novembre 2010³³⁷. Frappée d'appel, cette ordonnance de renvoi fut toutefois annulée au motif que plusieurs précédents jurisprudentiels du Conseil d'État et de la Cour de Luxembourg avaient déjà résolu le conflit de compatibilité du droit interne avec le droit de l'UE. Sur demande du Président de la Cour de justice de l'UE³³⁸, le juge du référé-suspension du Tribunal administratif de Saint-Denis de la Réunion retira finalement son renvoi préjudiciel.

120. La position du Conseil constitutionnel. Sans aucune réserve, le Conseil constitutionnel juge qu'en tout état de cause, il revient « aux autorités juridictionnelles nationales »³³⁹ de saisir la Cour de Luxembourg d'un renvoi préjudiciel. Le juge de la rue de Montpensier précise dans sa décision dite *jeux d'argent et de hasard en ligne* que cette mission revient « aux juridictions administratives et judiciaires »³⁴⁰. Aucune limitation à ce principe n'est apportée selon qu'il s'agisse d'une juridiction devant statuer en urgence ou au titre d'une procédure de référé au provisoire.

121. Le caractère opérant du renvoi préjudiciel devant le juge judiciaire des référés. Il y a tout intérêt à se pencher sur la pratique du juge judiciaire des référés en matière de renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'UE étant donné qu'il justifie d'une expérience plus longue que celle de son homologue de l'ordre administratif. Pour preuve, il y a lieu de se reporter aux nombreuses ordonnances portant saisine de la Cour luxembourgeoise d'un renvoi préjudiciel en interprétation rendues par le juge civil des référés de première instance³⁴¹ et d'appel³⁴² dès le début des années 1980. Elles avaient pour objet commun le contrôle de la compatibilité de lois nationales de régulation des prix du marché avec le droit de l'UE. Assurément, les débuts furent entachés de multiples confusions et divergences jurisprudentielles sur le caractère

³³⁷ TA de Saint-Denis de la Réunion, ord., 25 novembre 2010, *M. Amédée*, n° 0900637.

³³⁸ CJUE, ord., 28 mars 2012, *Clément Amedee c. Garde des sceaux, ministre de la Justice et des libertés e. a.*, C-572/10.

³³⁹ CC, décision n° 2006-540 DC, 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, consid. 20.

³⁴⁰ CC, décision n° 2010-605 DC, 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, consid. 18.

³⁴¹ TGI Saint-Quentin, 5 octobre 1989, *Gaz. Pal.*, 1989, n° 2, somm. 532 ; TGI Nanterre, 22 juillet 1983, *Gaz. Pal.*, 1984, n° 1, doct. 48 ; T. com. Melun, 12 mars 1984, *Gaz. Pal.*, 1984, n° 1, somm. 126 ; TGI Fontainebleau, ord., 11 juillet 1983, *Gaz. Pal.*, 1984, n° 1, p. 47. Voir également le renvoi du TGI d'Alençon, 5 août 1987 : CJCE, 14 juillet 1988, *Syndicat des libraires de Normandie c. L'Aigle distribution*, C-254/87.

³⁴² CJCE, 10 janvier 1985, *Association des Centres distributeurs Édouard Leclerc e. a. c. SARL "Au blé vert" e. a.*, C-229/83. La Cour d'appel de Bruxelles statuant en référé a déjà saisie la Cour de Luxembourg d'un renvoi préjudiciel : CA de Bruxelles, 16 mai 1989, *Rev. Dt. Etr.*, 1989, p. 167.

opérant de ce mécanisme de renvoi devant le juge civil des référés³⁴³. Par exemple, lorsque le juge judiciaire des référés de l'article 809 alinéa 1 du CPC fut confronté à la nécessité d'opérer un renvoi préjudiciel à la Cour de Luxembourg, il fut remarqué l'incompatibilité du renvoi préjudiciel avec l'urgence qui caractérise cette procédure de référé³⁴⁴. C'est ainsi que Philippe Bertin imageait la problématique en énonçant que « quand le feu brûle dans la maison on ne commence pas par nommer un expert pour en chercher les causes : on l'éteint »³⁴⁵. Le professeur Bertin refusait toutefois de soutenir l'incompétence du juge des référés à saisir la Cour de justice pour préférer, dans les cas d'espèce qu'il commentait, l'argument tiré de l'inopportunité d'une telle saisine. Avant l'avènement des procédures préjudicielles accélérées et d'urgence, un autre auteur estimait que les délais de jugement des renvois préjudiciels étaient incompatibles avec les procédures de référés, précisément au regard de la fonction qui leur était assignée de juger en urgence et au provisoire³⁴⁶. Pour sa part, le professeur Dominique Berlin considère que « même si les caractères, notamment de lenteur, de la procédure ne paraissent pas appropriés, il est toujours loisible au juge des référés »³⁴⁷ de procéder à un renvoi préjudiciel³⁴⁸.

122. Le caractère opérant du renvoi préjudiciel devant le juge de l'urgence de la matière pénale. Également saisi dans l'urgence, il convient d'ajouter que le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Bayonne a pu valablement saisir la Cour de justice de l'UE d'un renvoi préjudiciel³⁴⁹.

123. En définitive, le juge des référés est « assurément [...] et sans contestation possible »³⁵⁰ une juridiction au sens de l'article 267 du TFUE. La Cour de Luxembourg a veillé

³⁴³ J. NORMAND, « Jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé », *RTD. Civ.*, 1984, p. 762.

³⁴⁴ P. BERTIN, « Le juge des référés et le droit communautaire », *Gaz. Pal.*, 1984, n° 1, doct. 48 ; P. LAURENT, « La fonction communautaire du juge judiciaire français des référés », *Gaz. Pal.*, 1984, n° 2, doct. 544.

³⁴⁵ P. BERTIN, « Le juge des référés et le droit communautaire », *op. cit.*

³⁴⁶ C. ORSINI, « Le juge des référés et l'application des normes communautaires », *Gaz. Pal.*, 1985, p. 395.

³⁴⁷ D. BERLIN, « L'application du droit communautaire de la concurrence par les autorités françaises », *RTDE*, 1991, n° 2, p. 211 ; Voir également : G. PARLEANI, « Le juge des référés face au droit communautaire », *Rec. Dall.*, 1990, n° 11, chron., p. 65. Le juge judiciaire des référés considère qu'il n'est jamais obligé de procéder à un renvoi préjudiciel à la CJUE : voir par exemple : C. cass., ch. com., 10 mai 1988, n° 85-16.570.

³⁴⁸ Du même avis : G. ISAAC, « Procédure préjudicielle et libération des prix des carburants français », *RTDE*, 1985, n° 1, p. 384.

³⁴⁹ CJUE, 3 juillet 2014, *Préfet des Pyrénées-Atlantiques c. Raquel Gianni Da Silva*, C-189/13.

³⁵⁰ G. VANDERSANDEN, *La procédure préjudicielle devant la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruylant, 2011, p. 26.

à ce que « l'urgence et l'obligation de renvoi ne [soient] donc plus antinomiques »³⁵¹. Tous les exemples qui viennent d'être cités attestent du fait que l'urgence et la nature de référé d'une procédure ne sont pas des obstacles juridiques au caractère opérant du renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'UE. Le juge administratif des référés d'urgence, au regard des pouvoirs qui sont les siens et, en sa qualité de juge droit commun du droit de l'UE au même titre que les autres juges nationaux, aurait même un rôle d' « acteur potentiellement incontournable »³⁵² de la procédure de renvoi préjudiciel. Tout porte à croire qu'il pourrait en aller pareillement concernant la mise en œuvre par ce juge de la procédure de demande d'avis consultatif à la Cour européenne des droits de l'Homme prévue par le protocole n° 16 à la Conv. EDH.

II) Les demandes d'avis consultatifs à la Cour européenne des droits de l'Homme

124. Selon l'article premier du protocole additionnel n° 16 à la Conv. EDH, les demandes d'avis consultatifs à la Cour EDH ne peuvent être mises en œuvre qu'à l'origine d'une sollicitation émanant des « plus Hautes juridictions d'une Haute Partie contractante » telles que désignées conformément à l'article 10 du protocole. Dans une déclaration du 12 avril 2018 consignée dans l'instrument de ratification, le Gouvernement français déclare que les juridictions désignées aux fins de l'article 1 paragraphe 1 du Protocole n° 16 sont le Conseil constitutionnel, le Conseil d'État et la Cour de cassation³⁵³. Il est donc impossible pour un juge du référé-liberté statuant en premier ressort au siège d'un tribunal administratif d'opérer un tel renvoi³⁵⁴. Cette faculté est en conséquence uniquement ouverte devant le Conseil d'État saisi en premier ressort d'un référé-liberté, au stade de l'appel contre les ordonnances de référé-liberté rendues par les tribunaux administratifs ainsi qu'à celui de la cassation contre les ordonnances de tri. Aucune disposition de droit interne ou de la Conv. EDH n'exclut la procédure du référé-liberté des demandes d'avis consultatifs à la Cour strasbourgeoise.

³⁵¹ R. MEHDI, « Le droit communautaire et les pouvoirs du juge national de l'urgence (quelques enseignements d'une jurisprudence récente) », *RTDE*, 1996, n° 1, p. 77.

³⁵² J. PAMART, *Le temps dans la procédure préjudicielle devant la Cour de justice de l'Union européenne*, Thèse dact., Université Paris 2 Panthéon-Assas, 2018, p. 124.

³⁵³ En ligne : <https://www.coe.int/fr/>

³⁵⁴ La Cour EDH conseille aux juridictions nationales « qui souhaiteraient soumettre une demande d'avis consultatif de vérifier si elles ont compétence pour le faire » : CEDH, *Lignes directrices concernant la mise en œuvre de la procédure d'avis consultatif prévue par le Protocole n° 16 à la Convention*, 18 septembre 2017, pt. 4.

Par une ordonnance inédite du 23 avril 2019, le juge du référé-liberté du Conseil d'État rejetait une demande de saisine de la Cour EDH pour avis consultatif³⁵⁵. Dans cette ordonnance, le refus de renvoi est cependant « invisible »³⁵⁶ puisque le traitement de la demande n'est mentionné ni dans les motifs, ni dans le dispositif de l'ordonnance. En tout état de cause, le juge du référé-liberté n'exprime aucune réticence de principe à se saisir de cette nouvelle procédure.

³⁵⁵ CE, ord., 23 avril 2019, n° 429668, 429669, 429674 et 429701.

³⁵⁶ L. BURGORGUE-LARSEN, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme (janvier – août 2019) », *AJDA*, 2019, n° 31, p. 1803.

Conclusion du chapitre préliminaire

125. L'existence d'une sollicitation des parties ou d'une volonté directe du juge du référé-liberté de mettre en œuvre un renvoi préalable au Conseil d'État, au Conseil constitutionnel ou aux cours européennes pouvait se solder par deux fins opposées : le refus ou l'acceptation. À première vue, la réponse ne semblait pas évidente et tendait plutôt vers l'idée d'incompatibilité des mécanismes de renvoi préalable avec la procédure du référé-liberté. En dépit de controverses doctrinales, les textes juridiques et la jurisprudence inclinent en faveur de la seconde option. De la confrontation successive des procédures internes et européen de renvois préalables avec la procédure de référé-liberté il ressort deux choses. D'une part, le caractère opérant des renvois préalables devant le juge du référé-liberté se dégage de fondements normatifs implicites. En effet, force est de constater que la rencontre des procédures est dénuée de toute consécration ou d'interdiction explicite. D'autre part, on remarque une reconnaissance jurisprudentielle explicite de la compatibilité des procédures tant par le juge *a quo* que par le juge *ad quem* des mécanismes de renvoi.

126. Cette indispensable vérification du caractère opérant des mécanismes de renvoi devant le juge du référé-liberté permet désormais d'étudier le régime de l'articulation processuelle de la procédure du référé-liberté avec celles des renvois préalables. L'inexistence de cas de mises en œuvre de renvois préjudiciels à la Cour de justice de l'UE et de demandes d'avis à la Cour EDH et au Conseil d'État par le juge du référé-liberté ne saurait toutefois nous inviter à renoncer à l'étude de ces configurations procédurales.

Chapitre 1 : la compatibilité des conditions

substantielles des renvois avec celles du référé-liberté

127. Les conditions substantielles de mise en œuvre des mécanismes de renvoi préalable sont-elles adaptées aux conditions de saisine et à l'office particulier du juge du référé-liberté ? Cet office particulier du juge du référé-liberté prévu à l'article L. 521-2 CJA et précisé par le corpus jurisprudentiel est celui de juge des atteintes *manifestes* aux *libertés fondamentales* dans les situations d'*urgence*. Le juge du référé-liberté interprète et applique-t-il les conditions relatives aux renvois préalables de manière analogue aux conditions légales qui régissent son office ? Si tel était le cas, le pré-contrôle des lois par le juge du référé-liberté devrait se conjuguer avec le contrôle des atteintes manifestes aux libertés fondamentales (Section 1) ainsi qu'avec celui de l'urgence (Section 2).

SECTION 1 : Le pré-contrôle des lois par le juge des atteintes *manifestes* aux *libertés fondamentales*

128. En tant que juge des atteintes « manifestes » aux « libertés fondamentales », le rôle du juge du référé-liberté, lorsqu'il se mue en juge *a quo*, est double. Il doit justifier, d'une part, le caractère sérieux des questions justifiant le recours aux différentes options de renvois et, d'autre part, la mise en cause des « droits fondamentaux » garantis par les juges *ad quem* des mécanismes de renvoi préalable. Dès lors, il convient d'examiner, d'une part, l'équilibre entre les degrés d'illégalités requis par le référé-liberté et les procédures de renvoi préalable (I), et, d'autre part, la correspondance entre les droits fondamentaux protégés dans le cadre de ces mécanismes et les « libertés fondamentales » garanties par le juge du référé-liberté (II).

I) L'équilibre entre les degrés d'illégalités requis par le référé-liberté et les mécanismes de renvoi préalable

129. **Précision sur l'emploi du terme « illégalité ».** Sauf précision contraire, nous emploierons le terme « illégalité » dans un sens large, c'est-à-dire ne se limitant pas aux cas de

contrariété aux lois des actes infra-législatifs. Ainsi toute illégalité résulte de la non-conformité d'un acte juridique à un autre qui lui est supérieur.

130. À première vue, l'intensité limitée du contrôle du juge du référé-liberté en matière de contrôle des illégalités suggère que celles requises pour le pré-contrôle des lois sont *a priori* incompatibles avec la procédure de l'article L. 521-2 du CJA (A). Cette première difficulté n'est assurément pas négligeable au vu de ses effets potentiels. Bien souvent, ils rendent les procédures de renvois préalables impraticables pour le juge du référé-liberté ou inutiles pour le justiciable. Une série de solutions permet toutefois de rendre l'office du juge du référé-liberté compatible avec celui qu'il lui revient d'exercer lorsqu'il se mue en juge *a quo* des mécanismes de renvoi préalable (B).

A) Une intensité de pré-contrôle des lois *a priori* incompatible avec la procédure de référé-liberté

131. Il convient de déterminer les causes de l'incompatibilité des intensités de pré-contrôle des lois avec l'office limité du juge du référé-liberté (1) pour ensuite détailler les effets de la confrontation du pré-contrôle des lois avec l'office du juge des illégalités manifestes (2). Ces derniers se concrétisent spécialement par l'absence d'identité systématique entre les intensités de contrôle conditionnant la mise en œuvre des renvois et l'octroi des mesures par le juge du référé-liberté.

1) Les causes de l'incompatibilité des intensités de pré-contrôle des lois avec l'office du juge du référé-liberté

132. À l'instar d'autres juges, celui du référé-liberté est, selon la formule du juriste italien Piero Calamandrei, le « portier »³⁵⁷ du juge de la constitutionnalité des lois mais aussi des autres juridictions *ad quem* saisies d'un renvoi préalable³⁵⁸. Or, pour ouvrir cette porte, il faut passer

³⁵⁷ P. CALAMANDREI, *La illegittimità delle leggi nel processo civile*, Padoue, Cedam, 1950, p. XII ; Voir également : P. CALAMANDREI, « Corte costituzionale e autorità giudiziari », *Rivista di diritto processuale*, 1956, p. 8. L'auteur employa cette expression, mais aussi celle de « concierge », à propos de la saisine de la Cour constitutionnelle italienne, par les juridictions ordinaires, d'une question incidente de constitutionnalité.

³⁵⁸ Étant toutefois précisé que seul le juge du référé-liberté du Conseil d'État peut saisir la Cour EDH d'une demande d'avis consultatif et uniquement celui des tribunaux administratifs peut saisir le Conseil d'État d'une demande d'avis contentieux.

par celle, plus difficilement franchissable, du juge des illégalités manifestes. Pour accéder au juge *ad quem* des procédures de renvoi préalable, deux « clés » différentes sont donc nécessaires. L'une, apportée au soutien de la requête en référé-liberté, doit justifier de l'existence d'une illégalité manifeste, l'autre doit démontrer l'existence d'une difficulté sérieuse ou d'un doute sérieux sur la conformité d'une loi justifiant la mise en œuvre d'un renvoi. Cette division fonctionnelle du juge du référé-liberté, lorsqu'il est confronté à la nécessité de mettre en œuvre un renvoi, implique pour lui de devoir composer avec deux offices. Pour mesurer l'incompatibilité des intensités de pré-contrôle des lois et de contrôle des illégalités manifestes, il y a lieu de démontrer que l'intensité du premier est exclusive du second (a), d'une part, et que l'obligation de motivation de la décision de renvoi est, d'autre part, inadaptée à l'urgence des instances de référé-liberté (b).

a) Une intensité de pré-contrôle des lois exclusive de l'office du juge du référé-liberté

133. Il convient de déterminer dans un premier temps les degrés d'intensité du pré-contrôle des lois et du contrôle des illégalités que le juge du référé-liberté peut être amené à exercer (*α*) pour comprendre ensuite que l'intensité du pré-contrôle des lois requis par les mécanismes de renvoi préalable est incompatible avec l'intensité du contrôle des illégalités prescrit par l'article L. 521-2 du code de justice administrative (*β*).

α) La détermination du double office du juge du référé-liberté

134. Lorsque le juge du référé-liberté est confronté à la nécessité de mettre en œuvre une procédure de renvoi préalable, il dispose, tel Janus, de deux visages : un visage de juge provisoire des illégalités *manifestes* (*i*) et un visage de juge de renvoi des contrariétés *apparentes* entre une loi et les droits fondamentaux (*ii*).

i) Le juge des illégalités manifestes

135. Il résulte directement de l'article L. 521-2 du CJA que le juge du référé-liberté est un juge des illégalités « manifestes ». Qu'il statue au sein d'un tribunal administratif ou au Conseil d'État, le juge du référé-liberté demeure le juge des illégalités manifestes commises par

une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public. Il s'efface devant le doute et n'apparaît qu'en présence du manifeste. Caractériser une illégalité manifeste suppose qu'elle se dévoile avec la « force de l'évidence »³⁵⁹ ; elle « doit en quelque sorte sauter aux yeux du juge du référé-liberté »³⁶⁰. L'on dit encore d'un juge de l'évidence qu'il sonne la « sanction immédiate du *jus manifestum* »³⁶¹. Par conséquent, le juge du référé-liberté doit s'en tenir à un contrôle de légalité « qui correspond à une première analyse nécessairement superficielle »³⁶². Pour cela, le juge doit « éprouver le sentiment de l'évidence »³⁶³ et doit constater toute illégalité qui ne « souffre aucune discussion »³⁶⁴, c'est-à-dire qui s'avère « immédiatement perceptible »³⁶⁵. L'intensité de ce contrôle doit être comprise en lien avec le délai dans lequel le juge du référé-liberté est contraint de statuer. Pour qu'une illégalité soit qualifiée de manifeste, il faut qu'elle puisse être appréhendée par le juge au terme d'une instruction ne pouvant excéder un délai de 48 heures.

136. Moins limité par son office de juge des illégalités manifeste, le juge du référé-liberté se mue en juge des illégalités apparentes lorsqu'apparaît devant lui la nécessité de mettre en œuvre un renvoi préalable.

ii) Le juge des illégalités apparentes

137. Il n'existe pas de qualification commune aux procédures de renvoi préalable sur l'intensité du pré-contrôle requis pour accéder au juge *ad quem*. L'on relève pourtant deux types de conditions justifiant la mise en œuvre d'un renvoi : l'existence d'un doute sérieux et celle

³⁵⁹ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, LGDJ, 13^e éd., 2008, p. 1412, n° 1604. Pour une étude générale sur la notion d'évidence en contentieux administratif : J.-Y. VINCENT, *L'évidence en contentieux administratif*, PUR, 2013, 333 p. Dans sa thèse, Clovis Callet cherche à définir la notion de manifeste. Pour cela l'auteur énonce que l'évidence ne peut servir de critère pour déterminer la notion de « manifeste ». En d'autres termes, le caractère manifeste d'une illégalité ne saurait résulter d'une appréciation de ce qui est évident mais plutôt de ce qui est certain : C. CALLET, *Le sérieux et le manifeste en droit judiciaire privé. Contribution à une étude de la certitude en droit*, Thèse dact., Université d'Aix-Marseille, 2015, p. 27 et s. Voir encore : S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, LGDJ, 1981, pp. 80-82.

³⁶⁰ P. CASSIA, *Les référés administratifs d'urgence*, LGDJ, 2003, n° 157.

³⁶¹ P. THÉRY, « La justice entre l'exigence de la durée et la contrainte de l'urgence », *Droits*, 1999, n° 30, p. 92.

³⁶² F. MODERNE, « Premier bilan de la réforme des procédures d'urgence dans le contentieux administratif. Rapport de synthèse : vers la banalisation des procédures d'urgence », *RFDA*, 2007, n° 1, p. 91.

³⁶³ R. ABRAHAM, « L'application des traités internationaux et l'office du juge des référés administratifs », *in Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 3.

³⁶⁴ O. LE BOT, *La protection des libertés fondamentales par la procédure du référé-liberté. Étude de l'article L. 521-2 du Code de la justice administrative*, LGDJ, 2007, p. 285.

³⁶⁵ J. GOURDOU et A. BOURREL, *Les référés d'urgence devant le juge administratif*, L'Harmattan, 2002, p. 81.

d'une difficulté sérieuse. Toutes deux peuvent être regroupées sous la terminologie d' « illégalité apparente ».

138. L'examen des doutes sérieux. La saisine du Conseil constitutionnel d'une question prioritaire de constitutionnalité mais aussi de la Cour de justice de l'UE d'un renvoi préjudiciel en appréciation de validité lorsque le juge *a quo* prescrit concomitamment des mesures provisoires, est conditionnée par la présence d'un doute sérieux.

139. Pour transmettre une question prioritaire de constitutionnalité au juge suprême, le premier juge du filtrage doit, notamment, vérifier que la question de constitutionnalité « n'est pas dépourvue de caractère sérieux »³⁶⁶. La juridiction suprême administrative doit contrôler que la question présente, entre autres, un « caractère sérieux »³⁶⁷ pour la renvoyer au Conseil constitutionnel. Pour que la question de constitutionnalité soit sérieuse, il faut qu'elle suscite un doute sérieux sur la conformité d'une disposition législative aux droits et libertés que la Constitution garantit.

140. Lorsque le juge national entend saisir la Cour de justice de l'UE d'un renvoi préjudiciel en appréciation de validité et prescrire des mesures provisoires dans l'attente de la réponse à sa question, le corpus jurisprudentiel de la Cour lui enjoint de le faire sous conditions dont, notamment, celle de nourrir un « doute sérieux » sur la validité du droit dérivé attaqué³⁶⁸.

141. L'examen des difficultés sérieuses. La mise en œuvre des renvois préjudiciels à la Cour de justice de l'UE, des demandes d'avis au Conseil d'État et à la Cour EDH est conditionnée par la présence d'une difficulté sérieuse.

³⁶⁶ Article 23-2 3° de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

³⁶⁷ Article 23-4 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

³⁶⁸ CJCE, 21 février 1991, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen AG c. Hauptzollamt Itzehoe*, aff. jtes C-143/88 et C-92/89, pt. 23 ; CJCE, 9 novembre 1995, *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft*, C-465/93, pt. 51.

142. De jurisprudence constante, les juges administratifs³⁶⁹ et judiciaires³⁷⁰ français n'ont recours au renvoi préjudiciel à la Cour de Luxembourg que lorsqu'ils sont confrontés à une difficulté sérieuse³⁷¹ d'interprétation et si, bien sûr, aucun arrêt de la Cour de justice ne leur permet de solutionner la question³⁷². Dès les premiers dialogues préjudiciels entre le Conseil d'État et la Cour de Luxembourg, la Haute juridiction administrative s'est employée à déterminer jurisprudentiellement le stade à partir duquel la mise en œuvre d'un renvoi préjudiciel devait s'imposer. Dans l'affaire *Schell Berre*, il revenait au Conseil d'État « d'apprécier si une question de validité ou d'interprétation soulevait une *difficulté sérieuse* justifiant un renvoi à la Cour de justice »³⁷³.

143. L'article L. 113-1 du CJA conditionne les demandes d'avis contentieux au Conseil d'État à une question de droit présentant, notamment, une « difficulté sérieuse »³⁷⁴. Pour être satisfaite, cette condition implique par exemple une forte probabilité de solutions jurisprudentielles divergentes de la part des juridictions inférieures au Conseil d'État.

144. La saisine de la Cour européenne des droits de l'Homme d'une demande d'avis consultatif est conditionnée par la présence d'une difficulté ou d'un doute relatif à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Conv. EDH ou ses protocoles.

³⁶⁹ Sur la présence d'une difficulté sérieuse, voir par exemple : CE, 26 octobre 1990, *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires et Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon*. Sur l'absence d'une difficulté sérieuse : CE, ass., 19 juin 1964, *Société des pétroles Shell-Berre*, n° 47007, 47008, 47028, 47029, 47030, 48961, 48692, 49019 ; CE, 12 février 1993, n° 115468 ; CE, ass., 14 décembre 2001, n° 211341 ; CE, 24 novembre 2003, n° 2325905 ; TA de Lille, 1 décembre 2016, *M. Adil Hassan*, n° 1609141. Sans relever de difficultés sérieuses, il est arrivé au juge administratif de saisir la Cour de justice de l'UE d'un renvoi préjudiciel en présence d'une « contestation sérieuse » : CE, 22 novembre 2000, *Association Greenpeace France e. a.*, n° 194348, 195511, 195576, 195611, 195612.

³⁷⁰ C. cass., com., 5 mai 1982, n° 80-11.490, *Bull. civ.*, IV, n° 156 ; C. cass., com., 9 décembre 1997, n° 95-17.619, *Bull. civ.*, IV, n° 334 ; C. cass., soc., 2 juin 2010, n° 08-44.834.

³⁷¹ Sur la notion de « difficulté sérieuse » voir : C. VOCANSON, *Le Conseil d'État français et le renvoi préjudiciel devant la Cour de justice de l'Union européenne*, Dalloz, 2014, p. 51 et s.

³⁷² Voir par exemple : CE, 10 février 1967, *Société des Etablissements Petitjean e. a.*, n° 59125.

³⁷³ B. STIRN, « Le Conseil d'État et les juridictions communautaires : un demi-siècle de dialogue des juges », *Gaz. Pal.*, 2009, n° 45, p. 3. Nous soulignons. Voir également : N. QUESTIAUX, « Concl. sous CE, Ass., 19 juin 1964, *Société des pétroles Shell-Berre e. a.*, n° 47007, 47008, 47028, 47029, 47030, 48961, 48692, 49019 », *Rec.* p. 344.

³⁷⁴ De manière identique, l'article L. 441-1 du COJ conditionne le renvoi d'une demande d'avis contentieux à la Cour de cassation à la présence d'une « difficulté sérieuse » : « Avant de statuer sur une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, les juridictions de l'ordre judiciaire peuvent [...] solliciter l'avis de la Cour de cassation ».

145. De jurisprudence constante, les questions préjudicielles spéciales, c'est-à-dire celles posées entre juridictions de l'ordre judiciaire, sont conditionnées par l'existence d'une « difficulté sérieuse »³⁷⁵. En matière de question préjudicielle générale, c'est-à-dire des questions posées par la juridiction d'un ordre juridictionnel à destination de l'autre ordre, l'existence d'une « difficulté sérieuse » est également exigée³⁷⁶. La condition relative à l'existence d'une « difficulté sérieuse » que soulève un moyen est en effet requise et codifiée à l'article R. 771-2 du CJA³⁷⁷ pour le renvoi au juge judiciaire d'une question préjudicielle posée par le juge administratif³⁷⁸. En vertu de l'article 49 alinéa 2 du code de procédure civile, les questions préjudicielles du juge judiciaire au juge administratif sont également conditionnées par l'existence d'une « difficulté sérieuse »³⁷⁹.

De même, la procédure dite « de l'article 35 » permet que le Tribunal des conflits soit saisi d'un renvoi préventif à la condition qu'une question de compétence entre les deux ordres juridictionnels soulève une « difficulté sérieuse »³⁸⁰.

146. Le regroupement des conditions de « doute sérieux » et de « difficulté sérieuse » sous la terminologie d' « illégalité apparente ». Si l'on exclut l'office un peu plus spécifique du juge de la transmission des QPC, l'on peut, sans forcer le trait, retenir la notion générique de pré-contrôle des « illégalités apparentes ». Caractériser un doute sérieux ou une difficulté sérieuse suppose qu'ils soient apparents. Ainsi, le pré-contrôle des lois impose au juge de renvoi de relever l'existence d'une contrariété apparente entre une loi et les droits fondamentaux. Ce regroupement des conditions tenant à la présence d'un doute sérieux ou d'une difficulté

³⁷⁵ Voir par exemple : C. cass., civ., 3 juin 1890, S., 1891, n° 1, p. 541 ; C. cass., 28 juillet 1913, S., 1913, n° 1, p. 517.

³⁷⁶ Un auteur s'est quant à lui attelé à la détermination des critères de détermination du « caractère sérieux » des questions préjudicielles : J.-F. FLAUSS, *Les questions préjudicielles et le principe de séparation des autorités administrative et judiciaire*, Thèse dact., Université de Strasbourg, 1976, p. 61 et s.

³⁷⁷ Article R. 771-2 du CJA : « Lorsque la solution d'un litige dépend d'une question soulevant une difficulté sérieuse et relevant de la compétence de la juridiction judiciaire, la juridiction administrative initialement saisie la transmet à la juridiction judiciaire compétente. Elle sursoit à statuer jusqu'à la décision sur la question préjudicielle ».

³⁷⁸ N. QUESTIAUX, « Concl. sous CE, Ass., 19 juin 1964, *Société des pétroles Shell-Berre e. a.*, n° 47007, 47008, 47028, 47029, 47030, 48961, 48692, 49019 », *Rec.* p. 344.

³⁷⁹ Article 49 alinéa 2 du CPC : « Lorsque la solution d'un litige dépend d'une question soulevant une difficulté sérieuse et relevant de la compétence de la juridiction administrative, la juridiction judiciaire initialement saisie la transmet à la juridiction administrative compétente en application du titre Ier du livre III du code de justice administrative. Elle sursoit à statuer jusqu'à la décision sur la question préjudicielle ».

³⁸⁰ Article 35 du décret n° 2015-233 du 27 février 2015 relatif au Tribunal des conflits et aux questions préjudicielles : « Lorsqu'une juridiction est saisie d'un litige qui présente à juger, soit sur l'action introduite, soit sur une exception, une question de compétence soulevant une difficulté sérieuse et mettant en jeu la séparation des ordres de juridiction, elle peut, par une décision motivée qui n'est susceptible d'aucun recours, renvoyer au Tribunal des conflits le soin de décider sur cette question de compétence ».

sérieuse sous la terminologie d'illégalité « apparente » se justifie par le fait que les intensités de contrôle sont finalement équivalentes et qu'elles se confondent entre elles. Il a par exemple été avancé que la condition de difficulté sérieuse nécessaire à la recevabilité des demandes d'avis au Conseil d'État avait « largement inspiré »³⁸¹ celle du caractère sérieux de la QPC. Pour d'autres, au-delà d'une simple inspiration, les conditions de transmission et de renvoi des QPC « portent l'exigence d'une difficulté sérieuse »³⁸². Mais encore, selon le professeur Mathieu Disant, l'appréciation du caractère sérieux des QPC par la Cour de Cassation se rapproche de la condition de « difficulté sérieuse » relative au renvoi à la Cour de cassation des demandes d'avis contentieux³⁸³. Alors que le droit de l'UE impose la condition de « doute » sérieux comme condition « essentielle » du renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'UE³⁸⁴, le Conseil d'État se borne à ne saisir la Cour Luxembourgeoise qu'en présence d'une difficulté sérieuse sans que cela ne soit sanctionné par une irrecevabilité de ses renvois. Claire Vocanson démontre très bien à ce sujet que la formulation retenue par le Conseil d'État ne dénature pas celle qui est normalement imposée par la Cour de justice puisque la reconnaissance d'une difficulté sérieuse ne fait que révéler les doutes qu'il nourrit sur l'application du droit de l'UE³⁸⁵. On retrouve cette confusion dans la célèbre formule d'Édouard Lafférière selon laquelle le juge administratif ne se dessaisit au profit de la Cour de justice de l'UE qu'en présence d'une « *difficulté réelle... de nature à faire naître un doute dans un esprit éclairé* »³⁸⁶. Sans qu'il soit nécessaire de multiplier les exemples, en définitive, s'il y a une difficulté, c'est bien qu'il y a un doute. De même que s'il existe un doute, c'est qu'il y a une difficulté. Partant, dès lors qu'il revêt la robe de juge *a quo*, il y a lieu de dire que le juge du référé-liberté cumule sa fonction de juge des illégalités manifestes avec celle de juge des illégalités « apparentes ».

³⁸¹ R. WASS, « L'influence contentieuse des "avis sur des question de droit" », *LPA*, 2011, n° 80, p. 3.

³⁸² C. CALLET, *Le sérieux et le manifeste en droit judiciaire privé. Contribution à une étude de la certitude en droit*, Thèse dact., Université d'Aix-Marseille, 2015, p. 216.

³⁸³ M. DISANT, *Droit de la question prioritaire de constitutionnalité : cadre juridique, pratiques jurisprudentielles*, Lamy, 2011, p. 233. Voir également : A. CAPPELLO, « Question prioritaire de constitutionnalité – Aspects procéduraux de la question prioritaire de constitutionnalité », *Rep. De droit pénal et de procédure pénale*, juin 2015 (actualisation : décembre 2017), pt. 116 : « Le caractère sérieux de la question prioritaire de constitutionnalité est donc assimilé à la difficulté sérieuse de l'avis contentieux. Autrement dit, la Cour de cassation est censée transmettre la question prioritaire de constitutionnalité lorsque celle-ci présente une difficulté sérieuse qu'elle n'est pas en mesure de résoudre elle-même. Et c'est bien ainsi que la Cour de cassation a compris cette condition en pratique ».

³⁸⁴ C. VOCANSON, *Le Conseil d'État français et le renvoi préjudiciel devant la Cour de justice de l'Union européenne*, Dalloz, 2014, p. 51 ; J.-F. CESARO, *Le doute en droit privé*, LGDJ, 2003, p. 176.

³⁸⁵ C. VOCANSON, *Le Conseil d'État français et le renvoi préjudiciel devant la Cour de justice de l'Union européenne*, *op. cit.*, pp. 56 et s.

³⁸⁶ E. LAFFÉRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, LGDJ, Vol. I, 1989, p. 449. Nous soulignons.

147. Cette entreprise de détermination du double office du juge du référé-liberté, lorsqu'il est à la fois confronté au contrôle d'une illégalité commise par l'administration et au pré-contrôle d'une loi justifiant que soit mis en œuvre un renvoi, s'avérait indispensable pour les confronter entre eux afin de vérifier qu'ils soient compatibles. L'intensité ainsi déterminée du pré-contrôle des lois semble par conséquent entrer en conflit avec l'esprit de la procédure du référé-liberté et, précisément, avec les prescriptions de l'article L. 521-2 du CJA qui limitent strictement sa compétence à la sanction de toute atteinte d'origine administrative « manifestement » grave et illégale à une liberté fondamentale.

β) Une intensité de pré-contrôle des lois excédant l'office du juge du référé-liberté

148. L'évidence « ne laisse aucune place au doute »³⁸⁷ ; elle l' « exclut »³⁸⁸. Partant, la résolution des doutes sérieux et des difficultés sérieuses « implique un investissement intellectuel témoignant de ce que la réponse ne va pas de soi et suppose une démonstration. La difficulté sérieuse est donc caractérisée par le caractère *non évident* de la réponse à un problème juridique »³⁸⁹.

La première hypothèse prévoyant un contrôle plus strict que la seconde, en toute logique, dès l'instant qu'une chose est évidente, elle est *a fortiori* apparente. À l'inverse, une irrégularité apparente n'est pas forcément évidente puisqu'elle appelle le soutien d'une justification pour être considérée comme sérieuse. Pour qu'il y ait renvoi, il faut qu'il y ait doute. Or, la condition relative à l'existence d'une illégalité manifeste écarte toute possibilité de doute.

Les renvois préalables en interprétation aux cours européennes et au Conseil d'État apparaissent *a priori* incompatibles car les demandes d'avis consultatifs et le renvoi préjudiciel en interprétation ne sont mobilisables que pour les difficultés les plus épineuses. Dès lors qu'une telle difficulté se présente, le juge du référé-liberté, juge des illégalités manifestes, devrait, eu égard à son office, rejeter la requête. En effet, dès lors que le juge de l'article L. 521-2 du CJA est confronté à un moyen soulevant une difficulté sérieuse ou un doute sérieux, il est légalement tenu de le rejeter.

³⁸⁷ C. BROUELLE, « Le juge et l'évidence », in G. DARCY, M. DOAT et V. LABROT (dir.), *L'office du juge*, 2006, p. 274.

³⁸⁸ J.-F. CESARO, *Le doute en droit privé*, LGDJ, 2003, p. 395.

³⁸⁹ C. CALLET, *Le sérieux et le manifeste en droit judiciaire privé. Contribution à une étude de la certitude en droit*, Thèse dact., Université d'Aix-Marseille, 2015, p. 7. Nous soulignons.

À première vue, l'on peut également avancer que la condition tendant à vérifier que la question prioritaire de constitutionnalité « n'est pas dépourvue de caractère sérieux » et, à plus forte raison, celle relative à son « caractère sérieux » nécessitent une intensité de contrôle plus approfondie que la condition de l'existence d'une illégalité manifeste commise par une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public.

149. Une exception : la mise en œuvre d'un renvoi préjudiciel en appréciation de validité en cas de prescriptions de mesures provisoires. L'octroi par le juge national d'une mesure provisoire dans le cas où une loi nationale applique un acte de droit dérivé du droit primaire de l'UE présumé invalide oblige le juge national à procéder au renvoi préjudiciel en appréciation de validité s'il a « de véritables certitudes »³⁹⁰ sur l'invalidité de l'acte dérivé en question. Il doit en ce sens avoir la « conviction »³⁹¹ qu'un acte de droit dérivé est invalide. Cette conviction forte requise semble compatible avec l'office du juge du référé-liberté qui se borne à constater les illégalités manifestes, c'est-à-dire celles qui sont certaines et ne suscitent aucun doute. L'exigence de *fumus boni juris* pour la mise en œuvre d'un renvoi en appréciation de validité semble par conséquent coïncider avec celle exigée pour le prononcé de mesures provisoires par le juge du référé-liberté.

150. En définitive, de manière incompatible avec l'office qui lui est attribué par l'article L. 521-2 du CJA, le juge du référé-liberté, lorsqu'il entend actionner un mécanisme de renvoi, doit élargir l'intensité de son contrôle limité aux illégalités manifestes à celui de l'examen des illégalités apparentes requis pour le pré-contrôle des lois. À cela s'ajoute une exigence supplémentaire de nature à alourdir sa charge. En effet, au titre d'une condition formelle de recevabilité des renvois, il est exigé du juge *a quo* qu'il motive avec soin son opération de pré-contrôle d'une loi. Encore une fois, cette obligation semble inadaptée à l'esprit de la procédure

³⁹⁰ R. MEHDI, « Le droit communautaire et les pouvoirs du juge national de l'urgence (quelques enseignements d'une jurisprudence récente) », *RTDE*, 1996, n° 1, p. 77 : « Lui enjoignant d'anticiper sur les conclusions auxquelles elle devrait logiquement parvenir, la Cour attend de la juridiction de renvoi de véritables certitudes sur la légalité de l'acte communautaire de base et donc de son prolongement national, plus que des doutes même sérieux ».

³⁹¹ CJCE, 21 février 1991, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen AG c. Hauptzollamt Itzehoe*, aff. jtes C-143/88 et C-92/89, pt. 23 : il faut que les « circonstances de fait et de droit invoquées par les requérants amènent la juridiction nationale à la conviction qu'il y a des doutes sérieux sur la validité du règlement communautaire sur lequel est fondé l'acte administratif attaqué ». Nous soulignons ; Voir : O. DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire : contribution à l'étude des transformations de la fonction juridictionnelle dans les Etats membres de l'Union européenne*, Dalloz, 2001, pp. 512-513.

du référé-liberté d'aboutir en urgence et au terme d'un formalisme abrégé.

b) Le caractère inadapté de l'obligation de motiver l'opération de pré-contrôle des lois

151. Qu'elle soit confrontée à une question relative à l'interprétation du droit de l'UE ou à la validité d'un acte de droit dérivé, la juridiction nationale est invitée à « exposer les raisons qui l'ont conduite à s'interroger sur l'interprétation ou la validité des dispositions du droit de l'Union et le lien qu'elle établit entre ces dispositions et la législation nationale applicable au litige au principal »³⁹². S'il semble s'agir d'une faculté dans le cadre de la procédure ordinaire de renvoi préjudiciel, un auteur a pu considérer que lorsqu'un renvoi préjudiciel est accompagné d'une demande de mise en œuvre de la procédure préjudicielle d'urgence, l'indication d'une proposition de réponse devient une obligation³⁹³. En tout état de cause, force est de constater que rares sont les juridictions nationales à se conformer à cette exigence³⁹⁴.

De manière sensiblement similaire, une demande d'avis consultatif à la Cour strasbourgeoise implique, pour être recevable, que la Haute juridiction interne donne « son propre avis sur la question, y compris toute analyse qu'elle a pu faire de la question »³⁹⁵. Cette obligation adressée au juge de proposer une solution aux demandes d'avis consultatifs à la Cour EDH et de motiver la consistance des doutes ou des difficultés sérieuses justifiant un renvoi préjudiciel en interprétation ou en validité paraissent, eu égard à l'urgence, inadaptée au temps de jugement d'un référé-liberté.

³⁹² CJUE, *Recommandations à l'attention des juridictions nationales, relatives à l'introduction de procédures préjudicielles*, JOUE 2018/C 257/01, 20 juillet 2018, pt. 17 et pt. 5 de l'annexe. La juridiction de renvoi qui émet des doutes sur la validité d'un acte de droit dérivé doit, lorsqu'elle saisit la Cour de justice, préciser « les raisons pour lesquelles elle considère que cet acte n'est pas valide » : *ibid.*, pt. 7. Cette exigence est tirée de l'article 94 du règlement de procédure de la CJUE.

³⁹³ J. PERTEK, « Renvoi préjudiciel », *Juris. Class. Europe*, fasc. 360-1, pts. 133-134, (mise à jour octobre 2015) : « ce qui correspond à une faculté dans le cadre de l'examen ordinaire d'une question préjudicielle devient une obligation de principe dans le cadre de la PPU ». Nous soulignons. À tout le moins, cet auteur a pu évoquer une « faculté renforcée » de motivation dans le cadre des demandes de mise en œuvre de la PPU et de la PPA : J. PERTEK, *Coopération entre juges nationaux et Cour de justice de l'UE. Le renvoi préjudiciel*, Bruylant, 2013, p. 43.

³⁹⁴ L. CLEMENT-WILZ, « La procédure préjudicielle d'urgence : nouveau théâtre du procès européen ? », *CDE*, 2012, n° 1, p. 148. Seules quelques juridictions de renvoi se sont attelées à proposer une solution aux questions qu'elles posaient à la Cour de justice. Voir par exemple : CJUE, 5 octobre 2010, *J. McB*, C-400/10 PPU, pt. 24 ; CJUE, 26 avril 2010, *Health Service Executive*, C-92/12 PPU, pts. 68-69 ; CJUE, 28 juin 2012, *M. West*, C-192/12 PPU, pt. 51.

³⁹⁵ Ministère de l'Europe et des affaires étrangères, *Étude d'impact du projet de loi concernant la ratification du protocole n°16 à la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, NOR : EAEJ1729498L/Bleue-1, pt. 4.1.2.2 ; Conseil de l'Europe, *Rapport explicatif sur le protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, 2 octobre 2013, pt. 12.

152. Plus encore, lorsque le juge national prononce une mesure provisoire de manière concomitante à un renvoi préjudiciel en validité, il doit présenter les motifs que la Cour devrait reconnaître pour invalider l'acte de droit dérivé attaqué. Dans l'arrêt *Atlanta*, la Cour de Luxembourg impose à la juridiction nationale de renvoi qui entend prononcer des mesures provisoires, d'expliquer « les raisons pour lesquelles elle estime que la Cour sera amenée à constater l'invalidité »³⁹⁶ de l'acte de droit dérivé attaqué. Pareillement, dans l'arrêt *Zuckerfabrick*, elle attend du juge national qu'il expose « les motifs d'invalidité qui lui paraissent devoir être retenus »³⁹⁷. Même dans les cas de demande de mise en œuvre de la procédure préjudicielle d'urgence, le règlement de procédure de la Cour impose à la juridiction de renvoi d'émettre une proposition de solution à la question soulevée³⁹⁸.

Avec Laurent Coutron, il y a lieu de considérer que cette condition « excède manifestement »³⁹⁹ l'office du juge national de l'urgence. La doctrine civiliste relève pareillement le caractère illusoire du respect de cette condition par le juge judiciaire des référés⁴⁰⁰. À l'instar de Rostane Mehdi, force est de constater que la Cour oblige le juge national à « motiver sa décision [de renvoi] avec une précision telle, que l'on peut se demander s'il n'en viendra pas immanquablement à préjuger du fond de l'affaire »⁴⁰¹, ce qui sans nul doute, excède de manière générale les compétences de tout juge de renvoi et, à plus forte raison, celles du juge du référé-liberté qui est « incité à ne pas perdre trop de temps sur la motivation de ses décisions »⁴⁰².

153. L'intensité du pré-contrôle des lois nécessaire à la mise en œuvre d'un renvoi et l'exigence de motivation du résultat de cette opération paraissent en contradiction avec l'intensité limitée au contrôle des illégalités manifestes conférée au juge du référé-liberté par l'article L. 521-2 du CJA. Cette articulation dissymétrique des intensités de contrôle a pour fâcheuse conséquence d'empêcher qu'une identité systématique des intensités de contrôle conditionnant la mise en œuvre des renvois et de l'octroi des mesures provisoires par le juge du

³⁹⁶ CJCE, 9 novembre 1995, *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft*, C-465/93, pt. 36.

³⁹⁷ CJCE, 21 février 1991, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen*, aff. jtes. C-143/88 et C-92/89, pt. 24.

³⁹⁸ Article 107 § 2 du RP CJUE : la juridiction de renvoi est invitée à indiquer « la réponse qu'elle propose aux questions préjudicielles ».

³⁹⁹ L. COUTRON, *La contestation incidente des actes de l'Union européenne*, Bruylant, 2007, p. 400.

⁴⁰⁰ I. S. DELICOSTOPOULOS, *Le procès civil à l'épreuve du droit processuel européen*, LGDJ, 2003, p. 288.

⁴⁰¹ R. MEHDI, « Le droit communautaire et les pouvoirs du juge national de l'urgence (quelques enseignements d'une jurisprudence récente) », *RTDE*, 1996, n° 1, p. 77.

⁴⁰² L. RICHER, « L'instance de référé d'urgence », *RFDA*, 2002, n° 2, p. 269. Voir également : F. MALHIÈRE, *La brièveté des décisions de justice (Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation) : contribution à l'étude des représentations de la justice*, Dalloz, 2013, p. 316 et s.

référé-liberté soit reconnue.

- 2) Le refus d'une identité systématique d'appréciation entre l'intensité du pré-contrôle conditionnant la mise en œuvre des renvois et l'intensité de contrôle des illégalités administratives

154. L'utilité des procédures de renvoi dépend de leur articulation plus ou moins harmonieuse avec celles au regard desquelles elles sont actionnées. Or, dans le cadre de la procédure de référé-liberté, l'absence d'identité systématique entre l'intensité de contrôle conditionnant la mise en œuvre des renvois et d'octroi des mesures provisoires par le juge du référé-liberté est parfois source de protection incohérente ou inefficace des libertés fondamentales. De manière affirmée, tant les règles de procédure (a) que la jurisprudence (b) excluent que soit associée à la mise en œuvre d'un renvoi préalable toute conclusion systématique emportant reconnaissance d'une illégalité manifeste au sens de l'article L. 521-2 du CJA.

- a) Une identité systématique exclue par les règles de procédure

155. Lorsque le juge du référé-liberté considère comme remplie la condition relative à l'existence d'une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale, ne devrait-il pas automatiquement faire droit à un moyen sérieux tiré de la contrariété d'une loi aux droits fondamentaux justifiant qu'une demande de mise en œuvre d'un renvoi soit formulée ? Il peut paraître à première vue souhaitable qu'en cas de demande de mise en œuvre d'un renvoi préalable, le juge y procède de droit dès lors qu'il juge qu'une illégalité manifeste portant gravement atteinte à une liberté fondamentale a été commise par l'administration. Il semble tout aussi logique que le pré-contrôle d'une loi aboutissant à la mise en œuvre d'un renvoi préalable satisfasse la condition du référé-liberté tenant à l'existence d'une illégalité manifeste en vue de la sauvegarde d'une liberté fondamentale⁴⁰³.

Il apparaît pourtant qu'un doute sur la conformité d'une loi aux droits fondamentaux justifiant la mise en œuvre d'un renvoi ne signifie en rien l'existence de l'illégalité manifeste d'une

⁴⁰³ C'est par exemple ainsi qu'un auteur a pu défendre, concernant spécifiquement le cas de la QPC, que les « conditions [...] du prononcé d'une mesure nécessaire de sauvegarde d'une liberté fondamentale [...], devraient en toute logique être systématiquement jugées remplies corrélativement à la reconnaissance du caractère sérieux de la question de constitutionnalité transmise » : G. VALDELIEVRE, « Le renvoi d'une question prioritaire de constitutionnalité par le juge des référés du Conseil d'État », *Constitutions*, 2016, n° 4, p. 624.

décision administrative d'application qui requiert une illégalité encore plus caractérisée. Aucune règle de procédure n'attache d'ailleurs d'effet suspensif à l'application d'une loi faisant l'objet d'un renvoi préalable ni ne prévoit que la mise en œuvre d'un renvoi devant le juge du référé-liberté emporte concomitamment le prononcé de toute mesure utile et notamment de la suspension de la décision administrative attaquée. En ce qui concerne le renvoi ou la transmission d'une QPC, force est de constater que ce type d'opération ne conditionne « nullement »⁴⁰⁴ l'examen de l'existence d'une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale.

156. La mise en place d'une identité systématique, *de jure*, entre la reconnaissance d'un doute ou d'une difficulté sérieuse sur la conformité d'une loi aux droits fondamentaux justifiant la mise en œuvre d'un renvoi et la reconnaissance d'une atteinte manifestement illégale à une liberté fondamentale est contrariée par un facteur de taille. Il s'agit de la nécessaire satisfaction des conditions substantielles de fond supplémentaires des renvois préalables et du référé-liberté pour obtenir une mesure provisoire devant le juge du référé-liberté.

157. Les conditions supplémentaires du référé-liberté. Il ne suffit pas en référé-liberté que l'illégalité de l'atteinte à une liberté fondamentale commise par une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public soit manifeste pour que le juge exerce son office. Encore faut-il que l'atteinte soit grave et qu'une urgence caractérise la situation portée devant le juge. Or, toute illégalité ne constitue pas forcément une atteinte grave à une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du CJA⁴⁰⁵. Tout doute sur la conformité d'une loi aux droits fondamentaux n'est pas non plus systématiquement constitutif d'une situation d'urgence au sens de l'article L. 521-2 du CJA. C'est par exemple dans ce sens qu'un rapporteur public a pu inviter la Haute juridiction administrative à ne pas perdre de vue que « *question de constitutionnalité présentant un caractère sérieux ne veut pas dire "atteinte grave et manifestement illégale à une liberté*

⁴⁰⁴ L. DUTHEILLET DE LAMOTHE et G. ODINET, « L'urgence dans tous ses états », *AJDA*, 2016, n° 5, p. 247 ; O. LE BOT, « Référé-liberté et état d'urgence », *LPA*, 2016, n° 48, p. 8 : « le renvoi d'une QPC est dépourvu d'incidence sur les conditions d'octroi d'une mesure de sauvegarde [d'une liberté fondamentale] ».

⁴⁰⁵ S. DEYGAS, « Toute illégalité ne porte pas une atteinte grave à une liberté fondamentale. Note sous CE, juge réf., 27 oct. 2011, n° 353508, *Ministre de l'Intérieur de l'Outre-mer, des Collectivités territoriales et de l'Immigration* », *Procédures*, 2011, n° 12, comm. 388. Voir également : CE, 17 septembre 2009, *Ministre de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du développement solidaire c. Salah*, n° 331950.

fondamentale" au sens de l'article L. 521-2 »⁴⁰⁶.

158. Les conditions supplémentaires des renvois. Pour la recherche d'une identité entre les exigences nécessaires à la recevabilité des renvois et du référé-liberté, un ultime obstacle réside dans la condition de l' « applicabilité » au litige de la disposition législative contestée. Celle-ci n'est pas appréciée de manière commune pour le déclenchement valable des différentes procédures de renvoi. À titre d'exemple, la condition d'applicabilité au litige de la disposition législative constitutionnellement douteuse s'apprécie de manière large pour le renvoi au Conseil constitutionnel d'une QPC. Il en résulte qu'une disposition législative peut effectivement être déclarée applicable au litige⁴⁰⁷ par le juge de renvoi mais que, dans le même temps, le litige puisse être résolu par le juge du référé-liberté sans nécessairement recueillir préalablement la réponse attendue sur sa conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit. Comme le laisse penser une affaire jugée par le Conseil d'État⁴⁰⁸, l'issue de la question de constitutionnalité ne doit pas nécessairement être utile à la résolution du litige dont le juge est saisi. Cela relève à titre premier des dispositions organiques relative à la procédure de la QPC et spécialement de l'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 relative au Conseil constitutionnel qui prévoit que la transmission ou le renvoi d'une QPC est conditionné, notamment, par la simple applicabilité au litige de la disposition législative contestée. Par conséquent, rien n'oblige à ce que la QPC soit « utile » à la résolution du litige porté devant le juge du référé-liberté⁴⁰⁹.

En revanche, l'enclenchement de la procédure préjudicielle d'urgence applicable au traitement d'un renvoi préjudiciel implique que la réponse apportée par la Cour de justice soit utile, ou plus précisément, ait une « incidence » sur la situation dans laquelle une personne est privée de sa liberté individuelle. La réponse donnée au renvoi préjudiciel doit donc, non seulement être utile, mais, plus encore, être déterminante pour la résolution du litige en cours⁴¹⁰.

En définitive, le renvoi d'une QPC favorise plus largement la reconnaissance, par le juge du

⁴⁰⁶ X. DOMINO, « Assignations à résidence en état d'urgence. Concl. sous CE, ord., 11 décembre 2015, *Domenjoud*, n° 395009 », *RFDA*, 2016, n° 1, p. 105. C'est l'auteur qui souligne.

⁴⁰⁷ L'article 23-2 1° de l'ordonnance du 7 novembre 1958 relative au Conseil constitutionnel dispose notamment que, pour qu'une QPC soit transmise ou renvoyée, la disposition législative contestée doit être « applicable au litige ou à la procédure ».

⁴⁰⁸ CE, 19 mars 2012, *M. G.*, n° 352843.

⁴⁰⁹ P. COSSALTER, « Le contrôle par le juge des référés de la légalité des assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence. Note sous CE, Sect. 11 décembre 2015, n° 394989, 394990, 394991, 394992, 394993, 395002, 395009 », *Revue générale du droit*, 2015, n° 23098, (en ligne : www.revuegeneraledudroit.eu/?p=23098).

⁴¹⁰ CJUE, *Rapport sur la mise en œuvre de la procédure préjudicielle d'urgence*, Rapport remis au Conseil conformément à la déclaration en annexe à sa décision du 20 décembre 2007 (JO L 24 du 29 janvier 2008, p. 44), 31 janvier 2012, pt. 7.

référé-liberté, de l'existence d'une atteinte manifestement illégale à une liberté fondamentale que la mise en œuvre d'un renvoi préjudiciel.

159. Par une interprétation fidèle aux textes de procédure, la jurisprudence fait état d'un refus catégorique de reconnaître une appréciation identique et systématique entre l'intensité de pré-contrôle conditionnant la mise en œuvre des renvois et l'intensité de contrôle des illégalités administratives.

b) Le refus jurisprudentiel d'une identité systématique

160. Le juge administratif des référés d'urgence reconnaît que l'absence d'un doute sérieux au sens de l'article L. 521-1 du CJA conduit *ipso facto* à l'impossibilité de déclarer une illégalité comme étant manifeste au sens de la procédure de référé-liberté⁴¹¹. Selon la même logique, l'existence d'un doute ou d'une difficulté sérieuse sur le rapport de conformité ou de compatibilité entre une loi et les droits fondamentaux nécessitant la mise en œuvre d'un renvoi préalable ne peut conduire automatiquement à la reconnaissance par le juge du référé-liberté d'une illégalité manifeste.

Il est éclairant de se rapporter dans une large mesure aux conclusions du rapporteur public Xavier Domino sous l'affaire ayant conduit au premier renvoi d'une QPC par le juge du référé-liberté pour percer la politique jurisprudentielle du juge administratif suprême des référés d'urgence. Il soutient que « *la seule circonstance qu'une QPC a été renvoyée au Conseil constitutionnel n'implique pas pour le juge des référés d'ordonner immédiatement la suspension des effets de la décision contestée, dans l'attente de la décision du Conseil constitutionnel* »⁴¹². Le rapporteur public Xavier Domino abonde : « *on ne saurait tirer du seul renvoi d'une QPC pour sérieux de la question la moindre conclusion automatique, ni dans un sens ni dans un autre, pour un litige de référé* »⁴¹³. La Haute juridiction administrative est priée d'éviter que « le seul renvoi d'une QPC se transforme en machine à suspension automatique dans toutes les instances de référé où la disposition concernée par le renvoi est appliquée, autant une QPC suffisamment convaincante pour justifier un renvoi au Conseil constitutionnel ne saurait se transformer non plus en machine à ajournement automatique des référés »⁴¹⁴. Suivant

⁴¹¹ CE, ord., 2 décembre 2002, *Pez*, n° 252157 et 252158.

⁴¹² X. DOMINO, « Assignations à résidence en état d'urgence. Concl. sous CE, ord., 11 décembre 2015, *Domenjoud*, n° 395009 », *RFDA*, 2016, n° 1, p. 105. C'est l'auteur qui souligne.

⁴¹³ *Ibid.*

⁴¹⁴ *Ibid.*

ces conclusions, le Conseil d'État confirme dans l'ordonnance *Domenjoud* que « la seule circonstance que la question prioritaire de constitutionnalité soulevée par l'intéressé est renvoyée au Conseil constitutionnel n'implique pas d'ordonner immédiatement la suspension des effets de la décision d'assignation à résidence contestée »⁴¹⁵. Dans une ordonnance antérieure, le juge du référé-liberté considérait déjà qu' « aucune disposition n'obligeait le juge des référés [d'un tribunal administratif], qui n'était pas saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, à surseoir à statuer sur la demande de suspension présentée devant lui, du seul fait que la question de l'absence de recours suspensif contre les décisions de réadmission, dont il était saisi sur d'autres fondements que la Constitution, avait fait l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité présentée devant le juge des référés [d'un autre tribunal administratif] et transmise par celui-ci au Conseil d'Etat »⁴¹⁶. En résumé, il est clair que le Conseil d'État a entendu « consacrer l'autonomie de l'office du juge des référés vis-à-vis de l'examen de la QPC »⁴¹⁷.

161. L'inutilité fréquente des renvois en référé-liberté. En pratique, le requérant qui soulève une QPC peut, si elle présente notamment un caractère sérieux, la voir prospérer jusque devant le Conseil constitutionnel et, dans le même temps, voir sa requête en référé rejetée pour absence d'illégalité manifeste de l'acte attaqué. À titre exemplatif, dans une ordonnance du 22 novembre 2017, le juge du référé-liberté du tribunal administratif de Versailles estime que la décision du préfet des Yvelines de fermer pour six mois un lieu de culte ne porte pas d'atteinte grave et manifestement illégale à la liberté de culte et à la liberté de réunion⁴¹⁸ et rejette par conséquent la requête sur ce motif. Il transmet dans le même temps au Conseil d'État la question relative à la constitutionnalité de l'article L. 227-1 du code de la sécurité intérieure.

Cette situation s'illustre encore parfaitement avec sept affaires traitées le 11 décembre 2015 par le juge du référé-liberté du Conseil d'État, rendant compte de situations semblables. Dans cette série contentieuse, le juge a rejeté de manière identique l'ensemble de ces requêtes. Il a considéré que les mesures attaquées portant assignations à résidence n'étaient pas constitutives d'une atteinte manifestement grave et illégale à une liberté fondamentale. Pourtant, à l'occasion d'une de ces affaires, le juge procède au renvoi d'une QPC au Conseil constitutionnel portant sur la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de l'article 6 de la loi relative

⁴¹⁵ CE, ord., 11 décembre 2015, *Domenjoud*, n° 395009, consid. 22.

⁴¹⁶ CE, ord., 21 mars 2011, *Mme Diana Aboubakarova*, n° 347232.

⁴¹⁷ L. DUTHEILLET DE LAMOTHE et G. ODINET, « L'urgence dans tous ses états », *AJDA*, 2016, n° 5, p. 247.

⁴¹⁸ TA de Versailles, ord., 22 novembre 2017, *Association communauté musulmane de la cité des Indes*, n° 1708063.

à l'état d'urgence telle que modifiée par la loi n° 2015-1501 du 20 novembre 2015⁴¹⁹. À propos de cette dernière ordonnance *Domenjoub*, la doctrine n'a pas manqué de relever qu'« il peut paraître, à première vue, paradoxal que, d'un côté, le Conseil d'État juge suffisamment sérieuse la question de la méconnaissance des droits et libertés constitutionnellement garantis, et notamment de la liberté d'aller et venir, et que, de l'autre, il considère, en référé, que les assignations à résidence prises ne portent pas d'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale »⁴²⁰. Il aurait assurément été « plus logique »⁴²¹ et plus utile que le caractère sérieux de la QPC entraîne la suspension de la mesure d'assignation à résidence.

162. En dépit du constat qui vient d'être dressé, l'on ne saurait conclure, de manière catégorique, à l'incompatibilité irréductible de l'intensité limitée du contrôle, par le juge du référé-liberté, des illégalités manifestes commises par l'administration avec celle requise pour le pré-contrôle des lois. Quelques aménagements procéduraux, certainement insuffisants, viennent adapter et par là même rendre compatibles les modalités du pré-contrôle des lois avec les contraintes et l'office limité du juge du référé-liberté.

B) Une intensité de pré-contrôle des lois compatible avec l'office limité du juge du référé-liberté

163. De manière générale, l'intensité du pré-contrôle des lois requis par les mécanismes de renvoi préalable n'est pas adaptée à l'office limité du juge du référé-liberté. Pourtant, l'adoption de quelques règles spéciales viennent rétablir un certain équilibre rendant les mécanismes de renvoi plus adaptés à la procédure de l'article L. 521-2 du CJA. Certaines de ces solutions relèvent de la technique procédurale. Elles consistent dans la mise en place de règles d'exception relatives à l'adaptation des procédures de renvois aux situations d'urgence que le juge du référé-liberté est appelé à connaître (1). D'un autre côté, c'est en sondant le sens intrinsèque des mécanismes de renvois que l'on prend conscience que l'intensité plus approfondie de pré-contrôle des lois requis pour accéder au juge *ad quem* est parfaitement compatible et même complémentaire à l'intensité limitée du contrôle des illégalités

⁴¹⁹ CE, sect., 11 décembre 2015, *Domenjoub*, n° 395009.

⁴²⁰ A. ROBLOT-TROIZIER, « Assignation à résidence et état d'urgence. Note sous Conseil d'État, Section, 11 décembre 2015, *M.C. Domenjoub*, n° 395009 », *RFDA*, 2016, n° 1, p. 123.

⁴²¹ X. VANDENDRIESSCHE, « Le contrôle par le Conseil d'État sur les mesures prises au titre de l'état d'urgence », *AJDA*, 2018, n° 23, p. 1322.

administratives qui relève de la compétence du juge du référé-liberté (2).

- 1) L'adaptation de l'intensité du pré-contrôle des lois à l'office du juge du référé-liberté par des règles d'exception justifiées par l'urgence

164. Il est possible d'envisager et de constater un mouvement d'adaptation de l'intensité du pré-contrôle des lois avec celui du juge du référé-liberté prévu par l'article L. 521-2 du CJA. Cela voudrait dire que l'une converge vers l'autre et plus spécifiquement que l'intensité du pré-contrôle des lois s'aligne sur celui du contrôle des illégalités manifestes (a). De cette démarche résulte concomitamment un assouplissement implicite des exigences de motivation des décisions de renvoi. En effet, de manière implicite, certes, les procédures de renvois permettent au juge du référé-liberté, parce qu'il est confronté à des situations urgentes, de limiter les contraintes qui pèsent sur l'obligation de motiver les décisions de renvoi (b).

- a) Le rapprochement des intensités de pré-contrôle des lois avec l'office du juge du référé-liberté

165. Sur le modèle des rapports entre les intensités de pré-contrôle des lois et l'examen par le juge du référé-suspension des « doutes sérieux » sur la légalité des décisions administratives (β), il est possible d'envisager un rapprochement des intensités de pré-contrôle des lois avec l'office du juge du référé-liberté. La généralisation du recours à l'évidence dans le pré-contrôle des lois pourrait être le moyen d'atteindre le rapprochement des deux intensités de pré-contrôle des lois et de contrôle des illégalités administratives par le juge du référé-liberté (α).

α) Le recours possible à l'évidence dans le pré-contrôle des lois par le juge du référé-liberté

166. Dans toute procédure dans laquelle un juge est maître de la décision de renvoyer une question à un autre juge plane un risque à double sens lié à la fonction de filtrage : « en faire

trop, en faire trop peu. Tout filtrer et ne rien filtrer »⁴²². Le risque étant celui de « miner »⁴²³ le succès d'un mécanisme de renvoi.

L'intégration de cette mise en garde permet d'orienter l'établissement de quelques pistes de rapprochement de l'intensité du pré-contrôle des lois à celle, plus limitée, du contrôle exercé par le juge du référé-liberté sur les illégalités de l'administration. Cet ajustement tient compte notamment du fait que le juge administratif des référés d'urgence exerce toujours son office « en l'état de l'instruction » et que pèse sur lui une contrainte forte relative au délai de quarante-huit heures dans lequel il est tenu de statuer. Il implique, par conséquent, de moduler la condition tenant à l'existence d'un simple doute ou difficulté sérieux par une alternative nécessitant la mise en œuvre d'un contrôle d'une intensité moins approfondie⁴²⁴. Dans ce cas, le juge du référé-liberté pourrait se contenter d'un doute ou d'une difficulté *manifestement pourvu* de caractère sérieux ou, mieux encore, d'un doute ou d'une difficulté *manifestement non dépourvu* de caractère sérieux.

167. Le pré-contrôle des lois limité aux doutes et aux difficultés *manifestement pourvus de caractère sérieux*. Cette première hypothèse d'ajustement de l'intensité de pré-contrôle des lois, plus stricte que la seconde, n'est pas souhaitable. Si l'on réduit l'intensité du pré-contrôle du juge de renvoi de telle manière que l'ouverture du prétoire du juge des lois soit notamment conditionnée par les seules hypothèses de doute ou de difficulté *manifestement* sérieux portant sur le rapport de conformité d'une loi aux droits fondamentaux, il y a un risque de réduire les chances, pour un requérant, de voir ses moyens prospérer et donc, de rendre trop restrictif l'accès au juge des lois. Dans sa thèse de doctorat, Claire Vocanson a pu soutenir l'idée que devant le juge du référé-liberté, lorsqu'une QPC est soulevée, le moyen tiré de la contrariété d'une disposition législative aux droits et libertés que la Constitution garantit ne pourrait être reçu que lorsque la violation est « manifeste »⁴²⁵. Le juge du référé-liberté n'a toutefois jamais retenu cette façon de procéder.

⁴²² N. MOLFESSIS, « La résistance immédiate de la Cour de cassation à la QPC », *Pouvoirs*, 2011, n° 137, p. 86 ; Voir également : B. MATHIEU, « Neuf mois de jurisprudence relative à la QPC. Un bilan », *Pouvoirs*, 2011, n° 137, p. 58. Le « juge du filtre ne doit pas se transformer en barrage d'une parole constitutionnelle attendue » : X. DOMINO, « Assignations à résidence en état d'urgence. Concl. sous CE, ord., 11 décembre 2015, *Domenjoud*, n° 395009 », *RFDA*, 2016, n° 1, p. 105.

⁴²³ *Ibid.* Les auteurs évoquent spécialement le cas de la question prioritaire de constitutionnalité.

⁴²⁴ Le professeur Mathieu Disant estime par exemple que le juge du référé-liberté du Conseil d'État devrait nécessairement exercer un « contrôle moins approfondi » du caractère sérieux des QPC dont il a à connaître : M. DISANT, *Droit de la question prioritaire de constitutionnalité : cadre juridique, pratiques jurisprudentielles*, Lamy, 2011, p. 170, pt. 224.

⁴²⁵ C. VOCANSON, *Le Conseil d'État français et le renvoi préjudiciel devant la Cour de justice de l'Union européenne*, Dalloz, 2014, p. 281.

L'on relève, en revanche, deux cas isolés tirés de la jurisprudence de la Cour de cassation, qui semblent mettre en avant une limitation de l'intensité de l'appréciation du caractère sérieux des QPC. À deux reprises, le juge judiciaire suprême a motivé son refus de renvoi de QPC au motif qu'elles ne présentaient pas, « à l'évidence »⁴²⁶, un caractère sérieux.

168. Le pré-contrôle des lois limité au caractère manifestement non dépourvu de doute ou de difficulté sérieux. Cette proposition de pré-contrôle de faible intensité des lois se rapproche très fortement du rôle de premier filtre du juge de transmission des QPC. Si cette proposition est destinée aux juges de l'urgence et spécifiquement au juge du référé-liberté, on constate par une série d'exemples que cette limitation du pré-contrôle des lois au caractère manifestement non dépourvu de doute ou de difficulté sérieux est pratiquée par des juges qui ne sont pas tenus de juger en urgence ou au provisoire. La circulaire ministérielle établie antérieurement à l'entrée en vigueur de la QPC suggérait que l'examen par le premier juge du filtre de la condition tenant à ce que la QPC n'est pas dépourvue de caractère sérieux se limite à n'exclure que les questions « *manifestement non fondées* »⁴²⁷. Divers exemples tirés de la pratique des juridictions judiciaires statuant au fond illustrent le premier filtrage d'une QPC « *manifestement dépourvue de caractère sérieux* »⁴²⁸ ou « *manifestement pas dépourvue de caractère sérieux* »⁴²⁹. La Cour d'appel de Montpellier a pu juger que l'examen de la condition tenant à ce que la QPC ne soit pas dépourvue de caractère sérieux signifiait qu'elle ne devait être « pas manifestement non fondée »⁴³⁰.

Au moment des discussions sur la nature et l'intensité du filtrage des QPC, le professeur Anne Levade proposait une formule de rédaction de la loi organique allant dans le sens d'une faible intensité de filtrage des QPC. Il était ainsi proposé que la rédaction prescrive au juge *a quo* de « vérifier, "à l'issue d'un examen sommaire", que la question n'est "pas dépourvue de caractère

⁴²⁶ C. cass., ch. crim., 27 mars 2013, n° 12-85.115 et 12-84.784 ; C. cass., 15 février 2011, n° 10-90.122 ; C. cass., 27 septembre 2011, n° 11-90.086. Nous soulignons.

⁴²⁷ Ministère de la justice et des libertés, *Présentation de la question prioritaire de constitutionnalité*, Circulaire n° CIV/04/10, 24 février 2010, pt. 2.2.3.2., p. 22. Nous soulignons.

⁴²⁸ CA Aix-en-Provence, 9 avril 2013, *Philippe Krikorian c. Jocelyne V.*, n° 13/02385 ; CA Angers, 13 octobre 2011, n° 11/02513 ; Cette intensité de filtrage semble courante à la Cour d'appel de Paris : CA Paris, 7 avril 2016, n° 15/04725 ; CA Paris, 6 juillet 2017, n° 16/15369 ; CA Paris, 5 octobre 2017, n° 17/07436 ; CA Paris, 30 novembre 2017, n° 17/07443 à 17/07445 ; CA Paris, 1 février 2018, n° 16/15105 ; CA Paris, 22 février 2018, n° 16/13628 ; CA Paris, 1 mars 2018, n° 17/07350 ; CA Paris, 1 mars 2018, n° 17/07394 ; CA Paris, 1 mars 2019, n° 14-04469. Nous soulignons.

⁴²⁹ CA Pau, 3 juin 2010, *Martine B. c. Laurent H. e. a.*, n° 10/02058 ; CA Pau, 27 octobre 2011, *Raymond S. c. SOCIÉTÉ DERICHEBOURG ATIS AÉRONAUTIQUE*, n° 4812/11. Nous soulignons.

⁴³⁰ CA Montpellier, 13 avril 2010, *Perello Serge c. Ministère public, Idjaad audrey et Salmi Allal*.

sérieux", ou plus simplement qu'elle n'est "pas manifestement infondée" »⁴³¹. Une fois la réforme adoptée, un autre auteur a pu estimer que l'examen du caractère sérieux de la QPC par les juges suprêmes revenait à examiner si la question de constitutionnalité « n'est pas manifestement infondée »⁴³². Il n'y a toutefois que de rares arrêts de la Cour de cassation qui procèdent au renvoi de QPC qui ne sont « pas *manifestement* dépourvues de caractère sérieux »⁴³³.

169. L'adaptation des conditions de recevabilité de la QPC aux spécificités du juge du référé-liberté tient principalement à l'exigence du caractère fondé ou non manifestement infondé de la question de constitutionnalité. Le modèle italien semble justement répondre à cette nécessité de souplesse. En effet, l'article 1^{er} de la loi constitutionnelle n° 1 de 1948 impose au juge *a quo* d'examiner le caractère « non manifestement infondé » de la question incidente de constitutionnalité⁴³⁴. Cette condition impose au juge de « nourrir un doute quant à la constitutionnalité de la loi » et n'exige pas le caractère manifestement fondé de la question. En effet, selon la Cour constitutionnelle italienne, le contrôle de cette condition « ne signifie pas que le juge doit être convaincu du caractère fondé de la question, pas plus qu'elle n'impose que celui-ci soit subjectivement persuadé du contraire ; il est [...] suffisant qu'existent des raisons d'incertitude »⁴³⁵. La question est non manifestement infondée quand elle « présente une évidence *ictu oculi*, c'est-à-dire telle qu'il peut être relevé aux termes d'une simple délibération et avec une connaissance sommaire » de l'affaire. La condition italienne du caractère non manifestement infondé des questions de constitutionnalité semble être un modèle qui mériterait d'être transposé à l'intensité d'examen par le juge du référé-liberté du Conseil d'État des moyens soulevés à l'appui d'une QPC.

Cette proposition est en revanche moins opportune concernant l'examen des QPC soulevées devant le juge du référé-liberté statuant au sein des tribunaux administratifs puisque le filtrage

⁴³¹ A. LEVADE, « Audition », in J.-L. WARSMANN, *Rapport d'information sur l'évaluation de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, Assemblée Nationale, septembre 2009, n° 1898, p. 124.

⁴³² P. BELLOIR, *La question prioritaire de constitutionnalité*, L'Harmattan, 2012, p. 62.

⁴³³ C. cass., civ. 2^e, 1 juillet 2011, n° 11-30.013 ; C. cass., ch. crim., 30 avril 2014, n° 13-85.558. Nous soulignons.

⁴³⁴ Article 1^{er} de la loi constitutionnelle n° 1 de 1948 : « la question de constitutionnalité d'une loi ou d'un acte ayant force de loi de la république relevée d'office ou soulevée par l'une des parties au cours d'un procès, et non considérée par le juge comme manifestement infondée, est renvoyée à la Cour constitutionnelle afin qu'elle puisse la trancher ».

⁴³⁵ *Corte cost., sentenza n° 161/1977*, 22 décembre 1977 : « Non comporta che il giudice sia convinto della fondatezza e nemmeno esclude che egli rimanga soggettivamente persuaso del contrario ; è invece sufficiente che esistano ragioni di invertezza ».

des QPC « non dépourvues de caractère sérieux » coïncide déjà avec la condition italienne⁴³⁶. Les motifs du projet de loi organique *relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution* prévoyaient d'ailleurs que la condition de filtrage, consistant à ne transmettre que les seules QPC qui n'apparaissent pas dépourvues de caractère sérieux, n'engageait qu'un « examen sommaire »⁴³⁷ de la part du juge.

Il est par ailleurs intéressant de relever qu'en 1990, le premier projet d'instauration d'une question préjudicielle de constitutionnalité en France reprenait littéralement la condition italienne. En effet, le projet de loi organique du 30 mars 1990 prévoyait que le renvoi d'une question de constitutionnalité ne pouvait avoir lieu qu'à la condition qu'elle ne soit « pas manifestement infondée »⁴³⁸.

Dans le système belge de contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité des lois, le juge de renvoi est tenu de vérifier que la disposition législative « ne viole manifestement pas »⁴³⁹ la norme constitutionnelle invoquée. Une fois encore, l'intensité de pré-contrôle de la constitutionnalité des lois est moins approfondi qu'en France et constitue une source supplémentaire d'inspiration pour le filtrage des QPC par le juge du référé-liberté du Conseil d'État.

170. La multiplication de ces exemples soutient la faisabilité d'introduire un système de filtrage moins approfondi du sérieux des questions de constitutionnalité soulevées devant le juge du référé-liberté. De plus, le caractère non manifestement infondé de ces questions ne permet pas moins d'écarter les questions soulevées à des fins purement dilatoires ou fantaisistes. Au vu de ce qui précède, il apparaît souhaitable que le juge du référé-liberté, devant lequel une QPC a été soulevée, se borne à contrôler le caractère non manifestement infondé de la question de constitutionnalité. Cette condition permet de s'adapter au mieux à l'office d'un juge unique qui se doit de statuer en urgence avec une connaissance sommaire des éléments de l'affaire. Par ailleurs, cette proposition semble parfaitement convenir à une jurisprudence du Conseil constitutionnel prévoyant qu'une disposition « permettant d'écarter, selon une procédure accélérée, des demandes *manifestement infondées*, [...] *tend à réduire les délais de jugement*

⁴³⁶ P. BON, « La question prioritaire de constitutionnalité après la loi organique du 10 décembre 2009 », *RFDA*, 2009, n° 6, p. 1107 ; J.-J. PARDINI, « Question prioritaire de constitutionnalité et question incidente de constitutionnalité italienne : *ab origine fidelis* », *Pouvoirs*, 2011, n° 137, p. 112.

⁴³⁷ Gouvernement, « Exposé des motifs », *Projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, p. 5.

⁴³⁸ *Projet de loi organique instituant un contrôle de constitutionnalité des lois par voie d'exception*, 30 mars 1990, n° 1203.

⁴³⁹ Article 26 § 2 2° alinéa 2 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle.

[...] et à *assurer ainsi un exercice plus effectif du droit de recours* »⁴⁴⁰.

171. La raison de la stricte limitation de l'office du juge du référé-liberté résulte directement de la volonté du législateur de conditionner ce juge au traitement des affaires les plus urgentes. Pour accroître sa réactivité face à une atteinte à la liberté fondamentale imputable à l'administration, le juge de l'article L. 521-2 du CJA doit se restreindre à une intensité de contrôle minimale. Parce qu'il est juge des illégalités manifestes, l'exigence d'un pré-contrôle des lois plus approfondie pour la mise en œuvre d'un renvoi entre donc en contradiction avec ce cadre. Il y a par conséquent tout à fait lieu de plaider pour le rapprochement du pré-contrôle des lois à l'intensité limitée du contrôle opéré par le juge du référé-liberté. Les exemples étrangers de filtrage des questions de constitutionnalité prouvent la possibilité d'alléger l'intensité du pré-contrôle des lois par ce juge. En ce sens, la procédure de référé-suspension apporte par ailleurs, de manière convaincante, un exemple de rapprochement avéré du pré-contrôle des lois à l'intensité de contrôle du juge du référé-suspension telle qu'elle est prévue par l'article L. 521-1 du CJA.

β) Le rapprochement avéré du pré-contrôle des lois à l'office du juge référé-suspension

172. Le fait que soit sérieusement invoquée une atteinte législative à des droits fondamentaux constitutionnels, de l'UE ou du droit de la CEDH justifiant la mise en œuvre d'un renvoi, ne doit-il pas conduire le juge du référé-suspension à en déduire systématiquement un doute sérieux sur la légalité de l'acte administratif attaqué ? En bonne logique, tout ce qui apparaît sérieux, que ce soit sous la forme d'un « doute », d'un « moyen », d'une « difficulté » ou d'une « question » devrait apparaître comme équivalent dans l'appréciation du juge. Si cela semble cohérent pour le juge du référé-suspension, en revanche, il n'en va pas de même pour le juge du référé-liberté car tout ce qui est apparent ou sérieux n'est pas forcément manifeste. La simple existence d'un doute sérieux sur la régularité d'une loi par rapport aux droits fondamentaux pourrait automatiquement satisfaire la condition du doute sérieux sur la légalité d'une décision administrative. L'identité semble plus aisée à concrétiser parce que les deux offices impliquent une même intensité de contrôle mais aussi parce que le référé-suspension n'est pas conditionné par une atteinte « grave » à une « liberté fondamentale ». En tout état de

⁴⁴⁰ CC, décision n° 2003-485 DC, 4 décembre 2003, *Loi modifiant la loi n° 52-893 du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile*, consid. 51. Nous soulignons.

cause, si cette identité ne saurait être automatique, un rapprochement du pré-contrôle des lois à l'office du juge référé-suspension est tout de même constatable à plusieurs égards.

173. Moyen sérieux du référé sursis à exécution et difficulté sérieuse des questions préjudicielles. La procédure de référé de l'ancien sursis à exécution traduit la même absence d'identité systématique, c'est-à-dire de cause à effet, entre la nécessité de poser une question préjudicielle au juge judiciaire en cas de « difficulté sérieuse » et la caractérisation d'un « moyen sérieux » justifiant que soit prononcé le sursis à exécution d'une décision administrative⁴⁴¹. Toutefois, de manière sporadique, la jurisprudence fait état d'exemples isolés de cas de reconnaissance d'un « moyen sérieux » de nature à justifier que le sursis à exécution d'une décision administrative soit accordé, tiré de l'existence d'une « difficulté sérieuse » ayant justifié le renvoi d'une question préjudicielle au juge judiciaire⁴⁴².

174. Doute sérieux du référé-suspension et caractère non dépourvu de sérieux d'une QPC. La troisième condition permettant la transmission d'une QPC au Conseil d'État est assurément une « formule proche »⁴⁴³ de celle du doute sérieux de l'article L. 521-1 du CJA. De l'aveu de membres de tribunaux administratifs, les QPC sont transmises au juge administratif suprême en toutes hypothèses « au moindre doute, comme en référé »⁴⁴⁴. Dans la même veine, le professeur Mathieu Disant estime que le juge administratif « tend à assimiler le moyen sérieux de constitutionnalité à celui qui fait naître un doute sérieux au sens de l'application de l'article L. 521-1 du CJA »⁴⁴⁵.

⁴⁴¹ CE, 10 mars 1982, *Ministre de l'intérieur c. Zerdane*, n° 33322 : « un tribunal administratif saisi de conclusions tendant à ce qu'il soit sursis à l'exécution d'une décision qui lui est déferée par la voie du recours en excès de pouvoir est tenu de statuer en l'état du dossier [...] il suit de là que lorsque la légalité de la décision attaquée lui paraît liée à la solution d'une question relevant de l'autorité judiciaire, le tribunal peut soit ordonner le sursis si la contestation est sérieuse, soit rejeter les conclusions à fin de sursis [...] mais ne saurait en aucune hypothèse surseoir à statuer sur les conclusions à fin de sursis jusqu'au jugement de la question préjudicielle par la juridiction compétente ».

⁴⁴² CE, 24 janvier 1908, *Sieur Solari*, n° 30579, *Rec. Leb.*, pp. 85-86 ; CE, ass., 3 février 1956, *Pétalas*, *Rec. Leb.*, p. 44 ; CE, 25 mars 1994, *Gueye*, n° 147787.

⁴⁴³ P. BON, « La question prioritaire de constitutionnalité après la loi organique du 10 décembre 2009 », *RFDA*, 2009, n° 6, p. 1107. Voir également : E. CARTIER, « Les magistrats ordinaires : entre stratégies défensives de la loi et stratégies régulatrices du procès », in E. CARTIER (dir.), *La QPC, le procès et ses juges. L'impact sur le procès et l'architecture juridictionnelle*, Dalloz, 2013, p. 57.

⁴⁴⁴ D. BONMATI, « Le traitement des QPC par les juges du fond », in *Question sur la Question : la QPC façonnée par ses acteurs. Quelle(s) tendance(s) ?*, Intervention orale lors de la deuxième journée d'études toulousaine sur la Question Prioritaire de Constitutionnalité organisée par l'IMH et l'IFRD, sous le haut patronage du Conseil constitutionnel, 1^{er} juin 2012 ; O. COTTE, « La mise en œuvre de la question prioritaire de constitutionnalité dans la juridiction administrative », Interventions lors de l'audience solennelle de rentrée du tribunal administratif de Lyon, 12 septembre 2011, p. 5.

⁴⁴⁵ M. DISANT, *Droit de la question prioritaire de constitutionnalité : cadre juridique, pratiques jurisprudentielles*, Lamy, 2011, p. 233.

C'est ainsi que le juge du référé-suspension du tribunal administratif de Paris a pu juger qu' « en l'état de l'instruction, le moyen tiré de l'inconstitutionnalité des dispositions du c du 1° de l'article L. 5211-6-2 du code général des collectivités territoriales et du VI de l'article 11 de la loi n° 2014-58 du 27 janvier 2014 doit être regardé comme propre à créer un doute quant à la légalité de la décision attaquée pour l'application des dispositions de l'article L. 521-1 »⁴⁴⁶.

175. Doute sérieux du référé-suspension et caractère sérieux d'une QPC. En référé-suspension, devant le Conseil d'État, la QPC « est un moyen qui tend à faire naître »⁴⁴⁷ la condition du doute sérieux prévue à l'article L. 521-1 du CJA. Les maîtres des requêtes Louis Dutheillet de Lamothe et Guillaume Odinet reconnaissent à ce propos que, de par leur proximité, ces deux conditions iront « probablement souvent de pair »⁴⁴⁸. Toutefois, précisent-ils, la condition de doute sérieux sur la légalité d'une décision administrative « ne saurait être purement et simplement déduite du caractère sérieux de la question de constitutionnalité »⁴⁴⁹. Abondant en ce sens, les conclusions du rapporteur public Xavier Domino sous l'ordonnance *Domenjoud* confirmaient que le caractère sérieux d'une QPC « ne veut pas dire [...] existence d'un doute sérieux quant à la légalité de la décision attaquée au sens de l'article L. 521-1 »⁴⁵⁰. Il ajoutait ensuite qu'on « ne saurait tirer du seul renvoi d'une QPC pour sérieux de la question la moindre conclusion automatique, ni dans un sens ni dans un autre, pour un litige de référé »⁴⁵¹. Pour le référé-suspension, on ne peut que confirmer ce qui a précédemment été avancé à propos du référé-liberté : il n'existe pas d'identité systématique entre le renvoi d'une QPC et la caractérisation d'un doute sérieux au sens de l'article L. 521-1 du CJA. Il n'en demeure pas moins que ce type de renvoi est un élément de nature à favoriser le prononcé d'une mesure de suspension d'un acte administratif porté devant le prétoire du juge du référé-suspension.

D'autres auteurs défendent l'idée que le renvoi d'une question prioritaire de constitutionnalité sérieuse devrait, en toute logique, emporter *systématiquement* satisfaction de la condition de doute sérieux propre au référé-suspension⁴⁵². Considérant que l'examen du caractère sérieux

⁴⁴⁶ TA de Paris, ord., 24 décembre 2015, *Commune de Combs-la-Ville*, n° 1520746, consid. 14.

⁴⁴⁷ A. ROBLLOT-TROIZIER, « Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil d'État. Vers la mutation du Conseil d'État en un juge constitutionnel de la loi », *RFDA*, 2011, n° 4, p. 691.

⁴⁴⁸ L. DUTHEILLET DE LAMOTHE et G. ODINET, « L'urgence dans tous ses états », *AJDA*, 2016, n° 5, p. 247.

⁴⁴⁹ *Ibid.*

⁴⁵⁰ X. DOMINO, « Assignations à résidence en état d'urgence. Concl. sous CE, ord., 11 décembre 2015, *Domenjoud*, n° 395009 », *RFDA*, 2016, n° 1, p. 105. C'est l'auteur qui souligne.

⁴⁵¹ *Ibid.*

⁴⁵² G. VALDELIEVRE, « Le renvoi d'une question prioritaire de constitutionnalité par le juge des référés du Conseil d'État », *Constitutions*, 2016, p. 624 : « Les conditions de la suspension, [...], devraient en toute logique

d'une QPC recouvre « exactement »⁴⁵³ celui d'un doute sérieux au sens de l'article L. 521-1 du CJA, le Conseil d'État « aurait pu établir une certaine identité »⁴⁵⁴ entre ces deux conditions.

176. En pratique, il semble qu'un seul cas a conduit le juge du référé-suspension à retenir l'existence d'un doute sérieux quant à la légalité du décret dont la suspension était demandée au motif qu'une question de constitutionnalité sérieuse méritait d'être renvoyée au Conseil constitutionnel⁴⁵⁵. Un avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation relevait que cette ordonnance faisait apparaître « une certaine similitude »⁴⁵⁶ entre l'office du juge examinant le caractère sérieux d'une QPC et celui du juge des référés examinant une demande de suspension d'une décision administrative. Cette déduction s'imposait naturellement dès lors que la question de la constitutionnalité de la législation sur le fondement de laquelle ce décret avait été pris était jugée sérieuse. Au surplus, la décision de suspension avait été appuyée sur une potentielle incompatibilité du décret avec une stipulation internationale.

Dans l'affaire relative à la *création de la métropole d'Aix-Marseille-Provence*⁴⁵⁷, le juge de cassation du référé-suspension a jugé qu'il y avait un doute sérieux sur la légalité de l'acte administratif attaqué sur le moyen tiré de ce que la base légale de cet acte avait fait l'objet d'une QPC qui avait été renvoyée 21 jours plus tôt par le juge statuant au fond⁴⁵⁸.

177. Doute sérieux du référé-suspension et renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'UE. Le juge du référé-suspension considère que la condition du doute sérieux prévue à l'article L. 521-1 du CJA est remplie dès lors qu'un renvoi préjudiciel mérite d'être introduit

être *systématiquement* jugées remplies corrélativement à la reconnaissance du caractère sérieux de la question de constitutionnalité transmise ». Nous soulignons.

⁴⁵³ P. CASSIA, « Le juge administratif des référés, la QPC et le droit de l'Union européenne. Note sous CE, ord., 16 juin 2010, *Mme. Diakité*, n° 340250 », *JCP G*, 2010, n° 26, p. 739.

⁴⁵⁴ S. SLAMA, « Plaidoyer pour l'instauration d'une procédure d'examen des questions prioritaires de constitutionnalité en urgence », *CRDF*, 2011, n° 9, p. 64 : « en référé-suspension, le Conseil d'État aurait pu établir une certaine identité entre le caractère *sérieux* de la question posée et le doute *sérieux* sur la légalité ». C'est l'auteur qui souligne.

⁴⁵⁵ CE, ord., 22 juillet 2016, *Schreuer*, n° 400913.

⁴⁵⁶ G. VALDELIEVRE, « Le renvoi d'une question prioritaire de constitutionnalité par le juge des référés du Conseil d'État », *Constitutions*, 2016, p. 624. ; Selon les maîtres des requêtes Alexandre Lallet et Xavier Domino, il est possible « dans une certaine mesure », de comparer l'examen par le Conseil d'État du caractère sérieux des QPC, « à l'office du juge des référés maniant la condition du "doute sérieux" » : X. DOMINO et A. LALLET, « An I ap. QPC », *AJDA*, 2011, n° 7, p. 375.

⁴⁵⁷ Le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit « doit être regardé comme étant propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité des décisions attaquées pour l'application des dispositions de l'article L.521-1 du code de justice administrative » : CE, 18 décembre 2015, *Ministre de l'intérieur c. Commune d'Eguilles*, n° 394717, pt. 8.

⁴⁵⁸ CE, 27 novembre 2015, *Commune d'Aix-en-Provence e. a.*, n° 394016, 394017, 394217, 394280, 394281, 394445.

devant la Cour de justice de l'UE ou que le juge de Luxembourg est déjà saisi sur renvoi préjudiciel d'une question portant sur une difficulté d'interprétation ou de validité similaire à celle qui se pose dans l'instance en cours. Ainsi que l'illustrent deux ordonnances du juge du référé-suspension, cette position s'applique tant pour le cas où un renvoi préjudiciel a déjà été introduit par une juridiction d'un autre État membre de l'UE, que par le juge administratif lui-même dans une affaire antérieure.

178. Dans l'ordonnance *Société Techna* du 23 octobre 2003, la société requérante accompagnait sa requête tendant à ce que le juge de l'article L. 521-1 du CJA prononce la suspension d'une mesure réglementaire, d'une demande de renvoi à la Cour de Luxembourg d'un renvoi préjudiciel en appréciation de validité d'une directive. Constatant qu'un renvoi préjudiciel en appréciation de validité portant sur cette même norme de droit dérivé avait été initié plus tôt par une juridiction d'un autre État membre de l'UE, le juge du référé-suspension refusa, sur ce motif, de procéder au même renvoi. De cette considération, à savoir l'existence d'un doute sérieux sur la validité de cet acte de droit dérivé constaté par un autre juge, celui du référé-suspension tire pour conséquence que la condition relative à l'existence d'un « doute sérieux » sur la légalité de la décision administrative attaquée doit être considérée comme remplie⁴⁵⁹. Cette affaire montre l'existence d'une « identité substantielle »⁴⁶⁰ entre les conditions de « doute sérieux » justifiant l'introduction d'un renvoi préjudiciel et la suspension d'une décision administrative au titre de la procédure de l'article L. 521-1 du CJA.

179. La décision *CGT-FO* du 23 novembre 2005 confirme la solution d'appréciation équivalente des conditions de « doute sérieux » prévues par l'article L. 521-1 du CJA et le droit de l'UE relatif à la procédure du renvoi préjudiciel. En effet, lorsque le juge administratif statuant au fond a fait droit à une demande de saisine de la Cour de justice de l'UE par la voie du renvoi préjudiciel en interprétation pour lever un doute sur la compatibilité d'une norme interne avec le droit de l'UE, cette circonstance doit être considérée, par le juge du référé-suspension, comme un moyen satisfaisant, pour les mêmes motifs, la condition du « doute

⁴⁵⁹ CE, ord., 29 octobre 2003, *Société Techna SA e. a.*, n° 260768, 261033 et 261034 : « que ces moyens, analogues à ceux ayant donné lieu de la part de la "High Court of Justice" [...] à un renvoi préjudiciel à la Cour de Justice des Communautés européennes pour que celle-ci se prononce sur la validité de la directive du 28 janvier 2002, sont, en l'état de l'instruction, et pour des motifs de la même nature que ceux ayant conduit la "High Court" à prononcer ce renvoi préjudiciel, propres à faire naître un doute sérieux sur la légalité des dispositions du décret ».

⁴⁶⁰ P. CASSIA, « La contribution du juge administratif français des référés au caractère complet des voies de droit communautaire. (À propos de l'ordonnance Sté Techna e. a., CE, 29 octobre 2003, n° 260768, 261033 et 261034) », *Europe*, 2004, n° 1, chron. 1.

sérieux » sur la légalité de la décision administrative attaquée⁴⁶¹. Il est à noter que le schéma contentieux de cette affaire ne correspondait pas tout à fait à celui dans lequel une loi fait écran entre l'acte attaqué et une norme supra-législative. En l'espèce, le renvoi préjudiciel en interprétation n'avait pas pour objet le contrôle d'une loi mais celui d'une disposition d'une ordonnance de valeur réglementaire. Cela n'empêche pas de penser que cette solution jurisprudentielle pourrait être applicable aux hypothèses où une loi s'intercale entre un acte administratif et le droit de l'UE⁴⁶².

180. Le juge du référé-suspension semble consacrer une identité entre une difficulté ou un doute sérieux justifiant qu'il soit procédé à un renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'UE et l'existence d'un « doute sérieux » sur la légalité d'une décision administrative conditionnant sa décision de faire droit à une demande de suspension provisoire.

181. Il apparaît donc possible, dans une certaine mesure, d'établir un rapprochement entre les pré-contrôles des lois et le contrôle des illégalités commises par l'administration. Cette proximité dans l'intensité des contrôles permet assurément de considérer les mécanismes de renvoi préalable comme étant adaptés à la procédure du référé-liberté. Les renvois préalables le sont d'autant plus au regard de l'existence d'une prise en compte implicite de l'urgence par les règles de procédure de ces mécanismes visant à limiter l'obligation du juge *a quo* de motiver ses décisions de renvoi.

b) L'atténuation implicite des exigences de motivation des décisions de renvoi dans les situations d'urgence

182. Sans y faire explicitement référence, les procédures de renvois permettent au juge du référé-liberté d'atténuer, au regard des contraintes liées à l'urgence, l'exigence de motivation de ses décisions de renvoi. Sonder cet implicite implique d'examiner les fondements de la

⁴⁶¹ CE, 1^{ère} et 6^e SSR., 23 novembre 2005, *CGT-FO*, n° 286440 : « Considérant que, saisi de moyens tirés de la méconnaissance des dispositions des directives 98/59/CE du 20 juillet 1998 et 2002/14/CE du 11 mars 2002, le Conseil d'Etat, statuant au contentieux a, par décision en date du 19 octobre 2005, sursis à statuer sur les requêtes tendant à l'annulation de l'ordonnance du 2 août 2005 jusqu'à ce que la Cour de justice des Communautés européennes se soit prononcée sur les difficultés sérieuses d'interprétation que posent ces deux directives, et dont dépend la légalité de cette ordonnance ; que, *pour des motifs de la même nature que ceux ayant conduit à prononcer ce renvoi préjudiciel, ces moyens sont, en l'état de l'instruction, propres à faire naître un doute sérieux sur la légalité de l'ordonnance contestée* ». Nous soulignons.

⁴⁶² C. GROULIER, « Contrôle de conventionnalité de la loi et référé. De quelques doutes sérieux sur la jurisprudence *Carminati* », *AJDA*, 2007, n° 24, p. 1274.

l'atténuation des exigences de motivation des décisions de renvoi dans les situations d'urgence (α). Pour rappel, l'obligation de motivation des décisions de renvoi consiste dans la présentation au juge *ad quem*, par le juge *a quo*, d'une proposition de solution à la question de droit posée. Le contenu de cette motivation n'est que le produit du pré-contrôle d'une loi. Or, il appert que cette obligation n'est pas que pure formalité. La diminution du soin qui lui est porté dans les situations d'urgence pourrait avoir des effets pervers en termes de gain de temps au stade du traitement du renvoi par le juge *ad quem* (β).

α) Les fondements de l'atténuation des exigences de motivation des décisions de renvoi dans les situations d'urgence

183. Sans faire de référence expresse à l'urgence, les règles de procédure des mécanismes de renvoi préalable prévoient des atténuations à l'obligation de motiver les décisions de renvoi. La justification expressément prévue tient à l'« impossibilité » pour le juge *a quo* de motiver la décision de renvoi. Sans démesure, il est possible de considérer que les situations d'urgence peuvent être retenues pour justifier un cas rendant impossible toute entreprise de motivation utile.

184. L'existence d'une exception à l'obligation de proposer une solution aux demandes d'avis consultatifs à la Cour EDH. La Haute juridiction interne dont émane la demande d'avis consultatif à la Cour strasbourgeoise doit notamment donner « son propre avis » et faire état de « toute analyse »⁴⁶³ qu'elle a pu faire sur la ou les questions qu'elle renvoie. Cette obligation ne semble toutefois pas absolue. Le juge du référé-liberté pourrait s'en délier puisqu'il lui incombe de satisfaire une telle exigence uniquement dans la mesure où cela est « possible et opportun »⁴⁶⁴. Eu égard à son office, qui lui impose notamment de statuer dans un délai de quarante-huit heures et lui interdit de résoudre toute difficulté sérieuse, c'est-à-dire une difficulté dont la résolution n'apparaît pas de manière manifeste, il semble possible que le juge du référé-liberté puisse revendiquer le bénéfice de cette exception à l'obligation de proposer une solution à sa demande d'avis. En effet, au regard de contraintes inhérentes à son office, il

⁴⁶³ Ministère de l'Europe et des affaires étrangères, Étude d'impact du projet de loi concernant la ratification du protocole n°16 à la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, NOR : EAEJ1729498L/Bleue-1, pt. 4.1.2.2 ; Conseil de l'Europe, *Rapport explicatif sur le protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, 2 octobre 2013, pt. 12.

⁴⁶⁴ Conseil de l'Europe, *Rapport explicatif sur le protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, 2 octobre 2013, pt. 12.

lui est tout à fait loisible de saisir la Cour EDH d'une demande d'avis consultatif tout en considérant qu'il lui est impossible de donner son avis sur la question qu'il soulève ou, à tout le moins, qu'il ne peut que formuler qu'une motivation brève sur la solution qu'il entend proposer.

185. L'absence d'obligation de motiver des décisions de renvoi ou de transmission des QPC. En aucune espèce, l'acte de transmission ou de renvoi d'une QPC ne doit être motivé par le juge qui s'en charge. Le juge n'est pas tenu d'expliquer ce qui l'a convaincu du caractère sérieux d'une QPC soulevée à l'occasion d'une instance dont il a à connaître. Dans chaque décision de transmission ou de renvoi, le juge *a quo* se contente d'énoncer le moyen soulevé par le justiciable conférant un caractère sérieux à la question de constitutionnalité. En écartant toute lourdeur supplémentaire, cette règle favorise le renvoi de QPC par le juge du référé-liberté.

186. L'existence d'une exception à l'obligation de proposer une solution aux renvois préjudiciels à la Cour de justice de l'UE. La Cour de justice a érigé une série de motifs pouvant justifier l'atténuation de l'exigence de motiver les renvois⁴⁶⁵ mais aucun d'entre eux ne se réfère explicitement à l'urgence. Une exception implicite liée à la prise en compte de l'urgence semble toutefois plausible dans la réserve faite par la Cour sur cette obligation de motivation. En effet, dans « la mesure du possible »⁴⁶⁶, la juridiction de renvoi doit indiquer « succinctement »⁴⁶⁷ son avis sur la réponse qu'il convient d'apporter à la ou les questions posées à titre préjudiciel. De manière traditionnelle, qu'il statue au fond ou au provisoire, le juge administratif ne propose pas de solution aux questions qu'il pose à la Cour de justice de l'UE ou, alors, il ne le fait qu'avec une concision notable. La Cour n'exige d'ailleurs qu'« un minimum d'explications »⁴⁶⁸ sur le lien que le juge national établit entre le droit de l'UE et la loi nationale querellée qui est applicable au litige.

⁴⁶⁵ Lorsqu'un renvoi préjudiciel en interprétation porte sur une question technique et précise : CJCE, 3 mars 1994, *Vaneetveld*, C-316/93, pt. 13 ; lorsque la demande concerne une question bien connue : CJCE, 11 juillet 1996, *SFEI e. a.*, C-39/94, pts. 26-28 ; CJCE, 12 novembre 1998, *Europièces*, C-399/96, pt. 24. Il est également à noter qu'au vu du caractère objectif du contrôle de la Cour de justice dans le cadre du renvoi préjudiciel en appréciation de validité, l'obligation de motivation apparaît moins stricte.

⁴⁶⁶ CJUE, *Recommandations à l'attention des juridictions nationales, relatives à l'introduction de procédures préjudicielles*, JOUE 2018/C 257/01, 20 juillet 2018, pt. 6 de l'annexe.

⁴⁶⁷ *Ibid.*

⁴⁶⁸ CJCE, ord., 7 avril 1995, *Grau Gomis e. a.*, C-167/94, pt. 9 ; CJCE, ord., 28 juin 2000, *Laguillaumie*, C-116/00, pt. 16 ; CJCE, ord., 8 octobre 2002, *Viacom*, C-190/02, pt. 16 ; CJCE, ord., 25 février 2003, *Simoncello et Boerio*, C-445/01, pt. 23.

D'ailleurs, consciente des contraintes de l'urgence inhérentes aux instances internes justifiant la mise en œuvre de la procédure préjudicielle d'urgence, la Cour indique, dans son règlement de procédure, que le juge de renvoi n'est tenu que dans « la mesure du possible »⁴⁶⁹ de proposer une solution à la question qu'il pose à titre préjudiciel.

187. Notons enfin, à simple titre informatif et à des fins de comparaison, qu'il n'existe aucune règle dérogatoire à la motivation de la condition du caractère sérieux des questions préjudicielles renvoyées au juge administratif par le juge civil des référés. En ce sens, tout juge judiciaire, lorsqu'il entend mettre en œuvre une question préjudicielle, doit, sans exception, « identifier les moyens invoqués et *s'expliquer* sur le point de savoir s'ils [sont] ou non sérieux »⁴⁷⁰.

188. Par ce qu'elles retirent une tâche rédactionnelle, ces exceptions à l'obligation de proposer une solution aux demandes formulées dans le cadre des renvois préalables constituent potentiellement un facteur de gain de temps pour la mise en œuvre d'un renvoi par le juge du référé-liberté. Or, le temps gagné durant cette première phase du renvoi peut *in fine* avoir pour effet pervers d'en perdre. En effet, la limitation ou l'absence de proposition d'une solution à une demande faite sur renvoi est préjudiciable à la célérité avec laquelle le juge *ad quem* pourra être mesure de rendre sa décision.

β) Les effets pervers de la limitation de l'obligation de motivation des décisions de renvoi

189. Par un système de vases communicants, la dispense accordée au juge *a quo* de proposer une solution à la question posée au juge *ad quem* a toutes les chances de se solder par une opération temporelle dont le résultat serait nul. Le temps gagné à l'échelon du juge *a quo* par la non-motivation ou la motivation succincte de la décision de renvoi se répercute nécessairement sur le temps d'examen supplémentaire qu'il faudra au juge *ad quem* pour résoudre la question de droit. Si l'obligation de motiver les décisions de renvoi et faire la proposition d'une solution aux demandes formulées est peu adaptée à l'office du juge du référé-liberté, elle permet pourtant au juge *ad quem* de traiter plus rapidement les questions qui lui sont soumises. *In fine*, du soin porté à la motivation des décisions de renvoi dépend donc, en

⁴⁶⁹ Article 107 § 2 du RP CJUE.

⁴⁷⁰ C. cass, civ. 1^{ère}, 4 novembre 2010, n° 09-15.279. Nous soulignons.

partie, la possibilité pour le juge de renvoi et le justiciable de bénéficier dans un délai plus bref d'une solution à l'instance en cours.

En ce sens, la Cour de justice de l'UE atteste que cette diligence est particulièrement « utile »⁴⁷¹ dans le cadre des procédures préjudicielles accélérée et d'urgence pour l'aider à « décider rapidement »⁴⁷². Or, cette recommandation n'est en pratique que faiblement suivie par les juridictions nationales.

L'urgence et la bonne coopération entre juges impliquent qu'un juste milieu soit trouvé entre l'absence et le caractère approfondi de la motivation adossée à un renvoi. La non-motivation d'une décision de renvoi ou l'insuffisante mention des éléments du contexte juridique et factuel de l'affaire peuvent être d'autant plus préjudiciables, en termes de temps de jugement, que le traitement du renvoi par le juge *ad quem* peut finalement conduire ce dernier à solliciter un complément d'informations de la part du juge *a quo*.

190. C'est ainsi qu'au titre de l'article 94 § 2 du règlement de la Cour de Strasbourg, cette éventuelle carence de motivation peut provoquer la décision du Président de la Grande chambre de la Cour EDH d'inviter la juridiction dont émane une demande d'avis consultatif à soumettre à la Cour « toute information complémentaire jugée nécessaire pour préciser l'objet de la demande ou l'avis de la juridiction concernée sur la question soulevée par la demande ». Cette demande de production de documents et explications supplémentaires a par exemple retardé d'un mois le début de l'examen de la deuxième demande d'avis consultatif dont a été saisie la Cour EDH⁴⁷³.

La motivation insuffisante d'une question formulée dans le cadre d'un renvoi préjudiciel peut également être de nature à susciter de la part de la Cour de justice de l'UE une demande d'éclaircissements adressée à la juridiction de renvoi⁴⁷⁴.

191. En dépit de son caractère limité, l'office du juge du référé-liberté ne peut être considéré comme irréductiblement incompatible avec les procédures de renvoi préalable.

⁴⁷¹ CJUE, *Recommandations à l'attention des juridictions nationales, relatives à l'introduction de procédures préjudicielles*, JOUE 2018/C 257/01, 20 juillet 2018, pt. 17.

⁴⁷² CJUE, *Recommandations à l'attention des juridictions nationales, relatives à l'introduction de procédures préjudicielles*, *op. cit.*, pt. 34.

⁴⁷³ CEDH, avis, 29 mai 2020, *Utilisation de la technique de « législation par référence » pour la définition d'une infraction et aux critères à appliquer pour comparer la loi pénale telle qu'elle était en vigueur au moment de la commission de l'infraction et la loi pénale telle que modifiée*, n° P16-2019-001, § 2.

⁴⁷⁴ Article 101 § 1 du RP CJUE : « Sans préjudice des mesures d'organisation de la procédure et des mesures d'instruction prévues par le présent règlement, la Cour peut, l'avocat général entendu, demander des éclaircissements à la juridiction de renvoi dans le délai qu'elle fixe ».

Plusieurs règles textuelles et jurisprudentielles sont venues les adapter à l'urgence à laquelle le juge de l'article L. 521-2 du CJA est assurément confronté. Par ailleurs, si l'on sonde le sens du pré-contrôle des lois, il est possible de le considérer comme intrinsèquement compatible avec l'intensité limitée de l'office du juge du référé-liberté.

2) Le sens du pré-contrôle des lois intrinsèquement compatible à l'intensité limitée de l'office du juge du référé-liberté

192. Toute une série d'éléments plaide en faveur de la compatibilité intrinsèque des renvois préalables avec la procédure du référé-liberté. De manière générale, les mécanismes de renvoi préalable sont utiles et complémentaires à l'office du juge du référé-liberté. Ils peuvent en effet apparaître indispensables aux juges confrontés au contenu de lois et à des affaires dont la complexité tant factuelle que juridique ne fait que croître. Si cette remarque vaut pour tous juges, elle est *a fortiori* plus vraie pour celui du référé-liberté qui, seul et de toute urgence, doit trancher les litiges qui lui sont soumis.

193. Le recours aux renvois préalables, un moyen parmi d'autres. Peu importe les moyens soulevés par les requérants et retenus, le cas échéant, par le juge du référé-liberté pour contrôler le caractère manifestement illégal de la décision administrative attaquée. Qu'il ait opéré un renvoi ou qu'il ait directement procédé au contrôle d'une loi, ce qui compte c'est qu'*in fine*, l'ordonnance de tri, de rejet ou celle accordant toutes mesures provisoires nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale traduisent l'absence ou la présence d'une décision administrative manifestement illégale. Les mécanismes de renvoi préalable sont des moyens parmi d'autres susceptibles d'intervenir au soutien des prétentions des parties ou des investigations du juge. En dehors des questions liées au rallongement de la procédure, il importe peu de savoir quels moyens ont emporté la conviction du juge relativement au constat de la présence ou de l'absence d'une illégalité manifeste. Il peut tout aussi bien s'agir de la décision du juge *ad quem* rendue sur renvoi ou bien de la mise à disposition au juge par les requérants d'un mémoire sérieusement et suffisamment argumenté faisant état d'un moyen tiré de l'exception d'inconventionnalité d'une loi. Une illégalité manifeste peut en effet ressortir directement, sans exiger de contrôle plus poussé par le juge, « des pièces du dossier » déposées par le requérant ou bien encore des discussions qui ont lieu à l'audience. Autrement dit, il est indifférent de connaître le *modus procedendi* - au sens de la composition des éléments retenus

par le juge à l'issue de la procédure - suivi par le juge du référé-liberté lui ayant permis de trancher le litige qui lui a été soumis.

194. Ces considérations valent également pour l'examen par le Conseil d'État des pourvois en cassation contre les ordonnances de tri du juge du référé-liberté prises sur le fondement de l'article L. 522-3 du CJA. Les demandes de mise en œuvre d'un renvoi sont en effet des moyens parmi d'autres qui, s'ils sont « sérieux » au sens de l'article L. 822-1 du CJA⁴⁷⁵, peuvent conduire le Conseil d'État à reconnaître le caractère fondé d'un pourvoi lors de la procédure préalable à leur admission.

En définitive, rien ne semble pouvoir contredire la qualification des demandes de renvoi préalable soulevées par des parties à une instance en cours comme des moyens juridiques parmi d'autres. Une telle demande peut même constituer l'unique moyen invoqué au soutien d'une requête en référé.

195. La demande de renvoi comme moyen unique au soutien de la requête en référé. Au fond, le Conseil d'État a implicitement reconnu qu'un justiciable pouvait contester la légalité d'un acte administratif en ne soulevant qu'un unique moyen tiré de l'inconstitutionnalité de la base légale de l'acte contesté justifiant la saisine du Conseil constitutionnel d'une question prioritaire de constitutionnalité⁴⁷⁶. En matière de référés administratifs d'urgence, une demande de mise en œuvre d'un renvoi préalable peut également être le seul moyen invoqué propre à créer, en l'état de l'instruction, « un doute sérieux » ou caractériser devant le juge du référé-liberté le seul moyen démontrant le caractère manifestement illégal d'une atteinte portée par l'administration à une liberté fondamentale.

196. Les renvois préalables, source d'élargissement des moyens opérants devant le juge du référé-liberté. Les renvois préalables en interprétation aux cours européennes et au Conseil d'État apparaissent *a priori* incompatibles avec le référé-liberté car les demandes d'avis consultatifs et le renvoi préjudiciel en interprétation ne sont mobilisables que pour les difficultés les plus épineuses. Par conséquent, si une telle difficulté se présente, le juge du référé-liberté,

⁴⁷⁵ Article L. 822-1 du CJA : « Le pourvoi en cassation devant le Conseil d'Etat fait l'objet d'une procédure préalable d'admission. L'admission est refusée par décision juridictionnelle si le pourvoi est irrecevable ou n'est fondé sur aucun moyen sérieux ».

⁴⁷⁶ CE, 9 juillet 2010, *M. et Mme Mathieu*, n° 339081.

juge des illégalités manifestes, devrait, eu égard à son office, rejeter la requête⁴⁷⁷. En effet, dès lors que le juge de l'article L. 521-2 du CJA est confronté à un moyen soulevant une difficulté ou un doute sérieux relatif au rapport de conformité entre une loi et les droits fondamentaux, il est légalement tenu de refuser de l'examiner.

Or, concrètement, l'emploi de ces mécanismes ne dénature pas l'office du juge du référé-liberté puisqu'il ne tranche finalement pas cette difficulté. Il se borne simplement à la constater puis à s'en dessaisir en procédant à un renvoi. Par conséquent, lorsque le juge du référé-liberté examine une demande de renvoi, il s'acquitte d'un office spécifique qui n'a pas pour finalité directe de la trancher entièrement. Cet office spécifique, c'est celui du « pré-contrôle » des lois. Les renvois préalables offrent un panel élargi de moyens à la disposition du justiciable susceptibles d'être retenus par le juge du référé-liberté pour le prononcé de toute mesure utile à la sauvegarde d'une liberté fondamentale. En effet, dès lors qu'ils sont mobilisés dans la procédure prévue à l'article L. 521-2 du CJA, l'office du juge du référé-liberté ne se confine plus au carcan de l'examen des moyens prouvant qu'une illégalité manifeste a été commise par l'administration. Il s'étend aussi, lorsqu'une demande de renvoi est formulée, à la connaissance de ceux tirés, selon la procédure de renvoi mobilisée, de l'existence d'un doute sérieux sur la validité ou la compatibilité avec les droits fondamentaux de l'acte sur lequel se fonde la décision administrative attaquée.

197. La décision du juge *ad quem*, élément révélateur de l'illégalité manifeste. L'office limité du juge du référé-liberté a pour inconvénient de faire dépendre la force normative des droits fondamentaux du degré d'évidence de leur violation. La difficulté d'interprétation des droits fondamentaux ou la complexité du contrôle d'une loi par rapport à ces derniers empêchent la constatation de l'existence d'une atteinte *manifestement* illégale à une liberté fondamentale. Cela revient à n'accorder le bénéfice d'une protection juridictionnelle provisoire des libertés fondamentales que lorsque le droit ne pose pas de difficultés sérieuses d'interprétation. La voie du renvoi préalable permet au juge du référé-liberté, sans se dessaisir de l'affaire, de contourner cet état en transmettant la difficulté au juge des lois. La décision de ce juge devient le révélateur de la présence ou non d'une illégalité manifeste. La réception de sa décision transforme le doute ou la difficulté en une certitude sur le caractère manifeste de la

⁴⁷⁷ Voir en ce sens, concernant l'existence devant le juge du référé-liberté d'une difficulté sérieuse sur une question de droit justifiant la saisine du Conseil d'État d'une demande d'avis contentieux : D. MAILLARD DESGRÉES DU LOÛ, « Conseil d'État. – Avis sur une question de droit », *JCL Justice administrative*, Novembre 2016, fasc. n° 11.

contrariété ou non d'une loi à la Constitution ou au droit international. Le renvoi offre donc un apport essentiel à la protection provisoire des libertés fondamentales par le juge du référé-liberté.

Les mécanismes de renvoi préalable permettent ainsi au juge du référé-liberté, sans dépasser les bornes de son office ou rejeter les demandes des requérants, d'assurer l'effectivité du droit par l'entremise d'un juge extérieur. Pour être constatée, l'évidence implique que le doute ou la difficulté soient levés. Si, bien sûr, le juge du référé-liberté n'est pas habilité à lever ces doutes ou difficultés sérieux, les procédures de renvoi préalable ont en revanche cette vocation. *In fine*, elles médiatisent la constatation de l'évidence d'une illégalité. Ainsi l'évidence de l'illégalité peut procéder de la démonstration qu'il n'y a plus de doute ou de difficulté sur l'interprétation conforme ou la validité d'une loi au regard des droits fondamentaux. L'intervention du juge *ad quem* saisi d'un renvoi préalable sert à livrer au juge du référé-liberté les réponses aux questions de droit épineuses qui dépassent sa compétence et qui lui permettent en dernier lieu de trancher les litiges dont il est appelé à connaître.

198. Au même titre que la différence d'intensité existante entre le pré-contrôle des lois et le contrôle des illégalités manifestes, celle qui existe entre le champ des droits fondamentaux protégés dans le cadre des mécanismes de renvoi préalable et celui des « libertés fondamentales » garanties par la procédure du référé-liberté ne permet pas moins de soutenir la compatibilité de ces mécanismes avec la procédure de l'article L. 521-2 du CJA.

II) De la protection des droits fondamentaux protégés dans le cadre des mécanismes de renvoi préalable à la sauvegarde des « libertés fondamentales » garanties par le référé-liberté

199. Au sens de l'article L. 521-2 du CJA, le juge du référé-liberté est le garant des « libertés fondamentales »⁴⁷⁸. Mais, dès lors qu'il est appelé à statuer en tant que juge de renvoi,

⁴⁷⁸ Sur la notion de « liberté fondamentale » au sens de l'article L. 521-2 du CJA, voir notamment : M. GUYOMAR et P. COLLIN, « Le référé-liberté : les libertés concernées et le rôle du Conseil d'Etat juge d'appel », *AJDA*, 2001, n° 2, p. 153 ; L. FAVOREU, « La notion de liberté fondamentale devant le juge administratif des référés », *Rec. Dall.*, 2001, n° 22, p. 1739 ; J. GOURDOU et A. BOURREL, *Les référés d'urgence devant le juge administratif*, L'Harmattan, 2002, p. 74 et s. ; G. GLÉNARD, « Les critères d'identification d'une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-12 du code de justice administrative », *AJDA*, 2003, n° 38, p. 2008 ; P. WACHSMANN, « L'atteinte grave à une liberté fondamentale », *RFDA*, 2007, n° 1, p. 58 ; O. LE BOT, *La protection des libertés fondamentales par la procédure du référé-liberté. Étude de l'article L. 521-2 du Code de la justice administrative*, LGDJ, 2007, pp. 59 et s.

il devient le « portier » du juge des lois garant⁴⁷⁹ des « droits fondamentaux »⁴⁸⁰. Ce champ différent de références du contrôle est source d'effets contraires. Tantôt, il est source de divergences des droits et libertés fondamentaux protégés (A), tantôt il est à l'origine d'une harmonisation des droits et libertés fondamentaux protégés (B).

A) Une dissemblance des droits et libertés fondamentaux protégés dans le cadre de la procédure de référé-liberté et de celles des renvois préalables

200. Il existe quelques dissemblances concernant le champ matériel des droits fondamentaux protégés par la procédure du référé-liberté et par celles des renvois préalables. Il convient dès lors d'identifier, dans un premier temps, les causes de la divergence d'appréciation des droits et libertés fondamentaux respectivement protégés par ces deux types de procédure (1). Il sera ensuite plus aisé de comprendre et mesurer les conséquences de ces divergences qui peuvent être principalement sources d'incohérences et d'une garantie amoindrie des droits fondamentaux (2).

1) Les causes des divergences

201. De manière commune, le juge du référé-liberté et les juges *ad quem* des mécanismes de renvois préalables déterminent de manière autonome et indépendante le champ des « libertés fondamentales », pour le premier, et celui des « droits fondamentaux », pour les seconds. Autrement dit, ils ne sont pas liés l'un avec l'autre par leurs déterminations respectives des droits fondamentaux et des libertés fondamentales dont ils sont les garants (a). Par ailleurs, la différence de nature des contentieux en référé-liberté et sur renvoi préalable (b) constitue une

⁴⁷⁹ Les demandes d'avis au Conseil d'État et les renvois préjudiciels à la Cour de justice de l'UE ne sont pas formellement conditionnés par l'existence d'une atteinte spécifique aux droits fondamentaux. L'absence d'une telle condition n'exclut pas pour autant que ces juridictions puissent être qualifiées comme étant garantes des droits fondamentaux. Elles peuvent en effet être saisies de demandes relatives au contrôle d'une loi par rapport aux droits fondamentaux conventionnels *lato sensu*, pour la première, et à ceux de l'UE, pour la seconde.

⁴⁸⁰ Au titre de cette étude, la notion de « droits fondamentaux » est comprise dans sa conception formelle, voir *supra* : Introduction générale, Section 1, Paragraphe 2, D). L'on peut ainsi regrouper la formule relative aux « droits et libertés que la Constitution garantit » propre à la procédure de la QPC, celle de « droits fondamentaux de l'UE », au sens de l'article 6 alinéas 1 et 3 du TUE, garantis par le renvoi préjudiciel à la CJUE et celle de « droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles » propre à la procédure de demande d'avis consultatif sous la qualification unique de « droits fondamentaux ». L'ensemble des formules précitées propres à chaque espèce de renvoi préalable intègre effectivement le champ des droits fondamentaux tels qu'ils sont entendus dans le cadre de cette thèse. Enfin, cette qualification est aussi cohérente dans le cadre de son application à la procédure de demande d'avis contentieux au Conseil d'État puisqu'elle permet le contrôle de la compatibilité des lois avec les droits fondamentaux conventionnels ordinaires, de l'UE et de la Conv. EDH.

seconde cause majeure des divergences qu'il y a entre les droits protégés en référé-liberté et sur renvoi.

a) La détermination autonome et indépendante des droits et libertés fondamentaux

202. « Droits fondamentaux » et « libertés fondamentales » sont, respectivement dans le cadre des mécanismes de renvoi et dans celui de la procédure du référé-liberté, des notions autonomes dont la détermination, tantôt formelle, tantôt substantielle, est à la discrétion des juges. Chaque juge est en effet indépendant dans l'entreprise jurisprudentielle de détermination des « droits fondamentaux » ou des « libertés fondamentales » dont il est le garant. La différence réside donc principalement dans les méthodes de détermination de ces droits ou libertés. À la détermination formelle des droits fondamentaux protégés par les procédures de renvois préalables (α) s'oppose l'indétermination formelle de la notion de libertés fondamentales prévue à l'article L. 521-2 du CJA (β).

a) Une détermination formelle des droits fondamentaux protégés dans le cadre des renvois indépendante de celle du juge a quo

203. La détermination formelle des droits fondamentaux garantis dans le cadre des mécanismes de renvoi préalable. Seule la procédure de demandes d'avis contentieux au Conseil d'État n'est pas instituée en tant que telle pour la protection des droits fondamentaux. Elle n'est donc pas garante d'un champ particulier de droits fondamentaux strictement délimités par un ou plusieurs catalogues déterminés. À l'exception des sources constitutionnelles, toutes celles de valeur conventionnelle régulièrement ratifiées ou approuvées et d'effet direct, mais aussi celles de l'UE, peuvent servir au contrôle d'une loi.

A contrario, le champ des droits fondamentaux protégés par la Cour de justice de l'UE sur saisine d'un renvoi préjudiciel⁴⁸¹, par le Conseil constitutionnel sur saisine d'une QPC⁴⁸² ainsi

⁴⁸¹ Article 6 alinéa 1 du TUE : « L'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000, telle qu'adaptée le 12 décembre 2007 à Strasbourg, laquelle a la même valeur juridique que les traités » et article 6 alinéa 3 du TUE : « les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux ».

⁴⁸² L'article 61-1 alinéa 1 de la Constitution précise que la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité permet de protéger les « droits et libertés que la Constitution garantit ».

que par la Cour EDH sur saisine d'une demande d'avis consultatif⁴⁸³, est formellement délimité. Chaque procédure de renvoi a donc un champ de protection des droits fondamentaux formellement défini par les textes de procédure.

204. La liberté jurisprudentielle du juge *ad quem* des procédures de renvoi dans la définition du contenu des droits fondamentaux. Les règles constitutives des procédures de renvoi préalable ont délimité strictement les normes de référence du contrôle des lois. Néanmoins, cette délimitation formelle rigoureuse n'empêche pas une certaine souplesse jurisprudentielle dans la détermination matérielle des droits fondamentaux protégés dans le cadre des mécanismes de renvoi. Cette liberté du juge *ad quem* favorisée par la détermination formelle des droits fondamentaux protégés dans le cadre des renvois se concrétise par son indépendance par rapport aux droits fondamentaux protégés par le juge *a quo* dans le cadre des instances principales. Les juges *ad quem* des procédures de renvois ne sont donc aucunement contraints d'aligner les droits fondamentaux qu'ils sont chargés de garantir sur les « libertés fondamentales » dont le juge du référé-liberté est le garant.

205. Ce constat est parfaitement transposable en sens inverse. En effet, le juge du référé-liberté opère une détermination matérielle des libertés fondamentales dont il est le garant, indépendamment du champ des droits fondamentaux protégés par le juge *ad quem* des mécanismes de renvoi préalable.

β) Une détermination matérielle des libertés fondamentales protégées par le juge du référé-liberté indépendante du champ des droits fondamentaux protégés par le juge ad quem des renvois

206. Tandis que le juge *ad quem* des mécanismes de renvoi a une approche formelle des droits fondamentaux, le juge du référé-liberté retient, pour sa part, une approche substantielle des libertés fondamentales dont il assure la sauvegarde. En ce sens, il n'est lié par aucune source

L'étude du premier projet d'introduction d'un contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori* par le Parlement en 1990 révèle en revanche une intention ancienne du pouvoir de révision de la Constitution de créer une procédure de question de constitutionnalité dans les cas d'atteintes aux « droits fondamentaux reconnus à toute personne par la Constitution » : Article 1^{er} du Projet de loi constitutionnelle n° 1203 portant révision des articles 61, 62 et 63 de la Constitution et instituant un contrôle de constitutionnalité des lois par voie d'exception, déposé à l'Assemblée nationale le 30 mars 1990. Nous soulignons.

⁴⁸³ L'alinéa premier de l'article 1 du protocole n° 16 à la Conv. EDH indique que la procédure d'avis consultatifs concerne les « droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles ».

de consécration des droits fondamentaux⁴⁸⁴. En effet, lorsque le juge du référé-liberté consacre une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du CJA, il se défend de toute position dans laquelle il se rendrait « prisonnier des catégories ou des définitions données ici ou là de tel ou tel droit »⁴⁸⁵. Il consacre les libertés fondamentales de manière casuistique et autonome.

207. De manière générale, si les sources constitutionnelle⁴⁸⁶ et conventionnelle⁴⁸⁷ peuvent apparaître comme tour à tour privilégiées, le juge du référé-liberté détermine les « libertés fondamentales » au sens de l'article L. 521-2 du CJA indépendamment de la manière dont sont déterminés les droits fondamentaux par les juges *ad quem* des mécanismes de renvoi préalable. En d'autres termes, il est opportun de renvoyer aux propos du professeur Bertrand Faure concernant la découverte des libertés fondamentales à l'aune des droits et libertés que la Constitution garantit : « libre de découvrir les libertés fondamentales protégées par l'article L. 521-2, le juge administratif est également libre de leur définition. Il peut en donner un contenu matériel propre qui s'accordera plus ou moins précisément avec la jurisprudence du Conseil constitutionnel appliquant la même liberté »⁴⁸⁸.

208. De manière plus décisive encore, la différence de nature des contentieux en référé-liberté et sur renvoi préalable est une cause de divergence d'appréciation des droits et libertés fondamentaux protégés par ces deux types de procédure.

b) La différence de nature des contentieux en référé-liberté et sur

⁴⁸⁴ O. LE BOT, *La protection des libertés fondamentales par la procédure du référé-liberté. Étude de l'article L. 521-2 du Code de la justice administrative*, LGDJ, 2007, pp. 171 et s.

⁴⁸⁵ G. BACHELIER, « Le référé-liberté », *RFDA*, 2002, n° 2, p. 261.

⁴⁸⁶ Patrick Wachsmann considère que le juge du référé-liberté du Conseil d'État « privilégie et insiste sur la source constitutionnelle des libertés fondamentales : P. WACHSMANN, « L'atteinte grave à une liberté fondamentale », *RFDA*, 2007, n° 1, pp. 58-63. De même, Bernard Stirn évoque la « place de premier plan » de la Constitution ainsi qu'une « certaine analogie [...] entre la liberté fondamentale au sens du référé liberté et les droits et libertés garantis par la Constitution au sens de la question prioritaire de constitutionnalité » : B. STIRN, « Le Conseil d'État, juge des référés administratifs et la Constitution », in *Colloque Justice administrative et Constitution de 1958 le 10 janvier 2019 à l'Université Paris II Panthéon Assas*, 6 p. (en ligne : <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/Le-Conseil-d-Etat-juge-des-referes-administratifs-et-la-Constitution>).

⁴⁸⁷ Pour sa part, Mustapha Afroukh estime que la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales est la source « quasi-exclusive » des libertés fondamentales consacrées par le juge du référé-liberté : M. AFROUCKH, « Référé-liberté et Convention européenne des droits de l'homme », *RFDA*, 2016, n° 4, p. 685. D'autres auteurs considèrent également que le droit international est invoqué devant le juge du référé-liberté de manière de plus en plus récurrente par les justiciables : A. ZARADNY, « Le contrôle de conventionnalité du juge administratif des référés », *JCP A*, 2011, n° 49, p. 2379 ; J.-F. CALMETTE, « Pas de présomption d'urgence pour le placement à l'isolement d'un détenu ou sa prolongation », *AJDA*, 2012, n° 21, p. 1177.

⁴⁸⁸ B. FAURE, « RÉFÉRÉ. – Juge administratif des référés statuant en urgence. – Référé-liberté », *Juris. Class. Justice administrative*, 2016, Fasc. 51.

renvoi préalable

209. La nature subjective du référé-liberté. Le juge du référé-liberté a pour mission d' « ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale » à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté atteinte d'une manière grave et manifestement illégale. La procédure du référé-liberté est entièrement destinée et façonnée pour assurer la garantie des libertés fondamentales. Elle est une voie de droit subjective dévouée à la protection des libertés fondamentales des justiciables⁴⁸⁹. Le régime juridique de cette procédure n'est donc pas, à la différence du recours pour excès de pouvoir⁴⁹⁰, conçu pour défendre l'intérêt général et assurer la légalité administrative. En d'autres termes, le procès d'un acte juridique n'est pas l'objet premier du référé-liberté. Il s'agit en revanche pour le juge du référé-liberté de statuer sur l'existence et la sauvegarde d'une liberté fondamentale d'un requérant. C'est donc parce que ce type de contentieux fait une large place aux considérations de nature subjective que le juge du référé-liberté n'érige au rang de liberté fondamentale que les droits subjectifs d'effet direct⁴⁹¹.

210. La nature essentiellement objective des mécanismes de renvoi préalable⁴⁹². Les mécanismes de la question prioritaire de constitutionnalité et celui des renvois préjudiciels en validité et en interprétation sont traités par le Conseil constitutionnel et la Cour de justice de l'UE à la manière de contentieux essentiellement de nature objective⁴⁹³. Les demandes d'avis au Conseil d'État et à la Cour EDH correspondent à cette même typologie de contentieux. Le premier avis rendu par la Cour EDH atteste effectivement d'une réelle volonté

⁴⁸⁹ Il ne peut toutefois pas être nié que subsiste une part de contrôle objectif dans le contentieux du référé-liberté. En effet, une des conditions de sa mise en œuvre prévue par l'article L. 521-2 du CJA réside dans l'existence d'une illégalité manifeste dont résulte l'atteinte à une liberté fondamentale et implique de ce fait un contentieux de norme à norme.

⁴⁹⁰ Le professeur Jean Sirinelli fait toutefois état d'une tendance à la subjectivisation du recours pour excès de pouvoir : J. SIRINELLI, « La subjectivisation du recours pour excès de pouvoir », *RFDA*, 2016, n° 3, p. 529.

⁴⁹¹ CE, ord., 3 mai 2002, *Association de réinsertion sociale du Limousin*, n° 245697.

⁴⁹² Sur la nature objective du traitement des renvois par les juridictions *ad quem*, voir *infra* : Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, Paragraphe 2, 1), a).

⁴⁹³ Qu'il s'agisse des renvois au Conseil constitutionnel et à la Cour de justice de l'UE, du recours pour excès de pouvoir ou encore du pourvoi en cassation, tous ne peuvent prétendre être des recours exclusivement de nature objective. Même si cette nature objective est essentielle dans ces recours, elle est toujours teintée d'éléments faisant apparaître une nature subjective. Concernant notamment la procédure de la QPC, voir notamment : T. SANTOLINI, « Les parties dans le procès constitutionnel en droit comparé », *CCC*, 2008, n° 24, p. 122 ; J. BARTHÉLEMY et L. BORÉ, « La QPC entre recours objectif et recours subjectif », *Constitutions*, 2010, n° 4, p. 553 ; Concernant la procédure du recours pour excès de pouvoir, voir spécialement : J. SIRINELLI, « La subjectivisation du recours pour excès de pouvoir », *RFDA*, 2016, n° 3, p. 529.

d' « objectiviser »⁴⁹⁴ ses réponses. De plus, par essence, les mécanismes de renvoi préalable ont pour objet de trancher des questions de droit à l'exclusion de toutes considérations factuelles⁴⁹⁵. Il s'agit donc fondamentalement de contentieux de normes à normes qui n'ont pas pour objet d'ordonner la réparation d'un dommage subi par un justiciable ou de reconnaître l'existence et l'étendue d'un droit subjectif qui aurait été bafoué.

211. La nature objective des mécanismes de renvoi préalable, obstacle à l'alignement des droits fondamentaux protégés sur les libertés fondamentales garanties en référé-liberté. Cette différence de nature des contentieux est un facteur susceptible de permettre au juge des lois de reconnaître d'une manière plus large que pour le juge du référé-liberté des droits fondamentaux à protéger. L'explication résiderait dans le fait que la consécration de droits ou de libertés fondamentaux dans un contentieux de type objectif peut plus aisément se passer de bases textuelles précises⁴⁹⁶. De manière commune, toutes les sources (spécialement les textes constitutionnels et, dans une moindre mesure les textes conventionnels⁴⁹⁷) qui contiennent des droits fondamentaux sont élaborées de manière générale et imprécise⁴⁹⁸. En effet, l'on constate que le champ des droits et libertés que la Constitution garantit invocables à l'appui d'une QPC est plus large que celui des libertés fondamentales invocables à l'appui d'une requête de référé-liberté⁴⁹⁹. De surcroît, puisqu'il juge seul et en quarante-huit heures, le juge du référé-liberté restreint son pouvoir de reconnaître des libertés

⁴⁹⁴ D. SZYMCZAK, « "Répondre et rassurer" : quelques enseignements à propos du premier avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'homme (obs. sous Cour eur. dr. h., Gde Ch., avis consultatif relatif à la gestation pour autrui, 10 avril 2019) », *RTDH*, 2019, n° 120, pp. 976-977. L'auteur avance une série d'indices dans sa démonstration. Il évoque la volonté de la Cour de « généraliser » ses avis en les formulant de sorte qu'ils puissent être utiles à l'ensemble des juridictions du Conseil de l'Europe. L'auteur évoque le fait que la Cour reformule les questions qui lui sont posées et donne un titre à ses avis.

⁴⁹⁵ G. CASU, *Le renvoi préalable. Essai sur l'unification préjudicielle de l'interprétation*, LGDJ, 2016, pp. 110 et s.

⁴⁹⁶ En ce qui concerne la détermination par le Conseil constitutionnel des droits et libertés que la Constitution garantit au sens de l'article 61-1 alinéa 1 de la Constitution : M.-J. REDOR-FICHOT, « Le Conseil constitutionnel, la question prioritaire de constitutionnalité et les "droits et libertés que la Constitution garantit" », *CRDF*, 2011, n° 9, p. 44.

⁴⁹⁷ À propos du caractère imprécis des droits fondamentaux contenus dans la Convention européenne des droits de l'homme et de sauvegarde des libertés fondamentales : M. MELCHIOR, « Notions "vagues" ou "indéterminées" et "lacunes" dans la Convention européenne des Droits de l'homme », in *Protection des droits de l'homme : la dimension européenne. Mélanges en l'honneur de Gérard J. Wiarda*, 2^e éd., Carl Heymanns Verlag KG, 1990, p. 411-419.

⁴⁹⁸ M. DELMAS-MARTY et C. LUCAS DE LEYSSAC (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Seuil, 1996, p. 28 et s.

⁴⁹⁹ M.-J. REDOR-FICHOT, « Le Conseil constitutionnel, la question prioritaire de constitutionnalité et les "droits et libertés que la Constitution garantit" », *CRDF*, 2011, n° 9, p. 44. Madame Caroline Lantero a établi, à jour du mois de février 2021, une liste de 58 « libertés fondamentales » consacrées par la jurisprudence du juge du référé-liberté du Conseil d'État : C. LANTERO, « Les libertés fondamentales au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative », *Le blog de Droit administratif*, 2018 (en ligne : blogdroitadministratif.net).

fondamentales⁵⁰⁰. Les droits fondamentaux garantis par les juges *ad quem* des mécanismes de renvoi ne sauraient être qualifiés de libertés fondamentales lorsqu'ils sont formulés « en termes très généraux », nécessitent « une obligation de l'Etat dont on cerne difficilement les contours » ou ressemblent à « une déclaration d'intention »⁵⁰¹. Dans le cadre du référé-liberté, le juge est appelé à statuer non pas sur des conflits exclusivement de normes à normes, mais sur des situations éminemment concrètes et subjectives. La résolution provisoire de ces litiges appelle donc la consécration de libertés fondamentales fondées sur des sources textuelles précises⁵⁰².

212. Les causes des divergences entre le champ des droits fondamentaux garantis dans le cadre des renvois préalables et celui des libertés fondamentales protégées en référé-liberté ont été pu démontrées de manière théorique. Il reste cependant à présenter, au travers de la jurisprudence, l'existence concrète de ces dissemblances pour comprendre les conséquences qu'elles impliquent au niveau de la bonne articulation des renvois et du référé-liberté mais aussi du caractère efficace de la protection des droits fondamentaux que ces procédures sont censées permettre.

2) Les conséquences des divergences

213. Ces discordances, simplement explicables sur le plan juridique, ont aussi bien des inconvénients que des effets bénéfiques. Quoiqu'elles puissent être rares, elles ont dans certains cas pour conséquence regrettable d'offrir une protection inutile des droits fondamentaux (a). Toutefois, cet effet néfaste se voit parfois compensé par une extension indirecte du champ des libertés fondamentales protégées par le juge du référé-liberté (b).

a) Une protection inutile des droits fondamentaux garantis sur renvoi

214. C'est au regard des droits et libertés que la Constitution garantit qu'il est le plus aisé de constater l'existence de divergences entre ce corpus et celui des libertés fondamentales

⁵⁰⁰ O. LE BOT, *La protection des libertés fondamentales par la procédure du référé-liberté. Étude de l'article L. 521-2 du Code de la justice administrative*, LGDJ, 2007, p. 136.

⁵⁰¹ I. DE SILVA, « Référé-liberté et droit à une vie familiale normale. Concl. sous CE, sect., 30 oct. 2001, n° 238211, *Ministre de l'intérieur c/ M^{me} Tliba* », *RFDA*, 2002, n° 2, p. 324.

⁵⁰² Cette thèse est parfaitement expliquée et décrite dans un article du professeur Marie-Joëlle Redor-Fichot : M.- J. REDOR-FICHOT, « Le Conseil constitutionnel, la question prioritaire de constitutionnalité et les "droits et libertés que la Constitution garantit" », *CRDF*, 2011, n° 9, p. 44.

garanties au titre de l'article L. 521-2 du CJA. La présentation du non-alignement des droits et libertés que la Constitution garantit avec les libertés fondamentales au sens de l'article L. 521-2 du CJA permet de comprendre qu'il est à l'origine d'une protection inutile des droits fondamentaux et contraire à l'esprit même des mécanismes de renvoi préalable.

215. Les exemples de non-alignement des droits et libertés que la Constitution garantit et des libertés fondamentales au sens de l'article L. 521-2 du CJA. Bien avant l'avènement de la QPC et dès les débuts de la procédure de référé-liberté, messieurs Guyomar et Collin, anciens maîtres des requêtes devant la juridiction administrative suprême, énonçaient qu'« il paraît difficile d'imaginer que le Conseil d'État ait entendu placer tous [les] droits et libertés [constitutionnels] sur le même plan et leur conférer la même protection. Tous ne sont certainement pas invocables à l'appui d'une action en référé exercée sur le fondement de l'article L. 521-2 [...] »⁵⁰³. L'établissement, au fil de la jurisprudence, d'un contenu relatif à la notion de liberté fondamentale au sens du référé-liberté leur aura rapidement donné raison. Une décennie plus tard, ce questionnement était renouvelé par la création de la QPC. À ce propos, lors de son audition à l'Assemblée nationale, Jean-Claude Colliard signalait que dans l'hypothèse d'une procédure de référé-liberté, le droit constitutionnel à la santé pouvait ne pas intégrer le champ des libertés fondamentales⁵⁰⁴. L'établissement par le Conseil constitutionnel du champ des droits et libertés que la Constitution garantit aura pu matérialiser cette crainte initiale. Il existe en effet une véritable différence en matière de droit à la santé entre le juge du référé-liberté qui ne le garantit pas en tant que tel⁵⁰⁵ et le Conseil constitutionnel⁵⁰⁶. Par ailleurs,

⁵⁰³ M. GUYOMAR et P. COLLIN, « Le référé-liberté : les libertés concernées et le rôle du Conseil d'État juge d'appel », *AJDA*, 2001, n° 2, p. 153.

⁵⁰⁴ J.-C. COLLIARD, « Audition », in J.-L. WARSMANN, *Rapport d'information sur l'évaluation de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, Assemblée Nationale, septembre 2009, n° 1898, p. 116.

⁵⁰⁵ Le droit à la santé n'est pas une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du CJA. En revanche, le consentement libre et éclairé du patient aux soins médicaux qui lui sont prodigués en est une : CE, ord., 8 septembre 2005, *Garde des Sceaux, ministre de la justice c. M. Bunel*, n° 284803. Cette ordonnance rendue sur appel contre une ordonnance du Tribunal administratif de Nantes avait jugé que « le droit à la santé est au nombre des libertés fondamentales auxquelles s'applique l'article L. 521-2 du code de justice administrative » : TA Nantes, ord., 25 août 2005, *M. B.*, n° 0504305. En matière de santé, figure également au nombre des libertés fondamentales au sens de l'article L. 521-2 : le droit de recevoir les traitements et soins les plus appropriés à son état de santé (CE, ord., 13 décembre 2017, *Pica-Picard*, n° 415207). *A contrario*, le droit de choisir son traitement (CE, ord., 26 juillet 2017, *M. c. CHU de Montpellier*, n° 412618) ou de fixer le calendrier des soins (CE, ord., 27 juillet 2018, *Coyette*, n° 422241) ne font pas partie de cette catégorie.

⁵⁰⁶ La valeur constitutionnelle du droit à la santé a été reconnue par le Conseil constitutionnel. À ce propos : X. BIOY, « L'apparition timide du droit de la santé dans le champ de la QPC », *NCCC*, 2013, n° 39, p. 264 : « Dans les faits, une dizaine de décisions QPC a trait à la santé [...] aucune ne concerne vraiment le droit "à" la santé, tout au moins explicitement, privilégiant une lecture objective et collective de la santé ». Il existe également une différence avec le droit à la santé protégé par la Cour EDH. Cette juridiction rattache le droit à la santé aussi bien au droit au respect de la vie privée (CEDH, 2 juin 2009, *Codarcea c. Roumanie*, n° 31675/04), au droit à la vie

le juge du référé-liberté ne reconnaît pas non plus le droit au travail⁵⁰⁷ alors que le Conseil constitutionnel intègre dans le champ des droits et libertés que la Constitution garantit le droit pour chacun d'obtenir un emploi au visa du cinquième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946⁵⁰⁸. Aussi, alors qu'il est un objectif de valeur constitutionnelle invocable à l'appui d'une QPC, le juge du référé-liberté a refusé de consacrer le caractère de liberté fondamentale du droit au logement⁵⁰⁹. Tandis que le principe d'égalité devant la loi ou devant les charges publiques est le premier des droits et libertés que la Constitution garantit invoqué à l'appui d'une QPC par les justiciables, celui-ci n'est pas consacré par le juge du référé-liberté⁵¹⁰.

216. *A contrario*, le juge du référé-liberté assure la protection de libertés fondamentales d'origine constitutionnelle que l'on ne retrouve pas dans le corpus des droits et libertés que la Constitution garantit. À titre d'exemple, il en va ainsi du droit des réfugiés à bénéficier d'une logistique d'accueil décente durant le traitement de leur demande d'asile⁵¹¹, du droit à une scolarisation adaptée pour les enfants handicapés⁵¹², du droit à un hébergement d'urgence⁵¹³, du droit à la vie⁵¹⁴, de celui à ne pas être exposé à des traitements inhumains ou dégradants⁵¹⁵ et enfin de la liberté du travail⁵¹⁶. Ainsi formulées, ces libertés fondamentales au sens de l'article L. 521-2 du CJA ne font pas partie des droits et libertés que la Constitution garantit au sens de l'article 61-1 alinéa 1 de la Constitution.

217. Lorsqu'elles se présentent à l'occasion du couplage d'un renvoi avec la procédure

(CEDH, 17 janvier 2002, *Calvelli et Ciglio c. Italie*, n° 32967/96), ou encore à l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants. (CEDH, 26 octobre 2000, *Kudla c. Pologne*, n° 30210/96). Il a donc un champ d'application plus large.

⁵⁰⁷ CE, ord., 28 février 2001, *M. Robert X*, n° 229163.

⁵⁰⁸ CC, décision n° 2010-98 QPC, 4 février 2011, *M. Jacques N. [Mise à la retraite d'office]*, consid. 3.

⁵⁰⁹ CE, 3 mai 2002, *Association de réinsertion sociale du Limousin*, n° 245697. Au vu de la condamnation de la France par l'arrêt CEDH, 9 avril 2015, *Tchoukotio Happi c. France*, n° 65829/12, les jurisprudences françaises relatives au droit au logement sont néanmoins susceptibles d'évolutions.

⁵¹⁰ CE, ord., 14 mars 2005, *Gollnisch*, n° 278435 : « ce principe est distinct des libertés fondamentales dont la protection relève de la procédure instituée par l'article L. 521-2 du code de justice administrative ». En revanche le Conseil d'État juge que « certaines discriminations peuvent eu égard aux motifs qui les inspirent, constituer des atteintes à une liberté fondamentale » au sens de l'article L. 521-2 du code justice administrative même si « la méconnaissance du principe d'égalité ne révèle pas, par elle-même, une telle atteinte ». Voir par exemple : CE, ord., 26 juin 2003, *Conseil départemental des parents d'élèves de Meurthe-et-Moselle*, n° 257938 ; CE, ord., 1^{er} septembre 2017, *Commune de Dannemarie*, n° 413607.

⁵¹¹ CE, ord., 23 mars 2009, *Ministre de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du développement solidaire c. Gaghiev et Mme Gaghieva*, n° 325884.

⁵¹² CE, 15 décembre 2010, *Ministre de l'éducation nationale de la jeunesse et de la vie associative c. Époux Peyrilhe*, n° 344729 et CE, ord., 27 novembre 2013, *Époux Charle*, n° 373300.

⁵¹³ CE, ord., 10 février 2012, *Fofana*, n° 356456.

⁵¹⁴ CE, sect., 16 novembre 2011, *Ville de Paris et Sem ParisSeine*, n° 353172 et 353173.

⁵¹⁵ CE, ord., 22 décembre 2012, *Section française de l'observatoire international des prisons*, n° 364584.

⁵¹⁶ CE, ord., 4 octobre 2004, *Sté Mona Lisa*, n° 264310.

du référé-liberté, toutes ces discordances, dont les causes principales ont été avancées plus haut, impliquent malheureusement une protection inutile des droits fondamentaux.

218. Une protection inutile des droits fondamentaux et contraire à l'esprit des procédures de renvoi préalable. À défaut d'identité entre les « droits fondamentaux » garantis sur renvoi et les « libertés fondamentales » protégées en référé-liberté, il peut arriver qu'à l'occasion d'une instance en référé-liberté, une liberté soit qualifiée de « fondamentale » lorsqu'elle est invoquée à l'appui d'une demande de mise en œuvre d'un renvoi mais qu'elle ne puisse dans le même temps pas être considérée comme telle au sens de l'article L. 521-2 du CJA. Le juge du référé-liberté pourrait par exemple faire droit à une demande de renvoi d'une QPC fondée sur le caractère sérieux d'une atteinte à un droit ou à une liberté que la Constitution garantit mais, ensuite, rejeter la requête au motif que ce droit ou cette liberté constitutionnelle ne constitue pas une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du CJA. Dans ce cas, le requérant ne pourrait pas, à la suite du rejet éventuel de sa requête en référé-liberté, bénéficier des effets de la décision du Conseil constitutionnel portant sur l'abrogation ou l'interprétation conforme de la disposition législative attaquée par le biais de la QPC. *A contrario*, l'on peut raisonnablement être porté à croire que la QPC est un moyen qui « tend à démontrer »⁵¹⁷ l'existence d'une atteinte à une liberté fondamentale laquelle serait garantie par la Constitution. En dehors de toute considération sur la portée obligatoire ou facultative des décisions rendues sur renvoi préalable, de manière commune, toutes les procédures de renvois ont pour ambition d'être utiles à la résolution des instances qui sont à l'origine de leur mobilisation. Par voie de conséquence, en plus de ne pouvoir offrir une protection efficace des droits fondamentaux, l'hypothèse contentieuse qui vient d'être décrite paraît fondamentalement contraire à l'esprit des mécanismes de renvoi préalable. La correspondance du champ des « libertés fondamentales » au sens de l'article L. 521-2 du CJA avec les « droits fondamentaux » garantis sur renvoi semble donc nécessaire.

219. En matière d'utilité des renvois et de protection efficace des droits fondamentaux, cet inconvénient n'est toutefois pas rédhibitoire. En dépit de l'existence de quelques différences entre le champ des « droits fondamentaux » garantis sur renvoi et celui des « libertés fondamentales » invocables en référé-liberté, il est des cas dans lesquels la décision du juge *ad*

⁵¹⁷ A. ROBLOT-TROIZIER, « Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil d'État. Vers la mutation du Conseil d'État en un juge constitutionnel de la loi », *RFDA*, 2011, n° 4, p. 691.

quem permettra l'extension indirecte et circonstanciée du champ de ces dernières.

b) L'extension indirecte et circonstanciée du champ des libertés fondamentales protégées par le juge du référé-liberté

220. Même en cas de différence entre le champ des droits fondamentaux garantis dans le cadre des renvois préalables et celui des libertés fondamentales protégées en référé-liberté, *in fine*, la réception de la décision du juge *ad quem* par le juge du référé-liberté peut indirectement avoir pour effet d'étendre le champ des libertés fondamentales garanties par ce dernier. Cela peut être uniquement le cas dans l'hypothèse du contrôle de la base légale d'une décision administrative querellée devant le juge du référé-liberté, par le biais de la procédure de la QPC et de celle du renvoi préjudiciel en appréciation de validité. Deux conditions doivent en ce sens être remplies. Il faut, d'une part, que la décision du juge *ad quem* (Conseil constitutionnel et Cour de justice de l'UE) soit marquée d'un effet procédural utile et immédiat⁵¹⁸ sur la procédure en cours devant le juge *a quo* (juge du référé-liberté) et, d'autre part, que la loi attaquée sur renvoi conditionne l'issue du litige principal. Par conséquent, si l'issue d'un litige porté devant le juge du référé-liberté dépend de la validité d'une disposition législative au sens de l'article 61-1 alinéa 1 de la Constitution⁵¹⁹ ou de la validité d'un acte de droit dérivé de l'UE et qu'une déclaration d'invalidité est prononcée avec effet immédiat, il est alors possible pour le requérant de bénéficier d'une protection efficace des droits fondamentaux qu'il tire de la Constitution et du droit de l'UE. Autrement dit, l'abrogation d'une disposition législative par le Conseil constitutionnel peut entraîner la disparition de la base légale d'une décision attaquée devant le juge du référé-liberté. De même, la déclaration d'invalidité d'un acte de droit dérivé de l'UE par la Cour de justice emporte subséquemment l'inapplicabilité des lois et des actes administratifs d'application de l'acte censuré. Par conséquent, ces hypothèses ont pour effet d'étendre de manière indirecte et circonstanciée à l'affaire en cours le champ des libertés fondamentales protégées par le juge du référé-liberté en le faisant correspondre avec celui des droits fondamentaux protégés par le Conseil constitutionnel et la Cour de justice de l'UE.

221. Si cette dissemblance est assurément source de relatifs inconvénients, elle est aussi

⁵¹⁸ Sur l'effet utile et immédiat des décisions du juge *ad quem*, voir *infra* : Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, Paragraphe 2.

⁵¹⁹ Il est possible qu'une disposition législative puisse être considérée comme applicable au litige au sens de l'article 23-2 1° de l'ordonnance du 7 novembre 1958 relative au Conseil constitutionnel, mais qu'elle ne conditionne pas sa résolution : voir *supra*.

gage d'enrichissements mutuels entre le juge du référé-liberté et les juges *ad quem* des procédures de renvoi, quant au champ des libertés fondamentales protégées par le premier et celui des droits fondamentaux garantis par les seconds.

B) Une dissemblance source d'enrichissements mutuels

222. Les discordances présentées ci-dessus apparaissent à ce stade sources de potentielles difficultés et incohérences contestables. Ces problèmes sont susceptibles d'être atténués par une influence mutuelle et progressive des jurisprudences du juge du référé-liberté et des juges des lois. La dynamique d'harmonisation serait ainsi plus sujette à prospérer dans les jurisprudences du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel car il existe principalement entre ces deux juridictions une « volonté d'unité conceptuelle des droits fondamentaux »⁵²⁰ protégés. Le mécanisme du renvoi préalable apparaît comme un outil d'harmonisation des libertés fondamentales garanties par le juge du référé-liberté et des droits fondamentaux protégés par les juges *ad quem* des mécanismes de renvoi préalable (1). Différents facteurs favorisent l'extension des libertés fondamentales garanties par le juge du référé-liberté grâce au rôle unificateur de cet instrument (2).

1) Un mouvement d'influence à double sens

223. Si les qualifications retenues des droits et libertés fondamentaux protégés tant par le juge des lois que par le juge du référé-liberté sont incontestablement juridiquement indépendantes l'une de l'autre, il n'en demeure pas moins que leurs choix jurisprudentiels sont sources d'influences réciproques. Cette influence peut jouer aussi bien dans un mouvement descendant allant du juge *ad quem* vers le juge du référé-liberté (a) qu'en sens inverse (b). Il ne fait aucun doute que « les enjeux [...] d'influence ne sont en effet jamais très loin sous la surface du dialogue »⁵²¹.

a) L'influence du juge des lois sur les libertés fondamentales garanties par le juge du référé-liberté

⁵²⁰ R. DRAGO, « Les droits fondamentaux entre juge administratif et juges constitutionnel et européens », *DA*, 2004, n° 6, étude 11.

⁵²¹ L. WEYMULLER, « Le Conseil d'État face aux mutations du contrôle de conventionnalité », *Jus Politicum*, 2018, n° 19, p. 471.

224. L'influence des cours européennes sur les libertés fondamentales garanties par le juge du référé-liberté. Si l'on peut admettre dans une certaine mesure que le juge du référé-liberté du Conseil d'État défend son indépendance « vis-à-vis de l'interprétation donnée de la fondamentalité par les Cours de droit externe »⁵²², l'on doit en revanche être assuré que la détermination des libertés fondamentales par le juge du référé-liberté est remarquablement tributaire d'un corpus jurisprudentiel des cours européennes particulièrement fourni. Si, au début des années 2000, le juge de l'article L. 521-2 du CJA puisait principalement les libertés fondamentales dans la source constitutionnelle⁵²³, aujourd'hui, l'influence est tirée de manière « quasi-exclusive »⁵²⁴ dans la source alimentée par la Conv. EDH et ses protocoles additionnels tels qu'interprétés par la Cour EDH dans le cadre de sa fonction contentieuse⁵²⁵. Pour l'heure, il est en revanche impossible, au regard du faible nombre d'avis consultatifs rendus par la Cour strasbourgeoise d'identifier une influence des droits garantis au titre de cette procédure sur le champ des libertés fondamentales déterminé par le juge du référé-liberté.

225. Du côté du droit de l'UE, la source d'inspiration du principe général du droit de la sécurité juridique consacré par le Conseil d'État français statuant au fond dans l'affaire *Société KPMG et autres*⁵²⁶ est directement tirée de la jurisprudence *Bosh*⁵²⁷ de la Cour de Luxembourg rendue sur saisine d'un renvoi préjudiciel. Le juge administratif, lorsqu'il entend étendre son champ de compétence en matière de protection des droits fondamentaux, n'est donc pas insensible aux arrêts de la Cour de justice de l'UE.

En matière de référé-liberté, il est toutefois aisé de constater que les libertés fondamentales trouvant leur source dans le droit de l'UE sont rares. Au regard de la jurisprudence, il semble seulement possible de relever en ce sens la consécration de la liberté fondamentale de circulation que « l'ordre juridique de l'Union européenne attache au statut de citoyen de

⁵²² C. COUDERT, *Réflexions sur le concept de fondamentalité en droit public français*, Thèse dact., Université d'Auvergne - Clermont-Ferrand I, 2011, p. 152.

⁵²³ P. WACHSMANN, « L'atteinte grave à une liberté fondamentale », *RFDA*, 2007, n° 1, p. 58. Bernard Stirn évoque le bloc de constitutionnalité comme une source « de première importance et de grande portée » : B. STIRN, « Le Conseil d'État, juge des référés administratifs et la Constitution », Colloque Justice administrative et Constitution de 1958 le 10 janvier 2019 à l'Université Paris II Panthéon Assas, 6 p. En ligne : <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/Le-Conseil-d-Etat-juge-des-referes-administratifs-et-la-Constitution>

⁵²⁴ M. AFROUKH, « Référé-liberté et Convention européenne des droits de l'homme », *RFDA*, 2016, n° 4, p. 685.

⁵²⁵ Voir par exemple la consécration du droit à la vie : CE, 16 novembre 2011, *Ville de Paris et Sem PariSeine*, n° 353172 et 353173 et de celui à ne pas être exposé à des traitements inhumains ou dégradants : CE, 22 décembre 2012, *Section française de l'observatoire international des prisons*, n° 364584.

⁵²⁶ CE, 24 mars 2006, *Société KPMG e. a.*, n° 288460, 288465, 288474, 288485.

⁵²⁷ CJCE, 6 avril 1962, *Kledingverkoopbedrijf de Geus en Uitenbogerd c. Robert Bosch GmbH et Maatschappij tot voortzetting van de zaken der Firma Willem van Rijn*, n° C-13/61.

l'Union »⁵²⁸ tel qu'il est interprété par la Cour de justice notamment par ses décisions rendues au titre de la procédure du renvoi préjudiciel.

226. Il y a lieu de préciser que ces rares cas marquant une influence des droits fondamentaux garantis par les cours européennes sur le champ des libertés fondamentales garanties par le juge du référé-liberté ne permettent pas d'affirmer avec assurance qu'ils l'ont été uniquement grâce aux mécanismes du renvoi préjudiciel et de celui des demandes d'avis consultatifs à la Cour EDH. En revanche, il est possible de déceler une influence des décisions QPC rendues par le Conseil constitutionnel sur le champ des libertés fondamentales garanties par le juge du référé-liberté.

227. **L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les libertés fondamentales garanties par le juge du référé-liberté.** Initialement, la fundamentalité des libertés entretenait des liens étroits avec la source constitutionnelle et la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière de contentieux *a priori* des lois⁵²⁹. Qu'en est-il depuis l'avènement de la QPC et la création d'un corpus jurisprudentiel relatif aux droits et libertés que la Constitution garantit ?

Marie-Joëlle Redor-Fichot évoque de possibles interactions entre les jurisprudences du juge constitutionnel et celui du référé-liberté. Elle suggérerait en ce sens une « éventuelle extension de la catégorie des libertés fondamentales sous l'influence de la mise en œuvre de la QPC »⁵³⁰. Pour justifier ses propos, l'auteure donne en illustration de cette hypothèse le droit à l'instruction⁵³¹ ou bien encore le droit à l'environnement⁵³². En outre, par une importante décision QPC du 6 juillet 2018⁵³³, le Conseil constitutionnel a consacré le principe à valeur

⁵²⁸ CE, ord., 9 décembre 2014, *Mme Pouabem*, n° 386029.

⁵²⁹ I. DE SILVA, « Référé-liberté et droit à une vie familiale normale. Concl. sous CE, Sect., 30 octobre 2001, *Ministre de l'Intérieur c. Tliba* », *RFDA*, 2002, n° 2, p. 324 ; O. LE BOT, *La protection des libertés fondamentales par la procédure du référé-liberté. Étude de l'article L. 521-2 du Code de la justice administrative*, LGDJ, 2007, p. 177 et s. ; P. WACHSMANN, « L'atteinte grave à une liberté fondamentale », *RFDA*, 2007, n° 1, p. 58. Bernard Stirn évoque le bloc de constitutionnalité comme une source « de première importance et de grande portée » : B. STIRN, « Le Conseil d'État, juge des référés administratifs et la Constitution », Colloque Justice administrative et Constitution de 1958 le 10 janvier 2019 à l'Université Paris II Panthéon Assas, 6 p. (en ligne : <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/Le-Conseil-d-Etat-juge-des-referes-administratifs-et-la-Constitution>).

⁵³⁰ M.-J. REDOR-FICHOT, « Le Conseil constitutionnel, la question prioritaire de constitutionnalité et les "droits et libertés que la Constitution garantit" », *CRDF*, 2011, n° 9, p. 46.

⁵³¹ CE, ord., 15 décembre 2010, *Ministre de l'éducation nationale*, n° 344729. Cette affaire concernait précisément le droit à la scolarisation d'un enfant handicapé.

⁵³² CC, décision n° 2011-116 QPC, 8 avril 2011, *Michel Z. et autre [Troubles du voisinage et environnement]*.

⁵³³ CC, décision n° 2018-717/718 QPC, *M. Cédric Herrou et autre. [Délit d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger]*.

constitutionnelle de fraternité sur le fondement du préambule et des articles 2 et 72 alinéa 3 de la Constitution. Il a précisé qu'il découle de ce principe, « la liberté d'aider autrui, dans un but humanitaire, sans considération de la régularité de son séjour sur le territoire national »⁵³⁴. Moins de deux mois plus tard, le juge du référé-liberté du tribunal administratif de Besançon jugeait de manière inédite qu'il résulte du principe de fraternité « la liberté fondamentale d'aider autrui dans un but humanitaire »⁵³⁵. L'arrêté municipal faisant l'objet des contestations ayant été abrogé, le Conseil d'État n'a cependant pu par la voie de l'appel infirmer ou consacrer cette nouvelle liberté fondamentale⁵³⁶. Même s'il se fonde sur un raisonnement différent de celui du Conseil constitutionnel, il n'y a que peu de doutes sur le fait que la QPC a eu un « rôle déterminant »⁵³⁷ dans le jugement du juge du référé-liberté du tribunal administratif de Besançon ayant conduit à l'intégration de cette nouvelle liberté fondamentale dans le champ de l'article L. 521-2 du CJA. La concordance de temps entre ces deux décisions laisse raisonnablement croire que la solution du tribunal administratif de Besançon ne tient pas au hasard, mais qu'elle s'inspire de celle apportée moins de deux mois plus tôt par le Conseil constitutionnel.

228. Finalement, l'influence du juge des lois sur les libertés fondamentales garanties par le juge du référé-liberté n'est pas très représentative. Elle l'est en revanche beaucoup plus dans le sens inverse.

b) L'influence du juge du référé-liberté sur les droits fondamentaux garantis par le juge des lois

229. *A priori*, les procédures de renvois permettent généralement et spécifiquement aux cours européennes et au Conseil constitutionnel d'influencer le juge national en matière de garantie des droits fondamentaux. Par une sorte d'effet à rebours, il est concevable que ces procédures servent à faire évoluer les droits garantis par ces cours. Si les influences de jurisprudence en matière de droits garantis par les juges des lois, notamment entre la Cour EDH

⁵³⁴ CC, décision n° 2018-717/718 QPC, *M. Cédric Herrou et autre. [Délit d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger]*, consid. 8.

⁵³⁵ TA Besançon, ord., 28 août 2018, *M. Guardado*, n° 1801454.

⁵³⁶ CE, ord., 6 septembre, 2018, *M. A...B...*, n° 423725. À défaut d'appel, voir également l'ordonnance du juge des référés du tribunal administratif de Clermont-Ferrand qualifiant de liberté fondamentale le principe de confiance légitime entre l'administration et les citoyens : TA Clermont-Ferrand, ord., 9 septembre 2017, *Sctés Quartus Montage d'Opérations et Athik Aubière*, n° 1701643.

⁵³⁷ J. BENREDOUANE, « Le principe de fraternité à l'épreuve des arrêtés anti-mendicité. Note sous TA Besançon, ord., 28 août 2018, *M. Guardado*, n° 1801454 », *RDSS*, 2018, n° 6, p. 1096.

et le Conseil constitutionnel, ont pu largement être commentées⁵³⁸, il convient ici de s'intéresser non pas à un mouvement horizontal d'échanges, mais plutôt à un mouvement d'influence vertical et ascendant, c'est-à-dire du juge du référé-liberté vers le juge des lois. Malgré son caractère inadapté à la procédure du référé-liberté⁵³⁹, c'est là que peut jouer à plein régime l'obligation pour le juge *a quo* de motiver le pré-contrôle des lois qu'il a opéré en vue de la mise en œuvre d'un renvoi et de proposer une solution au rapport de conformité qu'une loi entretient avec les droits fondamentaux. C'est par cette diligence que le juge du référé-liberté est susceptible à plus forte raison de pouvoir influencer le catalogue des droits fondamentaux protégés par le juge *ad quem* saisi d'un renvoi préalable.

230. L'influence potentielle du juge du référé-liberté sur la détermination des droits fondamentaux garantis par la Cour de justice de l'Union européenne. Il n'est pas rare qu'en matière de saisine préjudicielle de la Cour de justice de l'UE, le juge de renvoi s'érige en « une force de proposition » en mesure d' « orienter l'évolution du droit européen »⁵⁴⁰. Pour Dominique Ritleng, le renvoi préjudiciel est une procédure qui fait des juges nationaux « les co-auteurs de la norme européenne »⁵⁴¹. À ce propos, rien n'est plus illustratif que de renvoyer à la « saga » jurisprudentielle des arrêts *Solange*. Le juge allemand soutenait avec ténacité que tant que la Communauté européenne ne protégeait pas les droits fondamentaux à un niveau équivalent à celui garanti par la loi fondamentale allemande, la Cour de Karlsruhe se réservait le droit de contrôler le droit dérivé à l'aune de sa norme suprême. Désormais, lorsqu'elle est appelée à garantir les droits fondamentaux, la Cour de justice de l'UE se réfère aux traditions constitutionnelles communes aux États membres. Aussi, dans l'affaire *Omega*, la Cour de justice rattache au droit primaire de l'UE en tant que principe général du droit la conception de la dignité de la personne humaine telle qu'interprétée par la Cour constitutionnelle allemande⁵⁴². Le principe général du droit de l'UE de la sécurité juridique est un principe

⁵³⁸ Voir notamment : O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, « La convention européenne et le Conseil constitutionnel », *RIDC*, 2008, n° 2, p. 293 ; B. GENEVOIS, « Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975 ? », *CCC*, 1999, n° 7, p. 101 ; B. MATHIEU, « Les décisions du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme : Coexistence-Autorité-Conflits-Régulation », *NCCC*, 2011, n° 32, p. 45 ; D. SZYM CZACK, « Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'Homme : l'europanisation "heurtée" du Conseil constitutionnel français », *Jus Politicum*, 2012, n° 7.

⁵³⁹ Voir *supra* : Section 1, I).

⁵⁴⁰ A. MAITREPIERRE, « Le droit de l'Union européenne et le juge français : circonstances et incidences d'une rencontre », *RAE*, 2007/2008, n° 3, p. 545.

⁵⁴¹ D. RITLENG, « Le principe de primauté du droit de l'Union : quelle réalité ? », *Rev. UE*, 2015, n° 593, p. 633.

⁵⁴² CJCE, 14 octobre 2004, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs GmbH c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, C-36/02.

d'origine nationale. C'est par le biais d'un renvoi préjudiciel qu'une juridiction néerlandaise est parvenue à influencer la Cour de Luxembourg⁵⁴³.

En France, durant plusieurs décennies, le juge administratif a d'abord été réfractaire à s'appropriier des solutions jurisprudentielles de la Cour de Luxembourg et à se saisir de la procédure prévue à l'article 267 du TFUE. Progressivement, cette position politique de refus a été abandonnée au profit d'une posture de réception par le juge administratif du droit de l'UE et d'appropriation de la procédure du renvoi préjudiciel. Depuis ce changement de paradigme, le Conseil d'État a pu développer, grâce à la mise en œuvre de plus en plus fréquente de renvois préjudiciels, « de véritables stratégies pour réinfluencer à son tour la jurisprudence des juges du plateau de Kirchberg »⁵⁴⁴. Par exemple, dans une affaire relative aux organismes génétiquement modifiés⁵⁴⁵, le Conseil d'État, à l'occasion d'un renvoi préjudiciel en appréciation de validité d'une directive, s'est ouvertement inscrit dans la critique de deux jurisprudences constantes de la Cour luxembourgeoise. La juridiction administrative du Palais Royal a semble-t-il saisi l'opportunité du renvoi pour lancer « une invitation implicite [...] à la Cour [de justice de l'UE] de reconsidérer, [...], sa jurisprudence »⁵⁴⁶. De manière comparable, le Conseil d'État a usé de la procédure du renvoi préjudiciel notamment pour faire évoluer la jurisprudence de la Cour de justice de l'UE en matière de régulation des aides d'État illégales⁵⁴⁷.

231. L'influence du juge du référé-liberté sur la détermination par le Conseil constitutionnel des droits et libertés que la Constitution garantit. L'influence de la jurisprudence administrative sur le juge constitutionnel est « à première vue moins vraisemblable »⁵⁴⁸, que celle, en sens inverse, du Conseil constitutionnel sur le juge administratif qui jouit assurément d'un « rôle prédominant »⁵⁴⁹ dans la détermination des droits et libertés que la Constitution garantit. Néanmoins, le juge du référé-liberté du Conseil d'État n'est pas moins dépourvu de cette force d'influence sur le Conseil constitutionnel lorsqu'il décide du renvoi ou non d'une QPC.

⁵⁴³ CJCE, 6 avril 1962, *Kledingverkoopbedrijf de Geus en Uitdenbogerd c. Robert Bosch GmbH et Maatschappij tot voortzetting van de zaken der Firma Willem van Rijn*, C-13/61.

⁵⁴⁴ B. PLESSIX, *Droit administratif général*, LexisNexis, 2016, p. 110.

⁵⁴⁵ CE, 3 octobre 2016, *Confédération paysanne e. a.*, n° 388649.

⁵⁴⁶ F. TARLET et G. LÉONARD, « Mutations génétiques et juridiques autour de la décision Arcelor », *AJDA*, 2017, n° 5, p. 288.

⁵⁴⁷ CE, 19 décembre 2008, *Centre d'exportation du livre français c. Ministère de la Culture et de la Communication*, n° 274923 ; CJCE, 12 février 2008, *Centre d'exportation du livre français (CELF)*, C-199/06.

⁵⁴⁸ M.-J. REDOR-FICHOT, « Le Conseil constitutionnel, la question prioritaire de constitutionnalité et les "droits et libertés que la Constitution garantit" », *CRDF*, 2011, n° 9, p. 46.

⁵⁴⁹ X. MAGNON (dir.), *QPC. La question prioritaire de constitutionnalité : pratique et contentieux*, Litec, 2011, p. 255, n° 233.

Ce mouvement d'influence pourrait notamment avoir pour vertu de permettre la constitutionnalisation de libertés fondamentales trouvant leur source dans la loi ordinaire. En matière de droit à la santé, il en va ainsi par exemple du droit du patient de consentir à un traitement médical et de ne pas subir un traitement qui serait le résultat d'une obstination déraisonnable⁵⁵⁰ ou du droit du patient à consentir librement à des soins médicaux⁵⁵¹ fondés sur le code de la santé publique. Ces libertés fondamentales pourraient aisément trouver leur pendant dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel basée sur la liberté personnelle garantie par les articles 2 et 4 de la DDHC⁵⁵². La première QPC relative à la loi sur l'état d'urgence renvoyée par le juge du référé-liberté illustre parfaitement ce jeu d'influence. Appelé à contrôler la conventionnalité et le caractère sérieux de la question de la constitutionnalité de la disposition législative permettant les mesures administratives d'assignations à résidence, le juge du référé-liberté a semble-t-il « désamorcé »⁵⁵³ la substance du contrôle de constitutionnalité de la loi au regard de l'article 66 de la Constitution par le Conseil constitutionnel. En effet, en faisant précéder la confrontation de la loi à la Constitution par un examen de sa compatibilité avec l'article 5 de la Conv. EDH et l'article 2 du protocole additionnel n° 4 à la Conv. EDH, le juge du référé-liberté a créé « une sorte de précédent jurisprudentiel dont le Conseil constitutionnel s'inspire pour sa propre interprétation des dispositions constitutionnelles »⁵⁵⁴. Il semble s'agir là d'une illustration d'harmonisation de la liberté constitutionnelle d'aller et venir avec l'interprétation de cette liberté par le juge du référé-liberté. L'entente entre jurisprudences s'établit plus précisément sur le seuil horaire de douze heures par jour au-delà duquel une « restriction » de la liberté d'aller et venir devient une mesure « privative » de la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution.

232. L'influence du juge du référé-liberté sur les droits fondamentaux garantis par la Cour européenne des droits de l'Homme. L'on perçoit à travers l'étude d'impact relative au projet de loi autorisant la ratification du protocole n° 16 à la Conv. EDH, qu'il est possible, notamment pour le juge du référé-liberté du Conseil d'État, au titre de la procédure de demande

⁵⁵⁰ CE, ass., 14 février 2014, n° 375081, 375090 et 375091 ; S. DEYGAS, « Liberté fondamentale et office du juge administratif », *Procédures*, 2014, n° 4, comm. 127.

⁵⁵¹ CE, ord., 16 août 2002, *Mmes Feuillatey*, n° 249552.

⁵⁵² L'éventualité d'une consécration du droit constitutionnellement garanti du patient à consentir à des soins médicaux semble corroboré par une décision QPC du 26 novembre 2010 : CC, décision n° 2010-71 QPC, 26 novembre 2010, *Mlle Danielle S. [Hospitalisation sans consentement]*, consid. 32.

⁵⁵³ A. ROBLOT-TROIZIER, « Assignation à résidence et état d'urgence. Note sous Conseil d'État, Section, 11 décembre 2015, *M C. Domenjoud*, n° 395009 », *RFDA*, 2016, n° 1, p. 123.

⁵⁵⁴ *Ibid.*

d'avis consultatif, de chercher à influencer la Cour européenne des droits de l'Homme. En ce sens, cette étude précise l'interprétation faite par le ministère français de l'Europe et des affaires étrangères de la notion de « question de principe » mentionnée au premier alinéa du premier article dudit protocole. Le Gouvernement voit dans cette formule une opportunité qu'il suggère aux plus Hautes juridictions désignées : la procédure des demandes d'avis consultatifs peut permettre aux trois Hautes juridictions françaises lorsqu'elles le souhaitent d'inviter la Cour à modifier sa jurisprudence sur telle ou telle question⁵⁵⁵. De même, selon la députée Bérengère Poletti, rapporteuse de la loi autorisant la ratification du protocole n° 16 à la Conv. EDH, « il s'agit là d'une opportunité de permettre aux opinions de nos juridictions d'être mieux prises en compte dont il serait dommage de se priver. Par ces avis, qui participent au renforcement du dialogue des juges, nos juridictions doivent pouvoir mieux se faire entendre, voire *chercher à influencer en amont la jurisprudence européenne*. En ce sens, le Protocole 16 est donc un outil juridictionnel qui est aussi potentiellement politique »⁵⁵⁶.

233. De nombreux commentateurs ont relevé que c'est en opportunité que la juridiction judiciaire suprême a mobilisé le 5 octobre 2018 la procédure de demande d'avis consultatif pour influencer la jurisprudence du juge de Strasbourg sur le statut des mères d'intention ayant recours à la gestation pour autrui⁵⁵⁷. Pour certains, la Cour de cassation « tente d'influencer la CEDH, voire de lui forcer la main »⁵⁵⁸ en ayant recours à la procédure d'avis pour « soumettre à la Cour [EDH] une solution déjà construite »⁵⁵⁹.

234. L'influence du juge du référé-liberté du Palais Royal sur le juge du Palais des droits de l'Homme aurait tout à fait pu jouer à l'occasion du jugement des affaires *Gonzalez-Gomez*⁵⁶⁰

⁵⁵⁵ Ministère de l'Europe et des affaires étrangères, *Étude d'impact du projet de loi concernant la ratification du protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, NOR : EAEJ1729498L/Bleue-1, pt. 4.1.2.2.

⁵⁵⁶ B. POLETTI, *Rapport sur le projet de loi autorisant la ratification du protocole n° 16 à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Assemblée Nationale, 2018, n° 642, p. 15. Nous soulignons. L'auteur précise qu'elle « souscrit à l'approche du Conseil d'État » délivrée par le Président de la section du contentieux du Conseil d'État Bernard Stirn, lors de son audition.

⁵⁵⁷ P. LE MAIGAT, « Mère d'intention et gestation pour autrui : la Cour de cassation à l'épreuve du dialogue des juges et de la filiation désincarnée. Note sous Cass. ass. plén., 5 oct. 2018, n° 12-30138 et Cass. ass. plén., 5 oct. 2018, n° 10-19053 », *Gaz. Pal.*, 2018, n° 38, p. 15.

⁵⁵⁸ P. DEUMIER et H. FULCHIRON, « Première demande d'avis à la CEDH : vers une jurisprudence "augmentée" ? », *Rec. Dall.*, 2019, n° 4, p. 228.

⁵⁵⁹ H. FULCHIRON, « Premier avis de la Cour européenne des droits de l'Homme : un dialogue exemplaire ? », *Rec. Dall.*, 2019, n° 19, p. 1084.

⁵⁶⁰ CE, ass., 31 mai 2016, *M^{me} Gonzalez-Gomez*, n° 396848.

et *Lambert*⁵⁶¹. Dans la première affaire, relative à la question de l'exportation de gamètes et à l'interdiction des inséminations post-mortem, intéressant le droit au respect de la vie privée et familiale, le renvoi d'une demande d'avis consultatif à la Cour EDH par le juge du référé-liberté aurait été parfaitement envisageable. Cela peut se justifier par le fait que la Cour de Strasbourg ne garantit pas en tant que tel le droit à une insémination *post mortem*. Il s'agit probablement d'une question de principe nouvelle puisque la Cour EDH n'a jamais statué sur de telles prétentions⁵⁶². C'est en ce sens qu'à la question de savoir si le droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Conv. EDH fonde le droit à une insémination *post mortem*, le rapporteur public Aurélie Bretonneau n'a aucun doute sur le fait que ce droit tombe sous le « pavillon généreux »⁵⁶³ de l'article 8 de la Conv. EDH.

235. La procédure des demandes d'avis consultatifs aurait également pu être mobilisée dans la dramatique affaire *Lambert*. Les libertés fondamentales en cause étaient le droit au respect de la vie et le droit du patient de consentir à un traitement médical et de ne pas subir un traitement qui serait le résultat d'une obstination déraisonnable. La mise en œuvre d'une demande d'avis consultatif par le juge du référé-liberté dans le cadre de l'affaire *Lambert* aurait tout à fait pu influencer le catalogue des droits fondamentaux protégé par le juge européen des lois. En effet, le juge du référé-liberté du Conseil d'État considère que la décision d'un médecin d'arrêter le traitement d'un patient dans les cas traduisant une obstination déraisonnable de traitement doit être « susceptible de faire l'objet d'un recours devant une juridiction pour s'assurer que les conditions fixées par la loi ont été remplies ». La source de ce considérant peut se trouver dans la jurisprudence de la Cour EDH en matière de droit à la vie garanti par l'article 2 de la Conv. EDH. En effet, le juge de Strasbourg impose cette obligation positive procédurale dans le domaine général de la santé publique⁵⁶⁴ mais jamais dans les cas d'arrêt de traitement d'un patient en fin de vie. La saisine du juge strasbourgeois, après l'épuisement des voies de recours internes, a permis à ce juge de compléter sa jurisprudence en reprenant l'exigence de

⁵⁶¹ CE, ass., 24 juin 2014, *M^{me} Lambert e. a.*, n° 375081, 375090, 375091.

⁵⁶² La Cour EDH rattache à l'article 8 de la Conv. EDH le droit de devenir ou non parent : CEDH, 7 mars 2006, *Evans c. Royaume-Uni*, n° 4320/11.

⁵⁶³ A. BRÉTONNEAU, « Droits subjectifs contre interdit législatif. Concl. sous CE, ass., 31 mai 2016, n° 396848, *M^{me} Gonzalez-Gomez* », *RFDA*, 2016, n° 4, p. 740. Pour un avis contraire : H. FULCHIRON, « Contrôle de proportionnalité ou décision en équité ? », *Rec. Dall.*, 2016, n° 25, p. 1472.

⁵⁶⁴ CEDH, 17 janvier 2002, *Calvelli et Ciglio c. Italie*, n° 32967/96, § 49.

« la possibilité d'un recours juridictionnel en cas de doute sur la meilleure décision à prendre dans l'intérêt du patient »⁵⁶⁵.

236. Le rôle du dialogue des juges dans les enjeux d'influences jurisprudentielles est dépendant du volontarisme des acteurs de ce mouvement. Il est en revanche des facteurs d'harmonisation des droits et libertés fondamentaux directement tirés des procédures de renvois préalables et de celle du référé-liberté.

2) Les facteurs d'harmonisation

237. Aucune norme juridique n'impose au juge du référé-liberté de faire entrer dans le giron des libertés fondamentales, dont il est le garant, les droits fondamentaux garantis au titre des mécanismes de renvoi préalable. Dans le sens inverse, rien n'impose au juge *ad quem* saisi d'un renvoi préalable de calquer les droits fondamentaux qu'il garantit sur ceux qui le sont par le juge *a quo* et spécialement par le juge du référé-liberté. En tout état de cause, la tâche serait ô combien mal aisée, source d'incohérences, et s'avèrerait en définitive impossible.

Il n'est à ce propos pas rare que les standards de protection des droits fondamentaux divergent entre les différentes juridictions des lois. Par ailleurs, si les cours européennes alignaient les droits fondamentaux dont elles sont les garantes sur les libertés fondamentales garanties par le juge du référé-liberté, pourquoi ne feraient-elles pas de même avec l'ensemble des procédures juridictionnelles des différents États membres ? La tâche serait sans fin. Elle serait aussi contraire aux règles régissant la compétence de ces cours européennes. En effet, *quid* de la compétence limitée de la Cour de justice de l'UE et de la Cour EDH par le contenu des droits fondamentaux des traités dont elles sont les garantes ?

Il existe pourtant des facteurs qui contribuent à l'harmonisation cohérente et juridiquement justifiée des droits et libertés fondamentaux. Certains sont exclusivement tirés des règles de procédure du référé-liberté (a) ou de celles des renvois préalables (b). Un autre enfin concerne des éléments communs à la procédure de l'article L 521-2 du CJA et à certains renvois préalables (c).

a) Les facteurs d'harmonisation tirés de la procédure de référé-liberté

⁵⁶⁵ CEDH, 25 juin 2015, *Lambert e. a. c. France*, n° 46043/14, §§ 169-180.

238. Le poids de l'intensité du contrôle de légalité du juge du référé-liberté. Le caractère *manifeste* des atteintes *graves* et illégales à une liberté fondamentale constatées ou non par le juge du référé-liberté est un élément que le juge des lois peut difficilement ignorer. Il peut en effet être délicat pour ce dernier de juger, peu de temps après que le juge du référé-liberté a par exemple refusé de constater l'existence d'une atteinte grave et manifestement illégale, que la loi querellée est contraire aux droits fondamentaux, sauf si, bien sûr, un grief supplémentaire ou différent est invoqué ou relevé d'office. De même, en sens inverse, la constatation d'une atteinte grave et manifestement illégale portée à l'encontre d'une liberté fondamentale est une donnée dont le juge *ad quem* saisi d'un renvoi peut difficilement faire fi. L'intensité de contrôle des atteintes *manifestement illégales* aux libertés fondamentales est donc potentiellement source d'harmonisation avec les droits fondamentaux garantis dans le cadre des renvois préalables.

239. L'adoption de mesures provisoires concomitantes à la mise en œuvre d'un renvoi. Il sera étudié plus loin la faculté laissée au juge *a quo*, sous certaines conditions, de prononcer des mesures provisoires de sauvegarde des droits du requérant lorsqu'une saisine du juge des lois est opérée sur renvoi. Il est pour l'instant possible d'envisager que, dans le cadre de la QPC ou du renvoi préjudiciel en appréciation de validité, l'adoption d'une mesure de sursis à exécution par le juge du référé-liberté en cas d'atteinte grave à une liberté fondamentale est de nature à influencer le Conseil constitutionnel et la Cour de justice de l'UE. L'étude de cette possibilité par le juge du référé-liberté a pu faire dire qu'elle peut avoir pour effet de « neutralise[r], en grande partie, la marge de manœuvre du Conseil constitutionnel »⁵⁶⁶ dans l'exercice de son contrôle de constitutionnalité. Sans contredire cette assertion, il apparaît plus opportun d'apporter une modération et de considérer non pas qu'il y aurait un effet de neutralisation mais plutôt d'influence sur la juridiction *ad quem*.

- b) Les facteurs d'harmonisation tirés des éléments communs à la procédure de l'article L. 521-2 du CJA et à certains renvois préalables

⁵⁶⁶ A. ROBLOT-TROIZIER, « Assignation à résidence et état d'urgence. Note sous Conseil d'État, Section, 11 décembre 2015, *M. C. Domenjoud*, n° 395009 », *RFDA*, 2016, n° 1, p. 123.

240. La faible incidence de l'emploi d'une terminologie commune de « libertés fondamentales » entre l'article L. 521-2 du CJA et les traités internationaux de protection des droits fondamentaux. Sans que cela soit avéré, l'influence du juge du référé-liberté sur les juges des lois européens est potentiellement plus marquée grâce au partage d'une terminologie commune relative à la notion de « liberté fondamentale ». L'on retrouve ainsi, dans l'intitulé des catalogues de protection des droits fondamentaux par les cours européennes, le recours, similaire à l'article L. 521-2 du CJA, à la notion de « liberté fondamentale ». En effet, le juge des lois de la Cour. EDH garantit les droits fondamentaux protégés par la « Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des *libertés fondamentales* »⁵⁶⁷. De même, le juge des lois de l'UE est garant, au titre du préambule de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, des « droits qui résultent notamment [...] de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des *libertés fondamentales* »⁵⁶⁸. Pareillement, l'alinéa 3 de l'article 6 du TUE stipule que les « droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des *libertés fondamentales* [...] font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux »⁵⁶⁹.

La portée de ces qualifications strictement textuelles résultant de traités internationaux de protection des droits fondamentaux est toutefois juridiquement nulle. En droit, le juge du référé-liberté n'est aucunement tenu d'intégrer des libertés fondamentales au sens de l'article L. 521-2 qui seraient ainsi qualifiées par des traités internationaux. Leurs intitulés n'ont en effet aucune valeur juridique et le juge y est globalement indifférent⁵⁷⁰.

c) Les facteurs d'harmonisation tirés des procédures de renvois préalables

241. L'autorité de chose interprétée des décisions des juridictions *ad quem* des procédures de renvoi préalable⁵⁷¹. Le juge du référé-liberté n'est pas juridiquement contraint

⁵⁶⁷ Nous soulignons.

⁵⁶⁸ Nous soulignons.

⁵⁶⁹ Nous soulignons.

⁵⁷⁰ Voir en ce sens : O. LE BOT, *La protection des libertés fondamentales par la procédure du référé-liberté. Étude de l'article L. 521-2 du Code de la justice administrative*, LGDJ, 2007, p. 101 et s.

⁵⁷¹ La question de l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel et des cours européennes sur le juge administratif regroupe une littérature abondante. Concernant spécifiquement le sujet de l'autorité des arrêts de la Cour de justice de l'UE rendus sur renvoi préjudiciel sur le juge administratif, il peut être renvoyé à deux thèses de référence : J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français. Conseil constitutionnel, Cour de justice des Communautés européennes et Cour européenne des droits de l'homme*, LGDJ, 1998, 663 p. ; L. POTVIN-SOLIS, *L'effet des jurisprudences européennes sur la jurisprudence du Conseil d'Etat français*, LGDJ, 1999, 799 p. Dans sa thèse de

de reprendre à son compte les qualifications de « droits fondamentaux » ou de « libertés fondamentales » retenues par les juridictions *ad quem* des procédures de renvoi⁵⁷². En droit, les décisions de ces juges sont pourvues de l'autorité de chose jugée. En revanche, concernant l'autorité de chose interprétée, c'est-à-dire l'existence d'une primauté d'interprétation des droits fondamentaux dont un juge des lois est le garant, il y a lieu de noter que les libertés pouvant être reconnus comme fondamentales par ces juges ne se lisent qu'à l'intérieur des motifs de leurs décisions. Ces motifs et à condition qu'ils ne soient pas, en ce qui concerne le Conseil constitutionnel, le soutien nécessaire du dispositif, n'ont aucune autorité juridique sur le juge du référé-liberté.

Néanmoins, il n'est pas exagéré de considérer qu'en dehors de toute contrainte juridique, la qualification des libertés fondamentales est sujette à l'influence de la jurisprudence des juridictions *ad quem* des procédures de renvoi préalable qui entretiennent une autorité de fait sur le juge du référé-liberté.

242. Le caractère associatif des renvois préalables. Loin d'être insignifiante, cette question met pleinement en exergue le caractère associatif⁵⁷³ des mécanismes de renvoi préalable. Ce caractère vise à « associer directement »⁵⁷⁴ les juges de renvoi à l'élaboration de la jurisprudence par les juges *ad quem*.

Le vecteur premier de cette influence est celui de la motivation des décisions de renvoi évoquée plus haut. C'est en effet lorsqu'il donne le contexte juridique et factuel de l'affaire et qu'il exprime son avis ou propose une solution à la question de droit qui est posée que le juge *a quo* est susceptible d'influencer le juge *ad quem* sur les champs des droits fondamentaux dont il est le garant.

243. Il est une dernière condition substantielle de saisine du juge du référé-liberté qu'il convient de confronter à l'exercice du pré-contrôle des lois nécessaire à la mise en œuvre des mécanismes de renvoi préalable. Il s'agit de la condition centrale et la plus stricte de la procédure de l'article L. 521-2 du CJA : l'urgence.

doctorat, Gatién Casu évoque, dans le cadre de l'ensemble des mécanismes de renvoi préalable, la question de l'autorité des décisions rendues par les juges *ad quem* : G. CASU, *Le renvoi préalable. Essai sur l'unification préjudicielle de l'interprétation*, LGDJ, 2016, pp. 333 et s.

⁵⁷² Concernant l'indifférence du juge du référé-liberté aux qualifications juridiques et doctrinales des « libertés fondamentales » : O. LE BOT, *La protection des libertés fondamentales par la procédure du référé-liberté. Étude de l'article L. 521-2 du Code de la justice administrative*, LGDJ, 2007, pp. 102-103.

⁵⁷³ G. CASU, *Le renvoi préalable. Essai sur l'unification préjudicielle de l'interprétation*, *op. cit.*, pp. 124 et s.

⁵⁷⁴ *Ibid.*

SECTION 2) Le pré-contrôle des lois et l'office du juge de l'urgence

244. Incontestablement, l'urgence est la condition essentielle de la procédure de l'article L. 521-2 du code de justice administrative. Souvent qualifiée d'extrême, elle est le verrou d'accès au prétoire du juge du référé-liberté le plus tenace, en ce qu'elle est particulièrement appréciée strictement. Au vu de l'importance de cette condition et eu égard au caractère préjudiciel et chronophage des renvois préalables, il convient d'étudier les implications de l'exercice du pré-contrôle des lois sur la condition d'urgence du référé-liberté (I). La procédure du référé-liberté n'est pas la seule à intégrer l'urgence. Dans une moindre mesure, certes, le régime de certains renvois préalables permet également une prise en compte de l'urgence en tant que condition de leur mise en œuvre. Il est alors utile de comparer les définitions de l'urgence retenues par les renvois préalables et le référé-liberté pour évaluer leur articulation (II).

I) Les implications de l'exercice du pré-contrôle des lois sur la condition d'urgence du référé-liberté

245. Le pré-contrôle des doutes ou difficultés sérieux relatifs à la contrariété d'une loi par rapport aux droits fondamentaux impliquant la mise en œuvre d'un renvoi préalable n'est pas anodin dans l'examen des conditions substantielles de mise en œuvre du référé-liberté. Sans surprise, il impacte également l'établissement de la condition d'urgence propre au référé-liberté (A). De même, l'exercice d'un tel pré-contrôle n'est pas sans provoquer quelques bouleversements dans l'ordre procédural d'examen prioritaire de la condition d'urgence du référé-liberté (B).

A) Les effets du pré-contrôle des lois sur l'établissement de la condition d'urgence du référé-liberté

246. En principe, l'opération de pré-contrôle des lois est sans effet sur la condition d'urgence du référé-liberté (1). Il semble toutefois possible de déceler des hypothèses dans lesquelles le pré-contrôle des lois joue favorablement sur l'établissement de la condition d'urgence du référé-liberté (2).

1) Le principe : l'absence d'effet du pré-contrôle des lois sur la condition d'urgence du référé-liberté

247. La confrontation d'un juge à une demande d'une partie de mettre en œuvre un renvoi constitue assurément un élément perturbateur de l'examen habituel d'une requête. Cela l'est d'autant plus lorsque cette demande, de nature à rallonger le traitement d'une affaire, est faite dans le cadre d'une procédure conditionnée par l'existence d'une situation d'« urgence ». Il y a donc lieu d'interroger l'impact sur la condition d'urgence de l'examen par le juge du référé-liberté d'un doute sérieux ou d'une difficulté sérieuse relative à l'interprétation, l'applicabilité ou la validité d'une loi justifiant la mise en œuvre d'un renvoi préalable. À l'analyse, il ressort que la nature des lois et leur rang hiérarchique ne change rien à la détermination de l'urgence du référé-liberté⁵⁷⁵.

Par principe, en référé-suspension, la condition d'urgence ne peut dériver du doute sérieux sur la légalité d'un acte administratif. Le juge du référé-suspension estime en effet que la condition d'urgence prévue à l'article L. 521-1 du CJA « est distincte du point de savoir si les moyens invoqués sont propres à faire naître, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision contestée »⁵⁷⁶. À titre illustratif, le juge du référé-suspension a jugé qu'une circulaire qui réitérait une règle législative dont la constitutionnalité était contestée par le biais d'une QPC n'était pas en soi suffisant pour caractériser une situation d'urgence⁵⁷⁷. De manière identique, le juge du référé-liberté considère que les conditions substantielles du référé-liberté « s'apprécient séparément »⁵⁷⁸. Il en résulte donc que la condition d'urgence de chaque référé administratif d'urgence est autonome et distincte des autres conditions propres à ces mêmes référés.

Depuis la première QPC soulevée en 2010 devant le juge du référé-liberté à l'occasion de l'affaire *Diakité*, le juge administratif des référés d'urgence n'a, durant les cinq années qui ont suivi, jamais procédé au renvoi d'une QPC. Très souvent, le défaut d'urgence faisait obstacle à

⁵⁷⁵ Il est en revanche arrivé à la CJCE, dans une affaire traitée en référé, de juger que la condition d'urgence était remplie notamment au vu de la violation d'une norme du droit primaire de l'UE ayant « une place essentielle dans l'ordre juridique communautaire » : CJCE, 24 septembre 1996, *Royaume-Uni et RFA c. Commission*, aff. jtes., C-239/96 R et C-240/96 R.

⁵⁷⁶ CE, ord., 31 août 2005, *Association des utilisateurs et distributeurs de l'agrochimie européenne*, n° 282418.

⁵⁷⁷ CE, ord., 17 juin 2011, *Etrillard*, n° 349753 : « une circulaire qui réitère, en prescrivant de l'appliquer, une règle contenue dans la loi n'est pas, par elle-même, constitutive d'une situation d'urgence, alors même qu'il serait soutenu que la loi est contraire à une norme juridique supérieure ».

⁵⁷⁸ CE, ord., 21 août 2001, *Mme. Manigold*, n° 237385.

son examen⁵⁷⁹. Il était aussi courant que la QPC soit jugée comme étant dépourvue de caractère sérieux⁵⁸⁰. Ce constat pouvait susciter une interrogation relative à la possible appréciation plus stricte de l'urgence dès lors qu'un moyen tiré de la contrariété d'une disposition législative aux droits et libertés que la Constitution garantit est soulevé. Une étude portant sur les trois premières années de la QPC devant le juge administratif des référés d'urgence ne relève en ce sens pas d'influence particulière⁵⁸¹. Ainsi que le reconnaît l'auteur de cette étude, au regard de l'immense diversité et de la comparabilité relative des cas d'espèce soumis au juge, il est toutefois malaisé d'établir une méthode d'analyse permettant de mesurer de manière pertinente l'examen plus ou moins strict de la condition d'urgence selon qu'une QPC est ou non soulevée.

248. Si l'on doit se borner à tirer de la jurisprudence le constat de l'absence, par principe, d'effets du pré-contrôle des lois sur la condition d'urgence du référé-liberté, il est en revanche nécessaire de faire état de l'existence d'exceptions à ce principe.

2) Les exceptions : l'urgence caractérisée par le pré-contrôle de la loi

249. Les exemples de corrélation entre la présence d'un *fumus boni juris* et la reconnaissance de la condition d'urgence d'une procédure de référé. Dans le cadre des demandes en référé devant les juridictions de l'Union européenne, la présence d'un *fumus boni juris* sérieux peut être de nature à alléger la charge de la preuve de l'urgence⁵⁸² sans toutefois

⁵⁷⁹ En référé-liberté : CE, ord., 29 mars 2010, *Bidalou*, n° 337704 ; CE, ord., 13 avril 2011, *Yasmina A. et Halima B.*, n° 348364 ; CE, 6^e et 1^{ère} SSR, 16 janvier 2015, *M^{me} Lehuédé*, n° 374070. En référé-suspension : CE, ord., 19 novembre 2010, *Benzoni*, n° 344014 ; CE, ord., 28 janvier 2011, *Société Ciel et Terre e. a.*, n° 344973 ; CE, ord., 17 juin 2011, *M. Etrillard e. a.*, n° 349753 ; CE, 22 juillet 2011, *Communes de Saint-Thibault-des-Vignes*, n° 348055 ; CE, ord., 8 décembre 2011, *Ordre des avocats au barreau de Bastia*, n° 354201 ; CE, ord., 1 octobre 2014, *Société Mutuelle des Transports Assurances*, n° 384354 ; CE, ord., 27 juin 2017, *Union syndicale des magistrats*, n° 410978.

⁵⁸⁰ CE, ord., 21 octobre 2010, *Conférence nationale des présidents des unions régionales des médecins libéraux*, n° 343527.

⁵⁸¹ A. SAYEDE HUSSEIN, « La QPC devant le juge administratif des référés d'urgence (Trois ans et demi de saisines juridictionnelles inabouties) », *LPA*, 2013, n° 223, p. 6.

⁵⁸² TPICE, 28 septembre 2007, *République française c. Commission*, T-257/07 R, pt. 127 : « il convient de prendre en considération, dans le cadre de l'appréciation de l'urgence, le fait que les arguments de fait et de droit présentés par la requérante à l'appui du *fumus boni juris* apparaissent, au vu des éléments dont dispose le juge des référés, sérieux ». Pierre Pescatore a pu également soutenir que les conditions du *fumus boni juris* et de l'urgence se confondaient dans la procédure du référé devant la CJCE. Selon l'auteur, la condition du *fumus boni juris* est remplie dès lors que la mesure provisoire demandée est justifiée au regard de l'urgence : P. PESCATORE, « Les mesures conservatoires et les référés », in SFDI, *La juridiction internationale permanente*, Pedone, 1987, p. 340. Pour une critique de ce point de vue voir : R. JOLIET, « Protection juridictionnelle provisoire et droit communautaire », *Rivista di diritto europeo*, 1992, n° 2, p. 268 et s.

que sa seule présence puisse remplacer la démonstration d'une situation urgente⁵⁸³.

Pareillement, en référé-suspension, l'urgence n'est « susceptible d'être établie que dans la mesure où le ou les moyens retenus par le juge des référés seraient de nature, eu égard à leur portée, à justifier [...] la suspension de la décision »⁵⁸⁴. C'est ainsi que le juge des référés du Conseil d'État a rejeté une demande de suspension en indiquant que l'urgence, si elle avait été mieux argumentée, aurait pu « résulter notamment du caractère patent des irrégularités invoquées »⁵⁸⁵. Par ailleurs, après avoir affirmé que le refus d'un maire d'ordonner l'interruption de travaux d'une construction sans permis était entaché d'un doute sérieux quant à sa légalité, le juge des référés affirme que cette illégalité remplit la condition d'urgence posée par l'article L. 521-1 du CJA⁵⁸⁶.

Dès l'entrée en vigueur de la réforme des référés administratifs d'urgence, le juge du référé-liberté a entendu préciser que la seule présence d'un *fumus boni juris* ne saurait suffire à caractériser la condition d'urgence⁵⁸⁷. Pourtant, dans de nombreux cas, le juge administratif du référé-liberté confond la condition d'urgence à celle portant sur le caractère manifestement grave et illégal d'une décision administrative. Dans cette hypothèse, le constat du caractère illégal d'une décision attaquée peut suffire en lui-même à satisfaire la condition d'urgence⁵⁸⁸. En effet, l'on perçoit que, désormais, la condition d'urgence est quasi-systématiquement remplie lorsqu'une atteinte grave et manifestement illégale portée à l'encontre d'une liberté fondamentale est commise par l'administration⁵⁸⁹. C'est ainsi que par exemple, de manière négative, le juge du référé-liberté a pu juger dans une affaire que le dossier qui lui était soumis « ne permet pas, [...], de retenir une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté

⁵⁸³ TPICE, 2 août 2006, *Aughinish Alumina c. Commission*, T-69/06 R, pt. 84 : « la seule démonstration de l'existence d'un *fumus boni juris*, même particulièrement sérieux, ne saurait donc pallier l'absence complète de démonstration de l'urgence ».

⁵⁸⁴ CE, ord., 31 mars 2003, *Union nationale de l'apiculture française*, n° 254638.

⁵⁸⁵ CE, ord., 16 mai 2002, *Jaffrain*, n° 246586.

⁵⁸⁶ CE, 9 mai 2001, *Epoux Delivet et M^e Samzun*, n° 231076 : « le maintien des dispositions en cause permettant l'édification sans permis d'une construction » est de nature à satisfaire la condition d'urgence ; CE, 21 juillet 2001, *Commune de Meudon*, n° 231991 : « les requérants sont donc fondés, [...], à soutenir que dans la mesure où il ne respecte pas strictement le règlement du plan d'occupation des sols de la COMMUNE DE MEUDON, le projet porte une atteinte suffisamment grave et immédiate aux intérêts qu'ils défendent pour justifier l'urgence ».

⁵⁸⁷ L'« irrégularité de l'implantation de l'ouvrage ne peut *par elle-même* permettre de regarder comme établie la condition d'urgence posée par l'article L. 521-2 » du CJA : CE, ord., 21 août 2001, *Mme. Manigold*, n° 237385. Nous soulignons.

⁵⁸⁸ Le « refus d'enregistrer, en violation [des prescriptions du décret du 23 juin 1998 relatif à l'asile territorial], une demande d'asile territorial, [...], porte *par lui-même* une atteinte suffisamment grave et immédiate à la situation du demandeur pour que la condition d'urgence [...] soit, sauf circonstances particulières, satisfaite » : CE, 15 février 2002, *Hadda*, 238547. Nous soulignons.

⁵⁸⁹ S. BOISSARD, « Concl. sous CE, 15 février 2002, *Hadda*, 238547 », *Rec. Leb.*, p. 45 ; P. CASSIA, *Les référés administratifs d'urgence*, LGDJ, 2003, p. 101 et s. ; O. LE BOT, *La protection des libertés fondamentales par la procédure du référé-liberté. Étude de l'article L. 521-2 du Code de la justice administrative*, LGDJ, 2007, p. 311.

fondamentale *qui créerait* une situation d'urgence »⁵⁹⁰.

250. L'influence du pré-contrôle d'unionité des lois sur la condition d'urgence des référés administratifs. Une jurisprudence du juge du référé-suspension a pu laisser croire que le pré-contrôle d'unionité des lois pouvait exercer une influence sur la condition d'urgence qui conditionne la validité de son office. Le juge de l'article L. 521-1 du CJA a en effet pu estimer que, pour l'appréciation de la condition d'urgence, il y avait lieu « de tenir compte de l'intérêt qui s'attache pour la Communauté européenne à l'application d'une directive ainsi que, plus généralement, des fins en vue desquelles les dispositions contestées ont été édictées »⁵⁹¹. Par ce considérant, le Conseil d'État mêle la condition d'urgence du référé-suspension à la prise en compte des intérêts de l'UE à ce que le droit national se conforme, notamment, au droit dérivé de l'UE. Pour être satisfaits, les intérêts peuvent par exemple consister dans la compatibilité avec une directive, le cas échéant, d'une loi de transposition. Cette jurisprudence semble découler de la réception de l'arrêt *Simmenthal* qui invite le juge national à écarter, d'une part, toute norme interne incompatible avec le droit de l'UE et, d'autre part, tout obstacle à l'efficacité du droit de l'UE. Relativement à ce dernier point, la jurisprudence de la Cour de Luxembourg revient à permettre au juge national d'écarter une condition de fond d'une procédure comme, par exemple, celle de l'« urgence » des référés administratifs d'urgence. En effet, dès lors qu'une condition d'une procédure est susceptible d'affecter l'efficacité du droit de l'UE, le juge national doit pouvoir écarter ou moduler son appréciation. Dans une ordonnance plus récente, le juge du référé-suspension indique clairement « que l'intérêt public commande », en raison de l'existence d'un doute sérieux quant à la compatibilité d'un acte administratif avec une directive de l'Union européenne, « que soient prises les mesures provisoires nécessaires pour faire cesser immédiatement l'atteinte aux droits conférés par l'ordre juridique de l'Union européenne »⁵⁹². Le juge tire en conséquence de ce raisonnement que, dans ces cas, la condition d'urgence « doit être regardée comme remplie »⁵⁹³. En résumé, cette ordonnance reconnaît explicitement qu'une norme interne incompatible avec le droit de l'Union européenne est constitutive d'une atteinte à un intérêt public de l'UE satisfaisant la condition

⁵⁹⁰ CE, ord., 22 mai 2003, *Commune de Théoule-sur-mer*, n° 256848. Nous soulignons. De manière positive, le juge du référé-liberté a considéré qu'une décision administrative apparaît à la fois entachée « d'une illégalité manifeste et constituti[ve] d'une situation d'urgence » : CE, ord., 21 novembre 2002, *Gaz de France*, n° 251726.

⁵⁹¹ CE, ord., 29 octobre 2003, *Société Techna SA e. a.*, n° 260768, 261033 et 261034.

⁵⁹² CE, ord., 14 février 2013, *Lailler*, n° 365459, consid. 6.

⁵⁹³ *Ibid.*

d'urgence au sens de l'article L. 521-1 du CJA⁵⁹⁴.

251. Par le passé, la position du juge des référés du Conseil d'État sur la jurisprudence précitée avait déjà présenté des atténuations. En effet, dans une ordonnance du 2 juillet 2010, le juge a considéré que l'invocation par un requérant de « l'intérêt public qui s'attache au respect du droit communautaire [...] *ne traduit pas en soi* l'existence d'une situation d'urgence »⁵⁹⁵. Au titre de cette jurisprudence, la violation du droit communautaire n'était alors qu'un élément qui, combiné à d'autres, pouvait constituer une situation d'urgence. Or, dorénavant, l'intérêt public qui « commande que soient prises les mesures provisoires nécessaires pour faire cesser immédiatement l'atteinte aux droits conférés par l'ordre juridique de l'Union européenne »⁵⁹⁶ n'est plus pris en compte par le juge administratif des référés d'urgence pour apprécier la condition d'urgence prévue par l'article du CJA sur le fondement duquel il statue. Plus précisément, cette circonstance « n'est pas constitutive d'une situation d'urgence justifiant, *par elle-même et indépendamment de toute autre considération*, la suspension des décisions »⁵⁹⁷. Dans cette lignée jurisprudentielle, le juge du référé-suspension rejette dans une autre affaire l'argumentaire des requérants considérant que la condition d'urgence était remplie au motif que l'acte attaqué était incompatible avec le droit de l'UE. Il est en ce sens jugé que les requérants « ne peuvent davantage soutenir que l'urgence à suspendre l'ordonnance contestée tiendrait au risque que [...] cette ratification les prive du droit à un recours effectif, garanti notamment par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne »⁵⁹⁸.

252. Il y a enfin lieu de s'intéresser à l'hypothèse contentieuse au terme de laquelle une norme interne contestée à l'occasion d'une instance devant le juge du référé-liberté serait, dans le même temps, déjà en cours d'examen par la Cour luxembourgeoise en application de la procédure préjudicielle accélérée ou d'urgence. Cette dernière circonstance invoquée dans une affaire par des requérants semble avoir été retenue par le juge du référé-liberté pour considérer comme remplie la condition d'urgence prévue à l'article L. 521-2 du CJA⁵⁹⁹. Le contrôle en

⁵⁹⁴ CE, ord., 14 février 2013, *Lailler*, n° 365459 ; O. LE BOT, « Référé-suspension : la violation du droit de l'Union européenne reconnue comme une situation d'urgence. Note sous CE, ord., 14 février 2013, *Lailler*, req. n° 365459 », *Rec. Dall.*, 2013, n° 9, p. 628.

⁵⁹⁵ CE, 2 juillet 2010, *Air France*, n° 340699. Nous soulignons.

⁵⁹⁶ CE, ord., 20 février 2014, *Société British American Tobacco France*, n° 374949.

⁵⁹⁷ *Ibid.* Nous soulignons.

⁵⁹⁸ CE, ord., 16 octobre 2015, *Conseil national des barreaux e. a.*, n° 393588.

⁵⁹⁹ Soutenant une position contraire : C. DEVYS, « Concl. sous CE, 1^{ère} et 6^e SSR, 23 novembre 2005, *CGT-FO*, n° 286440 », *RJEP*, 2005, n° 626, p. 512.

urgence et à titre préjudiciel d'une loi est donc susceptible d'influencer la condition d'urgence du référé-liberté lorsqu'il est saisi d'une affaire impliquant l'application de cette même loi.

253. Ce n'est finalement qu'à la marge et de manière transitoire que le pré-contrôle des lois a pu influencer l'établissement de la condition d'urgence du référé-liberté. Cette opération ne va pas non plus sans causer quelques « désordres » dans l'ordre d'examen, par le juge du référé-liberté, de la condition d'urgence et du pré-contrôle d'une loi.

B) L'ordre d'examen de l'urgence du référé-liberté et du pré-contrôle des lois

254. Aux termes de l'article L. 521-2 du CJA, le juge du référé-liberté ne peut être saisi que d'une demande « justifiée par l'urgence ». L'urgence constitue la condition première du référé-liberté et justifie par conséquent qu'elle soit examinée avant toute demande de renvoi (1). Pourtant, dans une hypothèse bien précise, la priorité de l'examen de l'urgence par rapport à la nécessité d'opérer un renvoi est renversée. Il s'agit des cas où le juge du référé-liberté entend rejeter une demande de renvoi (2).

1) La priorité de la condition d'urgence

255. En principe, l'absence d'urgence empêche l'examen des demandes de renvoi. Parce qu'elle constitue « l'essence »⁶⁰⁰ et le noyau dur des critères de recevabilité des référés administratifs d'urgence, la condition de l'urgence est examinée par le juge administratif des référés d'urgence prioritairement par rapport aux demandes de renvois et, avant ces demandes, par rapport aux conditions de recevabilité de la requête et de compétence du juge administratif des référés d'urgence⁶⁰¹. Cet ordonnancement procédural est d'ailleurs aussi transposable à l'office de cassation du juge administratif des référés d'urgence⁶⁰². Ainsi que cela a été précisé par une décision ultérieure, ce défaut d'urgence, comme l'incompétence de la juridiction

⁶⁰⁰ O. LE BOT, « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de compatibilité avec le droit de l'Union européenne devant le juge des référés. Note sous CE, ord., 16 juin 2010, *Diakité*, n° 340250 », *AJDA*, 2010, n° 22, p. 1662.

⁶⁰¹ Concernant des demandes de renvoi d'une QPC : CE, ord., 19 novembre 2010, *Benzoni*, n° 344014 ; CE, ord., 17 juin 2011, *Etrillard*, n° 349753 ; CE, ord., 8 juin 2012, *France Nature Environnement et Agir pour les paysages*, n° 359570 ; CE, ord., 13 septembre 2013, *Lang*, n° 370978 ; CE, ord., 12 novembre 2013, *Organisation des transports routiers européens*, n° 372622. Cet ordre procédural d'examen de la requête en référé-liberté et des demandes de renvoi sera examiné *infra* de manière plus complète.

⁶⁰² CE, 22 juillet 2011, *Commune de Saint-Thibault-des-Vignes*, n° 348055.

administrative ou l'irrecevabilité manifeste de la requête, permet de rejeter la demande par une ordonnance de tri prise en application de l'article L. 522-3 du code de justice administrative⁶⁰³. Cet ordre d'examen procédural découle logiquement de la nature de la procédure de l'article L. 521-2 du CJA et de la finalité pour laquelle elle a été instituée : répondre en urgence aux situations urgentes⁶⁰⁴. Comme il a été précédemment démontré, le pré-contrôle des lois à l'occasion de la mise en œuvre d'un renvoi préalable est un élément qui facilite la reconnaissance par les juges des référés des articles L. 521-1 et L. 521-2 du CJA de la présence d'un doute sérieux ou d'une atteinte manifestement grave et illégale à une liberté fondamentale. Mais tout cela reste insuffisant pour que soit ordonnée une mesure de sursis à exécution d'une décision administrative ou de toute mesure utile. Encore faut-il qu'une urgence en justifie le prononcé. Il apparaît dès lors compréhensible que le juge administratif des référés d'urgence se prononce avant tout sur la condition d'urgence. Les affaires non-urgentes portées devant le juge du référé-liberté ne sauraient ainsi se reporter devant le juge *ad quem* des mécanismes de renvoi préalable. La pratique illustre le choix du privilège donné à l'urgence par rapport à l'examen des QPC et des demandes de renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'UE.

256. L'absence d'urgence empêche l'examen des QPC. En dépit même du caractère prioritaire d'une question de constitutionnalité, l'affaire *Diakité* révèle que le juge du référé-liberté doit se prononcer en premier lieu sur la condition d'urgence. L'appréciation par le juge de l'article L. 521-2 du CJA de cette condition est donc un préalable nécessaire à l'examen d'une question prioritaire de constitutionnalité. C'est ce qui a pu faire dire que l'urgence « présente un caractère plus prioritaire que la question de constitutionnalité »⁶⁰⁵. Faute d'une telle urgence, il n'y a pas lieu, pour le juge du référé-liberté, de s'interroger sur la transmission ou le renvoi de cette question⁶⁰⁶. Par conséquent, le défaut d'urgence ferme « définitivement la porte à la QPC »⁶⁰⁷.

À l'instar du juge du référé-liberté⁶⁰⁸, le juge du référé-suspension est venu confirmer le principe

⁶⁰³ CE, 6^e et 1^{ère} SSR, 16 janvier 2015, *M^{me} Lehuédé*, n° 374070.

⁶⁰⁴ O. LE BOT, *La protection des libertés fondamentales par la procédure du référé-liberté. Étude de l'article L. 521-2 du Code de la justice administrative*, LGDJ, 2007, pp. 10 et s.

⁶⁰⁵ O. LE BOT, « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de compatibilité avec le droit de l'Union européenne devant le juge des référés. Note sous CE, ord., 16 juin 2010, *Diakité*, n° 340250 », *AJDA*, 2010, n° 22, p. 1665.

⁶⁰⁶ Voir par exemple : CE, ord., 17 juin 2011, *Etrillard*, n° 349753 : « la condition d'urgence n'étant [...] pas satisfaite, il n'y a pas lieu de statuer sur la demande des requérants tendant à ce que le Conseil constitutionnel soit saisi de la question de la conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution des dispositions contestées ».

⁶⁰⁷ A. ROBLOT-TROIZIER, « Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil d'État. Vers la mutation du Conseil d'État en un juge constitutionnel de la loi », *RFDA*, 2011, n° 4, p. 691.

⁶⁰⁸ CE, ord., 13 avril 2011, *Mlles Yasmina A et Halima B*, n° 348364.

selon lequel il pouvait « en toute hypothèse, y compris lorsqu'une question prioritaire de constitutionnalité est soulevée devant lui, rejeter de telles conclusions pour défaut d'urgence »⁶⁰⁹. De même, saisi d'une demande de suspension à l'occasion de laquelle il a été soulevé un moyen tiré de contrariété aux droits et libertés que la Constitution garantit d'une disposition législative servant de base légale à la décision administrative contestée, le Conseil d'État a pu préciser que le juge du référé-suspension ne procède à l'examen de la QPC « qu'après avoir réglé la question de l'urgence »⁶¹⁰.

257. L'absence d'urgence empêche l'examen des demandes de renvoi préjudiciel à la CJUE. À l'instar de ce qui vient d'être énoncé concernant le traitement des QPC, le défaut d'urgence constaté par le juge du référé-liberté écarte toute possibilité qu'il se prononce sur la nécessité de saisir la Cour de justice de l'Union européenne d'un renvoi préjudiciel⁶¹¹.

258. En plus d'empêcher l'examen d'une demande de renvoi, l'absence d'urgence doit également être considérée comme un refus implicite du juge du référé-liberté de faire droit à une demande de renvoi. En effet, un « juge des référés estimant qu'il n'est pas nécessaire pour lui d'examiner une [QPC] au motif que la condition d'urgence [...] n'était pas satisfaite et que la demande de suspension ne pouvait, par suite, qu'être rejetée *doit être ainsi réputé avoir refusé de transmettre cette question* »⁶¹². Cette jurisprudence dont la logique apparaît contestable s'avère dommageable pour le justiciable puisqu'elle l'empêche de soulever nouvellement la même QPC au stade du jugement en cassation⁶¹³.

Cette jurisprudence traduit le caractère essentiel de la condition d'urgence en référé-liberté. Il n'en est pas moins possible de déceler des cas faisant exception à la priorité d'examen de la condition d'urgence par rapport au pré-contrôle des lois.

2) Les exceptions à la priorité d'examen de la condition d'urgence

⁶⁰⁹ CE, 8 décembre 2011, n° 254201.

⁶¹⁰ CE, 8 décembre 2011, n° 254201 ; CE, ord., 27 février 2013, *Société Promogil*, n° 364751 ; CE, 24 mars 2015, *Association Taxi libre et Chambre syndicale des loueurs d'automobiles de Paris Ile-de-France*, n° 388345 ; CE, 7 avril 2015, *M. B...A...*, n° 389165.

⁶¹¹ CE, ord., 26 juillet 2018, *M. B... A...*, n° 421832, pts. 7 et 8.

⁶¹² Résumé sous CE, 6^e et 1^{ère} SSR, 29 avril 2013, *Agiopan*, n° 366058. Nous soulignons. Voir : S. DEYGAS, « Le juge des référés administratif et la QPC », *Procédures*, 2013, n° 7, comm. 226 ; D. GILTARD, « Référé (urgence) », *Répertoire de contentieux administratif*, 2011 (actualisation : janvier 2016), n° 288.

⁶¹³ D. POUPEAULE, « Conséquence de l'absence d'examen d'une QPC par le juge des référés. Note sous CE, 6^e et 1^{ère} SSR, 29 avril 2013, *Agiopan*, n° 366058 », *Dall. actu.*, 21 mai 2013.

259. C'est à plus forte raison lorsqu'il entend rejeter l'affaire pour laquelle il est saisi que le juge du référé-liberté peut bousculer l'ordre d'examen de la recevabilité interne de la requête et des renvois en vue d'avancer l'examen de ces derniers. Spécialement en matière de QPC, il y a lieu de nuancer le caractère prioritaire de l'examen de l'urgence. Ainsi que le relève le professeur Agnès Roblot-Troizier, l'examen d'une QPC, notamment par le juge du référé-liberté, avant toute appréciation de l'urgence, s'envisage de manière opportune au regard de certains intérêts⁶¹⁴. Il y a donc lieu de dévoiler les motifs qui, aux yeux du juge de l'article L. 521-2 du CJA, sont de nature à être perçus comme suffisamment intéressants ou opportuns pour bouleverser le principe de l'examen prioritaire de la condition d'urgence.

260. **L'utilité qu'il soit procédé à un renvoi en vue du procès au fond est de nature à justifier que le pré-contrôle d'une loi précède l'examen de la condition d'urgence.** Dans le cadre de la procédure de référé-suspension, il peut sembler utile que le défaut d'urgence ne puisse pas empêcher l'examen d'une demande de renvoi. Permettre au juge des lois de se prononcer avant le jugement au fond d'un recours en annulation est indéniablement source d'un gain de temps. Devant le juge de l'article L. 521-1 du CJA, en dépit du rejet d'une requête pour défaut d'urgence, le juge peut donc renvoyer une QPC soulevée si ses conditions sont remplies, afin que la décision du Conseil constitutionnel profite au jugement à venir de l'affaire par le juge statuant au fond⁶¹⁵. Rien n'indique que cette pratique ne puisse pas être transposée au référé-liberté. L'absence de condition de recevabilité formelle d'un référé-liberté relative au dépôt d'un recours au fond ne semble pas irréductiblement empêcher que l'utilité qu'il soit procédé à un renvoi en vue d'un procès au fond, éventuellement engagé par un requérant, soit de nature à justifier que le pré-contrôle d'une loi précède l'examen de la condition d'urgence.

261. **Le rejet d'une demande de renvoi comme exception à la priorité de l'examen de la condition d'urgence.** Si le juge du référé-liberté examine une QPC prioritairement par rapport à l'examen de la condition relative à l'urgence c'est, selon le professeur Agnès Roblot-Troizier, « nécessairement pour la rejeter ». Cette auteure justifie logiquement cette pratique en

⁶¹⁴ A. ROBLLOT-TROIZIER, « Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil d'État. Vers la mutation du Conseil d'État en un juge constitutionnel de la loi. Vers la mutation du Conseil d'État en un juge constitutionnel de la loi », *RFDA*, 2011, n° 4, p. 691 ; Voir également : P. CASSIA, « Le juge administratif des référés, la QPC et le droit de l'Union européenne. Note sous CE, ord., 16 juin 2010, *Mme. Diakité*, n° 340250 », *JCP G*, 2010, n° 26, p. 739.

⁶¹⁵ P. CASSIA, « Le juge administratif des référés, la QPC et le droit de l'Union européenne. Note sous CE, ord., 16 juin 2010, *Mme. Diakité*, n° 340250 », *JCP G*, 2010, n° 26, p. 739.

ces termes : « on imagine mal que le juge du référé-liberté accepte de transmettre une QPC et décide, alors que la condition d'urgence n'est pas remplie, de satisfaire le requérant, dans le délai de 48 heures auquel il est tenu, en prenant les mesures propres à sauvegarder la liberté fondamentale »⁶¹⁶. L'on retrouve la consécration de cette pratique dans les ordonnances *Diakité* et *Conférence nationale des présidents des unions régionales des médecins libéraux*. Dans ces affaires, le juge administratif des référés d'urgence refuse de faire droit aux demandes de renvoi des QPC puis rejette les requêtes « sans qu'il soit besoin de se prononcer sur la condition d'urgence »⁶¹⁷.

Concernant ces deux ordonnances, il faut noter que l'examen prioritaire des questions de constitutionnalité résulte de l'occasion qui fut donnée pour la première fois au Conseil d'État de présenter le régime d'articulation de la QPC avec la procédure du référé-liberté pour la première ordonnance citée et avec celle du référé-suspension pour la seconde.

262. La conviction du juge du référé-liberté sur la contrariété aux droits et libertés que la Constitution garantit d'une disposition législative écarte la priorité de l'examen de l'urgence sur celui de la QPC. Dans deux ordonnances, le juge du référé-liberté a examiné prioritairement et a procédé au renvoi d'une QPC au Conseil constitutionnel sans même avoir évoqué la condition d'urgence prévue à l'article L. 521-2 du CJA⁶¹⁸. Il y a tout lieu de considérer que la conviction du juge du référé-liberté relative à la contrariété d'une disposition législative aux droits et libertés que la Constitution garantit écarte la priorité de l'urgence sur l'examen d'une QPC. Dans ces deux affaires, les deux QPC renvoyées se sont soldées par une décision de censure du Conseil constitutionnel⁶¹⁹.

263. En définitive, le pré-contrôle des lois a un impact limité sur le contenu et le moment de l'examen de la condition d'urgence du référé-liberté. Ce faible effet du pré-contrôle des lois sur la condition d'urgence du référé-liberté s'explique en partie par la bonne articulation des conditions d'urgence des mécanismes de renvoi préalable et de celle de la procédure de l'article L. 521-2 du CJA.

⁶¹⁶ A. ROBLLOT-TROIZIER, « Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil d'État. Vers la mutation du Conseil d'État en un juge constitutionnel de la loi », *RFDA*, 2011, n° 4, p. 691.

⁶¹⁷ Voir également : CE, ord., 16 décembre 2011, *Mutuelle du personnel des hospices de Lyon*, n° 354079.

⁶¹⁸ CE, ord., 16 janvier 2017, *M. A.*, n° 406614 ; CE, 29 mai 2017, *Association « En marche ! »*, n° 410833.

⁶¹⁹ CC, décision n° 2017-624 QPC, 16 mars 2017, *M. Sofiyani I. [Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence II]* ; CC, décision n° 2017-651 QPC, 31 mai 2017, *Association En marche ! [Durée des émissions de la campagne électorale en vue des élections législatives]*.

II) L'articulation des conditions d'urgence des mécanismes de renvoi et du référé-liberté

264. Dans l'importante ordonnance *Commune de Pertuis*⁶²⁰, le juge du référé-liberté met fin à l'identité jurisprudentielle d'appréciation des conditions d'urgence des référés prévues aux articles L. 521-1 et L. 521-2 du CJA. En consacrant sa particularité, l'urgence du référé-liberté est autonomisée par rapport à celle du référé-suspension. Désormais, la condition d'urgence doit être regardée comme remplie lorsqu'une situation implique qu'« une mesure visant à sauvegarder une liberté fondamentale [doit] être prise dans les 48 heures »⁶²¹. Cette appréciation propre de la condition d'urgence prévue à l'article L. 521-2 du CJA par le juge du référé-liberté n'empêche cependant pas qu'elle puisse coïncider avec la condition d'urgence des procédures d'examen des renvois par le juge *ad quem* (A). De même, l'on peut relever une certaine correspondance entre la condition d'urgence ouvrant droit au prononcé de mesures provisoires au titre de l'article L. 521-2 du CJA avec celle du régime des mesures provisoires pouvant être accordées par le juge *a quo* concomitamment à la mise en œuvre d'un renvoi (B).

A) La coïncidence des conditions d'urgence du référé-liberté et celles d'examen des renvois par le juge *ad quem*

265. Une identité stricte impossible entre les conditions d'urgence du référé-liberté et celles d'examen des renvois par le juge *ad quem*. Puisque la condition d'urgence ne couvre pas de manière identique les procédures des référés administratifs d'urgence du titre II livre V du CJA, elle ne saurait *a fortiori* aisément s'aligner avec celle des différentes procédures de traitement des renvois préalables par le juge *ad quem*. Ce sont les spécificités procédurales et les raisons de leur instauration qui commandent la caractérisation des différentes conditions d'urgence. En d'autres termes, à chaque procédure correspond une définition de l'urgence qui dépend des situations pour lesquelles elle est instituée pour y répondre. Notons qu'il n'existe

⁶²⁰ CE, ord., 28 février 2003, *Commune de Pertuis c. Pellenc*, n° 254411.

⁶²¹ *Ibid.* Le juge du référé-liberté ajoute que « la condition relative à l'urgence [...] doit, s'agissant de l'article L. 521-2 du [CJA], être appréciée en fonction de la référence faite par le législateur, à la nécessité qu'une mesure visant à sauvegarder une liberté fondamentale soit prise [...] dans les 48 heures » : CE, ord., 6 février 2004, *Société Yacht club international de Saint-Laurent-du-Var*, n° 264169. Voir également : S. BOISSARD, « Référé-liberté et voie de fait : à propos du secret des correspondances. Concl. sous CE, 9 avril 2004, *Vast* », *RFDA*, 2004, n° 4, p. 778.

de procédure de traitement d'un renvoi conditionnée par l'urgence que devant les cours européennes. Il n'existe aucune procédure conditionnée par l'urgence pour le traitement d'une QPC par le Conseil constitutionnel ou d'une demande d'avis contentieux par le Conseil d'État.

266. Le juge du référé-liberté n'a jamais accompagné un renvoi d'une demande tendant à ce qu'il soit traité en urgence par le juge *ad quem* auquel il est adressé. Le fait qu'aucun exemple n'illustre un cas de demande du juge du référé-liberté de mise en œuvre d'une procédure de traitement en urgence d'un renvoi n'exclut pas d'interroger la compatibilité des conditions d'urgence du référé-liberté et de celles d'examen des renvois par le juge *ad quem*. Par ailleurs, les lignes directrices présentées par la Cour EDH relatives aux demandes d'avis consultatifs prévoient la possibilité pour les juges de renvoi de demander la mise en œuvre d'une procédure de traitement en urgence desdites demandes⁶²². Ce genre de demande n'ayant encore jamais été faite, il est difficile de supputer comment la Cour va définir ce qu'est une affaire urgente justifiant son examen accéléré⁶²³.

En revanche, la Cour de justice de l'UE justifie d'une jurisprudence certaine sur la définition de l'urgence conditionnant la mise en œuvre des procédures préjudicielles accélérée⁶²⁴ et d'urgence⁶²⁵. Il est alors intéressant de confronter les déterminations de l'urgence de ces procédures avec celle du référé-liberté afin de déceler laquelle de ces procédures préjudicielles est, en cas de renvoi préjudiciel, la plus compatible avec les affaires dont le juge du référé-liberté est susceptible de connaître. Sans prendre en compte la teneur de la jurisprudence de la Cour sur les conditions d'urgence des procédures préjudicielles d'urgence et accélérée qui fera l'objet d'un examen plus détaillé dans la seconde partie de la thèse⁶²⁶, nous nous contenterons pour l'instant de ne retenir que les formules relatives à l'urgence consacrées par le règlement de procédure de la Cour de justice de l'UE. Il est toutefois utile d'ébaucher une comparaison, puisque si les urgences ne coïncident franchement pas, cela est de nature à réduire les chances pour un renvoi effectué par le juge du référé-liberté d'être traité par la Cour de justice selon les procédures préjudicielles accélérée ou d'urgence. À ce propos, l'impossible stricte identité entre les conditions d'urgence du référé-liberté et celles des procédures d'examen des renvois par les juridictions *ad quem* n'empêche pas qu'en particulier, celle du référé-liberté coïncide avec

⁶²² CEDH, *Lignes directrices concernant la mise en œuvre de la procédure d'avis consultatif prévue par le Protocole n° 16 à la Convention*, 18 septembre 2017, pt. 15.

⁶²³ Voir *infra* : Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

⁶²⁴ Article 105 § 1 du RP CJUE.

⁶²⁵ Article 107 § 1 du RP CJUE.

⁶²⁶ Voir *infra* : Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1.

celles des procédures préjudicielles accélérée et d'urgence.

267. L'urgence de la procédure préjudicielle accélérée coïncide avec celle du référé-liberté. En dehors de toute procédure de référé ou d'urgence, le Conseil d'État a fait, à deux reprises, une demande à la Cour de Luxembourg de traitement d'un renvoi préjudiciel selon la procédure préjudicielle accélérée⁶²⁷. Par ordonnance, le Président de la Cour a cependant refusé de faire droit à ces deux demandes de mise en œuvre de la PPA⁶²⁸. S'il ne statuait pas non plus en référé d'urgence, la demande du tribunal administratif de Lille de traitement de son renvoi au titre de la PPA⁶²⁹, qui était notamment justifiée par le délai de jugement de quinze jours dans lequel le juge administratif doit statuer sur la légalité d'une décision de transfert d'un étranger⁶³⁰, a eu la même issue⁶³¹ que les deux affaires précitées du Conseil d'État. Cette circonstance relative aux délais brefs de jugement n'étant pas considérée, en soi, comme justifiant la mise en œuvre par la Cour de justice de la PPA⁶³².

268. Depuis la modification du règlement de procédure de la Cour de justice de l'UE en 2012, le juge *a quo* doit indiquer les raisons justifiant que « la nature de l'affaire exige son traitement dans de brefs délais »⁶³³. Par définition, les affaires soumises au juge du référé-liberté exigent leur traitement en quarante-huit heures et donc, *a fortiori*, dans de « brefs délais ». La condition d'urgence de la PPA apparaît dès lors adaptée à celle du référé-liberté puisque, pour être actionnée, la nécessité qu'un jugement de la Cour de justice soit rendu dans de « brefs

⁶²⁷ CE, 19 octobre 2005, *CGT*, n° 283892 : « eu égard au caractère limité dans le temps du dispositif litigieux qui doit cesser de produire effet au 31 décembre 2007, ces questions appellent une réponse exceptionnellement urgente ». CE, 3 juillet 2009, *Ministre du Budget, des Comptes publics et de la Fonction Publique c. Société Accor*, n° 317075 : « Considérant, enfin, que le jugement de nombreuses instances ayant le même objet et présentées devant les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel est subordonné à la décision du Conseil d'Etat sur le litige concernant la société Accor ; que l'enjeu financier pour les sociétés ayant introduit ces instances est très important ; qu'eu égard à ces circonstances et à l'intérêt qui s'attache pour une bonne administration de la justice à ce que le règlement de ces requêtes puisse intervenir dans un délai raisonnable, ces questions appellent une réponse exceptionnellement urgente ».

⁶²⁸ CJCE, ord., 19 octobre 2009, *Ministre du Budget, des Comptes publics et de la Fonction Publique c. Société Accor*, C-310/09 ; CJCE, ord., 21 novembre 2005, *CGT e. a. c. Premier ministre e. a.*, C-385-05.

⁶²⁹ TA de Lille, 1 décembre 2016, *M. Adil Hassan*, n° 1609141.

⁶³⁰ Article L. 742-4 1° du CESEDA.

⁶³¹ CJUE, ord., 25 janvier 2017, *Adil Hassan c. Préfet du Pas-de-Calais*, C-647/16.

⁶³² Voir notamment : CJCE, 17 novembre 2004, *Michaniki AE, Tholos AE et Ypourgos Dimosion Ergon c. Syndesmos Technikon Etairion Anoteron Taxeon*, aff. jtes. C-363/04, C-364/04 et C-365/04, pt. 7 ; CJCE, ord., 3 avril 2007, *Ministerul Administrației și Internelor – Direcția Generală de Pașapoarte București c. Gheorghe Jipa*, C-33/07, pt. 7. Sur cette question, Voir *infra* : Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, Paragraphe 3, B), 1).

⁶³³ Article 105 § 1 du RP CJUE.

délais » est assurément moins stricte que le délai de quarante-huit heures dans lequel le juge du référé-liberté doit statuer.

269. Le caractère limité des hypothèses de demandes du juge du référé-liberté pouvant justifier la mise en œuvre de la procédure préjudicielle d'urgence. La PPU a clairement et essentiellement été instituée pour répondre aux situations dans lesquelles un justiciable se trouve contraint par une mesure privative de liberté intégrant le champ de l'Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice⁶³⁴. L'examen de la possibilité pour la PPU d'être demandée dans le cadre d'une procédure devant le juge du référé-liberté doit donc être fait au regard de ces conditions.

Le juge du référé-liberté (de l'article L. 521-2 du CJA) n'intervenant en aucun cas sur des affaires pénales, il apparaît dès lors difficile pour lui de demander régulièrement la mise en œuvre de la PPU. Par ailleurs, la condition d'urgence du référé-liberté ne requiert effectivement pas qu'un requérant se trouve dans une situation de privation de liberté. Pour autant, la condition d'urgence de la PPU n'est pas nécessairement caractérisée par l'application d'une peine pénale privative de liberté. C'est en ce sens que la demande de mise en œuvre de la procédure préjudicielle d'urgence par le juge du référé-liberté peut finalement être opportune dans les cas où une personne ferait l'objet d'une mesure de rétention administrative⁶³⁵ ou d'assignation à résidence⁶³⁶.

Dans le cadre des affaires relevant du champ de l'ELSJ, l'urgence de la PPU peut également être caractérisée pour le traitement de litiges relatifs au déplacement illégal d'enfants⁶³⁷ ou pour celui du refus de titre de séjour dans le cadre d'un regroupement familial⁶³⁸. Depuis qu'il a consacré l'intérêt supérieur de l'enfant en tant que liberté fondamentale au sens de l'article

⁶³⁴ Voir *infra* : Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2.

⁶³⁵ Dans l'affaire CJUE, 15 février 2016, *J. N. c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, C-601/15 PPU, le renvoi opéré par le Conseil d'Etat des Pays-Bas concernait un justiciable en rétention administrative ; voir aussi : CJCE, GC, 30 novembre 2009, *Said Shamilovich Kadzoev*, C-357/09 PPU. La rétention administrative est en effet une hypothèse de mise en œuvre de la PPU : CJUE, *Recommandations à l'attention des juridictions nationales, relatives à l'introduction de procédures préjudicielles*, JOUE 2012/C 338/01, 6 novembre 2012, pt. 33. Voir *infra* : Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, Paragraphe 2, B), 1), a), a).

⁶³⁶ CJUE, 28 juillet 2016, *JZ c. Prokuratura Rejonowa Łódź – Śródmieście*, C-294/16 PPU, pts. 27 à 30. Voir *infra* : Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, Paragraphe 2, B), 1), a), a).

⁶³⁷ Voir en ce sens, les affaires : CJCE, 11 juillet 2008, *Inga Rinau*, C-195/08 PPU ; CJUE, 23 décembre 2009, *Jasna Detiček c. Maurizio Sgueglia*, C-403/09 PPU ; CJUE, 1 juillet 2010, *Povse*, C-221/10 PPU ; CJUE, 5 octobre 2010, *J. McB*, C-400/10 PPU ; *Mercredi* ; CJUE, 22 décembre 2010, *Aguirre Zarraga*, C-491/10 PPU.

⁶³⁸ CJUE, ord., 10 juin 2011, *Bibi Mohammad Imran c. Minister van Buitenlandse Zaken*, C-155/11 PPU.

L. 521-2 du CJA⁶³⁹, le juge du référé-liberté est désormais en mesure de connaître d'une affaire justifiant qu'il soit demandé la mise en œuvre de la PPU⁶⁴⁰.

270. La condition d'urgence du référé-liberté ne coïncide pas seulement avec la condition d'urgence de certaines procédures de traitement des renvois par le juge *ad quem*. Elle correspond également aux conditions d'urgence qui ouvrent droit aux mesures provisoires lorsqu'un renvoi est mis en œuvre.

B) La correspondance entre les conditions d'urgence ouvrant droit aux mesures provisoires

271. Il s'agit désormais d'établir une comparaison entre la condition d'urgence relative à l'octroi d'une mesure provisoire en référé-liberté prévue par le code de justice administrative et les conditions d'urgence prévues en cas de prononcé d'une mesure provisoire concomitamment à la mise en œuvre d'un renvoi. Ces dernières ne sont en réalité prévues que par la jurisprudence de la Cour de justice de l'UE pour la procédure du renvoi préjudiciel. Aucune condition d'urgence ne conditionne le prononcé éventuel d'une mesure provisoire par le juge du référé-liberté en cas de renvoi d'une QPC⁶⁴¹ ou d'une demande d'avis à la Cour EDH ou au Conseil d'État.

Si, dans leur globalité, les conditions d'urgence (1) et, parce qu'elles sont intimement liées, les conditions de gravité (2) ouvrant droit aux mesures provisoires correspondent entre elles, l'on remarque toutefois qu'elles sont plus libérales en ce qui concerne la procédure du référé-liberté que celles s'appliquant à l'occasion de la mise en œuvre d'un renvoi.

1) La proximité d'appréciation des conditions d'urgence ouvrant droit aux mesures provisoires

⁶³⁹ CE, ord., 4 mai 2011, *Ministre des affaires étrangères*, n° 348778.

⁶⁴⁰ Une atteinte au droit de mener une vie familiale normale (consacrée comme une liberté fondamentale : CE, 30 octobre 2001, *Ministre de l'intérieur c. Tliba*, n° 238211) peut également constituer, si elle intègre le champ de l'ELSJ, le fondement d'une affaire relative au déplacement illégal d'un enfant justifiant une demande de mise en œuvre de la PPU.

⁶⁴¹ Dans le cadre de la procédure de la QPC, l'urgence ouvre droit au prononcé d'une mesure provisoire par le juge *a quo*. Pour autant, cette urgence ne fait l'objet d'aucune définition textuelle ou jurisprudentielle.

272. En droit de l'UE, plusieurs conditions⁶⁴², dont celle de l'urgence, permettent au juge *a quo* d'ordonner des mesures provisoires concomitantes à la mise en œuvre d'un renvoi préjudiciel dans l'attente que la Cour de justice de l'UE se prononce. Il s'avère qu'il existe une certaine proximité entre les modalités d'appréciation de cette urgence et celles d'appréciation de l'urgence qui conditionne l'octroi de toutes mesures provisoires de sauvegarde d'une liberté fondamentale. Tout d'abord, dans les deux cas, c'est à la partie qui fait la demande d'une mesure provisoire de prouver qu'elle est justifiée par l'urgence⁶⁴³. Ensuite, il est possible de constater un rapprochement dans la mise en œuvre des balances d'intérêts. En effet, dans l'ordonnance *Techna*⁶⁴⁴, le juge du référé-suspension joint la condition d'urgence prévue par l'article L. 521-1 du CJA à celle de l'obligation de prendre en compte l'intérêt de l'UE énoncée dans l'arrêt *Zuckerfabrick*⁶⁴⁵ pour suspendre un acte d'application du droit de l'UE. Le juge administratif des référés d'urgence a recours à cette même méthode pour l'appréciation des conditions d'urgence. Il emploie en effet la méthode de l'appréciation globale⁶⁴⁶ et objective de l'urgence, c'est-à-dire celle de la mise en balance des intérêts en présence⁶⁴⁷. Lorsqu'il entend ordonner une mesure provisoire à la suite d'un renvoi préjudiciel, le juge *a quo* doit obligatoirement prendre en compte l'intérêt de l'UE dans cette opération. En droit de l'UE, cette balance des intérêts consiste à confronter ceux de l'UE (notamment le maintien de l'application immédiate du droit de l'UE) aux effets sur les droits et intérêts du demandeur afin de décider ou non d'octroyer un sursis à exécution ou toute mesure provisoire utile.

Ainsi, à l'instar de l'examen classique de l'urgence permettant l'octroi de toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale, la compétence du juge national de prononcer des mesures provisoires concomitantes à la saisine de la Cour de justice de l'UE nécessite une appréciation *in concreto* « des circonstances propres à l'espèce qui lui est soumise »⁶⁴⁸.

⁶⁴² Il s'agit de celles relatives à l'existence d'un doute sérieux sur la validité du droit de l'UE et d'un préjudice grave et irréparable.

⁶⁴³ En application de l'article R. 522-1 du CJA, le requérant doit « justifier de l'urgence de l'affaire ». Concernant le droit de l'UE, voir notamment : CJCE, 27 juillet 1997, *Giloy*, C-130/95, pts. 37 à 40.

⁶⁴⁴ CE, ord., 29 octobre 2003, *Société Techna SA e. a.*, n° 260768, 261033 et 261034 ; D. KATZ, « Note sur l'ordonnance *Scté Techna e. a.* », *JCP A*, 2004, n° 4, p. 65.

⁶⁴⁵ CJCE, 21 février 1991, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen AG c. Hauptzollamt Itzehoe*, aff. jtes C-143/88 et C-92/89, pt. 30 ; CJCE, 9 novembre 1995, *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft*, C-465/93, pt. 44.

⁶⁴⁶ CE, ord., 19 janvier 2001, *Confédération nationale des radios libres*, n° 228815.

⁶⁴⁷ CE, sect., 28 février 2001, *Préfet des Alpes-Maritimes c. Sté Sud-Est Assainissement*, n° 229562, 229563 et 229721.

⁶⁴⁸ CJCE, 6 décembre 2005, *ABNA Ltd. e. a.*, aff. jtes. C-453/03, C-11/04, C-12/04 et C-194/04, pt. 105.

Avec le professeur Paul Cassia, il y a lieu de saluer les « grandes similitudes »⁶⁴⁹ qui existent entre l'appréciation des conditions d'urgence ouvrant droit aux mesures provisoires dans le cadre du référé-liberté et celle prévue par la jurisprudence de la Cour luxembourgeoise relative au droit à une protection juridictionnelle provisoire effective⁶⁵⁰.

273. Si les conditions de gravité et d'urgence sont formellement distinctes, il n'en demeure pas moins que, bien souvent, la reconnaissance de la première sert la manifestation et l'établissement de la seconde et justifie par cela même d'en faire l'étude.

2) La proximité des conditions de gravité ouvrant droit aux mesures provisoires

274. **La distinction des conditions de gravité et d'urgence.** Aussi bien dans le cadre de la procédure de référé-liberté que dans le régime de protection juridictionnelle provisoire en cas de renvoi préjudiciel en appréciation de validité, les conditions de « gravité » de l'atteinte causée à une liberté fondamentale et de « gravité » du préjudice conditionnant la protection juridictionnelle provisoire des droits que confère l'Union européenne devant le juge national sont distinctes de la condition d'urgence.

La gravité de l'atteinte à une liberté fondamentale est bien une condition du référé-liberté « à part entière »⁶⁵¹ et différente de celle de l'urgence. Pour être retenue, la gravité du préjudice doit être suffisante, c'est-à-dire que le préjudice invoqué doit excéder « par son intensité, par sa durée ou certaines de ses caractéristiques, les inconvénients qui découlent normalement de la vie en société »⁶⁵².

Le dispositif de l'arrêt *Zuckerfabrick* précise, pour le droit de l'UE, qu'une des conditions du

⁶⁴⁹ P. CASSIA, « La contribution du juge administratif français des référés au caractère complet des voies de droit communautaire. (À propos de l'ordonnance Sté Techna e. a., CE, 29 octobre 2003, n° 260768, 261033 et 261034) », *Europe*, 2004, n° 1, chron. 1.

⁶⁵⁰ Ces conditions étaient également très similaires à celles du régime de l'ancienne procédure de sursis à exécution : J.-M. FÉVRIER, « La juridiction communautaire et le contentieux administratif du sursis à exécution », *AJDA*, 1995, n° 12, p. 867.

⁶⁵¹ O. LE BOT, *La protection des libertés fondamentales par la procédure du référé-liberté. Étude de l'article L. 521-2 du Code de la justice administrative*, LGDJ, 2007, pp. 247 et s. De manière contraire, le juge du référé-suspension considère que la gravité d'un préjudice permet de satisfaire la condition d'urgence : CE, sect., 19 janvier 2001, *Confédération nationale des radios libre*, n° 228815 : « la condition d'urgence à laquelle est subordonné le prononcé d'une mesure de suspension doit être regardée comme remplie lorsque la décision administrative contestée préjudicie de manière suffisamment grave et immédiate à un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre ».

⁶⁵² O. LE BOT, *La protection des libertés fondamentales par la procédure du référé-liberté. Étude de l'article L. 521-2 du Code de la justice administrative*, LGDJ, 2007, p. 299. Voir également : *ibid.*, p. 248.

régime de protection juridictionnelle provisoire devant le juge national consiste dans la preuve de l'existence d'une urgence *et* d'un préjudice grave *et* irréparable menaçant une partie.

En conséquence, le prononcé de mesures provisoires par le juge du référé-liberté en cas de mise en œuvre d'un renvoi à la Cour de justice de l'UE implique pour lui de prendre en considération que celles-ci seront conditionnées plus strictement que dans le cadre de son office de juge des atteintes « graves » prévu à l'article L. 521-2 du CJA. En effet, le juge de Luxembourg impose que l'atteinte au droit du justiciable soit « grave et irréparable »⁶⁵³ pour que le juge *a quo* qui le saisit d'un renvoi préjudiciel puisse prononcer des mesures provisoires. La satisfaction de cette condition est plus stricte que celle du référé-liberté qui exige seulement l'existence d'une atteinte « grave » à une liberté fondamentale sans pour autant qu'elle soit en plus « irréparable ». En effet, la possibilité pour le requérant d'obtenir dans l'avenir une réparation des dommages qu'il a subi n'exclut pas la caractérisation d'une urgence au sens de l'article L. 521-2 du CJA.

275. L'acceptation commune et exceptionnelle des préjudices de nature pécuniaire.

Il y a une similitude dans la prise en compte des préjudices pécuniers ouvrant droit à une protection juridictionnelle provisoire dans les jurisprudences du juge du référé-liberté et de l'UE. En effet, par principe, la nature financière d'un préjudice ne permet pas l'obtention d'une mesure provisoire. Aux termes de l'arrêt *Zuckerfabrick*, « un préjudice purement pécuniaire ne saurait, en principe, être regardé comme irréparable »⁶⁵⁴. Tout préjudice financier pouvant en effet être indemnisé dans le futur. Dans des « circonstances exceptionnelles »⁶⁵⁵ propres à chaque espèce⁶⁵⁶, un préjudice financier peut toutefois intégrer la catégorie des préjudices irréparables lorsque, par exemple, la partie condamnée à la réparation sera insolvable ou lorsque la mesure du préjudice ne pourra être prouvée. En effet, une mesure de suspension d'un acte national d'application du droit dérivé argué d'invalidité peut, par exception, tout de même intervenir en cas de préjudice pécuniaire s'il « ne pourrait être réparé »⁶⁵⁷.

De même, par dérogation, en référé-liberté, l'importance d'un préjudice financier peut satisfaire la condition de gravité de l'atteinte⁶⁵⁸.

⁶⁵³ CJCE, 21 février 1991, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen AG c. Hauptzollamt Itzehoe*, aff. jtes C-143/88 et C-92/89, pt. 28 ; CJCE, 9 novembre 1995, *Atlanta Fruchthandels-gesellschaft*, C-465/93, pt. 41. La Cour emploie également le terme de « dommages irréversibles » : *ibid.*, pt. 29.

⁶⁵⁴ CJCE, 21 février 1991, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen AG c. Hauptzollamt Itzehoe*, aff. jtes C-143/88 et C-92/89, pt. 29 ; CJCE, 8 février 2000, *Emesa Sugar*, C-17/98, pt. 72.

⁶⁵⁵ CJCE, ord., 14 décembre 2001, *Commission des Communautés européennes*, C-404/01 R, pt. 69.

⁶⁵⁶ CJCE, 21 février 1991, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen AG c. Hauptzollamt Itzehoe*, *op. cit.*, pt. 29.

⁶⁵⁷ *Ibid.*

⁶⁵⁸ CE, ord., 12 juin 2002, *SARL Barlive*, n° 24768. *A contrario*, en référé-suspension, par principe, un préjudice purement pécuniaire peut satisfaire la condition d'urgence : CE, ord., 19 janvier 2001, *Confédération nationale des*

radios libres, n° 228815 : l'urgence doit être regardée comme remplie même lorsqu'une décision n'aurait « un objet ou des répercussions que purement financiers ».

Conclusion du chapitre 1

276. L'office du juge du référé-liberté est tout à fait particulier ; il fait de lui un juge de l'*urgence* et des atteintes *manifestes aux libertés fondamentales*. Mais alors qu'il peut se saisir ou être saisi d'une demande de mise en œuvre d'un renvoi, s'est posée la question de la compatibilité des conditions d'exercice de son office telles qu'elles sont prévues par l'article L. 521-2 du CJA avec celles de son office de juge *a quo* d'un renvoi préalable si d'aventure, il s'avérait nécessaire, au cours d'une instance, de les combiner. Au titre de ce second office, le juge du référé-liberté doit se muer en juge des *doutes sérieux* ou des *difficultés sérieuses* sur la validité ou l'interprétation d'une norme par rapport aux *droits fondamentaux* tels qu'ils sont respectivement définis par chaque procédure de renvoi. Lorsque la mise en œuvre d'une de ces procédures de renvoi peut être également conditionnée par l'*urgence*, celle-ci est également particulière et, dans une certaine mesure, différente de celle qui est prévue à l'article précité du code de justice administrative.

Quoique l'on puisse déceler bon nombre de points similaires ou équivalents, il existe donc inévitablement des divergences dans les conditions substantielles de mise en œuvre de chacune des procédures de renvoi avec celles du référé-liberté. Il en va de même concernant la double intensité d'examen des moyens devant être déployée par le juge du référé-liberté lorsqu'il doit exercer ses deux offices au cours d'une même instance. Mais si ces dissemblances peuvent susciter quelques incohérences ou parfois atténuer l'efficacité de la protection des droits fondamentaux lorsque ces procédures se rencontrent, les différences entre l'office classique du juge du référé-liberté et celui qui est le sien en tant que juge *a quo* n'excluent aucunement qu'ils puissent être exercés au cours d'une même instance pour le contrôle juridictionnel des atteintes législatives aux droits fondamentaux.

277. Afin de compenser les effets perturbateurs sur une instance en référé-liberté de l'incident procédural constitué par la mise en œuvre d'un renvoi, plusieurs éléments viennent ordonnancer l'examen de leurs conditions respectives, mais aussi, dans l'intérêt des justiciables, concilier et garantir la bonne articulation de ces deux procédures.

Chapitre 2 : les adaptations procédurales des renvois préalables aux spécificités processuelles du référé- liberté

278. Il semble y avoir un paradoxe dans l'articulation de la procédure du référé-liberté, qui a nettement été instituée et modelée pour se dérouler extrêmement rapidement, et les procédures de renvoi préalable qui, par la force des choses, complexifient et allongent les délais des procédures principales.

La Cour européenne des droits de l'Homme énonce justement, au titre de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH, qu' « une procédure en référé est par essence une procédure dont la solution ne peut souffrir aucun retard »⁶⁵⁹. Il en résulte qu'une procédure au provisoire doit satisfaire à une exigence de célérité. Or, par sa lourdeur procédurale intrinsèque, l'introduction d'un renvoi préalable nuit à cette exigence de rapidité et retarde nécessairement l'intervention en temps utile du juge du référé-liberté. Il est alors intéressant de se pencher sur les effets de la mise en œuvre des renvois sur le cours des instances de référé-liberté et spécialement, en premier lieu, sur les pouvoirs du juge du référé-liberté (Section 1). Il sera question, dans un second temps, d'examiner l'articulation de l'examen des renvois préalables avec les différentes phases de la procédure du référé-liberté (Section 2). Même si l'on ne pourra conclure au caractère totalement inadapté des mécanismes de renvoi aux spécificités processuelles de la procédure de l'article L. 521-2 du CJA, il est stimulant d'explorer des stratégies contentieuses de mise en œuvre des renvois *ante* et *post* référé-liberté pouvant être mobilisées par le juge ou les justiciables pour contourner les quelques inconvénients et insuffisances relatifs à l'articulation de ces procédures (Section 3).

SECTION 1 : Les effets de la mise en œuvre des renvois sur les

⁶⁵⁹ CEDH, 15 novembre 2002, *Boca c. Belgique*, n° 50615/99, § 28. Dans une jurisprudence ancienne, la Commission excluait les procédures d'urgence du champ d'application de l'article 6 § 1 : Comm. EDH, 11 mai 1981, *Gallogly c. Royaume-Uni*, n° 7990/97. Voir également : P. ESTOUP, *La pratique des procédures rapides. Référés, ordonnances sur requête, procédures d'injonction, procédures à jour fixe et abrégées*, Litec, 2^e éd., 1998, p. 28.

pouvoirs du juge du référé-liberté

279. Dès lors que la mise en œuvre d'un renvoi se révèle nécessaire aux yeux du juge du référé-liberté, il lui devient impérieux de mesurer les effets néfastes du temps nécessaire à son traitement par le juge *ad quem*. Une fois cette mesure prise, il lui revient de décider de la manière et de l'opportunité de recourir à ses pouvoirs de gestion de l'instance en cours. Il convient par conséquent d'explorer les réflexions ouvertes au juge du référé-liberté qui, avant même de procéder à la mise en œuvre d'un renvoi, doit trancher le dilemme du sursis à statuer (I) et celui de la nécessité de prononcer des mesures provisoires (II).

I) Le dilemme du sursis à statuer

280. À l'instar du caractère préjudiciel des « questions préjudicielles », le caractère préalable des renvois implique que, dans l'attente de la décision du juge *ad quem*, le juge de renvoi sursoit à statuer avant de rendre son jugement. Ainsi, dès lors que les conditions d'un renvoi sont satisfaites, la saisine du juge *ad quem* interrompt par principe l'instance qui l'a vu naître. De manière généralisée, cela vaut tant pour la question prioritaire de constitutionnalité⁶⁶⁰, le renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'UE⁶⁶¹ et les demandes d'avis au Conseil d'État⁶⁶² et à la Cour EDH⁶⁶³. De même, les questions préjudicielles internes spéciales et générales obligent par essence le juge *a quo* à surseoir à statuer car elles ont pour objet de trancher une question qui relève de la compétence exclusive du juge *ad quem* saisi par

⁶⁶⁰ Articles 23-3 alinéa 1 : « Lorsque la question est transmise, la juridiction sursoit à statuer jusqu'à réception de la décision du Conseil d'État ou de la Cour de cassation ou, s'il a été saisi, du Conseil constitutionnel » et 23-5 alinéa 4 : « lorsque le Conseil constitutionnel a été saisi, le Conseil d'État ou la Cour de cassation sursoit à statuer jusqu'à ce qu'il se soit prononcé » de l'ordonnance organique du 7 novembre 1958.

⁶⁶¹ CJUE, *Recommandations à l'attention des juridictions nationales, relatives à l'introduction de procédures préjudicielles*, JOUE 2018/C 257/01, 20 juillet 2018, pt. 23 : « le dépôt d'une demande de décision préjudicielle entraîne toutefois la suspension de la procédure nationale jusqu'à ce que la Cour ait statué ».

⁶⁶² Article L. 113-1 du CJA : « Il est sursis à toute décision au fond jusqu'à un avis du Conseil d'État ou, à défaut, jusqu'à l'expiration de ce délai ». De même, concernant les demandes d'avis à la Cour de cassation, l'article L. 151-1 alinéa 2 du COJ dispose qu'il « est sursis à toute décision sur le fond de l'affaire jusqu'à l'avis de la Cour de cassation ou, à défaut, jusqu'à l'expiration du délai ci-dessus mentionné » (article en vigueur depuis le 18 mai 1991 et abrogé le 5 juin 2008). Selon l'article 1031-1 alinéa 2 du CPC, le juge qui saisit la Cour de cassation « sursoit à statuer jusqu'à la réception de l'avis ou jusqu'à l'expiration du délai mentionné à l'article 1031-3 ».

⁶⁶³ Ministère de l'Europe et des affaires étrangères, *Étude d'impact du projet de loi concernant la ratification du protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, NOR : EAEJ1729498L/Bleue-1, pt. 4.1.2.1 : « pour une bonne administration de la justice, les hautes juridictions nationales devraient surseoir à statuer lorsqu'elles adresseront une demande d'avis à la Cour » ; Conseil de l'Europe, *Rapport explicatif sur le protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, 2 octobre 2013, pt. 23. Notons toute de même que le Protocole n° 16 à la Conv. EDH ne contient aucune stipulation imposant à la juridiction de renvoi de surseoir à statuer.

ce type de procédure⁶⁶⁴.

Ce principe, consubstantiel à tout mécanisme préjudiciel, supporte toutefois des exceptions liées à l'urgence. Elles ouvrent la possibilité de statuer en tout ou partie sur les conclusions de la requête et de prononcer des mesures provisoires concomitantes à la mise en œuvre d'un renvoi. À ce titre, seule la procédure de la QPC prévoit formellement une atténuation de la règle sèche de suspension de l'instance en cours⁶⁶⁵.

De l'application du principe du sursis à statuer et de ses exceptions à l'occasion d'un renvoi soulevé par le juge du référé-liberté naît un tiraillement entre, d'une part, la nécessité de répondre à une urgence et, de l'autre, celle de ne pas statuer sur le fondement d'une loi potentiellement contraire aux droits fondamentaux. En dépit de l'existence d'exceptions au prononcé du sursis à statuer adaptées à l'urgence, celles-ci restent inusitées par le juge du référé-liberté (B) qui privilégie la suspension des instances au cours desquelles il opère un renvoi (A).

A) La suspension privilégiée de l'instance en cours

281. Sans exception, pour toutes les affaires dans lesquelles il a été procédé à la saisine du Conseil constitutionnel d'une QPC ou de la Cour de justice de l'UE d'un renvoi préjudiciel par le juge du référé-liberté ou du référé-suspension, il a été sursis à statuer. Si les raisons de la préférence du juge du référé-liberté pour le sursis à statuer (1) semblent tout à fait compréhensibles, il n'en demeure pas moins qu'elles comportent quelques inconvénients (2).

1) Les raisons de la préférence du juge du référé-liberté pour le sursis à statuer

282. En pratique, il semble que la décision du juge du référé-liberté de surseoir à statuer⁶⁶⁶ dépende à titre principal de la nécessité de recourir ou non aux pouvoirs de

⁶⁶⁴ C. cass., ass. plén., 6 juillet 2001, n° 98-17006.

⁶⁶⁵ Article 23-3 alinéa 2 de l'ordonnance organique du 7 novembre 1958 : « il n'est sursis à statuer ni lorsqu'une personne est privée de liberté à raison de l'instance ni lorsque l'instance a pour objet de mettre fin à une mesure privative de liberté ».

⁶⁶⁶ En principe, le sursis à statuer oblige seulement la juridiction de renvoi à ne pas trancher au fond l'intégralité du litige. Il suspend l'instance sans y mettre fin. Bien souvent, le destin d'une seule partie de la requête est lié par la mise en œuvre d'un renvoi. C'est pour cela, qu'en ce cas, le juge *a quo* peut limiter l'étendue de l'application du sursis à statuer sur cette seule partie. Pour le reste de la requête, il lui est loisible de trancher les questions indépendantes de celles ayant conduit à la mise en œuvre d'un renvoi (voir par exemple, à l'occasion de la saisine de la Cour de justice de l'UE d'un renvoi préjudiciel : CE, 25 janvier 2002, *Ligue pour la protection des oiseaux*, n° 224850, 225596, 225693, 225769). On sait aussi, qu'en matière de QPC, la condition d'applicabilité au litige de la disposition législative querellée s'apprécie de manière libérale. La décision du Conseil constitutionnel sur la

compensation qu'il détient dans l'attente de l'issue de la procédure de renvoi tant au vu des faits de l'affaire (a) que de la décision du juge *ad quem* de juger le renvoi en urgence (b).

a) L'absence de nécessité de recourir aux pouvoirs de compensation des effets du sursis à statuer au vu des faits de l'affaire

283. Dans aucune des décisions de renvoi, le juge du référé-liberté n'a fait usage, au vu de l'état de l'instruction des affaires dont il était saisi, des pouvoirs mis à sa disposition pour compenser les effets du sursis à statuer. À l'exception de l'ordonnance *Association En Marche !*, le juge du référé-liberté a toujours fondé ses décisions de surseoir à statuer sur l'absence de nécessité d'utiliser les pouvoirs de compensation des effets du sursis à statuer au vu des faits de l'affaire.

Ces pouvoirs consistent tout d'abord dans la possibilité de poursuivre l'instruction de l'affaire. À ce titre, l'article 23-3 de l'ordonnance organique de 1958 prévoit par exemple que « le cours de l'instruction n'est pas suspendu » par la transmission d'une QPC. Dans certaines affaires, il ne pouvait y avoir lieu à faire usage du pouvoir de poursuivre l'instruction en cas de renvoi d'une QPC puisqu'il est arrivé, d'une part, que l'instruction soit close au moment du rendu de l'ordonnance de renvoi⁶⁶⁷ et que, d'autre part, au terme de cette étape, il n'y avait pas matière à prononcer des mesures provisoires de sauvegarde d'une liberté fondamentale. Le sursis à statuer laisse, d'un côté, du temps au juge du référé-liberté pour poursuivre l'instruction et retarde, de l'autre, le prononcé de l'ordonnance. Il appelle donc ensuite la possibilité de prononcer des mesures provisoires dont l'étude spécifique succédera directement à celle relative au sursis à statuer⁶⁶⁸.

b) L'absence de nécessité de recourir aux pouvoirs de compensation des effets du sursis à statuer motivée par la décision du juge *ad quem* d'examiner le renvoi en urgence

284. Il ressort de l'ordonnance *Association En Marche !* que, dans cette seule affaire, le Conseil constitutionnel a, de manière tout à fait inédite, indiqué aux parties et au juge du référé-

QPC pourrait donc ne pas conditionner intimement la résolution de la requête en référé-liberté. En cette hypothèse, une décision du juge du référé-liberté de surseoir à statuer sur l'ensemble de la requête serait assurément inopportune.

⁶⁶⁷ CE, ord., 16 janvier 2017, *M. A.*, n° 406614 ; CE, ord., 1 décembre 2017, n° 415740.

⁶⁶⁸ Voir *infra* : Paragraphe 2.

liberté du Conseil d'État le « calendrier prévisionnel d'examen »⁶⁶⁹ de la QPC soulevée par le requérant. Il est étonnant que le Conseil constitutionnel ait pu dévoiler aux parties devant le juge *a quo*, avant même qu'il soit saisi, la date d'audience de la QPC soulevée. Puisqu'il n'est pas devin, il est clair que le Conseil constitutionnel a été informé par son voisin direct du Palais Royal, avant même d'avoir été saisi d'une QPC, qu'il le serait sans délai.

À la lecture de l'ordonnance, il apparaît très clairement que le prononcé de mesures provisoires et la poursuite de l'instruction après le renvoi d'une QPC peut dépendre de la date de jugement du renvoi par le juge *ad quem*. En l'espèce, cette date était fixée au 31 juin 2017, soit deux jours seulement après le renvoi de la QPC par le juge du référé-liberté du Conseil d'État.

285. Le prononcé de mesures provisoires peut dépendre de la date de jugement du renvoi par le juge *ad quem*. Dans le cadre de l'affaire *En Marche !*, c'est précisément en considération du « calendrier prévisionnel d'examen [de la QPC] indiqué par le Conseil constitutionnel aux parties », que le juge du référé-liberté juge qu'« il n'y a [pas] lieu [...] d'ordonner une mesure conservatoire » concomitante au renvoi de la QPC soulevée par le requérant. Il est ensuite directement indiqué, au sein de cette ordonnance, qu'il est « dès lors, sursis à statuer sur le surplus de la requête en référé dans l'attente de la décision du Conseil constitutionnel »⁶⁷⁰. C'est donc explicitement la décision du Conseil constitutionnel de statuer d'urgence sur la QPC renvoyée par le juge du référé-liberté du Conseil d'État qui a convaincu ce dernier de ne pas ordonner de mesure de sauvegarde d'une liberté fondamentale, le temps qu'une décision soit rendue sur la conformité à la Constitution de la disposition législative attaquée.

286. La poursuite de l'instruction après le renvoi d'une QPC peut dépendre de la date de jugement du renvoi par le juge *ad quem*. Dans le cadre de la procédure de la QPC, la poursuite de l'instruction peut consister dans la mise en œuvre d'un autre renvoi préalable⁶⁷¹ ou dans l'examen des moyens tirés de l'inconventionnalité de la loi. Par exemple, dans l'affaire *Association En Marche !*, l'examen des moyens portant sur l'inconventionnalité de la loi a été

⁶⁶⁹ CE, 29 mai 2017, *Association « En marche ! »*, n° 410833, pt. 9.

⁶⁷⁰ CE, 29 mai 2017, *Association « En marche ! »*, n° 410833, pt. 9.

⁶⁷¹ À l'instar de la mise en œuvre de toute procédure de renvoi préalable, la saisine de la Cour de justice de l'UE d'un renvoi préjudiciel est « une mesure d'instruction avant dire droit que le juge peut prendre lorsqu'il l'estime nécessaire, sans que le fait qu'une question prioritaire de constitutionnalité ait été posée au juge, ni le fait qu'il ait procédé à sa transmission, puissent faire obstacle à cette faculté » : Conseil constitutionnel, « Commentaire de la décision 2010-605 DC du 12 mai 2010. *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne* ».

reporté jusqu'à la décision du Conseil constitutionnel. Le sursis à statuer intervient en effet quand bien même l'association requérante avait parallèlement invoqué des moyens tirés de l'incompatibilité de la loi avec des stipulations conventionnelles internationales. C'est la décision du Conseil constitutionnel de traiter en urgence la QPC renvoyée qui a servi au juge du référé-liberté de motif justifiant qu'il n'y ait pas lieu « d'examiner immédiatement les autres moyens de la requête, tirés de la violation d'engagements internationaux de la France »⁶⁷².

287. En revanche, en l'absence d'information du Conseil constitutionnel sur le calendrier prévisionnel d'examen d'une QPC, le juge du référé-liberté a pu juger que « dans l'attente de la décision du Conseil constitutionnel sur la question prioritaire de constitutionnalité qui lui est renvoyée, la demande en référé doit être examinée par le Conseil d'Etat au regard et compte tenu des dispositions de l'article 2 de la loi du 19 décembre 2016, telles qu'elles sont en vigueur à la date de la présente décision »⁶⁷³. En d'autres termes, à défaut d'une date de jugement d'une QPC fixée à une échéance brève, le juge du référé-liberté peut quand même décider de poursuivre l'instruction de l'affaire en l'état du droit actuel et des moyens soulevés par le requérant.

288. Le constat du recours systématique par le juge du référé-liberté au sursis à statuer consécutif à la mise en œuvre d'un renvoi est donc compréhensible et justifié. Ce choix n'en demeure pas moins problématique au regard des inconvénients que cette pratique récurrente recèle.

2) Les inconvénients du sursis à statuer

289. Si le pouvoir du juge *a quo* de surseoir à statuer tient à ce qu'il est inhérent à la mise en œuvre de tout mécanisme de renvoi, il n'apparaît pas moins contraire à l'essence du référé-liberté (a). Cette contrariété peut être exacerbée par le pouvoir du juge *ad quem* de modulation des effets de ses décisions. En effet, la mise en œuvre éventuelle de ce pouvoir fait courir le risque d'une perte, par le juge du référé-liberté, de la maîtrise de la durée du sursis à statuer (b).

a) Un pouvoir contraire à l'essence des référés

⁶⁷² CE, 29 mai 2017, *Association « En marche ! »*, n° 410833, pt. 9.

⁶⁷³ CE, ord., 16 janvier 2017, *M. A.*, n° 406614.

290. Autant en matière de contentieux judiciaire qu'administratif, le référé est un type de recours qui impose au juge de statuer provisoirement et en urgence. Spécifiquement, la procédure du référé-liberté est un recours dont l'essence est la sauvegarde provisoire, dans les situations d'extrême urgence, d'une liberté fondamentale à laquelle l'administration aurait porté atteinte de manière grave et manifestement illégale. Dans le cadre des référés, le pouvoir du juge *a quo* de surseoir à statuer lorsqu'il décide de recourir à un renvoi paraît nettement contraire à l'« âme » des référés.

De nombreux auteurs civilistes ont vertement critiqué le principe du sursis à statuer pour les renvois opérés par le juge judiciaire des référés. Il a par exemple été dit qu'en matière de renvoi préalable, le sursis à statuer nuirait à l'utilité et à l'essence même des référés et pourrait conduire à un déni de justice⁶⁷⁴. À propos du renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'UE, un auteur soutenait sans réserve que « le juge national de l'urgence ne peut, [...], surseoir à statuer dans l'attente de l'arrêt préjudiciel »⁶⁷⁵. Mais encore, selon le professeur Jacques Normand, « il n'est guère rationnel que le "juge de l'instantané" diffère une réponse que l'on pouvait supposer urgente et laisse persister une situation conflictuelle pour un temps indéterminé »⁶⁷⁶.

Ces critiques restent parfaitement appropriées lorsqu'on les confronte à la procédure du référé-liberté. Dans une note sous l'ordonnance *Diakité*, Paul Cassia estime que le Conseil d'État « laisse entendre que la décision de transmettre ou de renvoyer prise en urgence ne permet pas à la juridiction de surseoir à statuer »⁶⁷⁷. Plus encore, selon une autre auteur publiciste, le sursis à statuer « n'est pas possible »⁶⁷⁸ en référé-liberté. Une position semblable fut défendue par des requérants ayant relevé la nécessité pour le juge du référé-liberté de poser une question préjudicielle au juge judiciaire : selon leurs termes, « une décision de sursis à statuer paraît difficilement compatible avec le référé qui est une procédure d'urgence »⁶⁷⁹.

Ces positions « tranchées » s'expliquent par le rallongement mécanique de la durée de jugement

⁶⁷⁴ C. ORSINI, « Le juge des référés et l'application des normes communautaires », *Gaz. Pal.*, 1985, n° 2, p. 395 ; J. CAVALLINI, *Le juge national du provisoire face au droit communautaire. Les contentieux français et anglais*, Bruylant, 1995, p. 118 et s. ; F. DANOVI, « Le juge du provisoire et les questions préjudicielles », in G. TARZIA et J. VAN COMPERNOLLE (dir.), *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien. Étude de droit comparé*, Bruylant, 1998, p. 203.

⁶⁷⁵ P. LAURENT, « Le juge national, juge communautaire des référés », *Gaz. Pal.*, 1992, n° 3, doct. p. 227.

⁶⁷⁶ J. NORMAND, « Le juge du provisoire et les questions préjudicielles », in G. TARZIA et J. VAN COMPERNOLLE (dir.), *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien. Étude de droit comparé*, Bruylant, 1998, pp. 225-228.

⁶⁷⁷ P. CASSIA, « Le juge administratif des référés, la QPC et le droit de l'Union européenne. Note sous CE, ord., 16 juin 2010, *Mme. Diakité*, n° 340250 », *JCP G*, 2010, n° 26, p. 739.

⁶⁷⁸ G. EVEILLARD, « État d'urgence : les assignations à résidence devant le juge administratif et le Conseil constitutionnel », *DA*, 2016, n° 4, p. 46.

⁶⁷⁹ CE, ord., 14 juin 2006, *Association syndicale du canal de la Gervonde*, n° 294060.

d'un référé par la mise en œuvre d'un renvoi. Il entraîne le risque de perte de l'utilité aussi bien de la procédure du référé-liberté que de celle du renvoi. Sans nul doute, lorsqu'un justiciable introduit un référé-liberté, c'est bien parce qu'il existe une urgence à ce qu'un juge se prononce sur la sauvegarde d'une liberté fondamentale gravement et immédiatement menacée par une décision administrative. Or, s'il y est fait recours, la mise en œuvre d'un renvoi préalable retarde le prononcé de l'ordonnance du juge du référé-liberté. Ce retard, même de quelques jours, entraîne le risque que le litige perde son objet. Immanquablement, cette situation s'est déjà présentée. À l'occasion d'une affaire ayant conduit au renvoi d'une deuxième QPC sur le régime des assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence⁶⁸⁰, la seconde ordonnance du juge du référé-liberté du Conseil d'État est devenue, postérieurement à la décision du Conseil constitutionnel⁶⁸¹, sans objet puisque l'assignation à résidence du requérant/justiciable avait pris fin et n'avait pas été renouvelée⁶⁸². La chronologie de cette affaire est édifiante : la QPC a été renvoyée le 16 janvier 2017 ; la décision du Conseil constitutionnel date du 16 mars 2017 ; la fin de la mesure d'assignation à résidence du requérant date du 22 mars 2017 ; pour finir, la seconde ordonnance du juge du référé-liberté tirant les conséquences de la décision QPC est intervenue le 29 juin 2017. Par comparaison, notons que dans le cadre de l'affaire *Association en Marche !*, la seconde ordonnance du juge du référé-liberté tirant les conséquences de la décision QPC du Conseil constitutionnel⁶⁸³ est intervenue le même jour que sa publication⁶⁸⁴, soit deux jours après l'ordonnance première de renvoi de la QPC.

L'avocat général près la Cour de justice de l'UE, Giuseppe Tésauro, s'inquiétait tout autant que les auteurs précédemment cités du fait que la suspension d'une procédure « pose sans doute en termes plus graves le même problème que celui que soulève l'exigence de la protection provisoire : celui de savoir si, suspendue, la procédure est précisément "mise en échec" par le retard de la décision définitive »⁶⁸⁵.

Dans l'absolu, il faut bien reconnaître que ces critiques semblent imparables. Le pouvoir de surseoir à statuer empêche effectivement le juge du référé-liberté de respecter le délai de jugement qui lui est imparti. Pour l'ensemble, elles oublient toutefois de faire état des pouvoirs

⁶⁸⁰ CE, ord., 16 janvier 2017, *M. A.*, n° 406614.

⁶⁸¹ CC, décision n° 2017-624 QPC, 16 mars 2017, *M. Sofiyani I. [Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence II]*.

⁶⁸² CE, ord., 29 juin 2017, 406614, pt. 3.

⁶⁸³ CC, décision n° 2017-651 QPC, 31 mai 2017, *Association En Marche ! [Durée des émissions de la campagne électorale en vue des élections législatives]*.

⁶⁸⁴ CE, ord., 31 mai 2017, *Association en Marche !*, n° 410833.

⁶⁸⁵ G. TÉSAURO, Concl. présentées le 17 mai 1990 sous CJCE, 19 juin 1990, *The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame*, C-213/89, pt. 7.

« d'attente » du juge du référé-liberté qui lui permettent de statuer en urgence et provisoirement sur tout ou partie des demandes du requérant. Mais, encore faut-il que ce juge veuille bien se saisir de ces pouvoirs. Ajoutons enfin que ces critiques peuvent trouver à se renforcer lorsque l'on considère à sa juste valeur le risque d'une perte, par le juge du référé-liberté, de la maîtrise de la durée du sursis à statuer.

b) Le risque d'une perte de maîtrise de la durée du sursis à statuer

291. En principe, le sursis à statuer dure jusqu'au rendu de la décision du juge *ad quem*⁶⁸⁶ ou jusqu'à ce que la juridiction suprême se soit prononcée sur une QPC qui lui aurait été transmise⁶⁸⁷.

Or, en matière de QPC, le sursis à statuer peut perdurer après le rendu de la décision par le Conseil constitutionnel. En effet, au titre du pouvoir de modulation dans le temps des effets de ses décisions qu'il tire de l'article 62 de la Constitution, le juge de la rue de Montpensier peut suspendre le cours des instances en cours devant le juge *a quo* jusqu'à une date qu'il détermine lui-même ou jusqu'à l'entrée en vigueur d'une nouvelle loi prise en remplacement de celle déclarée inconstitutionnelle⁶⁸⁸. La mise en œuvre de ce pouvoir traduit le souci du Conseil constitutionnel de « permettre au législateur de remédier à l'inconstitutionnalité constatée » et de « préserver l'effet utile de la présente décision à la solution des instances actuellement en cours ». Cette hypothèse ne s'est toutefois jamais présentée dans le cadre de QPC renvoyées par le juge du référé-liberté.

B) Des exceptions au sursis à statuer inusitées

⁶⁸⁶ En matière de QPC, l'article 23-5 alinéa 4 de l'ordonnance organique de 1958 dispose que le sursis à statuer perdure jusqu'à ce que « le Conseil constitutionnel [...] se soit prononcé ». La mise en œuvre d'un renvoi préjudiciel entraîne « la suspension de la procédure nationale jusqu'à ce que la Cour ait statué » : CJUE, *Recommandations à l'attention des juridictions nationales, relatives à l'introduction de procédures préjudicielles*, JOUE 2018/C 257/01, 20 juillet 2018, pt. 23. L'article L. 113-1 du CJA dispose qu'il « est sursis à toute décision au fond jusqu'à un avis du Conseil d'État ou, à défaut, jusqu'à l'expiration de ce délai ». De même, concernant les demandes d'avis à la Cour de cassation, l'article 1031-1 alinéa 2 du CPC dispose que le juge qui saisit la Cour de cassation « sursoit à statuer jusqu'à la réception de l'avis ou jusqu'à l'expiration du délai mentionné à l'article 1031-3 ». En revanche, aucune précision n'est portée sur le terme du sursis à statuer en cas de renvoi par une juridiction nationale d'une demande d'avis consultatif à la Cour EDH.

⁶⁸⁷ Articles 23-3 alinéa 1 de l'ordonnance organique de 1958 : « Lorsque la question est transmise, la juridiction sursoit à statuer jusqu'à réception de la décision du Conseil d'État ou de la Cour de cassation ou, s'il a été saisi, du Conseil constitutionnel ».

⁶⁸⁸ Voir par exemple : CC, décision n° 2010-1 QPC, 28 mai 2010, *Consorts L. [Cristallisation des pensions]* ; CC, décision n° 2010-83 QPC, 13 janvier 2011, *M. Claude G. [Rente viagère d'invalidité]*.

292. Seules les procédures de demande d'avis contentieux au Conseil d'État et de renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'UE ne prévoient pas d'exception au principe du sursis à statuer. Il n'existe aucune exception à la règle du sursis à statuer pour les procédures de demande d'avis contentieux au Conseil d'État et à la Cour de cassation. En effet, l'article L. 113-1 du CJA précise qu'un tel renvoi s'effectue « *avant de statuer* sur une requête » et poursuit en énonçant sans exception qu'il est « sursis à *toute* décision » tant que l'avis ne sera pas rendu ou, à défaut, jusqu'à l'expiration du délai de trois mois imparti au Conseil d'État. De même, les questions préjudicielles générales au juge administratif obligent sans dérogation le juge judiciaire à surseoir à statuer⁶⁸⁹. Il en va pareillement concernant l'obligation absolue pour le juge civil des référés de surseoir à statuer lorsqu'il entend renvoyer une question préjudicielle au juge administratif⁶⁹⁰.

L'article 23 du statut de la Cour de justice de l'UE implique, sans supposer l'existence d'une quelconque exception à cette règle, que la juridiction nationale qui saisit la Cour de justice « suspend[e] la procédure » en cours devant elle.

293. En cas de décision de ne pas surseoir à statuer, l'instruction pouvant alors se poursuivre, le juge ayant décidé de recourir à une procédure de renvoi pourra trancher le litige sur le fondement d'un éventuel autre moyen soulevé ou bien alors rejeter la requête au vu du caractère inopérant ou infondé de ces mêmes autres moyens soulevés. Il y a lieu de poser dans un premier temps le régime des exceptions au sursis à statuer (1) afin de pouvoir expliquer au mieux la préférence du juge du référé-liberté de ne pas surseoir à statuer (2).

1) Le régime des exceptions au sursis à statuer motivées par l'urgence

294. L'étude du régime des exceptions au sursis à statuer implique nécessairement de rappeler en premier lieu quelles sont leurs sources (a). Le régime des exceptions au sursis à statuer intègre aussi l'ouverture de voies juridictionnelles correctives des effets dus à l'absence de sursis à statuer (b).

a) Les sources des exceptions au sursis à statuer

⁶⁸⁹ C. cass., ass. plén., 6 juillet 2001, n° 98-17006.

⁶⁹⁰ C. cass., civ. 1^{ère}, 4 novembre 2010, n° 09-15.279.

295. La plupart des situations d'urgence pouvant être portées devant le juge du référé-liberté rendent le sursis à statuer facultatif en cas de mise en œuvre d'un renvoi (α). D'autres, plus rares et seulement applicables à la transmission ou au renvoi de QPC, l'interdisent (β).

α) Les sources des exceptions facultatives au sursis à statuer

296. **L'exception facultative au sursis à statuer en cas de transmission ou de renvoi d'une QPC.** Lorsque la loi ou le règlement imposent au juge administratif de statuer dans « un délai déterminé ou en urgence », celui-ci peut ne pas surseoir à statuer⁶⁹¹. L'article 23-3 alinéa 3 de l'ordonnance organique sur le Conseil constitutionnel étend cette possibilité à la juridiction d'appel. L'alinéa 4 prévoit également qu'il est fait exception au sursis à statuer lorsqu'il « risquerait d'entraîner des conséquences irrémédiables ou manifestation excessives pour les droits d'une partie ». Il peut enfin, conformément à l'article 23-5 alinéa 4, ne pas être sursis à statuer lorsque la juridiction administrative suprême est tenue « de se prononcer en urgence ». Sans nul doute, ces dispositions sont applicables à la procédure du référé-liberté⁶⁹². Les exceptions facultatives valent également pour l'appel interjeté contre une ordonnance du juge du référé-liberté d'un tribunal administratif. Le juge d'appel du référé-liberté peut en effet lui aussi, de la même manière, trancher en tout ou partie, une nouvelle fois, le litige sans attendre la décision du Conseil constitutionnel. Selon le Conseil constitutionnel, toutes ces exceptions sont fondées sur les nécessités du « bon fonctionnement de la justice »⁶⁹³.

297. Il est intéressant de noter que l'esprit de l'article 23-3 de l'ordonnance organique sur le Conseil constitutionnel rappelle l'article 179 de la loi organique du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française. Cette disposition prévoit que la juridiction qui transmet au Conseil d'État une question de conformité d'une loi du pays à la Constitution sursoit à statuer, mais peut renoncer à le faire « dans les cas où la loi lui impartit, en raison de

⁶⁹¹ Le Conseil constitutionnel rappelle lui-même cette règle : « le juge qui transmet une question prioritaire de constitutionnalité, dont la durée d'examen est strictement encadrée, peut, [...], statuer sans attendre la décision relative à la question prioritaire de constitutionnalité si la loi ou le règlement prévoit qu'il statue dans un délai déterminé ou en urgence » : CC, décision n° 2010-605 DC, 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, consid. 14.

⁶⁹² Le rapport sénatorial *relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution* confirme que l'exception facultative au principe du sursis à statuer est bien applicable à la procédure prévue à l'article L. 521-2 du CJA : H. PORTELLI, *Rapport relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, Sénat, 29 septembre 2009, n° 637, p. 47.

⁶⁹³ CC, décision n° 2009-595 DC, 3 décembre 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, consid. 17.

l'urgence, un délai pour statuer ». En 2007⁶⁹⁴, ces règles ont ensuite été étendues au contrôle de constitutionnalité des actes pris dans le domaine de la loi par les collectivités de Saint-Barthélemy⁶⁹⁵ et de Saint-Martin⁶⁹⁶.

298. L'exception facultative au sursis à statuer en cas de demandes d'avis consultatif à la Cour. EDH. Les lignes directrices concernant la mise en œuvre de la procédure des demandes d'avis consultatif à la Cour EDH prévoient qu'il « appartient à la juridiction dont émane la demande de décider si la procédure interne doit être suspendue dans l'attente de l'avis consultatif de la Cour »⁶⁹⁷. Le rapport parlementaire sur le projet de loi autorisant la ratification du protocole n° 16 à la Conv. EDH indique que le renvoi d'une demande d'avis consultatif « *n'implique pas un sursis à statuer systématique et obligatoire* »⁶⁹⁸.

299. L'exception facultative au sursis à statuer en cas de question préjudicielle au juge judiciaire. Le juge administratif des référés n'est pas obligé de surseoir à statuer pour les questions préjudicielles au juge judiciaire. Le juge administratif des référés n'est en effet « nullement tenu avant de prendre sa décision de surseoir à statuer aux fins que la juridiction judiciaire soit saisie d'une question préjudicielle »⁶⁹⁹.

300. Proposition d'élargissement des motifs des décisions de ne pas surseoir à statuer en vue d'une meilleure adaptation aux situations d'urgence portées devant le juge du référé-liberté. Au regard des régimes présentés ci-avant, l'on constate que, globalement, le juge du référé-liberté est libre de ne pas surseoir à statuer eu égard à son obligation de juger en urgence, mais aussi à la situation concrète dans laquelle se trouve le requérant. Tout cela ne semble supporter aucune critique. Il est toutefois utile d'encourager le juge du référé-liberté à explorer et prendre en compte deux considérations supplémentaires dans la prise de décision de surseoir à statuer ou non.

⁶⁹⁴ Loi organique n° 2007-223 du 21 février 2007 portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer.

⁶⁹⁵ Article L.O. 6243-5 du CGCT

⁶⁹⁶ Article L.O. 6343-5 du CGCT.

⁶⁹⁷ CEDH, *Lignes directrices concernant la mise en œuvre de la procédure d'avis consultatif prévue par le Protocole n° 16 à la Convention*, 18 septembre 2017, pt. 21.

⁶⁹⁸ B. POLETTI, *Rapport sur le projet de loi autorisant la ratification du protocole n° 16 à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Assemblée Nationale, 2018, n° 642, p. 20. C'est l'auteur qui souligne.

⁶⁹⁹ CAA Marseille, 6 septembre 2006, *Conseil général des Alpes-Maritimes c. Ben Abdelhamid*, n° 06MA01006.

301. Dans une première hypothèse, lorsqu'il est très fortement probable que le Conseil constitutionnel diffère les effets de sa décision de non-conformité, il faudrait que le juge des référés tienne compte de cet inconvénient en décidant de ne pas surseoir à statuer. On remarque en effet que sur six QPC renvoyées par le juge du référé-liberté, la moitié d'entre elles ont fait l'objet d'une décision de non-conformité à effet différé⁷⁰⁰. En l'espèce, l'effet différé attaché à ces décisions n'a toutefois pas eu de conséquences préjudiciables sur les instances en référé-liberté et la situation des justiciables. Concernant la QPC *Association en Marche !*, l'effet différé de la censure a été compensé par la production d'une réserve d'interprétation transitoire immédiatement applicable aux instances en cours dont celle au cours de laquelle la QPC a été soulevée⁷⁰¹. À propos de la deuxième affaire, la mesure d'assignation à résidence dont la suspension était demandée a pris fin avant que n'intervienne la déclaration d'inconstitutionnalité à effet différé de sa base légale⁷⁰². Enfin, la censure à effet différé prononcée à l'encontre de certaines dispositions législatives attaquées ne portait pas précisément sur celle sur laquelle était fondée la mesure individuelle de contrôle administratif et de surveillance dont la suspension de l'exécution était sollicitée par la voie du référé-liberté⁷⁰³.

302. Il semble également profitable d'inciter le juge *ad quem* des mécanismes de renvoi préalable de communiquer sans délai au juge *a quo* de l'urgence la date prévisible de rendu de sa décision. Ainsi, en fonction du caractère plus ou moins lointain de cet événement, le juge du référé-liberté pourrait être en meilleure position pour décider ou non de surseoir à statuer. Rappelons tout de même que sur les huit QPC renvoyées par le juge administratif des référés d'urgence, six d'entre elles ont été traitées dans un délai égal ou supérieur à deux mois dont quatre dans un délai égal ou supérieur à 90 jours. Le pourcentage est éloquent : 50% des QPC renvoyées par le juge administratif des référés d'urgence ont été traitées par le Conseil constitutionnel au terme de l'épuisement du délai de trois mois qui lui est accordé pour statuer. *A contrario*, ce dernier élément, illustré par l'ordonnance *En Marche !* du 29 mai 2017 et

⁷⁰⁰ CC, décision n° 2017-651 QPC, 31 mai 2017, *Association En Marche ! [Durée des émissions de la campagne électorale en vue des élections législatives]* ; CC, décision n° 2017-691 QPC, 16 février 2018, *M. Farouk B. [Mesure administrative d'assignation à résidence aux fins de lutte contre le terrorisme]* ; CC, décision n° 2017-695 QPC, 29 mars 2018, *M. Rouchdi B. e. a. [Mesures administratives de lutte contre le terrorisme]*.

⁷⁰¹ CC, décision n° 2017-651 QPC, *op. cit.*

⁷⁰² CC, décision n° 2017-691 QPC, *op. cit.*

⁷⁰³ CC, décision n° 2017-695 QPC, *op. cit.*

développé ci-avant, est bien pris en compte par le juge du référé-liberté et sert de justification à sa décision de surseoir à statuer.

β) Les sources des exceptions obligatoires au sursis à statuer

303. En matière de QPC, certaines situations d'urgence écartent l'autonomie du juge du référé-liberté. En effet, la formulation de l'article 23-3 alinéa 2 exclut toute option quant à la décision du juge de surseoir à statuer. Il est clairement énoncé qu' « il n'est sursis à statuer ni lorsqu'une personne est privée de liberté à raison de l'instance ni lorsque l'instance a pour objet de mettre fin à une mesure privative de liberté »⁷⁰⁴. L'article 23-5 *in fine* de l'ordonnance du 7 novembre 1958 étend l'applicabilité de cette norme au Conseil d'État. À l'instar du régime des exceptions facultatives, celles qui sont obligatoires valent pour l'appel interjeté contre une ordonnance du juge du référé-liberté d'un tribunal administratif. Le juge d'appel du référé-liberté peut lui aussi, de la même manière, selon le cas d'espèce qui lui est soumis et la situation de plus ou moins grande vulnérabilité dans laquelle se trouve le requérant, trancher, en tout ou partie, une nouvelle fois le litige sans attendre la décision du Conseil constitutionnel.

304. Il est intéressant de constater que, si l'article 706-64 du code de procédure pénale prévoit que les juridictions pénales, « à l'exception des juridictions d'instruction et de la cour d'assises, peuvent solliciter l'avis de la Cour de cassation en application de l'article L. 151-1 du code de l'organisation judiciaire », il est en revanche impossible pour elles de renvoyer une demande d'avis consultatif au juge judiciaire suprême lorsque, « dans l'affaire concernée, une personne est placée en détention provisoire, sous assignation à résidence avec surveillance électronique ou sous contrôle judiciaire ». Bien plus qu'une interdiction de surseoir dans les cas où une personne fait l'objet d'une mesure restrictive ou privative de liberté, cette disposition interdit formellement au juge pénal de mettre en œuvre le mécanisme des demandes d'avis contentieux à la Cour de cassation.

305. En matière de renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'UE, il est intéressant de noter que l'ancien juge du sursis à exécution du Conseil d'État jugeait que lorsque le juge

⁷⁰⁴ En matière de détention provisoire : C. cass., crim., 2 septembre 2010, n° 10-84.027 ; C. cass. crim., 26 mai 2020, n° 20-81.971.

administratif statuait dans le cadre d'une procédure d'urgence, il appartenait « en tout état de cause au tribunal administratif de se prononcer sur la demande de sursis, *sans surseoir à statuer* pour question préjudicielle dont la solution relevait de la cour de justice des communautés européennes ; qu'il en est de même pour le juge d'appel »⁷⁰⁵.

306. L'absence de sursis à statuer consécutif à la mise en œuvre d'un renvoi ne va pas sans poser de difficultés. À titre principal, cette décision empêche le juge de statuer sur la requête en référé-liberté en toute connaissance de cause sur l'interprétation conforme ou la validité d'une loi. Cela est donc préjudiciable pour la qualité de la décision rendue mais aussi potentiellement pour la garantie des droits fondamentaux des justiciables en cas d'atteinte législative aux droits fondamentaux. Afin que ces derniers puissent bénéficier de la décision du juge *ad quem*, il existe des voies de droit permettant de corriger *a posteriori* les méfaits de l'absence de sursis à statuer consécutif à la mise en œuvre d'un renvoi par le juge du référé-liberté.

b) L'existence de voies correctives en cas d'absence de sursis à statuer

307. Dans l'hypothèse où le juge du référé-liberté rend une ordonnance de renvoi et sursoit à statuer, une seconde ordonnance devra intervenir à compter de la publication de la décision du juge *ad quem* afin de statuer sur les conclusions restantes de la requête initiale.

308. Les exceptions au sursis à statuer induisent que la requête en référé-liberté soit jugée en première instance ou parfois en appel ou en premier et dernier ressort par le Conseil d'État avant que le renvoi soit jugé par le juge *ad quem*. Au vu de la nature urgente des affaires portées devant le juge du référé-liberté, le premier risque lié au caractère généralement irréversible des atteintes à une liberté fondamentale est celui de la perte de l'objet du litige et donc d'inutilité de la décision rendue sur renvoi. Outre les cas d'absence de sursis à statuer du juge de renvoi, cette situation peut aussi émerger du fait que la mise en œuvre d'un renvoi par le juge du référé-liberté n'emporte aucun sursis à statuer automatique pour les autres instances en cours. Ce genre de situation n'oblige en effet pas les autres juges, saisis de requêtes présentant des affaires

⁷⁰⁵ CE, 16 décembre 1992, *M^{me} Dubreuil*, n° 126699. Nous soulignons.

similaires, à surseoir à statuer à partir du moment où aucun renvoi, et spécialement aucune QPC, n'a été déposée devant leur prétoire⁷⁰⁶. Toutefois, si le juge du référé-liberté est saisi d'une QPC similaire à une autre qui serait en cours de traitement par le Conseil d'État ou le Conseil constitutionnel, il peut quand même surseoir à statuer⁷⁰⁷.

309. Lorsqu'il n'a pas été sursis à statuer à l'occasion de la mise en œuvre d'un renvoi et qu'une ordonnance de rejet ou faisant droit aux demandes du requérant a donc été rendue avant la décision du juge *ad quem*, plusieurs voies de droit permettent au justiciable de chercher le bénéficiaire de cette dernière décision. Tout d'abord, il y a lieu de relever que le retour devant le prétoire du juge du référé-liberté est d'une relative utilité (a). C'est pour cela qu'il est autrement plus avantageux de privilégier le recours à la procédure du référé-réexamen prévue à l'article L. 521-4 du CJA⁷⁰⁸ (b). Même si l'on peut le déplorer, le recours dans l'intérêt de la loi contre une ordonnance de référé rendue sans sursis à statuer concomitant à la mise en œuvre d'un renvoi est fermé à ce type de contestation (c).

a) L'utilité relative du retour devant le juge du référé-liberté

310. La possibilité d'introduire une nouvelle requête en référé-liberté. Le Conseil constitutionnel a émis une importante réserve d'interprétation sur la conformité à la Constitution de la dernière phrase du dernier alinéa de l'article 23-3 et des deux dernières

⁷⁰⁶ CE, ord., 21 mars 2011, *Diana Aboubakarova*, n° 347232 : « Considérant, [...], qu'aucune disposition n'obligeait le juge des référés du tribunal administratif de Dijon, qui n'était pas saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, à surseoir à statuer sur la demande de suspension présentée devant lui, du seul fait que la question de l'absence de recours suspensif contre les décisions de réadmission, dont il était saisi sur d'autres fondements que la Constitution, avait fait l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité présentée devant le juge des référés du tribunal administratif de Paris et transmise par celui-ci au Conseil d'Etat ». Cette affaire avait pour origine la transmission au Conseil d'État d'une QPC par le tribunal administratif de Paris : TA Paris, ord., 26 janvier 2011, *Negmatullah Amoni*, n° 1100915/09. Voir : S. SLAMA, « Réadmissions "Dublin II" vers la Grèce : transmission d'une QPC au Conseil d'Etat sur le droit au recours suspensif (TA Paris, réf., 26 janvier 2011, *Negmatullah X.*) », *Combat pour les droits de l'homme*, 30 janvier 2011, (en ligne : <http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr>) ; CE, ord., 28 mars 2011, *M. Thierry Gérard A.*, n° 347815 : « « Considérant que, si M. A soutient que le juge des référés aurait dû surseoir à statuer jusqu'à la décision du Conseil constitutionnel, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité portant sur des dispositions qui lui ont été appliquées, aucune disposition n'obligeait ce juge, qui n'était pas lui-même saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, à procéder ainsi, ni à s'en expliquer davantage ».

⁷⁰⁷ Article R*. 771-6 du CJA : « La juridiction n'est pas tenue de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité mettant en cause, par les mêmes motifs, une disposition législative dont le Conseil d'Etat ou le Conseil constitutionnel est déjà saisi. En cas d'absence de transmission pour cette raison, elle diffère sa décision sur le fond, jusqu'à ce qu'elle soit informée de la décision du Conseil d'Etat ou, le cas échéant, du Conseil constitutionnel ».

⁷⁰⁸ Article L. 521-4 du CJA : « Saisi par toute personne intéressée, le juge des référés peut, à tout moment, au vu d'un élément nouveau, modifier les mesures qu'il avait ordonnées ou y mettre fin ».

phrases du dernier alinéa de l'article 23-5 de l'ordonnance organique du 7 novembre 1958. Les Sages relèvent tout d'abord que les dispositions relatives aux exceptions au sursis à statuer peuvent « conduire à ce qu'une décision définitive soit 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 ». Ils imposent en conséquence que, « dans une telle hypothèse, ni ce[s] disposition[s] ni l'autorité de la chose jugée ne sauraient priver le justiciable de *la faculté d'introduire une nouvelle instance* pour qu'il puisse être tenu compte de la décision du Conseil constitutionnel »⁷⁰⁹. À la différence des situations dans lesquelles il a été sursis à statuer lors de la mise en œuvre d'un renvoi, il n'y a donc pas de réouverture automatique d'une instance devant le juge du référé-liberté. C'est au justiciable qu'il revient de prendre l'initiative d'introduire une nouvelle requête afin que soient tirés les éventuels bénéfices de la décision du juge *ad quem*⁷¹⁰.

311. Le faible intérêt des voies de recours contre les ordonnances de référé-liberté.

Les voies de recours ouvertes dans le cadre du référé-liberté sont limitées. Celles-ci sont en effet restreintes au pourvoi en cassation contre les ordonnances de rejet prises au titre de l'article L. 522-3 du CJA et à l'appel contre les jugements de rejet⁷¹¹ qui s'exercent directement devant la juridiction ultime de l'ordre administratif. Lorsqu'un renvoi a été fait par le juge du référé-liberté d'un tribunal administratif et qu'il n'a pas été sursis à statuer, il est donc uniquement possible de se prévaloir de la décision du juge *ad quem* devant le juge d'appel ou de cassation du Conseil d'État. Mais, ce juge d'appel est aussi un juge de l'urgence et peut donc ne pas surseoir à statuer et rendre une décision définitive avant que le renvoi n'ait été tranché. En effet, la procédure de la QPC prévoit que « dans le cas où la juridiction statuera au fond sans attendre la décision du Conseil d'État ou de la Cour de cassation ou, s'il a été saisi, du Conseil constitutionnel, la juridiction saisie d'un appel ou d'un pourvoi en cassation devra, *en principe*, surseoir à statuer »⁷¹². La possibilité de bénéficier de la voie de l'appel pour sanctionner une

⁷⁰⁹ CC, décision n° 2009-595 DC, 3 décembre 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, consid. 18 et 23. Nous soulignons. La piste a déjà pu être envisagée mais il n'existe pas de recours autonome devant le Conseil constitutionnel de contrôle de constitutionnalité des décisions de justice : M. FATIN-ROUGE STEFANINI et C. SEVERINO (dir.), « *Le contrôle de constitutionnalité des décisions de justice : une nouvelle étape après la QPC ?* », Confluence des droits, 2016, 502 p.

⁷¹⁰ Parce qu'il n'a jamais opté pour le choix de ne pas surseoir à statuer après le renvoi d'une QPC, aucun exemple n'illustre cette faculté du justiciable d'introduire une nouvelle instance.

⁷¹¹ Article L. 523-1 du CJA : « Les décisions rendues en application de l'article L. 521-2 sont susceptibles d'appel devant le Conseil d'Etat dans les quinze jours de leur notification ».

⁷¹² CC, 3 décembre 2009, décision n° 2009-595 DC, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, consid. 17. Nous soulignons.

erreur de droit est encore limitée par le délai très court dans lequel il doit s'effectuer. Il y a donc peu de chances que le renvoi soit jugé par le juge *ad quem* avant la forclusion de l'appel.

Une dernière donnée d'ordre factuel permet de souligner le faible intérêt des voies de recours contre les ordonnances de référé-liberté rendues avant que le juge *ad quem* ne soit prononcé sur le renvoi dont il a été saisi. Il s'agit du fait que, dans la quasi-totalité des cas, les QPC renvoyées au Conseil constitutionnel ont été soulevées pour la première fois, directement à l'occasion d'une instance devant le juge du référé-liberté du Conseil d'État statuant en premier et dernier ressort ou en appel⁷¹³.

β) L'utilité du référé-réexamen

312. La décision du juge *ad quem* est constitutive d'une circonstance de droit nouvelle qui ouvre, en application de l'article L. 521-4 du CJA, à « toute personne intéressée » la possibilité de saisir le juge du référé « au vu d'un élément nouveau » dans le but d'obtenir la modification ou l'abandon des mesures prises par le juge du référé-liberté ou celui du référé-suspension⁷¹⁴. Dans une ordonnance, le juge du référé-suspension a d'ailleurs pu indiquer à la partie à l'initiative d'un pourvoi en cassation, qu'à compter du moment où le Conseil constitutionnel aura statué sur la QPC pour laquelle il a été saisi, il lui appartiendra, si elle s'y croit fondée, « de saisir le juge des référés du Conseil d'État en application des dispositions de l'article L. 521-4 du code de justice administrative »⁷¹⁵.

Cette procédure s'avère particulièrement utile dans les contentieux répétitifs portés devant le juge du référé-liberté tel que cela a été le cas pour la contestation des assignations à résidence sous le régime législatif de l'état d'urgence. Il y eut durant cette période de nombreux pourvois et appels devant le juge du référé-liberté du Conseil d'État au moment où le Conseil constitutionnel était saisi de la première QPC sur la disposition législative encadrant les mesures d'assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence⁷¹⁶. Il eut été opportun pour le traitement de ces affaires à l'occasion desquelles les requérants n'avaient pas soulevé de QPC

⁷¹³ Sur les six QPC renvoyées par le juge du référé-liberté, seule une avait été soulevée devant le juge du référé-liberté de premier ressort d'un tribunal administratif (CC, décision n° 2017-695 QPC, 29 mars 2018, *M. Rouchdi B. et autre [Mesures administratives de lutte contre le terrorisme]*). Les cinq autres l'ont été directement devant le juge du référé-liberté du Conseil d'État.

⁷¹⁴ Concernant la qualification d'une décision QPC rendue par le Conseil constitutionnel en tant qu'« élément nouveau » au sens de l'article L. 521-4 du CJA et permettant de mettre fin à une mesure de suspension ordonnée sur le fondement de l'article L. 521-1 du CJA : CE, ord., 1 mars 2016, *Ministre de l'intérieur*, n° 397191.

⁷¹⁵ CE, 18 décembre 2015, *Ministre de l'intérieur c. Commune d'Eguilles*, n° 394717.

⁷¹⁶ CC, décision n° 2015-527 QPC, 22 décembre 2015, *M. Cédric D. [Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence]*.

et qui avaient été déboutés de leurs requêtes de recourir à la procédure prévue à l'article L. 521-4 du CJA⁷¹⁷.

y) La fermeture du recours dans l'intérêt de la loi contre une ordonnance de référé

313. De création prétorienne⁷¹⁸, le recours dans l'intérêt de la loi sert à censurer toute erreur juridique tirée des motifs ou du dispositif d'une décision juridictionnelle. Ouvert aux ministres, il peut donc être envisagé pour sanctionner l'application ou l'interprétation juridictionnelle d'une loi contraire aux droits fondamentaux. En matière de violation du droit de l'UE ou du droit international, les ministres des affaires européennes et affaires étrangères auraient intérêt à agir. Par ailleurs, tout ministre pour lequel la matière du litige relève, même partiellement, de son portefeuille aurait intérêt à agir en cas de violation de la Constitution⁷¹⁹. Or, parce qu'elle est dénuée de l'autorité de chose jugée, l'ordonnance du juge du référé-liberté ne peut faire l'objet d'un recours dans l'intérêt de la loi⁷²⁰. L'existence du référé-réexamen de l'article L. 521-4 du CJA justifie au demeurant la fermeture du recours dans l'intérêt de la loi aux ordonnances de référé.

2) L'explication de la préférence du juge du référé-liberté de ne pas surseoir à statuer

314. Les dispositions précédemment évoquées permettant ou obligeant au/le juge *a quo* de faire exception au principe du sursis à statuer provoquent une « discordance de temps »⁷²¹

⁷¹⁷ X. DOMINO, « Assignations à résidence en état d'urgence. Concl. sous CE, ord., 11 décembre 2015, *Domenjoud*, n° 395009 », *RFDA*, 2016, n° 1, p. 105 ; L. DUTHEILLET DE LAMOTHE et G. ODINET, « L'urgence dans tous ses états », *AJDA*, 2016, n° 5, p. 247. Voir également : O. LE BOT, « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de compatibilité avec le droit de l'Union européenne devant le juge des référés. Note sous CE, ord., 16 juin 2010, *Mme Assetou Diakité*, n° 340250 », *AJDA*, 2010, n° 29, p. 1662 ; P. CASSIA, « Le juge administratif des référés, la QPC et le droit de l'Union européenne. Note sous CE, ord., 16 juin 2010, *Mme. Diakité*, n° 340250 », *JCP G*, 2010, n° 26, p. 739.

⁷¹⁸ CE, 19 mars 1823, *Ministre de l'Intérieur*, *Rec. Sirey*, 1822-1824, n° 2, p. 185.

⁷¹⁹ Sur le modèle de l'article 61 de la Constitution, pourquoi ne pas également ouvrir le recours dans l'intérêt de la loi au Président de la République ainsi qu'aux Présidents des chambres parlementaires ?

⁷²⁰ CE, 14 septembre 2007, *Ministre de la Jeunesse et de la vie associative c. Secté Vacances éducatives*, n° 300911 : « compte tenu de leur nature, les ordonnances du juge des référés, dans la mesure où celui-ci fait usage de ses pouvoirs de juge de l'urgence, si elles sont exécutoires et, en vertu de l'autorité qui s'attache aux décisions de justice, obligatoires, sont néanmoins dépourvues de l'autorité de chose jugée ; qu'il en résulte que les recours dans l'intérêt de la loi présentés à l'encontre de telles décisions ne sont pas recevables ».

⁷²¹ J. BONNET, P.-Y. GAHDOUN, D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, 2016, LGDJ, 11^e éd., n° 248, p. 220 ; Ce risque est également évoqué par : F. JACQUELOT, « La procédure de la QPC », *NCCC*, n° 40, p. 26.

évidente entre la réponse donnée à la requête de référé-liberté et celle attendue du juge *ad quem* saisi sur renvoi. C'est entre autres raisons pour cela que, dans aucune des six affaires ayant conduit au renvoi d'une QPC au Conseil constitutionnel, le juge du référé-liberté du Conseil d'État n'a usé de la faculté qui lui est offerte de ne pas surseoir à statuer. Un ancien Secrétaire général du Conseil constitutionnel prévoyait pourtant que le délai de jugement de 48 heures imposé au juge du référé-liberté devrait « le conduire à renoncer à surseoir à statuer »⁷²². Finalement, il n'en fut rien. Une série d'inconvénients dissuade le juge du référé-liberté de recourir aux exceptions au principe du sursis à statuer (a). C'est plus particulièrement en raison de la rareté des hypothèses contentieuses pouvant être portées devant le juge du référé-liberté justifiant le recours possible à l'exception obligatoire au sursis à statuer qu'il n'existe aucun cas illustratif (b).

a) Les inconvénients du recours aux exceptions à l'obligation de surseoir à statuer

315. Les exceptions tant facultatives qu'obligatoires au principe du sursis à statuer entraînent deux désagréments majeurs. Le premier est la dénaturation de l'essence des mécanismes de renvoi préalable provoquée par l'absence de sursis à statuer (α) ; le second est lié au caractère hétérogène des effets de l'absence de sursis à statuer sur le maintien de l'objet du renvoi (β).

a) La dénaturation de l'essence première des mécanismes de renvoi préalable

316. En écartant leur caractère « préalable », les exceptions au principe du sursis à statuer dénaturent l'utilité et la spécificité procédurale intrinsèque des mécanismes de renvoi préalable. En principe, le sursis à statuer sert précisément à préserver l'effet utile du renvoi puisque l'esprit des mécanismes de renvois préalables suppose qu'ils interviennent à titre incident dans le cadre d'une instance en cours. Ils ont donc vocation à être utiles au dénouement de ce litige pendant⁷²³. Généralement, de la résolution de l'élément litigieux renvoyé dépend la solution de

⁷²² M. GUILLAUME, « QPC : textes applicables et premières décisions », CCC, 2010, n° 29, p. 9.

⁷²³ Le Conseil constitutionnel a par exemple précisé que les dispositions du principe du sursis à statuer « préservent l'effet utile de la question prioritaire de constitutionnalité pour le justiciable qui l'a posée » : CC, 3 décembre 2009, décision n° 2009-595 DC, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, consid. 17.

l'instance en cours⁷²⁴. C'est entre autres raisons pour cela que le choix du juge du référé-liberté de ne pas immédiatement se prononcer sur la sauvegarde d'une liberté fondamentale se justifie selon certains par des « considérations de bonne justice »⁷²⁵ afin de « ne pas clore définitivement une instance en dernier ressort » et de « faciliter la possibilité de tirer toutes les conséquences de la décision »⁷²⁶ du juge *ad quem*. Ce choix est encore privilégié lorsque la loi contestée « présente de forts risques »⁷²⁷ d'inconstitutionnalité ou d'inconventionnalité. En effet, si le juge de l'urgence saisi décide de mettre en œuvre un renvoi, c'est sans aucun doute parce qu'il aura estimé que la question est suffisamment importante pour qu'elle détermine l'issue du litige. Or, les exceptions au sursis à statuer ont pour effet de permettre au juge *a quo* de faire droit à une partie ou à la totalité des conclusions du requérant avant même l'issue de la procédure de renvoi.

La contradiction est flagrante. Même si elle permet d'éviter l'attente de la décision du juge *ad quem*, la décision de ne pas surseoir à statuer peut donc potentiellement revenir à appliquer et juger une affaire sur le fondement d'une loi inconstitutionnelle ou inconventionnelle.

β) Les incidences hétérogènes de l'absence de sursis à statuer sur le maintien de l'objet du renvoi

317. Le maintien de l'objet de la QPC. Le Conseil d'État a pu juger que la clôture du procès n'empêche pas la poursuite de l'examen par le Conseil constitutionnel d'une QPC qui aurait été renvoyée. En effet, « lorsqu'une juridiction a statué au fond sur la requête présentée devant elle afin de respecter les dispositions législatives ou réglementaires qui lui imposent de statuer en urgence ou dans un délai déterminé, après avoir transmis au Conseil d'État la question prioritaire de constitutionnalité qui a été soulevée devant elle, cette question ne peut être regardée comme ayant perdu son objet pour ce seul motif »⁷²⁸. Au moins en matière de QPC, l'absence de mise en œuvre, par le juge *a quo*, de son pouvoir de surseoir à statuer sur l'instance en cours n'interfère en rien sur la validité et la pérennité de la saisine du Conseil constitutionnel.

⁷²⁴ En droit de la procédure civile, le sursis à statuer est défini à l'article 378 du CPC comme une décision qui « suspend le cours de l'instance pour le temps ou jusqu'à la survenance de l'événement qu'elle détermine ». L'article suivant poursuit en ces termes : « le sursis à statuer ne dessaisit pas le juge. À l'expiration du sursis, l'instance est poursuivie [...] ».

⁷²⁵ L. DUTHEILLET DE LAMOTHE et G. ODINET, « L'urgence dans tous ses états », *AJDA*, 2016, n° 5, p. 247 ; M. GUILLAUME, « QPC : textes applicables et premières décisions », *CCC*, 2010, n° 29, p. 9.

⁷²⁶ L. DUTHEILLET DE LAMOTHE et G. ODINET, « L'urgence dans tous ses états », *op. cit.*, p. 247.

⁷²⁷ M. GUILLAUME, « QPC : textes applicables et premières décisions », *op. cit.*, p. 9.

⁷²⁸ CE, 4 juin 2012, *Morel*, n° 357693 ; S. BRONDEL, « Quel sort pour une QPC quand le litige au fond est clos ? », *AJDA*, 2012, n° 21, p. 1132.

318. La potentielle perte de l'objet du renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'UE.

La question de la suspension ou de la poursuite de l'instance en référé concomitante à la mise en œuvre d'un renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'UE revêt une importance particulière étant donné que « les juridictions nationales ne sont habilitées à saisir la Cour à titre préjudiciel que si un litige est pendant devant elles, dans le cadre duquel elles sont appelées à rendre une décision susceptible de prendre en considération l'arrêt préjudiciel »⁷²⁹. *In fine*, la décision de la Cour de justice rendue sur renvoi doit avoir un effet utile pour la résolution de l'instance au principal. Or, dès l'instant où le juge du référé-liberté rend son ordonnance, il se trouve dessaisi de l'affaire. Dans les cas où le juge du référé-liberté prononcerait des mesures provisoires sur la base de doutes sérieux sur la validité d'un acte de droit dérivé de l'UE puis saisirait, conformément à son obligation tirée de l'arrêt *Zuckerfabrick*, la Cour de justice d'un renvoi préjudiciel en appréciation, alors, le juge luxembourgeois se trouverait face un paradoxe dont elle serait elle-même responsable. D'un côté, elle se verrait contrainte par sa jurisprudence *Pardini* qui rend nécessaire, afin que la Cour de justice soit valablement appelée à statuer sur renvoi, que le juge *a quo* demeure saisi du litige. Le juge de renvoi ne doit en effet pas avoir épuisé son office en prononçant la mesure provisoire demandée⁷³⁰. Or, en l'absence de sursis à statuer, l'instance pourrait être close. De plus, la procédure de l'article L. 521-2 du CJA ne revêt pas un caractère accessoire ou incident dans le sens où l'ouverture d'une procédure au fond n'est pas obligatoire et ne constitue pas un élément de recevabilité de la demande en référé. D'un autre côté, la Cour de Luxembourg ne pourrait reprocher au juge des référés de se plier à l'obligation de renvoi tirée de l'arrêt *Zuckerfabrick*.

- b) La rareté des hypothèses contentieuses portées devant le juge du référé-liberté justifiant le recours aux exceptions obligatoires au sursis à statuer

319. Il n'est pas facile de répondre fermement à la question de l'intégration ou non du contentieux des assignations administratives à résidence et de la rétention administrative dans

⁷²⁹ CJCE, 21 avril 1988, *Fratelli Pardini SpA c. Ministero del commercio con l'estero et Banca toscana (filiale di Lucca)*, C-338/85, pt. 11.

⁷³⁰ *Ibid* : « les juridictions nationales ne sont habilitées à saisir la Cour à titre préjudiciel que si un litige est pendant devant elles, dans le cadre duquel elles sont appelées à rendre une décision susceptible de prendre en considération l'arrêt préjudiciel. En revanche, la Cour n'a pas compétence pour connaître du renvoi préjudiciel lorsqu'au moment où il est fait la procédure devant le juge de renvoi est d'ores et déjà clôturée ».

le giron de l'article 23-3 alinéa 2 de l'ordonnance portant loi organique sur le Conseil constitutionnel (α). Il est en revanche possible d'affirmer que les hypothèses contentieuses permettant au juge du référé-liberté de recourir aux exceptions obligatoires au sursis à statuer sont tout à fait rares (β).

a) L'intégration incertaine des mesures d'assignation à résidence et de rétention administrative dans le champ des hypothèses obligatoires d'interdiction de surseoir à statuer

320. Les hypothèses de recours à l'exception obligatoire au principe du sursis à statuer concernent les cas dans lesquels la conformité d'une disposition législative aux droits et libertés que la Constitution garantit est contestée à l'occasion d'une instance au cours de laquelle une personne fait l'objet d'une mesure privative de liberté. En cette hypothèse, le fait pour le justiciable de soulever une QPC ne peut avoir pour conséquence de prolonger sa détention⁷³¹. Mais, en dépit du caractère urgent de la procédure, il semble difficile de caractériser devant le juge du référé-liberté une situation qui entre dans le champ de l'interdiction absolue de surseoir à statuer. Le ministère français de la justice assure en effet qu'il « ressort des travaux préparatoires que la notion de mesure privative de liberté doit être entendue strictement et ne saurait donc concerner toute mesure de contrainte, telle qu'une assignation à résidence en matière de droit des étrangers »⁷³². Cette position s'est vérifiée à l'occasion des deux QPC renvoyées par le juge du référé-liberté en matière d'assignation à résidence sous le régime de la loi relative à l'état d'urgence où le juge du référé-liberté a décidé de surseoir à statuer⁷³³. En revanche, selon le professeur Guillaume Drago, le contentieux des étrangers et spécialement celui de la rétention administrative ainsi que celui de l'hospitalisation d'office⁷³⁴ permettent de donner des hypothèses dans lesquelles le juge administratif des référés d'urgence peut être confronté à l'application des dispositions de l'article 23-3 alinéa 2 de l'ordonnance de 1958. Le contentieux de l'hospitalisation d'office a effectivement pu être l'occasion pour la Cour de cassation de ne pas surseoir à statuer. La juridiction judiciaire suprême n'a toutefois pas eu recours dans ce cas à l'exception obligatoire au sursis à statuer prévue à l'article 23-5 alinéa

⁷³¹ A. ROBLOT-TROIZIER, « La question prioritaire de constitutionnalité devant les juridictions ordinaires : entre méfiance et prudence », *AJDA*, 2010, p. 80. Voir aussi : J.-L. WARSMANN, *Rapport d'information sur l'évaluation de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, Assemblée Nationale, septembre 2009, n° 1898, p. 67.

⁷³² Ministère de la justice et des libertés, *Présentation de la question prioritaire de constitutionnalité*, Circulaire n° CIV/04/10, 24 février 2010, p. 25.

⁷³³ CE, sect., 11 décembre 2015, n° 395009 ; CE, ord., 16 janvier 2017, *M. A.*, n° 406614.

⁷³⁴ G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, PUF, 2016, 4^e éd., n° 518, p. 501.

4⁷³⁵ mais à celle, facultative, prévue à la dernière phrase de cette disposition⁷³⁶ au motif que « la situation de [la personne hospitalisée d'office] impose de se prononcer en urgence »⁷³⁷.

En matière de rétention administrative d'étrangers, les dispositions législatives permettant ces mesures n'ont jamais fait l'objet d'une QPC soulevée au cours d'une instance devant le juge du référé-liberté puisque ce contentieux est principalement soumis au contrôle du juge des libertés et de la détention.

β) La rareté des hypothèses dans lesquelles un étranger en situation irrégulière peut contester devant le juge du référé-liberté une mesure de rétention administrative ou d'assignation à résidence

321. Une décision de placement en rétention administrative ou d'assignation à résidence d'un étranger en séjour irrégulier peut être prise par le préfet de département en même temps qu'une mesure d'obligation de quitter le territoire français. Les recours contre ces actes administratifs relèvent tant de la compétence du juge judiciaire des libertés et de la détention pour le maintien en rétention que de celle du juge administratif de l'excès de pouvoir pour l'examen de la légalité de la décision administrative. Est également prévue à l'article L. 512-1 III du CESEDA une procédure spéciale permettant aux étrangers d'attaquer une mesure d'éloignement qui serait accompagnée d'une mesure de rétention administrative ou d'assignation à résidence. Il se trouve que les règles d'articulation de cette procédure avec celles des référés administratifs d'urgence font qu'il ne peut être qu'exceptionnel que ce type de contentieux soit porté devant le juge du référé-liberté. Le Conseil d'État juge en effet que la « procédure particulière [de l'article L. 512-1 III du CESEDA] est exclusive de celles prévues par le livre V du CJA »⁷³⁸. Aux termes de cette jurisprudence, le référé-liberté semble donc

⁷³⁵ Article 23-5 alinéa 4 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel : « Lorsque le Conseil constitutionnel a été saisi, [...] la Cour de cassation sursoit à statuer jusqu'à ce qu'il se soit prononcé. Il en va autrement quand l'intéressé est privé de liberté à raison de l'instance et que la loi prévoit que la Cour de cassation statue dans un délai déterminé ».

⁷³⁶ *Ibid* : « Si [...] la Cour de cassation est tenu[e] de se prononcer en urgence, il peut n'être pas sursis à statuer ».

⁷³⁷ C. cass., civ 1^{ère}, 8 avril 2011, *M. X c. Préfet d'Ille-et-Vilaine*, n° 10-23534 ; J.-D. SARCELET, « Question prioritaire de constitutionnalité : le sort de l'hospitalisé d'office, une situation qui impose de se prononcer en urgence. Obs. sous C. cass., civ 1^{ère}, 8 avril 2011, *M. X c. Préfet d'Ille-et-Vilaine*, n° 10-23534 », *Gaz. Pal.*, 2011, n° 111, p. 8.

⁷³⁸ CE, 6 octobre 2014, *Ministre de l'intérieur*, n° 381573 ; CE, 11 juin 2015, n° 390704. Cette jurisprudence semble justifiée par le fait qu'il « résulte des pouvoirs ainsi confiés au juge par les dispositions du III de l'article L. 512-1, des délais qui lui sont impartis pour se prononcer et des conditions de son intervention que la procédure spéciale prévue par le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile présente des garanties au moins équivalentes à celles des procédures régies par le livre V du code de justice administrative » : CE, 30 décembre 2013, n° 367533.

fermé aux recours portés contre les mesures de placement en rétention administrative ou d'assignation à résidence d'un étranger en instance d'éloignement.

Or, dans une décision du 11 juin 2015⁷³⁹, sans procéder à un revirement de jurisprudence, le juge administratif a institué une exception au caractère exclusif de la procédure prévue à l'article L. 512-1 III du CESEDA par rapport à celles du titre 2 du livre V du CJA. Désormais, un étranger peut saisir le juge du référé-liberté afin de contester une décision visant à le placer en rétention administrative sous conditions. Cette ouverture du référé-liberté reste toutefois exceptionnelle car elle est strictement conditionnée. Le juge de l'article L. 521-2 du CJA ne pourra être saisi que « dans le cas où les modalités selon lesquelles il est procédé à l'exécution d'une telle mesure relative à l'éloignement forcé d'un étranger emportent des effets qui [...] excèdent ceux qui s'attachent normalement à sa mise à exécution ». Il importe pour cela que le requérant soit en mesure de prouver l'existence d'un ou plusieurs « changements dans les circonstances de droit ou de fait [...] après que le juge, saisi sur le fondement de l'article L. 512-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et droit d'asile, a statué ou que le délai prévu pour le saisir a expiré ».

II) Le pouvoir de prononcer des mesures provisoires

322. Formellement, seules les procédures de la QPC⁷⁴⁰ et du renvoi préjudiciel en interprétation⁷⁴¹ ou en validité⁷⁴² prévoient la possibilité pour le juge *a quo* d'ordonner des mesures provisoires lorsqu'il saisit le Conseil constitutionnel ou la Cour de justice de l'UE. Le pouvoir du juge *a quo* de prononcer des mesures provisoires doit être mis en œuvre afin de lui permettre d'être en mesure de procéder à un renvoi sans faire subir aux parties le risque d'aggraver leur situation du fait de l'écoulement des délais inhérents à la procédure. En somme, les mesures provisoires ont pour finalité de figer une situation de droit ou de fait en vue de préserver les droits d'une partie. La préservation des droits fondamentaux des parties et de l'effet utile des renvois⁷⁴³ est donc au cœur du pouvoir conféré au juge *a quo* de prononcer des

⁷³⁹ CE, 11 juin 2015, n° 390704.

⁷⁴⁰ Article 23-3 alinéa 1 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

⁷⁴¹ CJCE, 24 mai 1977, *Hoffmann-La Roche AG/Centrafarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse mbH*, C-107/76.

⁷⁴² CJCE, 21 février 1991, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen AG c. Hauptzollamt Itzehoe*, aff. jtes C-143/88 et C-92/89 ; CJCE, 9 novembre 1995, *Atlanta Fruchthandels-gesellschaft*, C-465/93.

⁷⁴³ Assurément, l'« effet utile serait amoindri si la juridiction nationale qui sursoit à statuer jusqu'à ce que la Cour réponde à sa question préjudicielle ne pouvait pas accorder des mesures provisoires » : CJCE, 19 juin 1990, *The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame*, C-213/89, pt. 22.

mesures provisoires.

A contrario, les procédures des demandes d'avis à la Cour EDH et au Conseil d'État font l'impasse sur ce point. Pourtant, lorsque le juge judiciaire entend saisir la Cour de cassation d'une demande d'avis consultatif, l'article L. 151-1 alinéa 2 du COJ dispose que toutes « les mesures d'urgence ou conservatoires nécessaires peuvent être prises » pendant la durée du sursis à statuer. De même, l'article 1031-1 alinéa 3 du code de procédure civile prévoit que la « saisine pour avis [de la Cour de cassation en application de l'article L. 441-1] ne fait pas obstacle à ce que le juge ordonne des mesures d'urgence ou conservatoires nécessaires ». Le législateur n'a toutefois pas jugé utile de transposer à la procédure des demandes d'avis contentieux au Conseil d'État cette habilitation bienvenue du juge de renvoi de pouvoir ordonner des mesures provisoires.

323. Par leur souplesse, les conditions d'exercice du pouvoir de prononcer des mesures provisoires en cas de mise en œuvre d'un renvoi préalable sont globalement propices et adaptées au référé-liberté (A). Pourtant, la pratique des renvois révèle une absence de recours aux mesures provisoires (B).

A) Un régime globalement propice au prononcé de mesures provisoires

324. Dans leur globalité, les régimes du pouvoir d'ordonner des mesures provisoires concomitantes à un renvoi s'en remettent à la libre détermination du juge du référé-liberté qui voit par conséquent son autonomie procédurale préservée pour le prononcé de telles mesures (1). Le caractère facultatif du recours aux mesures provisoires (2) est de nature à les rendre plus opportunément et facilement mobilisables dans le cadre de la procédure du référé-liberté.

1) L'autonomie procédurale du juge du référé-liberté préservée pour le prononcé de mesures provisoires concomitantes à un renvoi

325. Dans tous les cas, l'introduction et l'instruction des demandes de mesures provisoires par les parties relèvent de l'autonomie procédurale du juge *a quo*⁷⁴⁴. L'autonomie

⁷⁴⁴ Concernant la procédure du renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'UE, cela ressort expressément de la jurisprudence : CJCE, 21 février 1991, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen*, aff. jtes C-143/88 et C-92/89, pt. 26. En matière de QPC, l'on peut penser que le silence des règles de procédure et du Conseil constitutionnel doit être interprété comme une liberté du juge de filtrage de définir les conditions permettant le prononcé d'une mesure provisoire.

procédurale du juge du référé-liberté dans la détermination du régime des mesures provisoires se manifeste sur trois échelles. Il demeure tout d'abord relativement libre pour déterminer les conditions permettant le prononcé de mesures provisoires (a). Il maîtrise ensuite la gestion du temps relatif aux mesures provisoires (b) et le type de mesures provisoires qui seront accordées (c).

a) Les conditions permettant le prononcé de mesures provisoires

326. L'autonomie procédurale du juge du référé-liberté lorsque l'incompatibilité présumée d'une loi nationale justifie un renvoi préjudiciel en interprétation. La détermination des conditions permettant le prononcé de mesures provisoires lorsque la question de la compatibilité d'une loi avec le droit de l'UE fait l'objet d'un renvoi préjudiciel en interprétation est laissée à l'appréciation du juge du référé-liberté qui jouit en cette hypothèse contentieuse d'une autonomie procédurale. Cette autonomie est toutefois relative puisqu'en vertu du principe d'équivalence, le juge du référé-liberté ne saurait enserrer le prononcé de mesures provisoires dans des conditions plus strictes que celles prévues à l'article L. 521-2 du CJA. Selon la Cour de justice de l'UE, ces conditions ne sauraient en effet être « être moins favorables que celles concernant des réclamations semblables de nature interne »⁷⁴⁵.

327. L'autonomie procédurale du juge du référé-liberté pour les QPC. Les dispositions organiques prévoient sans aucune condition que la juridiction qui transmet une QPC « peut prendre les mesures provisoires ou conservatoires nécessaires »⁷⁴⁶. La jurisprudence du référé-liberté fait état d'un alignement de la possibilité ouverte par l'ordonnance organique de « prendre les mesures provisoires ou conservatoires nécessaires » sur les conditions du prononcé de « toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale » prévues par la procédure de l'article L. 521-2 du CJA. En effet, c'est en ce sens qu'il a été précisé que dans le cas où les conditions de transmission ou de renvoi d'une QPC

⁷⁴⁵ CJCE, 16 décembre 1976, *Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG c. Landwirtschaftskammer für das Saarland*, C-33/76, pt. 5 ; CJCE, 16 décembre 1976, *Comet BV c. Produktschap voor Siergewassen*, C-45/76, pt. 11 ; CJCE, 4 décembre 1995, *Peterbroeck, Van Campenhout & Cie SCS c. Etat belge*, C-312/93, pt. 12. À titre d'illustration d'une application de cette jurisprudence, voir *infra* : Partie 1, titre 2, chapitre 2, Section 1. Nous ferons état plus loin de l'application de cette jurisprudence dans le cadre de l'étude de l'intensité du contrôle de l'unionité des lois dans le cadre de l'office du juge du référé-suspension permettant le prononcé d'une mesure de suspension provisoire d'un acte administratif.

⁷⁴⁶ Article 23-3 alinéa 1 de l'ordonnance portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

sont remplies, le juge du référé-liberté peut, « s'il estime que les conditions posées par l'article L. 521-2 du CJA sont remplies »⁷⁴⁷, prendre les mesures provisoires ou conservatoires nécessaires.

L'esprit de l'article 23-3 de l'ordonnance portant loi organique sur le Conseil constitutionnel rappelle celui de l'article 179 de la loi organique du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française, qui prévoit sèchement que la juridiction qui transmet au Conseil d'État une question de conformité d'une loi du pays à la Constitution peut « dans tous les cas prendre les mesures d'urgence ou conservatoires nécessaires ». Cette logique a été reprise dans le code général des collectivités territoriales pour la partie qui concerne le contrôle de la conformité à la Constitution des actes pris dans le domaine de la loi par les collectivités de Saint-Barthélemy⁷⁴⁸ et de Saint-Martin⁷⁴⁹.

b) Le libre choix de la durée et du moment du prononcé des mesures provisoires

328. En principe, une mesure provisoire qui serait prononcée concomitamment à la mise en œuvre d'un renvoi devrait perdurer jusqu'à ce qu'il soit statué par le juge *ad quem* sur ledit renvoi.

Concernant spécialement la procédure du référé-suspension, le *vade-mecum* relatif à la procédure de la QPC formulé par le Conseil d'État ajoute que ce type de mesure provisoire doit non seulement durer jusqu'à la décision du Conseil constitutionnel mais aussi jusqu'à l'intervention du juge statuant au fond⁷⁵⁰. En pratique, dans le seul cas d'illustration du prononcé d'une mesure provisoire à la suite du renvoi d'une QPC au Conseil constitutionnel, le juge du référé-suspension a suspendu provisoirement le décret attaqué aussi bien « dans l'attente de la décision du Conseil constitutionnel statuant sur la question prioritaire de constitutionnalité renvoyée par la présente ordonnance » que « jusqu'à ce qu'il soit statué au fond sur les conclusions formées par [la requérante] tendant à l'annulation de ce décret »⁷⁵¹.

⁷⁴⁷ CE, sect., 11 décembre 2015, *Domenjoud*, n° 395009, consid 10. Voir : L. DUTHEILLET DE LAMOTHE et G. ODINET, « L'urgence dans tous ses états », *AJDA*, 2016, n° 5, p. 247 ; A. BRETONNEAU et X. DOMINO, « La recevabilité d'une QPC devant le juge des référés. Note sous CE, sect., 11 décembre 2015, *Domenjoud*, n° 395009 », *Gaz. Pal.*, 2016, n° 25, p. 28.

⁷⁴⁸ Article L.O. 6243-5 du CGCT.

⁷⁴⁹ Article L.O. 6343-5 du CGCT.

⁷⁵⁰ Conseil d'État, « *Vade-mecum* » sur l'application de la question prioritaire de constitutionnalité devant les juridictions administratives, 2010, p. 21.

⁷⁵¹ CE, ord., 22 juillet 2016, *Schreuer*, n° 400913. En l'espèce, il était demandé à une vieille dame âgée de 89 ans de publier dans un registre litigieux des données personnelles la concernant, « se rapportant notamment aux

En matière de renvoi préjudiciel, la jurisprudence de la Cour impose aux juridictions nationales de ne faire perdurer les mesures provisoires que jusqu'à ce que la Cour ait statué sur le renvoi. En effet, « la juridiction nationale statuant en référé ne peut accorder le sursis que jusqu'à ce que la Cour ait statué »⁷⁵². En réalité, comme l'indique l'avocat général Elmer dans ses conclusions sous l'arrêt *Atlanta*, les mesures provisoires peuvent perdurer « jusqu'à ce que le litige ait été tranché de façon *définitive* sur la base de la réponse apportée par la Cour aux questions de la juridiction nationale »⁷⁵³.

Le régime de la durée des mesures provisoires posé par le juge administratif des référés d'urgence, le Conseil constitutionnel et la Cour de justice de l'UE semble donc résonner de concert.

329. En pratique les mesures provisoires succèdent au renvoi. En matière de renvoi préjudiciel et de QPC⁷⁵⁴, les mesures provisoires interviennent après que le renvoi a été traité et transmis à la juridiction *ad quem*. L'article 23-3 alinéa 1 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel précise bien que ce n'est que « lorsque la question est transmise » que la juridiction peut prendre les mesures provisoires nécessaires. Cela semble tout à fait logique puisque le prononcé d'une mesure provisoire peut mettre fin à l'instance en référé-liberté. Le prononcé d'une mesure provisoire doit donc impérativement être ordonné après la mise en œuvre d'un renvoi préalable puisque ce type de mécanisme impose qu'il soit soulevé à l'occasion d'une instance en cours. À la différence des autres mécanismes de renvoi, les règles organiques relatives à la procédure de la QPC ne prévoient aucun tempérament au principe selon lequel les mesures provisoires succèdent au renvoi de la QPC.

330. La possibilité de faire précéder les mesures provisoires par rapport à la mise en œuvre du renvoi. L'avocat général Lenz, dans ses conclusions sous l'affaire *Zuckerfabrick*, soutenait que « l'urgence qui caractérise généralement la mesure provisoire plaide contre la

bénéficiaires des trusts qu'elle a constitués aux Etats-Unis en vue d'organiser la dévolution de ses biens après son décès ». La requérante soutenait que cette obligation était susceptible de « permettre à des personnes de son entourage d'avoir accès à des informations devant rester confidentielles jusqu'à l'ouverture de sa succession, et de les inciter à exercer sur elle des pressions en vue d'obtenir qu'elle modifie ces dispositions successorales, le cas échéant en reconsidérant la liste des bénéficiaires des trusts ainsi constitués ».

⁷⁵² CJCE, 21 février 1991, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen*, aff. jtes C-143/88 et C-92/89, pt. 24 ; CJCE, 19 juin 1990, *The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame*, C-213/89, pt. 22.

⁷⁵³ M. B. ELMER, Concl. présentées le 5 juillet 1995 sous CJCE, 9 novembre 1995, *Atlanta Fruchthandels-gesellschaft mbH e. a. c. Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, C-465/93, pt. 12. Nous soulignons.

⁷⁵⁴ Voir par exemple : CE, ord., 22 juillet 2016, *Schreuer*, n° 400913.

mise en œuvre préalable de la procédure de renvoi préjudiciel »⁷⁵⁵. Lorsque l'on se place du point de vue de la procédure du référé-liberté, ces propos tombent sous le sens et semblent généralisables à l'ensemble des procédures de renvoi préalable étudiées dans cette thèse. Les règles de procédures de ces renvois semblent d'ailleurs accréditer la thèse de la possibilité de faire précéder les mesures provisoires par rapport à la mise en œuvre du renvoi.

En matière de renvoi préjudiciel, la jurisprudence combinée de la Cour de justice de l'UE, du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État issue de la « saga *Melki* » impose à tout juge confronté à un litige dans lequel est invoquée l'incompatibilité d'une loi avec le droit de l'Union européenne de faire « *à tout moment*, ce qui est nécessaire pour empêcher que des dispositions législatives qui feraient obstacle à la pleine efficacité des normes de l'Union soient appliquées dans ce litige »⁷⁵⁶.

Aucune règle ne régit ou n'interdit la possibilité de prononcer des mesures provisoires en cas de renvoi d'une demande d'avis au Conseil d'État ou à la Cour EDH. Ce silence n'empêche pas le juge du référé-liberté, s'il en a l'intention, avant même de mettre en œuvre ces procédures de renvoi, de prononcer les mesures provisoires nécessaires.

c) Le libre choix du type de mesures provisoires

331. Même si, en soi, le sursis à statuer est une mesure provisoire, en ce sens qu'il prend fin à compter de la décision du juge *ad quem*, pour autant, la « simple *suspension d'une procédure* en raison du renvoi devant la Cour de justice au titre de l'article [267 du TFUE] *ne constitue pas une mesure provisoire* et ne satisfait à aucune exigence de la protection provisoire des droits invoqués »⁷⁵⁷. C'est pour cela qu'il est nécessaire de mettre à disposition du juge du référé-liberté un champ plus large de mesures provisoires « positives ». Il lui est par conséquent possible de prononcer toutes mesures provisoires nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale (α). Le pouvoir de prononcer le sursis à exécution de la loi querellée est en revanche plus contesté (β).

⁷⁵⁵ C.O. LENZ, Concl. présentées le 8 novembre 1990 sous CJCE, 21 février 1991, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen AG c. Hauptzollamt Itzehoe*, aff. jtes C-143/88 et C-92/89, pt. 16.

⁷⁵⁶ CC, décision n° 2010-605 DC, 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, consid. 14 ; CE, 14 mai 2010, *Senad Rujovic*, n° 312305 ; CJCE, 22 juin 2010, *Aziz Melki et Sélim Abdeli*, aff. jtes. C-188/10 et C-189/10. Nous soulignons.

⁷⁵⁷ G. TÉSAURO, Concl. présentées le 17 mai 1990 sous CJCE, 19 juin 1990, *The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame*, C-213/89, pt. 7. C'est l'auteur qui souligne.

α) Les mesures provisoires nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale

332. Aucune des règles accordant au juge de renvoi la possibilité de prononcer des mesures provisoires ne détaille précisément celles qui peuvent être ordonnées. Par exemple, les règles organiques relatives à la QPC ont pu faire dire au Conseil constitutionnel que le juge qui renvoie une QPC « dont la durée d'examen est strictement encadrée, peut, [...], prendre *toutes* les mesures provisoires ou conservatoires nécessaires »⁷⁵⁸. Il peut donc s'agir d'une injonction de faire ou de ne pas faire.

L'on retrouve la même largesse dans la détermination jurisprudentielle des mesures provisoires pouvant être ordonnées par le juge qui saisit la Cour de justice de l'UE d'un renvoi préjudiciel. La jurisprudence, au titre de la garantie de la pleine efficacité du droit de l'UE et du principe de la protection juridictionnelle effective des droits que les citoyens tirent de l'ordre juridique de l'UE, n'exclut ou ne précise pas « les mesures provisoires » qui peuvent être prononcées en cas de mise en œuvre d'un renvoi préjudiciel. Il s'agit de toutes celles qui apparaissent comme « nécessaires »⁷⁵⁹ notamment pour « assurer la position juridique d'une partie en protégeant le *statu quo* et pour garantir la pleine efficacité de la décision définitive »⁷⁶⁰.

Saisi d'une QPC, le juge du référé-liberté peut donc faire usage des pouvoirs que l'article L. 521-2 du CJA lui confère ; c'est-à-dire qu'il peut prononcer toutes mesures provisoires nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale⁷⁶¹. En effet, l'examen d'une QPC par le juge du référé-liberté « ne le prive d'aucun de ses pouvoirs ni ne le dispense de se prononcer sur la nécessité d'en faire usage »⁷⁶². Quant au juge du référé-suspension, ce dernier peut faire usage des pouvoirs que l'article L. 521-1 du CJA lui confère et donc ordonner la suspension provisoire de l'exécution de l'acte administratif attaqué⁷⁶³.

⁷⁵⁸ CC, décision n° 2010-605 DC, 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, consid. 14. Nous soulignons.

⁷⁵⁹ CJCE, 13 mars 2007, *Unibet (London) Ltd et Unibet (International) Ltd c. Justitiekanslern*, C-432/05, pt. 72. Voir également : CJCE, 19 juin 1990, *The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame*, C-213/89, pt. 21.

⁷⁶⁰ M. B. ELMER, Concl. présentées le 5 juillet 1995 sous CJCE, 9 novembre 1995, *Atlanta Fruchthandels-gesellschaft mbH e. a. c. Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, C-465/93, pt. 21.

⁷⁶¹ CE, ord., 16 juin 2010, *M^{me} Diakité*, n° 340250.

⁷⁶² L. DUTHEILLET DE LAMOTHE et G. ODINET, « L'urgence dans tous ses états », *AJDA*, 2016, n° 5, p. 247

⁷⁶³ Même « s'il décide de renvoyer la question au Conseil constitutionnel, [le juge du référé-suspension] peut décider de faire usage des pouvoirs que l'article L. 521-1 lui confère pour ordonner à titre provisoire la suspension de l'exécution de l'acte attaqué, s'il estime que les conditions posées par cet article sont remplies » : CE, 21 octobre 2010, *Conférence nationale des présidents des unions régionales des médecins libéraux*, n° 343527 ; CE, ord., 17 juin 2011, *Etrillard*, n° 349753 ; CE, ord., 8 décembre 2011, *Ordre des avocats au barreau de Bastia*, n° 354201 ; CE, ord., 26 décembre 2011, *Mutuel du personnel des hospices civils Lyon c. Autorité de contrôle prudentiel*, n° 354079.

β) Le sursis à exécution des lois

333. Le refus du juge du référé-liberté de prononcer le sursis à exécution d'une loi.

Jusqu'au 31 mai 2016, sous réserve de quelques exceptions, le juge du référé-liberté refusait d'opérer tout contrôle de la conventionnalité d'une loi⁷⁶⁴. C'est donc à plus forte raison qu'il s'est toujours estimé incompétent pour prononcer le sursis à exécution d'une loi. Sans équivoque, dans l'ordonnance *Scherrer*, le juge administratif des référés d'urgence énonce que :

« la requête par laquelle [la requérante] demande au juge des référés du Conseil d'État, non d'ordonner la suspension d'une décision administrative pour un motif tiré de sa contrariété aux engagements internationaux de la France mais celle de l'article 136 de la loi n° 2004-1485 du 30 décembre 2004 jusqu'à ce que la CJCE saisie, par application de l'article [267 du TFUE], se soit prononcée sur la compatibilité de ces dispositions législatives, avec le droit communautaire, excède à l'évidence la compétence du juge des référés »⁷⁶⁵.

Pareillement, le contentieux de la fin du régime législatif de l'état d'urgence confirme le refus du juge du référé-liberté de suspendre l'application des lois. Il juge en ce sens de manière constante qu'il ne relève pas de son office de suspendre l'état d'urgence dès lors qu'il a été prorogé par une loi⁷⁶⁶.

334. La mise en œuvre d'un renvoi préalable ayant pour objet l'interprétation ou l'examen de la validité d'une loi par rapport aux droits fondamentaux n'a jamais ébranlé cette jurisprudence. Après la mise en œuvre d'un renvoi, le juge administratif des référés d'urgence peut seulement suspendre une décision administrative attaquée mais ne peut suspendre la loi faisant l'objet du renvoi. Toutefois, lorsque le juge administratif des référés d'urgence fait droit à une demande de suspension, il prive indirectement d'effet immédiat la disposition législative dont la conformité aux droits fondamentaux est discutée.

⁷⁶⁴ CE, ass., 31 mai 2016, *M^{me} Gonzalez-Gomez*, n° 396848. Sur le contrôle de conventionnalité des lois par le juge du référé-liberté, voir *infra* : Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.

⁷⁶⁵ CE, ord., 15 mars 2005, *Feller*, n° 278294.

⁷⁶⁶ CE 10 décembre 2015, *M. A.*, n° 395150 ; CE, 27 janvier 2016, *Ligue des droits de l'homme e. a.*, n° 396220, consid. 6 : « le juge des référés ne peut, en conséquence, accueillir les conclusions principales par lesquelles les requérants lui demandent d'ordonner la suspension totale ou partielle de la déclaration de l'état d'urgence et qui tendent en réalité à la suspension de l'application de la loi du 20 novembre 2015 ».

Quoi qu'il en soit, et alors même que le droit de l'UE lui confère ce pouvoir, le juge du référé-liberté s'estime incompétent pour prononcer, dans l'attente de la décision d'un juge *ad quem* rendue sur renvoi, le sursis à exécution d'une loi⁷⁶⁷.

335. En cas de mise en œuvre d'un renvoi préjudiciel, le juge du référé-liberté peut suspendre une loi. Seule la mise en œuvre du renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'UE permet au juge administratif des référés d'urgence de mettre en échec tout acte national, y compris toute loi, qui serait contraire au droit de l'UE. Le régime des mesures provisoires en cas de renvoi préjudiciel habilite en effet tout juge national à prononcer le sursis à exécution d'une loi contraire au droit de l'UE sur le fondement des principes de primauté⁷⁶⁸, de coopération loyale⁷⁶⁹, d'effectivité et d'effet direct du droit de l'UE. L'obstacle de la règle posée par l'ordonnance *Scherrer* doit donc pouvoir être écarté en application de la jurisprudence *Factortame*⁷⁷⁰. De même, l'avocat général Misho, dans ses conclusions sous l'arrêt *Franovich*, n'exclut pas « que les conditions d'octroi du sursis à l'exécution d'un acte administratif national dégagées par la Cour dans l'arrêt *Zuckerfabrik* soient également applicables au sursis à l'exécution d'une loi nationale qui violerait »⁷⁷¹ le droit de l'UE. Mais encore, dans la fameuse affaire *Melki et Abdeli*, la Cour dit que le mécanisme du renvoi préjudiciel implique, notamment dans le cas où la compatibilité d'une loi française avec le droit de l'UE est douteuse, que tout juge national de renvoi soit libre « 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

⁷⁶⁷ Concernant le refus des juridictions *ad quem* saisies d'un renvoi préalable, de prononcer le sursis à exécution d'une loi, voir *infra* : Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, Paragraphe 2.

⁷⁶⁸ CJUE, 4 février 2016, *Procédure pénale c. Sebat Ince*, C-336/14, pt. 52 : « en vertu du principe de primauté du droit de l'Union, les dispositions des traités et les actes des institutions directement applicables ont pour effet, dans leurs rapports avec le droit interne des États membres, de rendre inapplicable de plein droit, du fait même de leur entrée en vigueur, toute disposition contraire de la législation nationale (voir arrêts *Simmenthal*, 106/77, pt. 17 ; *Factortame e. a.*, C-213/89, pt. 18 ; CJCE, *Winner Wetten*, C-409/06, pt. 53) ».

⁷⁶⁹ CJUE, 6 septembre 2012, *The Commissioners for Her Majesty's Revenue & Customs c. Philips Electronics UK Ltd*, C-18/11, pts. 38 et 40 : « tout juge national, saisi dans le cadre de sa compétence, a, en tant qu'organe d'un État membre, l'obligation, par application du principe de coopération énoncé à l'article 10 CE, d'appliquer intégralement le droit de l'Union directement applicable et de protéger les droits que celui-ci confère aux particuliers, en laissant inappliquée toute disposition éventuellement contraire de la loi nationale, que celle-ci soit antérieure ou postérieure à la règle du droit de l'Union (voir en ce sens, notamment, arrêts du 9 mars 1978, *Simmenthal*, 106/77, pts. 16 et 21 ; CJCE, 19 juin 1990, *Factortame e. a.*, C-213/89, pt. 19) » [...] « dans une situation telle que celle en cause au principal, le juge national doit laisser inappliquée toute disposition de la loi nationale contraire à l'article 43 CE ».

⁷⁷⁰ CJCE, 19 juin 1990, *The Queen / Secretary of State for Transport, ex parte : Factortame Ltd e. a.*, C-213/89, pts. 21 à 23. Voir : B. MONGIN, « Le juge national et les mesures provisoires ordonnées en vertu du droit communautaire », in V. CHRISTIANOS (dir.), *Évolution récente du droit judiciaire communautaire*, Institut européen d'administration publique, 1994, Vol I, pp. 124-130.

⁷⁷¹ J. MISHO, Concl. présentées le 28 mai 1991 sous CJCE, 19 novembre 1991, *Andrea Francovich et Danila Bonifaci e. a. c. République italienne*, aff. jtes. C-6/90 et C-9/90, pt. 55.

*laisser inappliquée, à l'issue d'une telle procédure incidente, ladite disposition législative nationale s'il la juge contraire au droit de l'Union »*⁷⁷². On ne peut pas faire plus clair⁷⁷³.

2) Le caractère facultatif du recours aux mesures provisoires

336. Alors qu'il est des hypothèses dans lesquelles le juge de renvoi doit obligatoirement ne pas faire usage de son pouvoir de surseoir à statuer⁷⁷⁴, aucune règle n'impose au juge du référé-liberté, lorsqu'il lui apparaît nécessaire de procéder à un renvoi, d'ordonner des mesures provisoires.

337. Les mesures provisoires n'ont pas à accompagner systématiquement le renvoi d'une QPC. L'article 23-3 alinéa 1 de l'ordonnance portant loi organique sur le Conseil constitutionnel précise que le juge de renvoi saisi d'une QPC « *peut* prendre les mesures provisoires ou conservatoires nécessaires »⁷⁷⁵. Respectant cette prescription, le juge des référés du Conseil d'État considère que le renvoi d'une QPC n'emporte aucun effet systématique sur le prononcé de mesures provisoires. En effet, « la seule circonstance que la question prioritaire de constitutionnalité soulevée par l'intéressé est renvoyée au Conseil constitutionnel n'implique pas d'ordonner immédiatement la suspension des effets de la décision d'assignation à résidence contestée, dans l'attente de la décision du Conseil constitutionnel »⁷⁷⁶. D'autre part, lorsqu'il a consacré pour la première fois le caractère opérant des QPC devant le juge administratif des référés d'urgence dans les ordonnances *Diakité* et *Conférence nationale des présidents des unions régionales des médecins libéraux*, le Conseil d'État a bien précisé que le juge administratif des référés d'urgence « *peut* décider de faire usage des pouvoirs »⁷⁷⁷ qu'il tire des articles L. 521-1 et L. 521-2 du CJA.

338. Les mesures provisoires n'ont pas à accompagner systématiquement la saisine de la Cour de justice de l'UE d'un renvoi préjudiciel. En matière de mesures provisoires, la seule obligation qui pèse, au titre de la jurisprudence de la Cour luxembourgeoise, sur les

⁷⁷² CJCE, 22 juin 2010, *Aziz Melki et Sélim Abdeli*, aff. jtes. C-188/10 et C-189/10. Nous soulignons.

⁷⁷³ Sur les fondements tirés du droit de l'UE du pouvoir des juges nationaux de prononcer le sursis à exécution des lois à l'occasion de la mise en œuvre d'un renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'UE, voir : Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, Paragraphe 2, B), 1), a), *α*).

⁷⁷⁴ Voir *supra* : Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, Paragraphe 1, B).

⁷⁷⁵ Nous soulignons.

⁷⁷⁶ CE, sect., 11 décembre 2015, *Domenjoud*, n° 395009, consid. 22

⁷⁷⁷ Nous soulignons.

épaulées du juge de renvoi est celle d'écarter l'application de toute règle de procédure qui l'empêcherait d'en ordonner. En effet, le juge de renvoi « doit écarter l'application »⁷⁷⁸ de toute règle du droit national « qui s'oppose à ce qu'il ordonne des mesures provisoires »⁷⁷⁹. En revanche, il résulte du corpus jurisprudentiel relatif aux mesures provisoires concomitantes à la saisine de la Cour de justice de l'UE d'un renvoi préjudiciel, qu'aucune circonstance n'oblige le juge *a quo* d'ordonner des mesures provisoires. Il demeure toujours libre d'y recourir d'office ou sur demande des parties.

339. La possibilité d'engager la responsabilité de l'État pour les dommages résultant de l'absence ou de l'insuffisance des mesures provisoires concomitantes à la mise en œuvre d'un renvoi. Sur le fondement de la rupture de l'égalité des citoyens devant les charges publiques, le Conseil d'État juge que la responsabilité de l'État peut être engagée du fait de la violation par une loi du droit international⁷⁸⁰ ou de la Constitution⁷⁸¹. Mais, plus encore, sur le fondement de la responsabilité de l'État du fait de l'activité juridictionnelle de la justice administrative, il est tout à fait imaginable que l'omission ou l'insuffisance du juge de renvoi dans la mise en œuvre d'une protection juridictionnelle provisoire concomitante à la mise en œuvre d'un renvoi préalable soit susceptible d'engager la responsabilité de l'État. Dans les cas où un dommage résulterait d'une violation du droit de l'UE, le Conseil d'État a jugé qu'« en vertu des principes généraux régissant la responsabilité de la puissance publique, une faute lourde commise dans l'exercice de la fonction juridictionnelle par une juridiction administrative est susceptible d'ouvrir droit à indemnité ; [...], la responsabilité de l'État peut [...] être engagée dans le cas où le contenu de la décision juridictionnelle est entachée d'une violation manifeste du droit communautaire ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers »⁷⁸².

⁷⁷⁸ CJCE, 19 juin 1990, *The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame*, C-213/89, pts. 17 et 21. Nous soulignons.

⁷⁷⁹ *Ibid.*

⁷⁸⁰ CE, ass., 8 février 2007, *Gardedieu*, n° 279522.

⁷⁸¹ CE, 24 décembre 2019, *Société Paris Clichy, Société Hôtelière Paris Eiffel Suffren et M. A.*, n° 428162 ; T. DUCHARME, *La responsabilité de l'État du fait des lois déclarées contraires à la Constitution*, LGDJ, 2019, 564 p.

⁷⁸² CE, 18 juin 2008, *G.*, n° 295831. Cet arrêt consacre un revirement de la jurisprudence *Darmont* qui excluait l'engagement de la responsabilité de l'État du fait du contenu d'une décision de justice : CE, ass., 29 décembre 1978, *Darmont*, n° 96004 : « une faute lourde commise dans l'exercice de la fonction juridictionnelle par une juridiction administrative est susceptible d'ouvrir droit à indemnité, l'autorité qui s'attache à la chose jugée s'oppose à la mise en jeu de cette responsabilité, dans le cas où la faute lourde alléguée résulterait du contenu même de la décision juridictionnelle et où cette décision serait devenue définitive » ; F. CHALTIEL, « Retour sur l'eupéanisation de la responsabilité administrative », *LPA*, 14 mai 2009, n° 96, p. 3.

La Cour de justice de l'UE a consacré et constamment rappelé le principe selon lequel les États membres de l'UE sont responsables des dommages qu'ils causent aux particuliers à l'occasion de violations du droit de l'UE⁷⁸³. Le juge de Luxembourg ajoute que ce régime de responsabilité est applicable « pour toute hypothèse de violation du droit communautaire par un État membre, et ce quel que soit l'organe de l'État membre dont l'action ou l'*omission* est à l'origine du manquement »⁷⁸⁴. À notre connaissance, cela n'est jamais arrivé, mais, au vu de la formulation large de ce régime de responsabilité, il est envisageable que l'« omission » du juge du référé-liberté de prononcer une mesure provisoire utile à la protection des droits qu'un particulier tire de l'UE puisse engager la responsabilité de l'État.

340. Tout comme pour la mise en œuvre d'un renvoi préjudiciel, l'examen d'une QPC « n'épuise jamais à lui seul l'office du juge des référés, ne le prive d'aucun de ses pouvoirs ni ne le dispense de se prononcer sur la faculté d'en faire usage »⁷⁸⁵. Mais quoique ses pouvoirs de protection provisoire des libertés fondamentales soient pleinement préservés lors de la mise en œuvre d'un renvoi, le juge du référé-liberté n'y a pourtant, en pratique, pas recours.

B) Une pratique traduisant l'absence de recours aux mesures provisoires

341. L'ensemble des QPC renvoyées par le juge du référé-liberté et, à l'exception de deux affaires⁷⁸⁶, l'ensemble de celles renvoyées par le juge du référé-suspension ont conduit le juge administratif des référés d'urgence à surseoir à statuer sans prononcer de mesures provisoires. Si les mesures provisoires n'ont effectivement pas à accompagner systématiquement la mise en œuvre d'un renvoi, il est intéressant de déceler les raisons invoquées, par le juge du référé-liberté, au soutien du refus de prononcer des mesures provisoires ou conservatoires en cas de renvoi d'une QPC (1) et celles qui sont invocables lors de la mise en œuvre d'un renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'UE (2).

⁷⁸³ CJCE, 19 novembre 1991, *Andrea Francovich et Danila Bonifaci e. a. c. République italienne*, aff. jtes. C-6/90 et C-9/90, pt. 35 ; CJCE, *Brasserie du Pêcheur SA c. Bundesrepublik Deutschland et The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte : Factortame Ltd e. a.*, aff. jtes. C-46/93 et C-48/93, pt. 32 ; CJCE, 19 juin 1990, *The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame*, C-213/89, pt. 31 ; CJCE, 4 juillet 2000, *Salomone Haim c. Kassenzahnärztliche Vereinigung Nordrhein*, C-424/97, pt. 26.

⁷⁸⁴ CJCE, *Brasserie du Pêcheur SA c. Bundesrepublik Deutschland et The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte : Factortame Ltd e. a.*, aff. jtes. C-46/93 et C-48/93, pt. 32 ; CJCE, 30 septembre 2003, *Gerhard Köbler c. Republik Österreich*, C-224/01, pt. 31. Nous soulignons.

⁷⁸⁵ L. DUTHEILLET DE LAMOTHE et G. ODINET, « L'urgence dans tous ses états », *AJDA*, 2016, n° 5, p. 248.

⁷⁸⁶ CE, ord., 22 juillet 2016, n° 400913 ; TA de Paris, ord., 24 décembre 2015, *Commune de Combs-la-Ville*, n° 1520746, consid. 15.

1) Les raisons invoquées au soutien du refus de prononcer des mesures provisoires ou conservatoires en cas de renvoi d'une QPC

342. L'état sommaire de l'instruction. Puisqu'une QPC est examinée et traitée prioritairement par rapport à tout autre moyen, son renvoi se fait au moment où l'instruction de l'affaire n'est qu'à peine entamée. C'est donc généralement l'état sommaire de l'instruction qui est invoqué par le juge du référé-liberté pour justifier qu'il « n'y a pas lieu [...], de prendre, *en l'état de l'instruction*, des mesures de sauvegarde sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative »⁷⁸⁷ en dépit du renvoi d'une QPC.

A contrario, l'état plus avancé de l'instruction de la requête peut parfois être décisif pour le prononcé d'une mesure provisoire, notamment lorsque le requérant soulève un moyen d'inconventionnalité en complément d'une QPC. C'est en ce sens, qu'au vu de « l'état de l'instruction », le juge du référé-suspension a pu, sur le fondement du moyen d'inconventionnalité soulevé par le requérant en complément de sa QPC, déceler un doute sérieux quant à la légalité de la décision attaquée et prononcer en conséquence sa suspension provisoire⁷⁸⁸.

343. La décision du Conseil constitutionnel d'examiner en urgence la QPC renvoyée. Indubitablement, la décision du Conseil constitutionnel d'examiner en urgence une QPC renvoyée par le juge du référé-liberté emporte de larges effets sur la mise en œuvre par ce dernier des pouvoirs de « gestion de l'attente de l'issue du procès devant le juge *ad quem* ». En effet, cette décision conditionne aussi bien celle du juge du référé-liberté de surseoir à statuer que celle de prononcer des mesures provisoires dans l'attente du traitement de la QPC par le Conseil constitutionnel. Dans l'ordonnance *Association En Marche !*, le juge du référé-liberté estime nettement qu'il n'y a pas lieu d'ordonner une mesure conservatoire eu égard « au calendrier prévisionnel d'examen de cette question indiqué par le Conseil constitutionnel aux parties »⁷⁸⁹.

344. L'absence d'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du CJA. En dépit du renvoi de la QPC soulevée par le requérant,

⁷⁸⁷ CE, sect., 11 décembre 2015, *Domenjoud*, n° 395009 ; CE, ord., 16 janvier 2017, *M. A.*, n° 406614.

⁷⁸⁸ CE, ord., 22 juillet 2016, *Mme A... B...*, n° 400913.

⁷⁸⁹ CE, 29 mai 2017, *Association « En marche ! »*, n° 410833.

l'absence d' « atteinte grave et manifestement illégale aux libertés fondamentales invoquées » justifie aux yeux du juge du référé-liberté qu'il n'y a pas lieu, dans l'attente de la décision du Conseil constitutionnel, de prendre « des mesures de sauvegarde sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative »⁷⁹⁰. Puisqu'il n'y a pas d'identité entre les intensités de contrôle conditionnant le renvoi des QPC et les conditions d'octroi des mesures provisoires par le juge du référé-liberté⁷⁹¹, le renvoi d'une question de constitutionnalité n'emporte donc aucun effet systématique sur la décision du juge du référé-liberté de faire usage des pouvoirs qu'il tire de l'article L. 521-2 du CJA.

A contrario, l'existence avérée d'une certaine identité entre le caractère sérieux d'une QPC et la condition du doute sérieux en référé-suspension⁷⁹² a pu permettre la suspension d'une décision attaquée en référé-suspension dans l'attente de la décision du Conseil constitutionnel ou de celle du Conseil d'État s'il refusait de saisir le juge de la constitutionnalité des lois⁷⁹³.

2) Les raisons invocables au soutien du refus de prononcer des mesures provisoires de mise en œuvre d'un renvoi préjudiciel

345. Les critères du droit de l'UE sont inadaptés à l'office du juge des référés lorsque l'invalidité présumée d'un acte du droit dérivé de l'UE justifie qu'un renvoi préjudiciel soit mis en œuvre. Dès lors que le juge national entend prononcer des mesures provisoires concomitantes à la saisine de la Cour de justice de l'UE d'un renvoi préjudiciel en appréciation de validité, il ne jouit plus de la même autonomie procédurale qu'en matière de renvoi préjudiciel en interprétation. Nous ne reviendrons pas à ce stade sur les conditions classiques d'urgence, de gravité et de doute sérieux déjà étudiées ci-avant⁷⁹⁴, mais sur celles qui sont plus spécifiques.

Si le juge des référés décide d'ordonner des mesures provisoires tout en ayant procédé à un renvoi préjudiciel, il doit « tenir compte de l'étendue de la marge d'appréciation qui doit, au regard de la jurisprudence de la Cour, être reconnue aux institutions communautaires selon les secteurs concernés »⁷⁹⁵. Au regard de l'ampleur de la prise en compte de la jurisprudence et des

⁷⁹⁰ CE, ord., 1 décembre 2017, n° 415740 ; CE, ord., 11 janvier 2018, *Association Communauté musulmane de la cité des Indes*, n° 416398.

⁷⁹¹ Voir *supra* : Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, Paragraphe 1, A), 2).

⁷⁹² Voir *supra* : Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, Paragraphe 1, B), 1), b), β).

⁷⁹³ TA de Paris, ord., 24 décembre 2015, *Commune de Combs-la-Ville*, n° 1520746, consid. 15.

⁷⁹⁴ Voir *supra* : Partie 1, Titre 1, Chapitre 1.

⁷⁹⁵ CJCE, 9 novembre 1995, *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft*, C-465/93, pt. 37.

compétences des institutions de l'UE, cette condition est à l'évidence difficilement respectable pour un juge censé trancher une affaire dans un délai de 48 heures. Sans même faire directement référence à ce délai, Laurent Coutron considère que cette condition est tout à fait de nature à « dissuader le juge de l'urgence »⁷⁹⁶ de mettre en œuvre une protection provisoire lors d'un renvoi préjudiciel en validité.

Le juge de renvoi doit également vérifier la jurisprudence de la Cour afin de savoir si l'acte contesté n'a pas été déjà contrôlé. Pour cela, la juridiction nationale doit veiller à respecter « les décisions de la Cour ou du Tribunal de première instance statuant sur la légalité de l'acte communautaire ou une ordonnance de référé visant l'octroi, au niveau communautaire, de mesures provisoires similaires »⁷⁹⁷. Cette condition n'est pas sans rappeler celle imposant au juge de transmission et de renvoi des QPC de vérifier si la disposition législative attaquée n'a pas déjà été déclarée conforme aux droits et libertés que la Constitution garantit par le Conseil constitutionnel, aussi bien dans les motifs que le dispositif de l'une de ses décisions. La vérification de cette condition n'est assurément pas impossible mais elle a tout de même déjà conduit au retrait, par le juge du référé-suspension, d'un renvoi préjudiciel en interprétation qu'il avait effectué. En effet, dans l'affaire *Amédée*⁷⁹⁸, le juge du référé-suspension du tribunal administratif de Saint-Denis de la Réunion n'avait pas intégré qu'un corpus jurisprudentiel du Conseil d'État et de la Cour de justice de l'UE avait déjà solutionné le problème de compatibilité avec le droit de l'UE de dispositions législatives et réglementaires internes relatives à l'attribution de bonifications pour le calcul de la pension de retraite du requérant. Il s'était par conséquent rétracté de la saisine de la Cour de justice de l'UE qu'il avait initiée par la voie du renvoi préjudiciel.

Dans l'absolu, il n'est pas irréductiblement impossible pour un juge du référé-liberté de satisfaire ces conditions. Il convient à ce propos de souligner qu'à l'occasion d'un contentieux relatif à l'annulation d'une décision de transfert d'un demandeur d'asile, il aura suffi de cinq jours à un juge statuant seul au sein du tribunal administratif de Lille⁷⁹⁹ pour faire la démonstration de l'absence de cohérence jurisprudentielle entre les diverses juridictions nationales des États membres de l'UE. Il a de surcroît pu parvenir à l'élaboration d'une proposition d'interprétation des actes de droit de l'UE faisant l'objet du renvoi.

⁷⁹⁶ L. COUTRON, « Urgence et renvoi préjudiciel », *RAE*, 2012, n° 2, p. 389.

⁷⁹⁷ CJCE, 17 juillet 1997, *Krüger GmbH & Co. KG c. Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, C-334/95, pts. 44 et 47.

⁷⁹⁸ TA de Saint-Denis de la Réunion, ord., 25 novembre 2010, *M. Amédée*, n° 0900637.

⁷⁹⁹ TA de Lille, 1 décembre 2016, *M. Adil Hassan*, n° 1609141 et jugé par la Cour de justice : CJUE, 31 mai 2018, *Adil Hassan c. Préfet du Pas-de-Calais*, C-647/16.

Bien heureusement, il n'est plus d'actualité de traiter de la nécessité pour le juge de renvoi de prendre en compte l'effet cumulatif des mesures provisoires qu'il entend prononcer avec celles des autres juridictions des États membres⁸⁰⁰ puisqu'elle a été abandonnée⁸⁰¹ avant même l'avènement des référés administratifs d'urgence. Il est évident qu'une fois encore, cette condition aurait été totalement inappropriée et démesurée par rapport aux contraintes, notamment de temps, qui pèsent sur le juge unique du référé-liberté.

L'ensemble des conditions dont il vient d'être fait état semblent contraires au principe d'équivalence qui implique que la protection juridictionnelle provisoire prévue dans le cadre de recours fondés sur des droits tirés du droit de l'UE ne saurait être moins favorable que celle prévue dans le cadre de recours fondés sur le droit interne à l'occasion de contestations de nature semblable. Par leur nombre et la difficulté pour un juge unique de les examiner dans l'urgence, toutes ces conditions issues des arrêts *Zuckerfabrick* et *Atlanta* sont critiquables car, eu égard aux particularités et contraintes de la procédure de l'article L. 521-2 du CJA, elles rendent, en cas de mise en œuvre d'un renvoi préjudiciel, la protection provisoire des droits que les justiciables tirent du droit de l'UE moins protectrice que tout autre moyen⁸⁰². Ce régime est en effet, à bien des égards, trop contraignant. Cela résulte d'une multiplication de conditions « dissuasives »⁸⁰³ rendant les critères du droit de l'UE pour le prononcé de mesures provisoires en cas de renvoi préjudiciel en validité inadaptés à l'office du juge du référé-liberté. Il est en effet plus aisé pour ce dernier de garantir une protection juridictionnelle provisoire des libertés fondamentales lorsque des moyens soulevés devant lui ne nécessitent pas de saisir la Cour de justice de l'UE d'un renvoi préjudiciel.

346. Les carences possibles des demandes des justiciables. Si, dans le cadre de la QPC, le juge *a quo* peut, d'office, au titre des dispositions de l'ordonnance organique, prononcer des mesures provisoires, il n'en est pas toujours allé ainsi concernant le renvoi préjudiciel en droit

⁸⁰⁰ CJCE, 9 novembre 1995, *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft*, C-465/93, pt. 44 : « la juridiction nationale doit tenir compte de l'atteinte que la mesure de référé peut porter au régime juridique mis en place par ce règlement dans toute la Communauté. Il lui incombe de prendre en considération, d'une part, l'effet cumulatif provoqué, dans l'hypothèse où une multitude de juridictions adopteraient également des mesures de référé pour des motifs analogues, et, d'autre part, la spécificité de la situation du demandeur qui le différencie des autres opérateurs économiques concernés ».

⁸⁰¹ CJCE, 8 février 2000, *Emesa Sugar*, C-17/98, pts. 69 et 73.

⁸⁰² O. DE SCHUTTER « La protection juridictionnelle provisoire dans le droit de l'Union européenne et les droits fondamentaux », *CRIDHO Working Paper*, 2005, n° 8, p. 15 et s. (en ligne : cridho.uclouvain.be/) ; R. MEHDI, « Le droit communautaire et les pouvoirs du juge national de l'urgence (quelques enseignements d'une jurisprudence récente) », *RTDE*, 1996, n° 1, p. 77.

⁸⁰³ J. PAMART, *Le temps dans la procédure préjudicielle devant la Cour de justice de l'Union européenne*, Thèse dact., Université Paris 2 Panthéon-Assas, 2018, p. 306.

de l'UE. En effet pour que de telles mesures soient adoptées par le juge de renvoi, encore fallait-il qu'il soit saisi de conclusions en ce sens⁸⁰⁴. Laurent Coutron relève que la protection juridictionnelle provisoire est « rarement » mise en œuvre par le juge *a quo* à l'occasion de renvois préjudiciels en appréciation de validité⁸⁰⁵. L'auteur précise que la faute ne saurait uniquement reposer sur les épaules du juge *a quo* qui manquerait trop souvent de prononcer des mesures provisoires. Il y aurait initialement une omission des justiciables de revendiquer le bénéfice d'une protection juridictionnelle provisoire.

Cette explication reste toutefois très relative pour deux raisons. La première tient au fait qu'il est empiriquement difficile, au regard de l'ampleur de la tâche que cela impliquerait, de quantifier ce constat⁸⁰⁶. La seconde raison tient à ce que, désormais, le pouvoir du juge national de prononcer des mesures provisoires à la suite d'un renvoi préjudiciel en appréciation de validité n'est plus dépendant d'une demande en sens d'une partie au litige.

347. Le risque d'épuiser le litige par le prononcé de mesures provisoires. Tout comme elle fut avancée lorsqu'était présenté le dilemme du sursis à statuer, il y a lieu d'invoquer à nouveau la jurisprudence *Pardini* à propos du risque d'épuiser le litige que fait courir le prononcé de mesures provisoires. En effet, au titre de cet arrêt, pour être valablement appelée à statuer sur renvoi préjudiciel, la Cour de Luxembourg impose au juge des référés de ne pas avoir épuisé son office en faisant droit à une demande de mesure provisoire faite par le requérant qui le saisit⁸⁰⁷. Le risque n'est pas fictif puisque, par ordonnance, la Cour de justice peut être amenée à radier une affaire au motif que le juge national des référés a prononcé des mesures provisoires qui ont eu pour effet de vider sa saisine⁸⁰⁸. Le danger de cet écueil doit toutefois être relativisé. Il faut en effet considérer que le juge des référés doit simplement être en mesure, à la suite de l'arrêt préjudiciel, de pouvoir de nouveau se prononcer en vue de confirmer, modifier ou supprimer une mesure provisoire qu'il aurait ordonnée. Le juge du

⁸⁰⁴ CJCE, 9 novembre 1995, *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft*, C-465/93, pt. 28.

⁸⁰⁵ L. COUTRON, *La contestation incidente des actes de l'Union européenne*, Bruylant, 2007, p. 392. L'auteur avance l'exemple de l'affaire : CJCE, 15 juillet 2004, *Douwe Egberts NV c. Westrom Pharma NV and Christophe Souranis, carrying on business under the commercial name of "Etablissements FICS" and Douwe Egberts NV v FICS-World BVBA*, C-239/02.

⁸⁰⁶ Il est impossible d'accéder à l'ensemble des requêtes de requérants faites dans le cadre d'affaires ayant conduit à la mise en œuvre d'un renvoi préjudiciel en validité afin de pouvoir constater la présence ou l'absence d'une demande de mesures provisoires. En outre, les décisions des juridictions de renvoi font rarement état *in extenso* des demandes des requérants.

⁸⁰⁷ CJCE, 21 avril 1988, *Fratelli Pardini SpA c. Ministero del commercio con l'estero et Banca toscana (filiale di Lucca)*, C- 338/85, pts. 10 et 11.

⁸⁰⁸ Voir par exemple : CJCE, ord., 19 juin 1991, *Jean-Marc Bosman c. Football club de Liège SA et Union royale belge des sociétés de football association, ASBL*, C-340/90.

référé-liberté est en position de satisfaire cette condition subtile puisqu'il existe une série de voies juridictionnelles⁸⁰⁹ permettant de tirer les conséquences d'une décision rendue sur renvoi par un juge *ad quem*⁸¹⁰.

348. Si, pour l'heure, le juge du référé-liberté n'y a, en pratique, pas recours, les exceptions au sursis à statuer et la possibilité de prononcer des mesures provisoires concomitamment à la mise en œuvre d'un renvoi ont le mérite d'exister. De surcroît, elles favorisent la cohérence du mariage des renvois préalables avec la procédure du référé-liberté. Afin de compléter l'étude de la conciliation de ces deux types de voies de droit, il s'agit désormais non plus de s'intéresser à la comptabilité des conditions substantielles des procédures de renvoi avec celles du référé-liberté⁸¹¹, mais à la bonne articulation de la mise en œuvre des renvois avec les modalités procédurales de conduite d'une instance au titre de l'article L. 521-2 du CJA.

SECTION 2 : L'articulation de l'examen des renvois préalables avec la procédure du référé-liberté

349. Afin de perturber et complexifier le moins possible une procédure unanimement considérée comme simple et rapide, les procédures de renvois se doivent de limiter autant que faire se peut les lourdeurs possibles lorsqu'ils sont mis en œuvre dans la procédure du référé-liberté. Cela est d'autant plus nécessaire que cette procédure se veut efficace pour la sauvegarde immédiate des libertés fondamentales contre les agissements manifestement illégaux de l'administration. C'est d'ailleurs au regard de cette finalité que le régime procédural du référé-liberté a été conçu de manière épurée pour ne retenir que les garanties minimales des standards processuels fondamentaux. À ce titre, le régime procédural du référé-liberté met en œuvre une simplification poussée du formalisme relatif à la présentation de la requête, prévoit des règles de recevabilité souples aussi bien concernant les délais pour agir que le champ des décisions attaquables. Enfin, et sans avoir été exhaustif, la création d'une procédure de tri commune aux référés administratifs d'urgence permet le rejet sans instruction des demandes perdues

⁸⁰⁹ Voir *supra* : Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, Paragraphe 1, B), 1, b).

⁸¹⁰ Bien entendu, la Cour de justice ne doit pas avoir radié l'affaire. De même, le juge du référé-liberté ne doit pas avoir retiré son renvoi préjudiciel avant qu'il n'ait été traité.

⁸¹¹ Voir *supra* : Partie 1, Titre 1, Chapitre 1.

d'avance.

Afin de connaître l'articulation procédurale des mécanismes de renvoi préalable et du référé-liberté, il apparaît opportun d'étudier l'ordre procédural d'examen de la recevabilité des requêtes et des demandes de renvois (I) ainsi que l'organisation juridictionnelle qui doit être mise en place pour l'examen des demandes de renvoi (II).

I) L'ordre procédural d'examen de la recevabilité de la requête en référé et des demandes de renvois

350. Rejetant toute *actio popularis*, les règles constitutives des renvois préalables cantonnent leurs possibilités d'être actionnés uniquement à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction. Afin d'éviter la formation d'un renvoi « mort-né », la recevabilité interne de la requête en référé est donc primordiale. Cela suppose que l'examen des demandes de renvoi succède à celui de la recevabilité interne de la requête en référé-liberté. En conséquence, le juge administratif écarte logiquement toute demande de renvoi soulevée en l'absence d'une requête préalablement formée⁸¹². En effet, même s'il existe des hypothèses dans lesquelles le traitement des renvois devient prioritaire (B), en principe, l'examen de la recevabilité interne de la requête en référé prime sur celui des renvois (A). L'on aurait alors tendance à considérer que les conditions de la recevabilité interne d'une requête en référé-liberté s'érigent en critères « préliminaires ou supplémentaires »⁸¹³ à celles des renvois. Cela a pour conséquence qu'une ordonnance de tri peut être adoptée sans que l'examen préalable d'un renvoi ait été opéré. Il apparaît dès lors judicieux de questionner le sort d'une demande de renvoi soulevée à l'appui d'une requête en référé rejetée (C).

A) La priorité de la recevabilité interne de la requête

351. En principe, l'essence même des renvois préalables commande au juge *a quo* de s'assurer avant tout renvoi qu'il est valablement saisi. La procédure de tri prévue à l'article L. 522-3 du CJA étant commune aux référés administratifs d'urgence, nous nous référerons par

⁸¹² En matière de QPC, voir par exemple : TA Paris, 25 janvier 2011, *M. P.*, n° 1022387/6-1 ; Voir également devant le juge judiciaire : C. cass., ch. crim., 8 juillet 2010, n° 10-90.048.

⁸¹³ A. SAYEDE HUSSEIN, « La QPC devant le juge administratif des référés d'urgence (Trois ans et demi de saisines juridictionnelles inabouties) », *LPA*, 2013, n° 223, p. 10. Par cette formule, l'auteur fait expressément référence à la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité.

conséquent de manière indifférenciée à la jurisprudence du juge du référé-suspension et à celle du juge du référé-liberté. Lorsque le juge du référé-liberté entend rejeter une requête au titre de l'article L. 522-3 du CJA pour défaut d'urgence, incompétence du juge administratif ou irrecevabilité de la demande, il peut adopter une ordonnance de tri sans procéder à l'examen de la demande de renvoi. Selon les dires de l'ancien Secrétaire général du Conseil constitutionnel généralisables à l'ensemble des mécanismes de renvois : « le juge saisi doit être le juge compétent. En outre, la question étant formulée à l'occasion d'une demande, la recevabilité de celle-ci détermine celle de la question »⁸¹⁴. Même le caractère prioritaire de la question de constitutionnalité s'efface devant l'examen, par le juge administratif, de sa compétence et de la recevabilité de la requête. C'est pour cette raison que certains redoutaient, notamment pour le cas de la question de constitutionnalité, que la procédure de tri ne se transforme en un « régulateur face à un afflux des QPC »⁸¹⁵. À défaut d'« afflux », le bien-fondé de cette crainte n'aura jamais pu être vérifié, et semble en tous cas exagéré.

352. La priorité de la condition d'urgence ayant été précédemment présentée⁸¹⁶, il y a lieu de s'intéresser d'abord à celle relative à la compétence du juge du référé-liberté (1) puis à celle relative à la recevabilité des requêtes formées sur le fondement de l'article L. 521-2 du CJA (2).

1) La compétence du juge du référé-liberté

353. La compétence du juge du référé-liberté pour connaître d'une affaire est acquise dès lors que celle-ci n'est pas *manifestement* insusceptible de se rattacher à la compétence des juridictions de l'ordre administratif⁸¹⁷. Cette appréciation faiblement approfondie de sa compétence eu égard à l'objet de la demande et au cadre territorial dans lequel s'inscrit le litige apparaît donc favorable au requérant qui entend contester une loi par le biais d'un renvoi préalable.

Pour autant, toute juridiction relevant du Conseil d'État ou de la Cour de cassation devant laquelle une QPC aurait été soulevée ne saurait procéder à son examen lorsque celle-ci a été

⁸¹⁴ M. GUILLAUME, « La question prioritaire de constitutionnalité », *Justice et cassation, revue annuelle des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation*, 2010, p. 279.

⁸¹⁵ S. SLAMA, « La question prioritaire de constitutionnalité devant les juridictions administratives (1. Dépôt et instruction) », *CPDH*, 2010.

⁸¹⁶ Voir *supra* : Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, Paragraphe 1, B).

⁸¹⁷ CE, ord., 21 mai 2003, *Sté. Logirep*, n° 256160 ; CE, ord., 28 mars 2011, *Gremetz*, n° 347869.

soulevée à l'occasion d'une requête devant une juridiction incompétente⁸¹⁸. À titre anecdotique, la première QPC enregistrée au rôle du Conseil d'État fut justement rejetée parce qu'il s'est estimé incompétent pour connaître du litige dont il était saisi⁸¹⁹.

La procédure de l'article L. 521-2 du CJA ne fait pas exception à cette règle. Le juge du référé-liberté rejette en effet, par ordonnance prise au titre de la procédure de tri, toute QPC soulevée à l'appui d'une requête qui ne relève pas de la compétence du juge référé-liberté du Conseil d'État⁸²⁰ ou d'un tribunal administratif. C'est par exemple dans le cadre d'un recours fondé sur l'article L. 521-2 du CJA que le juge des référés du Conseil d'État, après s'être déclaré incompétent, a refusé de traiter la « question de la conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution de la jurisprudence issue de l'arrêt n° 01420 du 27 novembre 1952 du Tribunal des conflits, en tant qu'il distingue les actes relatifs au fonctionnement du service public de la justice relevant des juridictions judiciaires de ceux relatifs à l'organisation même du service public de la justice relevant des juridictions administratives »⁸²¹.

2) La recevabilité de la requête en référé-liberté

354. Toute demande de renvoi formulée par un requérant n'étant qu'un élément accessoire à une requête en référé-liberté et puisque les demandes de renvois sont des moyens de fond comme les autres susceptibles d'être soulevés à l'appui d'une requête en référé-liberté⁸²², leur réception par le juge n'en est pas moins subordonnée à la recevabilité des conclusions de la requête. À l'instar des considérations relatives à la compétence de la juridiction saisie, dans les recours au fond, le Conseil d'État considère qu'une requête irrecevable lui interdit de statuer sur une QPC⁸²³. De même, l'irrecevabilité d'une requête au fond portée devant un tribunal administratif ou une cour administrative d'appel interdit à ces

⁸¹⁸ Voir une QPC non examinée car soulevée à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir rejeté pour incompétence de la juridiction administrative : CE, 31 mai 2012, *Fédération de portage salarial*, n° 356833 ; Voir par exemple devant le juge judiciaire : CA Angers, 5 juin 2012, n° 12/00574.

⁸¹⁹ CE, ord., 17 mars 2010, n° 335657.

⁸²⁰ CE, ord., 16 avril 2010, *M. René Georges A*, n° 338487.

⁸²¹ CE, ord., 6 août 2012, *M. B*, n° 361542.

⁸²² Voir *supra* : Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, Paragraphe 1, B), 2).

⁸²³ Jugeant irrecevables les conclusions aux fins d'annulation d'une lettre de l'Autorité de contrôle prudentiel, le Conseil d'État estime que « par suite, et sans qu'il soit besoin pour le Conseil d'État de se prononcer sur le renvoi au Conseil constitutionnel de la [QPC] tirée de ce que les dispositions de l'article L. 612-34 du code monétaire et financier porteraient atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution, elles doivent être rejetées » : CE, 28 septembre 2011, *Société Alsas e. a.*, n° 349820. Voir également : CE, 27 mai 2015, *Syndicat de la magistrature*, n° 388705 ; CE, 19 mai 2017, n° 407896.

juridictions d'examiner une demande de transmission d'une QPC au juge administratif suprême⁸²⁴.

Le souci de créer une procédure d'extrême urgence a conduit le législateur à ne soumettre les demandes de référé-liberté qu'à des conditions de recevabilité simples et limitées. C'est ainsi que la présentation et le contenu de la requête sont restreints à leur plus simple expression. Malgré tout, l'irrecevabilité manifeste des conclusions à fin d'injonction présentées sur le fondement de l'article L. 521-3 fonde le refus du juge du référé-mesures utiles de statuer sur la demande de renvoi au Conseil constitutionnel d'une QPC soulevée devant lui⁸²⁵. De la même manière, l'irrecevabilité manifeste d'une requête en référé-liberté⁸²⁶ ainsi qu'en référé-suspension⁸²⁷ exempte le juge administratif des référés d'urgence de traiter une QPC. L'on peut ajouter que cette solution jurisprudentielle s'étend à tout juge administratif statuant seul⁸²⁸ en application de l'article R. 122-12 du CJA.

355. La QPC, à l'instar d'ailleurs des autres renvois, lorsqu'elle est soulevée devant le juge administratif des référés d'urgence, est « soumise »⁸²⁹ au régime contentieux de ces procédures. Elle peut néanmoins parfois en bouleverser le cours normal.

B) Les hypothèses de traitement prioritaire des renvois

356. Au risque de contrarier l'esprit du mécanisme de renvoi préalable, l'urgence qui caractérise les affaires soumises au juge du référé-liberté peut justifier le renversement de l'ordre procédural décrit ci-avant. La priorité de la recevabilité interne de la requête apparaît dès lors relative (1). De plus, en toute hypothèse, rien n'empêche l'examen prioritaire des renvois sur celui du caractère fondé de la requête (2).

⁸²⁴ M. GUILLAUME, « Question prioritaire de constitutionnalité », *Rep. Ctx. Admin.*, 2015, § 6, p. 4 ; M. DISANT, *Droit de la question prioritaire de constitutionnalité : cadre juridique, pratiques jurisprudentielles*, Lamy, 2011, § 111-112 ; De même, pour un exemple devant le juge judiciaire, voir : C. cass., ch. crim., 21 juin 2011, n° 10-86.242.

⁸²⁵ CE, ord., 7 mai 2013, *Syndicat des médecins d'Aix et régions (SMAER)*, n° 368313.

⁸²⁶ CE, ord., 16 juin 2010, *M^{me} Diakité*, n° 340250 ; CE, ord., 22 juillet 2011, *Syndicat des personnels territoriaux du Bas-Rhin*, n° 350822.

⁸²⁷ CE, ord., 21 octobre 2010, *Conférence nationale des résidents des unions régionales des médecins libéraux*, n° 343527 ; CE, ord., 19 novembre 2010, *Benzoni*, n° 344014 ; CE, ord., 25 août 2017, n° 413350.

⁸²⁸ CE, ord., 27 février 2013, *M. Brillault*, n° 366323.

⁸²⁹ A. ROBLOT-TROIZIER, « Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil d'État. Vers la mutation du Conseil d'État en un juge constitutionnel de la loi », *RFDA*, 2011, n° 4, p. 691.

1) La priorité relative de la recevabilité interne de la requête

357. À l'occasion des ordonnances *Diakité* et *Conférence nationale des présidents des unions régionales des médecins libéraux*, le Conseil d'État a consacré le caractère relatif de la priorité de la recevabilité interne des requêtes en référés sur l'examen d'une demande de renvoi et plus précisément sur l'examen d'une QPC soulevée par un justiciable. En effet, le juge administratif des référés d'urgence « peut en toute hypothèse, y compris lorsqu'une question prioritaire de constitutionnalité est soulevée devant lui, rejeter de telles conclusions pour irrecevabilité ou pour défaut d'urgence »⁸³⁰. Par l'emploi du verbe « pouvoir » pour la formulation de cette règle procédurale, c'est donc une certaine « latitude qui est laissée au juge administratif »⁸³¹ dans l'ordre d'examen des QPC par rapport à la recevabilité interne de la requête en référé. Ces bouleversements possibles de l'ordre procédural d'examen de ces éléments s'inscrivent dans la continuité des exceptions précédemment présentées au caractère prioritaire de la condition essentielle relative à l'urgence par rapport aux demandes de renvoi⁸³².

358. De même, la Cour de justice de l'UE laisse le champ libre au juge de renvoi pour choisir à quel « stade de la procédure » il lui semble opportun, au regard de considérations « d'économie et d'utilité procédurales », d'examiner la nécessité d'un renvoi préjudiciel et, le cas échéant, de mettre en œuvre un tel mécanisme⁸³³. La demande de renvoi préjudiciel à la Cour pourrait tout aussi bien être traitée au stade la procédure de tri - puisque la tenue préalable d'un débat contradictoire n'est pas une condition de recevabilité des renvois préjudiciels⁸³⁴ - qu'à celui de l'examen des conditions du référé-liberté. C'est en effet à la juridiction nationale que revient le soin de déterminer à quel stade de la procédure il est le plus approprié de saisir la Cour luxembourgeoise d'un renvoi préjudiciel⁸³⁵.

Cette souplesse procédurale est à rapprocher de celle qui a cours devant le juge des référés de

⁸³⁰ Nous soulignons.

⁸³¹ A. ROBLOT-TROIZIER, « Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil d'État. Vers la mutation du Conseil d'État en un juge constitutionnel de la loi », *op. cit.*, p. 691.

⁸³² Voir *supra* : Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, paragraphe I.

⁸³³ CJCE, 10 mars 1981, *Irish Creamery Milk Suppliers Association c. Irlande*, aff. jtes. C-36/80 et 71/80, pts. 7-9 ; CJCE, 10 juillet 1984, *Campus Oil Limited c. Ministre pour l'Industrie et l'Énergie*, C-72/83, pt. 10 ; CJCE, 7 janvier 2004, X, C-60/02, pt. 28.

⁸³⁴ La Cour ajoute toutefois qu'il peut « s'avérer de l'intérêt d'une bonne justice que la question préjudicielle ne soit posée qu'à la suite d'un débat contradictoire » : CJCE, 15 décembre 1993, *Ligur Carni e. a.*, aff. jtes. C-277/91 et s., pt. 16. Une ordonnance de tri peut être rendue par le juge administratif des référés d'urgence sans la tenue préalable d'un échange contradictoire.

⁸³⁵ CJUE, *Recommandations à l'attention des juridictions nationales, relatives à l'introduction de procédures préjudicielles*, JOUE 2018/C 257/01, 20 juillet 2018, pt. 12.

la Cour de justice de l'UE qui dispose également d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer l'ordre d'examen des conditions de fond permettant l'octroi d'une mesure provisoire⁸³⁶.

359. Lorsque cela apparaît nécessaire au regard de l'exigence de bonne administration de la justice, et afin de gagner du temps, il est possible que le juge du référé-liberté procède directement à l'examen de la nécessité de procéder à un renvoi et y fasse droit, le cas échéant, puis se prononce dans un deuxième temps sur sa compétence (a) ou sur la recevabilité de la requête dont il est saisi (b) lorsque celles-ci ne sont pas manifestement acquises.

a) L'examen prioritaire des renvois sur la compétence du juge du référé-liberté

360. Saisi à tort d'un litige qui relève d'une autre juridiction administrative, le Conseil d'État peut, en dépit de son incompétence, se prononcer sur une QPC et, si les conditions sont réunies, la renvoyer au Conseil constitutionnel. Il procédera, dans un second temps, au renvoi de l'affaire à la juridiction administrative légalement compétente⁸³⁷. Aucune raison ne semble empêcher que cette jurisprudence s'applique en référé-liberté et à toute autre demande de mise en œuvre d'un renvoi préalable. De même, le fait pour le Conseil d'État de recevoir une QPC transmise par une juridiction administrative inférieure qui n'aurait pas relevé son incompétence territoriale, n'empêche pas la juridiction administrative suprême de statuer sur le renvoi au Conseil constitutionnel de la QPC⁸³⁸. Dans cette lignée jurisprudentielle, il n'est pas inconcevable de voir le juge du référé-liberté du Conseil d'État juger du renvoi d'une QPC au Conseil constitutionnel qui aurait été transmise par un juge du référé-liberté statuant au sein d'un tribunal administratif en dépit de son incompétence.

b) L'examen prioritaire des renvois sur la recevabilité de la

⁸³⁶ « Dans le cadre de cet examen d'ensemble, le juge des référés dispose d'un large pouvoir d'appréciation et reste libre de déterminer, au regard des particularités de l'espèce, la manière dont ces différentes conditions doivent être vérifiées ainsi que l'ordre de cet examen, dès lors qu'aucune règle de droit ne lui impose un schéma d'analyse préétabli pour apprécier la nécessité de statuer provisoirement » : CJCE, ord., 19 juillet 1995, *Commission c. Atlantic Container Line e. a.*, C-149/95 P(R), *Rec.* p. I-2165, pt. 23 ; CJCE, ord., 3 avril 2007, *Vischim c. Commission*, C-459/06 P(R), pt. 25 ; TUE, ord., 11 mars 2013, *Pilkington Group Ltd c. Commission européenne*, T-462/12 R, pt. 23.

⁸³⁷ CE, 29 avril 2013, *Bosc*, n° 364240.

⁸³⁸ CE, 9 juillet 2012, *SAS Bineau Agri Service*, n° 359478.

361. Les motifs invocables à l'appui du traitement prioritaire des renvois sur l'examen de la recevabilité des requêtes en référé. Le principe ne survivant jamais longtemps sans son exception, le Conseil d'État est venu, le 21 novembre 2014⁸³⁹, tempérer la règle de l'examen prioritaire de la recevabilité des recours au fond sur l'examen des QPC. En effet, une poignée d'affaires⁸⁴⁰ a pu conduire le juge administratif à décider d'examiner une QPC soulevée quand bien même la requête serait potentiellement déclarée irrecevable. Cet arrêt a pu laisser penser que l'examen de la recevabilité de la demande au principal peut discrétionnairement être reporté par le juge après que la QPC a été examinée. Il n'en est rien puisqu'au vu du contexte contentieux de cette affaire, l'exception qui semble être consacrée n'en est en réalité pas une et ne revêt pas la portée d'un revirement de jurisprudence. Il s'agit d'une décision d'espèce dans laquelle seules des considérations d'opportunité et de pragmatisme ont guidé prioritairement le juge vers la QPC plutôt que vers l'examen de la recevabilité des conclusions de la demande⁸⁴¹. C'est à l'occasion d'une requête de la société Mutuelle des Transports Assurances tendant à l'annulation d'un acte de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, que le Conseil d'État, saisi en premier et dernier ressort, a pu énoncer qu'il « n'est pas tenu, lorsqu'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 »⁸⁴². L'application de cette jurisprudence a pu être considérée comme étant confinée au juge statuant au fond du Conseil d'État. Cette faculté serait laissée à sa libre appréciation lorsqu'il est confronté à une difficulté relative à la recevabilité de la requête principale⁸⁴³. Cette jurisprudence peut-elle s'appliquer à la procédure du référé-liberté ? Il semble qu'il faille répondre affirmativement à cette question. En effet, il y a lieu de considérer que le juge du référé-liberté est parfaitement légitime à faire précéder l'examen d'un renvoi sur celui de la recevabilité de la requête. Puisqu'il ne peut rejeter que des requêtes qui apparaissent

⁸³⁹ CE, 21 novembre 2014, *Société Mutuelle des Transports Assurances*, n° 384353.

⁸⁴⁰ Voir également : CE, 15 mars 2017, *Association des contribuables repentis*, n° 395221 ; CE, 27 mai 2015, *Syndicat de la magistrature*, n° 388705.

⁸⁴¹ M. CHRISTELLE, « Des effets du caractère prioritaire de la QPC », *AJDA*, 2015, n° 6, p. 348.

⁸⁴² CE, 21 novembre 2014, *Société Mutuelle des Transports Assurances*, n° 384353, consid. 2. De manière implicite, voir la première manifestation de cette possibilité de traiter une QPC prioritairement à la recevabilité du recours : CAA Nantes, 29 juin 2012, n° 11NT00712.

⁸⁴³ P. COSSALTER, « Pas une révolution, une évolution : le Conseil d'Etat peut ne pas se prononcer sur la recevabilité d'une requête à l'occasion de laquelle est soulevée une question prioritaire de constitutionnalité (QPC). Note sous CE, SSR., 21 novembre 2014, *Société Mutuelle des Transports Assurances*, requête n° 384353 », *Revue générale du droit*, 2014, n° 18498 (en ligne : www.revuegeneraledudroit.eu/?p=18498).

manifestement irrecevables, il est conforme à l'office du juge du référé-liberté qu'il ne se prononce pas sur une difficulté relative à la recevabilité de la requête. De plus, il a aussi été soutenu que certaines circonstances tenant à la confrontation des délais de certaines procédures contentieuses avec celle de la QPC⁸⁴⁴ ou que des situations urgentes⁸⁴⁵ puissent permettre au juge saisi de traiter une QPC avant même de se prononcer sur la recevabilité de la requête au principal. L'exigence de juger rapidement ou en urgence une requête du fait de règles de procédure ou du contexte urgent d'un litige pourrait être de nature à prioriser l'examen d'une demande de mise en œuvre d'un renvoi sur celui de la recevabilité de la requête. Si tel était le cas, cette proposition aurait tout lieu de s'appliquer au référé-liberté. C'est en ce sens que le rapporteur public Aurélie Bretonneau a pu inviter le Conseil d'État à traiter une QPC avant même la recevabilité d'un recours lorsque l'examen de la recevabilité ne pouvait se réaliser dans le délai de trois mois imparti au juge suprême pour renvoyer ou rejeter une QPC⁸⁴⁶. Dans un registre moins procédural, le renvoi d'une QPC avant l'examen de la recevabilité des recours paraît vraisemblablement être motivé par la forte présomption d'inconstitutionnalité des lois⁸⁴⁷ et le souhait du Conseil d'État de voir les dispositions législatives contestées être contrôlées par le Conseil constitutionnel⁸⁴⁸.

362. Selon cette même idée, sans avoir reçu de réponse explicite du Conseil d'État, le Commissaire du Gouvernement, Sophie Boissard, avait justement pu lui suggérer de ne pas rejeter une demande d'avis contentieux formulée par une juridiction subordonnée qui, confrontée à une situation d'urgence, n'a pas su relever l'irrecevabilité au fond de la requête dont elle était saisie⁸⁴⁹.

⁸⁴⁴ M. DISANT, *Droit de la question prioritaire de constitutionnalité : cadre juridique, pratiques jurisprudentielles*, Lamy, 2011.

⁸⁴⁵ M. CHRISTELLE, « Des effets du caractère prioritaire de la QPC », *AJDA*, 2015, n° 6, p. 348.

⁸⁴⁶ A. BRETONNEAU, « L'intérêt à agir d'un syndicat professionnel ne dépend pas de ses statuts. Concl. sous CE, 27 mai 2015, *Syndicat de la magistrature*, n° 388705 », *AJDA*, 2015, n° 27, p. 1543. Pour que l'examen de la QPC intervienne avant celui de la recevabilité du recours, le rapporteur public précise que le recours doit être « apparemment recevable en l'état de l'instruction ».

⁸⁴⁷ À l'exception d'une seule décision (CE, 15 mars 2017, *Association des contribuables repentis*, n° 395221), toutes les QPC renvoyées en dépit de l'examen de la recevabilité du recours se sont soldées par une décision d'inconstitutionnalité ou une réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel.

⁸⁴⁸ P. MARCANTONI, « Le non-examen de la recevabilité du recours principal ou la priorité renforcée de la QPC », *Constitution*, 2017, n° 4, p. 569.

⁸⁴⁹ S. BOISSARD, Concl. sous CE, avis, 7 juillet 2000, *Clinique chirurgicale du Coudon*, n° 199324, pp. 7-8. Cette analyse est rapportée par : F. BRENET et A. CLAEYES, « La procédure de saisine pour avis du Conseil d'État : pratique contentieuse et influence du droit positif », *RFDA*, 2002, n° 3, p. 525.

363. L'examen prioritaire des QPC sur celui de la recevabilité des pourvois en cassation contre une ordonnance du juge administratif des référés d'urgence. Aux termes de l'article 23-5 alinéa 1 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, une QPC peut être soulevée, « y compris pour la première fois en cassation, à l'occasion d'une instance devant le Conseil d'État ». L'article L. 822-1 du CJA prévoit que le pourvoi en cassation contre une ordonnance du juge administratif des référés d'urgence « fait l'objet d'une procédure préalable d'admission. L'admission est refusée par décision juridictionnelle si le pourvoi est [notamment] irrecevable ». Il n'empêche, aux termes de l'article R*. 771-17 du CJA, l'irrecevabilité du pourvoi en cassation n'interdit pas au juge administratif suprême d'examiner une QPC soulevée. Il est en effet prévu, par cette disposition, que « lorsqu'une question prioritaire de constitutionnalité est posée à l'appui d'un pourvoi en cassation, le Conseil d'État se prononce sur le renvoi de cette question au Conseil constitutionnel sans être tenu de statuer au préalable sur l'admission du pourvoi ». En pratique, l'examen de la QPC est effectivement examiné par le Conseil d'État de manière prioritaire par rapport à la recevabilité des pourvois contre des ordonnances du juge administratif des référés d'urgence⁸⁵⁰.

2) La priorité des renvois sur l'examen du caractère mal fondé de la requête

364. Au stade de la procédure de tri, le dispositif prévu à l'article L. 522-3 du CJA prévoit, en dernier lieu, la possibilité de rejeter la requête en référé par une ordonnance dans le cas où elle est manifestement infondée. Mais, si le recours n'a pas été écarté pour défaut d'urgence, irrecevabilité ou incompétence, le juge ne peut se prononcer sur le caractère fondé du recours sans avoir préalablement procédé à l'examen de la QPC. En effet, dans une ordonnance du 16 janvier 2015, le Conseil d'État énonce que « si le juge des référés envisage de rejeter la demande en vertu de l'article L. 522-3 au motif qu'il apparaît manifeste qu'elle est mal fondée, il lui appartient dans cette hypothèse de se prononcer sur l'ensemble des moyens soulevés devant lui, y compris celui tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution »⁸⁵¹. Dans cette affaire, la Haute juridiction administrative a infirmé

⁸⁵⁰ En référé-liberté : CE, 3^e et 8^e SSR, 7 mars 2012, *M. Antoine A.*, n° 355009 ; CE, 1^{ère} et 4^e CR, 2 octobre 2019, *Société Auchan Hypermarché*, n° 432388 ; En référé-suspension : CE, 6^e SS, 22 février 2012, *M^{me} B.*, n° 354287.

⁸⁵¹ CE, 6^e et 1^{ère} SSR, 16 janvier 2015, *Mme Léhuédé*, n° 374070, consid. 3 ; M.-C. DE MONTECLER, « Office du juge des référés saisi d'une QPC. CE, 16 janv. 2015, n°374070 », *Dall. actu.*, 22 janvier 2015 ;

l'ordonnance de tri du juge de première instance rejetant la requête qui lui était soumise au regard de son caractère manifestement infondé, au motif que le juge du référé-liberté n'avait pas procédé à l'examen de la QPC soulevée par le justiciable⁸⁵². En d'autres termes, le défaut d'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale n'exempte pas le juge du référé-liberté d'examiner une QPC préalablement au rendu d'une ordonnance de tri.

365. Il est toutefois avéré qu'il ressort sporadiquement de la pratique jurisprudentielle du juge du référé-suspension une confusion faite, notamment, entre la recevabilité et le bien-fondé de la requête ainsi qu'entre l'urgence et le doute sérieux quant à la légalité de l'acte⁸⁵³. Cette même confusion n'est toutefois pas établie dans le cadre de la procédure de référé-liberté. Quoiqu'il en soit, si tel était le cas, l'existence d'une telle incohésion dans l'application de la procédure de tri affaiblirait les chances du justiciable de voir sa QPC examinée par le juge. En effet, si le juge considère qu'une requête est irrecevable alors qu'elle est en réalité mal fondée, son rejet par la procédure de tri sur ce motif permet au juge du référé-liberté de ne pas se prononcer sur une QPC soulevée.

366. L'examen des renvois précède celui des « moyens sérieux » soulevés à l'appui des pourvois en cassation contre les ordonnances de tri. S'ils priment sur l'examen du caractère mal fondé des requêtes en référé-liberté, les renvois préalables jouissent de ce même privilège au détriment de l'examen des « moyens sérieux » soulevés à l'appui des pourvois en cassation contre les ordonnances de tri. En effet, aux termes de l'article L. 822-1 du CJA, le pourvoi en cassation contre une ordonnance du juge administratif des référés d'urgence « fait l'objet d'une procédure préalable d'admission » et peut se voir refuser s'il « n'est fondé sur aucun moyen sérieux ». Chaque QPC soulevée devant le Conseil d'État à l'appui d'un pourvoi contre une ordonnance de tri doit donc être examinée prioritairement à tout autre moyen⁸⁵⁴.

A. BRETONNEAU et X. DOMINO, « Recevabilité d'une QPC devant le juge du référé-liberté. Note sous CE, 6^e et 1^{ère} SSR, 16 janvier 2015, *Mme Léhuédé*, n° 374070 », *Gaz. Pal.*, 2015, n° 178, p. 14.

S. DEYGAS, « Référé-liberté et QPC », *Procédures*, 2015, n° 3, comm. 103.

⁸⁵² TA Nantes, ord., 30 octobre 2013, n° 1308311.

⁸⁵³ A. SAYEDE HUSSEIN, *Le juge administratif, juge du référé suspension. Douze ans de mutations juridictionnelles et jurisprudentielles*, PUAM, 2014, p. 142 et s. Monsieur Assem Sayede Hussein relève par ailleurs dans sa thèse de doctorat que le juge du référé-suspension n'a pas su se saisir de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité pour mettre fin aux ambiguïtés du mécanisme de filtrage des recours de l'article L. 522-3 du CJA.

⁸⁵⁴ QPC soulevées à l'appui d'un pourvoi contre une ordonnance de tri du juge du référé-liberté : CE, 10^e et 9^e SSR, 10 juillet 2015, n° 390642 ; CE, ord., 16 janvier 2017, *M. A.*, n° 406614. QPC soulevée à l'appui d'un pourvoi contre une ordonnance de tri du juge du référé-suspension : CE, 2^e et 7^e CR, 6 juillet 2016, n° 398371 ; CE, 4^e et 1^{ère} CR, 7 mars 2019, n° 425779.

C) Le sort de la demande de renvoi après le rejet de la requête en référé

367. Le régime général de contestation des décisions de rejet des renvois. Finalement, il est tout à fait possible que le juge du référé-liberté fasse droit à une demande de renvoi tout en rejetant la requête dont il est saisi. Mais il est aussi tout à fait possible qu'une demande de renvoi, et spécialement d'une QPC, régulièrement soulevée à l'occasion d'une requête soit rejetée pour défaut d'urgence, de recevabilité de cette dernière ou de compétence de la juridiction saisie. Sur ce dernier point, il y a lieu de se demander quel sort est réservé à une telle demande de renvoi qui s'est vue écartée pour ces motifs. Spécialement en matière de QPC, cette problématique n'est pas sans intérêt pour le justiciable qui souhaite contester le refus de transmission au juge administratif suprême du moyen tiré de la contrariété d'une disposition législative aux droits et libertés que la Constitution garantit. Dans ce cas, le requérant débouté d'une QPC soulevée devant le juge du référé-liberté ne peut s'écarter de la procédure prévue aux articles 23-2 *in fine* de l'ordonnance du 7 novembre 1958⁸⁵⁵ et R.* 771-16 alinéas 1⁸⁵⁶ et 2⁸⁵⁷ du CJA lorsqu'il entend contester le refus de transmission de ladite QPC devant le Conseil d'État⁸⁵⁸. Ces dispositions imposent, entre autres conditions formelles, de déposer un recours contre la décision qui règle le litige, dans le respect des délais contentieux, pour contester un refus de transmission d'une QPC. Il convient en effet de se reporter aux dispositions précitées pour connaître des modalités de la contestation d'un refus de transmission. Évidemment, cette contestation doit intervenir, à l'appui d'un appel ou d'un pourvoi en cassation, avant l'expiration des délais de recours contentieux dans un mémoire distinct et motivé, intégrant une copie de l'ordonnance de refus de transmission⁸⁵⁹. Aux termes des dispositions précitées, le Conseil d'État déclare d'ailleurs irrecevable une QPC soulevée devant lui qui serait identique à celle

⁸⁵⁵ Article 23-2 *in fine* de l'ordonnance du 7 novembre 1958 : « Le refus de transmettre la question ne peut être contesté qu'à l'occasion d'un recours contre la décision réglant tout ou partie du litige ».

⁸⁵⁶ Article R.* 771-16 alinéa 1 : « Lorsque l'une des parties entend contester devant le Conseil d'Etat, à l'appui d'un appel ou d'un pourvoi en cassation formé contre la décision qui règle tout ou partie du litige, le refus de transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité précédemment opposé, il lui appartient, à peine d'irrecevabilité, de présenter cette contestation avant l'expiration du délai de recours dans un mémoire distinct et motivé, accompagné d'une copie de la décision de refus de transmission ».

⁸⁵⁷ Article R.* 771-16 alinéa 2 : « La contestation du refus de transmission par la voie du recours incident doit, de même, faire l'objet d'un mémoire distinct et motivé, accompagné d'une copie de la décision de refus de transmission ».

⁸⁵⁸ CE, 6^e et 1^{ère} SSR, 29 avril 2013, *Agiopan*, n° 366058 ; S. DEYGAS, « Le juge des référés administratif et la QPC », *Procédures*, n° 7, Juillet 2013, comm. 226. ; L. ERSTEIN, « La QPC dans le référé suspension », *JCP ADP*, 2013, n° 21, act. 436

⁸⁵⁹ CE, 1^{er} février 2011, *SARL Prototype Technique Industrie (PROTOTECH)*, n° 342536.

ayant fait l'objet d'un refus de transmission devant une cour administrative d'appel⁸⁶⁰ ou en cassation⁸⁶¹. Il est toutefois possible, devant la cour suprême administrative, de poser la même QPC dirigée contre les mêmes dispositions législatives en soulevant des moyens nouveaux. Le juge des référés du Conseil d'État statue alors uniquement sur les nouveaux moyens soulevés à l'appui de la QPC⁸⁶².

368. Le régime spécifique de contestation des ordonnances de tri portant rejet d'un renvoi. Peu favorable à leur examen, la jurisprudence s'est peu à peu retournée dans le sens d'une meilleure réception des QPC dont la requête en référé à l'appui de laquelle elles ont été soulevées s'est vue rejetée. Initialement, mais non moins contestablement, le rejet par ordonnance de tri des conclusions d'un requérant au motif de leur irrecevabilité ou pour défaut d'urgence, emportait le refus du juge des référés d'examiner la demande de renvoi au Conseil constitutionnel d'une QPC⁸⁶³. Cette conséquence abrupte et automatique du rejet d'une requête sur l'absence d'examen d'une QPC a par la suite été « adouci » dans une ordonnance du 29 avril 2013⁸⁶⁴. Le Conseil d'État énonce à cette occasion que, dans cette situation, le juge doit être réputé avoir refusé de transmettre la QPC soulevée à l'occasion du litige dont il est saisi. Et ce, même si le refus de transmission n'est pas explicitement mentionné, c'est-à-dire même si le refus de transmission de la QPC est la conséquence nécessaire mais implicite du rejet de la requête pour défaut d'urgence, de compétence ou de recevabilité⁸⁶⁵. Au vu de ce qui précède, le requérant peut donc, s'il souhaite contester le refus de transmission, soulever une nouvelle QPC différente de celle faisant l'objet du refus.

369. Il existe un moyen supplémentaire, au demeurant peu compatible avec le caractère urgent des atteintes aux libertés fondamentales portées devant le juge du référé-liberté, pour contester un refus de transmission d'un renvoi et spécialement d'une QPC. La décision du juge du référé-liberté de ne pas procéder à la transmission ou au renvoi d'une QPC au Conseil constitutionnel ne fait pas obstacle à ce que, dans l'éventualité d'une requête déposée devant le juge statuant au fond de l'affaire, ce dernier décide de transmettre ou renvoyer la même QPC

⁸⁶⁰ *Ibid.*

⁸⁶¹ CE, 6^e et 1^{ère} SSR, 29 avril 2013, *Agiopan*, n° 366058.

⁸⁶² CE, 1^{er} février 2012, *Région Centre*, n° 351795.

⁸⁶³ CE, ord., 19 novembre 2010, *Benzoni*, n° 344014.

⁸⁶⁴ CE, 6^e et 1^{ère} SSR, 29 avril 2013, *Agiopan*, n° 366058.

⁸⁶⁵ S. DEYGAS, « Le juge des référés administratif et la QPC », *Procédures*, 2013, n° 7, comm. 226.

si elle est de nouveau soulevée⁸⁶⁶. Un même requérant peut donc soulever la même QPC qui a été rejetée à l'occasion d'une instance en référé-liberté lors d'un recours au fond ultérieur⁸⁶⁷. Cette faculté n'est toutefois pas satisfaisante en soi puisqu'elle n'est pas de nature à permettre le traitement urgent de la contestation d'un refus de renvoi issu d'une ordonnance de tri du juge du référé-liberté. Cette solution semble atypique mais demeure conforme à l'absence d'autorité de chose jugée des décisions du juge du référé-liberté. Le Conseil d'État avait en effet précédemment jugé qu'une décision par laquelle un juge statuant au fond décide de ne pas transmettre ou de renvoyer une QPC était revêtue de l'autorité relative de chose jugée s'il y avait identité d'objet et de cause, c'est-à-dire si les deux QPC contestaient la même disposition législative par rapport à ou aux mêmes droits et libertés que la Constitution garantit⁸⁶⁸. Cet obstacle à la possibilité de soulever une même QPC s'applique même si l'argumentation juridique au soutien de la démonstration du caractère sérieux ou nouveau de la QPC était différente. Or, eu égard au caractère provisoire des décisions du juge de l'article L. 521-2 du CJA, celles-ci ne bénéficient pas de l'autorité de chose jugée⁸⁶⁹. En effet, pas plus que les moyens ordinaires, les décisions prises par le juge des référés relatives aux demandes de renvoi préalable ne lient pas le juge statuant au fond.

II) L'organisation juridictionnelle de l'examen des renvois

370. La notion d'« organisation juridictionnelle ». En faisant référence à l'« organisation juridictionnelle » de l'examen des renvois dans le cadre de la procédure du référé-liberté, nous ne nous reportons ni à l'office, ni aux pouvoirs, ni aux compétences du juge du référé-liberté en matière de connaissance des renvois préalables. Nous renvoyons par cette formule aux règles procédurales d'organisation formelle de l'examen des renvois préalables.

371. Au vu de l'extrême urgence qui caractérise la procédure prévue à l'article L. 521-2 du CJA, il semble intéressant de se pencher, au titre de l'étude de l'organisation juridictionnelle de l'examen des demandes de renvoi, sur la question des délais de traitement des renvois par le

⁸⁶⁶ CE, 3 octobre 2016, *Galaoui*, n° 397744 ; A. BRETONNEAU et X. DOMINO, « Recevabilité d'une QPC devant le juge des référés suspension. Note sous CE, ord., 22 juillet 2016, *Schreuer*, n° 400913 et CE, 3 octobre 2016, *M. G.*, n° 397744 », *Gaz. Pal.*, 2016, n° 43, p. 40.

⁸⁶⁷ CE, 10 décembre 2010, *Conférence nationale des présidents des unions régionales de médecins libéraux*, n° 342148.

⁸⁶⁸ CE, 3 février 2012, *Bessis et Syndicat professionnel dentistes solidaires et indépendants*, n° 354068.

⁸⁶⁹ CE, 5 novembre 2003, *Association convention vie et nature pour une écologie radicale*, n° 259339.

juge du référé-liberté (A) ainsi que sur celle de la formation de jugement chargée d'en connaître (B).

A) Les délais de traitement des renvois

372. Qu'il soit appelé à statuer en première instance, en appel ou en cassation, le juge du référé-liberté doit toujours se conformer à l'article L. 521-2 du CJA prévoyant qu'il « statue dans un délai de 48 heures ». Même lorsqu'un renvoi intervient dans le cadre d'une procédure d'urgence, les délais impartis au juge pour traiter la demande de renvoi (1) et ceux laissés à la contradiction entre les parties (2) demeurent théoriquement enserrés dans les limites temporelles de cette procédure.

1) Les délais d'examen des renvois impartis au juge du référé-liberté

373. Aucune règle ne prévoit de délai dans lequel le juge du référé-liberté devrait statuer sur une éventuelle demande d'un requérant de mise en œuvre d'un renvoi aux cours européennes ou au Conseil d'État. En tout état de cause, l'examen d'une telle demande doit intervenir, de la même manière que pour tout moyen soulevé devant le juge du référé-liberté, dans les quarante-huit heures qui suivent sa saisine. En imposant ce délai de jugement, l'article L. 521-2 du CJA ne formule aucune distinction selon le nombre, ni la nature des moyens soulevés dans une requête en référé-liberté. Une demande de renvoi étant un moyen parmi d'autres, elle doit être examinée avec une particulière célérité.

Questionner la compatibilité des délais de filtrage d'une QPC avec celui prévu à l'article L. 521-2 du CJA est légitime à au moins deux titres. Il y a tout d'abord lieu de craindre que les délais prévus pour la transmission puis le renvoi des QPC et ceux pour statuer sur un référé-liberté soient de prime abord « inconciliables »⁸⁷⁰. Partant, il faut en plus considérer que la durée de l'instance devant le juge du référé-liberté pour la mise en œuvre de ce filtrage est un élément pris en compte par la Cour EDH dans l'examen de l'intégralité du délai d'une procédure pour le règlement d'un litige⁸⁷¹.

⁸⁷⁰ B. FAURE, « RÉFÉRÉ. – Juge administratif des référés statuant en urgence. – Référé-liberté », *Juris. Class. Justice administrative*, 2016, Fasc. 51, pt. 59.

⁸⁷¹ Sur ce dernier point, voir notamment : F. SUDRE, « Question préjudicielle de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'Homme », *RDP*, 2009, n° 3, p. 680. Voir également : J.-F. FLAUSS, « Les Cours constitutionnelles et la règle du délai raisonnable : le contrôle de la Cour européenne des droits de l'Homme », *in Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, p. 1263.

Une ultime précision doit être apportée : la « priorité » de la QPC n'impose pas un traitement urgent de la part du juge devant lequel elle est soulevée ; il s'agit simplement d'une priorité d'examen par rapport aux autres moyens présentés.

Parce qu'elle est donc la seule procédure à prévoir des délais de jugement, nous restreindrons nos développements à l'examen des délais de transmission des QPC par le juge du référé-liberté des tribunaux administratifs (a) et ceux de renvoi des QPC par celui du Conseil d'État (b).

a) Le délai de transmission des QPC par le juge du référé-liberté des tribunaux administratifs

374. Aux termes des règles organiques, la décision des juges « inférieurs » de transmettre une QPC au juge administratif suprême doit intervenir « sans délai »⁸⁷². Le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de préciser par une réserve d'interprétation que cette formule signifie que le juge doit se prononcer « dans le plus bref délai »⁸⁷³. Le commentaire institutionnel de cette même décision évoque pour sa part qu'il s'agit pour le juge de transmission d'examiner la QPC « le plus vite possible »⁸⁷⁴. Cette recommandation de statuer dans les meilleurs délais ne saurait toutefois être assimilée à une exigence de traitement « en urgence » des QPC. Pour autant, si cette obligation faite au juge de transmission des QPC de statuer « sans délai » ne coïncide pas parfaitement avec le délai de 48 heures du référé-liberté, on peut concéder qu'elle n'est pas totalement éloignée d'une exigence d'urgence au vu de la manière dont elle doit être interprétée.

Notons, en dernier lieu, que si la demande de transmission est accordée, celle-ci est adressée au Conseil d'État « dans les huit jours de son prononcé »⁸⁷⁵.

375. Lorsque l'introduction de cette obligation faite au juge d'examiner « sans délai » la nécessité de transmettre une QPC était en discussion au Parlement, le professeur Paul Cassia a émis l'idée de créer une procédure spécifique pour les QPC soulevées devant le juge

⁸⁷² Article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

⁸⁷³ CC, décision n° 2009-595 DC, 3 décembre 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, consid. 8 ; Concernant une disposition législative prévoyant que le premier président de la cour d'appel ou son délégué doit se prononcer « sans délai » sur une demande d'effet suspensif de l'appel émanant du procureur de la République : CC, décision n° 2003-484 DC, 20 novembre 2003, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, consid. 77.

⁸⁷⁴ CC, « Commentaire de la décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution* ».

⁸⁷⁵ Article 23-2 alinéas 1 et 6 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

administratif des référés d'urgence. Cette procédure avait pour intérêt d'enjoindre au juge du premier filtre de transmettre les QPC au juge suprême dans « un délai de quelques jours »⁸⁷⁶. Cette proposition peut paraître intéressante au regard du fait qu'un justiciable ne peut pas contester un jugement dans lequel il estime que le juge du premier filtrage aurait statué sur une QPC soulevée dans un délai excessif⁸⁷⁷. Il est toutefois difficile de croire que l'imposition d'un délai déterminé strict soit une bonne solution pour articuler au mieux la procédure de la QPC et celle de l'article L. 521-2 du CJA. Pour s'épanouir et atteindre son objectif d'efficacité, le référé-liberté a besoin de souplesse. C'est notamment ce qui justifie que le délai de jugement de quarante-huit heures prévu à l'article L. 521-2 du CJA n'est pas prescrit à peine de nullité. La pratique illustre d'ailleurs la capacité du juge du référé-liberté de traiter une QPC soulevée 24 heures plus tôt⁸⁷⁸. Le juge du référé-suspension a quant à lui fait preuve de son aptitude à examiner et transmettre en trois jours deux QPC soulevées devant son prétoire⁸⁷⁹. Dix jours auront été nécessaires au rendu d'une décision de refus de transmettre une QPC dans le cadre d'un référé-déféré préfectoral⁸⁸⁰. Notons enfin qu'il aura suffi de seulement cinq jours pour un juge unique statuant au sein du tribunal administratif de Lille dans une procédure d'urgence pour saisir la Cour de justice de l'UE d'un renvoi préjudiciel⁸⁸¹. Tous ces exemples attestent de la sensibilité et de la capacité du juge de filtrage d'un tribunal administratif à examiner en urgence une demande de renvoi⁸⁸².

b) Le délai de renvoi des QPC par le juge du référé-liberté du Conseil d'État

376. En théorie, les délais d'examen des QPC par le Conseil d'État sont évidemment

⁸⁷⁶ P. CASSIA, « Audition », in J.-L. WARSMANN, *Rapport relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, Assemblée Nationale, septembre 2009, n° 1898, p. 154.

⁸⁷⁷ CE, 6 mai 2019, *M. B. A.*, n° 408517.

⁸⁷⁸ TA de Versailles, ord., 22 novembre 2017, *Association communauté musulmane de la cité des Indes*, n° 1708063.

⁸⁷⁹ TA de Paris, ord., 24 décembre 2015, *Commune de Combs-la-Ville*, n° 1520746.

⁸⁸⁰ TA de Cergy-Pontoise, ord., 24 juin 2014, *Préfet des Hauts-de-Seine*, n° 1405333.

⁸⁸¹ TA de Lille, 1 décembre 2016, *M. Adil Hassan*, n° 1609141 et jugé par la Cour de justice : CJUE, 31 mai 2018, *Adil Hassan c. Préfet du Pas-de-Calais*, C-647/16.

⁸⁸² Un exemple tiré du contentieux belge des étrangers atteste de la capacité d'un juge de l'urgence de procéder simultanément à deux renvois. Dans le cadre d'un recours d'extrême urgence en suspension d'une mesure d'éloignement ou de refoulement d'un étranger dont l'exécution est imminente, le Conseil du contentieux des étrangers a pu dans le même temps renvoyer une question de constitutionnalité à la Cour constitutionnelle et un renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne : CCE, ass. gén., 8 décembre 2016, n° 179.108. Voir : L. LEBOEUF, « Visa humanitaire et recours en suspension d'extrême urgence. Le Conseil du contentieux des étrangers interroge la Cour constitutionnelle et la Cour de justice de l'Union européenne », *Newlsetter EDEM*, 2016, pp. 3-11.

incompatibles avec la procédure du référé-liberté. Sans exception, les règles organiques prévoient un délai d'examen des QPC par le Conseil d'État de trois mois⁸⁸³. Au moment de présenter le projet de cette disposition, le Gouvernement soutenait pourtant dans l'exposé des motifs du projet de loi organique d'application de l'article 61-1 de la Constitution que « les délais d'examen de la question de constitutionnalité par le Conseil d'État [...], *ne sont pas compatibles* avec certaines règles de procédure qui imposent que le juge statue dans un délai déterminé. Il en va ainsi, par exemple, [...], devant le juge administratif, dans le cadre des référés »⁸⁸⁴. En dépit de cette évidence, rien n'aura été initié pour adapter aux référés administratifs d'urgence les délais d'examen des QPC.

Dans un souci de prise en compte des situations d'urgence et suivant l'esprit de la proposition de Paul Cassia faite lors de son audition à l'Assemblée nationale⁸⁸⁵, Serge Slama suggère pour sa part de réduire le délai de filtrage des QPC par les juridictions suprêmes à un mois⁸⁸⁶. Notre sentiment demeure toutefois identique, et pour les mêmes raisons, que celui formulé contre la proposition de resserrer les délais d'examen des QPC par le juge du référé-liberté statuant au sein d'un tribunal administratif. Si la réduction des délais d'examen des QPC n'est pas en soi une mauvaise idée, elle n'apparaît pas en référé-liberté, au vu de la pratique, d'une impérieuse nécessité. Cette position peut toutefois être nuancée au regard de la manière de procéder du juge du référé-suspension du Conseil d'État.

377. En pratique, les délais d'examen des QPC par le Conseil d'État ne sont pas inadaptés à la procédure du référé-liberté. Il ne faut pas perdre de vue que le délai de trois mois prévu par les règles organiques n'est qu'un délai maximal qui ne saurait être dépassé par les juridictions suprêmes de filtrage. Rien n'interdit donc au juge suprême de filtrage d'examiner une QPC en urgence et dans un délai inférieur ou égal à quarante-huit heures. Statuant en référé-liberté, le Conseil d'État y est même tenu. Le délai moyen d'examen des QPC renvoyées par le juge du référé-liberté du Conseil d'État atteste de sa capacité à pouvoir les traiter urgemment. Plus précisément, le délai moyen de traitement des six QPC renvoyées au Conseil constitutionnel par le juge du référé-liberté du Conseil d'État s'établit à quinze jours,

⁸⁸³ Article 23-4 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

⁸⁸⁴ Gouvernement, « Exposé des motifs », Projet de loi organique *relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, p. 6. Nous soulignons.

⁸⁸⁵ P. CASSIA, « Audition », in J.-L. WARSMANN, *Rapport relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, Assemblée Nationale, septembre 2009, n° 1898, p. 154.

⁸⁸⁶ S. SLAMA, « Plaidoyer pour l'instauration d'une procédure d'examen des questions prioritaires de constitutionnalité en urgence », *CRDF*, 2011, n° 9, p. 67.

soit un délai bien en-deçà de celui de trois mois. En matière de refus de renvoi des QPC, les délais ne sont d'ailleurs pas plus longs⁸⁸⁷.

En référé-suspension, le constat est plus mitigé puisqu'une seule QPC a pu être renvoyée au Conseil constitutionnel par le Conseil d'État dans un délai de sept jours⁸⁸⁸. Concernant les trois autres QPC renvoyées par le juge du référé-suspension du Conseil d'État, le délai de traitement est compris entre un mois et un mois et demi⁸⁸⁹. Par ailleurs, en matière de refus de renvoi des QPC, le délai moyen est sensiblement le même⁸⁹⁰.

2) Les délais impartis à la contradiction entre les parties

378. Avant d'étudier la maîtrise par le juge du référé-liberté des délais impartis à la contradiction entre les parties au moment de sa décision de recourir aux mécanismes de renvois préalables (b), il semble utile de faire la démonstration de la nécessité d'un temps consacré au contradictoire (a) en dépit de l'extrême urgence caractéristique de la procédure prévue à l'article L. 521-2 du CJA.

a) De la nécessité d'un temps consacré au contradictoire

379. De manière commune aux différentes procédures de renvois préalables, le juge est le seul maître de la décision d'y recourir. Cette décision ne cantonne toutefois pas les parties à un rôle passif. Leur intervention est possible tout aussi bien en amont qu'en aval d'une décision du juge de recourir à un ou plusieurs renvois. Bien entendu, les parties peuvent tout d'abord solliciter du juge qu'il procède à un renvoi. Dans un second temps, une fois la décision prise de se dessaisir temporairement d'une question de droit au profit du juge *ad quem*, les parties semblent, comme en matière de moyens soulevés d'office par le juge administratif⁸⁹¹,

⁸⁸⁷ Le Conseil d'État a mis douze jours pour rejeter la QPC soulevée par Madame Assetou Diakité : CE, ord., 16 juin 2010, *Mme. Diakité*, n° 340250.

⁸⁸⁸ CE, ord., 22 juillet 2016, *Schreuer*, n° 400913.

⁸⁸⁹ CE, 2^e et 7^e CR, 6 juillet 2016, n° 398371 ; CE, 3^e et 8^e SSR, 19 février 2014, *Commune de Thonon-les-Bains*, n° 373999 ; CE, 4^e et 1^{ère} CR, 7 mars 2019, n° 425779.

⁸⁹⁰ La première QPC soulevée devant le juge du référé-suspension a été rejetée au bout d'un délai de 30 jours : CE, 21 octobre 2010, *Conférence nationale des présidents des unions régionales des médecins libéraux*, n° 343527.

⁸⁹¹ Article R. 611-7 du CJA : « Lorsque la décision lui paraît susceptible d'être fondée sur un moyen relevé d'office, le président de la formation de jugement ou le président de la chambre 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 ».

judiciaire⁸⁹² et constitutionnel⁸⁹³, pleinement en droit de se prononcer contradictoirement sur une décision qui emporte d'importants effets sur l'instance en cours.

La possibilité d'une participation contradictoire des parties à la décision du juge de mettre en œuvre un renvoi n'est pas sans intérêt pour ce dernier puisque, par leurs arguments, elles peuvent potentiellement l'amener à renoncer à une telle entreprise⁸⁹⁴. Il n'est pas nié que cette participation est de nature à allonger les délais de jugement des affaires urgentes et doit pour cela être adaptée. Mais l'allongement du temps lié à l'échange contradictoire peut potentiellement être rattrapé par le renoncement du juge à recourir à un renvoi qui s'avèrerait inutile. Une difficulté sérieuse d'interprétation pouvant tout à fait être levée par les conseils d'une partie à un litige en faisant, par exemple, référence à une jurisprudence établie dont le juge n'a pas connaissance.

380. Une exigence globalement facultative dans les procédures de renvoi. La tenue préalable d'un débat contradictoire n'est pas une condition de recevabilité des renvois préjudiciels⁸⁹⁵. En effet, lorsque le juge *a quo* entend saisir la Cour de justice de l'UE d'un renvoi préjudiciel, il lui est loisible de ne pas entendre le défendeur dans le cadre de l'instance en cours⁸⁹⁶. Cette consultation des parties au litige est également une faculté pour le renvoi d'une demande d'avis consultatif à la Cour EDH⁸⁹⁷.

⁸⁹² Article 16 alinéa 3 du CPC : le juge « ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations ».

⁸⁹³ Article 7 du règlement intérieur du 4 février 2010 sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité : « Les griefs susceptibles d'être relevés d'office sont communiqués aux parties et autorités mentionnées à l'article 1^{er} pour qu'elles puissent présenter leurs observations dans le délai qui leur est imparti ».

⁸⁹⁴ À propos de la procédure des demandes d'avis contentieux à la Cour de cassation, un magistrat a très bien pu relever que la participation contradictoire des parties à la décision de renvoi peut permettre soit de « démontrer l'inutilité de ses intentions, soit fournir des éléments de droit (jurisprudence, doctrine) qu'il ne connaît pas » : J. BUFFET, « La saisine pour avis de la Cour de cassation », Exposé devant les premiers présidents de cours d'appel réunis à la Cour de cassation, 29 mars 2000, p. 4 (en ligne : <http://www.courdecassation.fr/>).

⁸⁹⁵ CJCE, 20 octobre 1993, *Maurizio Balocchi c. Ministero delle Finanze dello Stato*, C-10/92, pt. 14 : « l'existence d'un débat contradictoire préalable ne figure pas au nombre des conditions requises pour la mise en œuvre de la procédure » du renvoi préjudiciel. La Cour ajoute toutefois qu'il peut « s'avérer de l'intérêt d'une bonne justice que la question préjudicielle ne soit posée qu'à la suite d'un débat contradictoire » : CJCE, 15 décembre 1993, *Ligur Carni e. a.*, aff. jtes. C-277/91 et s., pt. 16.

⁸⁹⁶ CJCE, 28 juin 1978, *Simmenthal c. Administration des finances*, C-70/77, pt. 10 ; CJCE, 20 octobre 1993, *Maurizio Balocchi c. Ministero delle Finanze dello Stato*, C-10/92, pt. 14 : « il appartient à la seule juridiction nationale d'apprécier la nécessité d'entendre le défendeur avant d'arrêter une ordonnance de renvoi ». Il n'apparaît pas inutile de rappeler qu'au titre de sa jurisprudence féconde en la matière, la Cour de justice de l'UE retient généralement le critère du respect du contradictoire par la procédure à l'origine d'un renvoi préjudiciel pour estimer s'il s'agit bien d'une « juridiction » au sens de l'article 267 du TFUE.

⁸⁹⁷ CEDH, *Lignes directrices concernant la mise en œuvre de la procédure d'avis consultatif prévue par le Protocole n° 16 à la Convention*, 18 septembre 2017, pt. 29 : « il est souhaitable qu'elle consulte au préalable à ce sujet les parties à la procédure devant elle et qu'elle joigne à sa requête leurs opinions respectives sur la question ». Nous soulignons.

En revanche, concernant le respect des exigences du contradictoire à l'occasion de la mise en œuvre d'un renvoi, il semble y avoir matière à voir un exemple à suivre dans la procédure des demandes d'avis contentieux à la Cour de cassation. En cas de renvoi d'une demande d'avis contentieux à la Cour de cassation, la tenue d'un échange contradictoire est en effet obligatoire et conditionne la recevabilité de la demande⁸⁹⁸.

Dans le cadre de la procédure de la QPC, le respect de l'exigence du contradictoire est un principe qui demeure toutefois conditionné. En effet, « sauf s'il apparaît de façon certaine, au vu du mémoire distinct, qu'il n'y a pas lieu de transmettre » la QPC, l'article R.* 771-5 du CJA enjoint au juge du référé-liberté de notifier le mémoire aux autres parties.

381. Une exigence obligatoire en référé-liberté. L'article L. 5 du CJA dispose pour l'ensemble du contentieux administratif que « l'instruction des affaires est contradictoire ». Spécialement, l'article L. 522-1 du CJA impose au juge administratif des référés d'urgence de statuer « au terme d'une procédure contradictoire ». L'article L. 5 précité tempère toutefois cette règle en prévoyant qu'en contentieux administratif, « les exigences de la contradiction sont adaptées à celles de l'urgence ».

La question du délai qui est laissé par le juge du référé-liberté aux parties pour qu'un échange contradictoire portant sur la nécessité d'un renvoi soit mené n'est pas sans conséquences. En ce sens, un délai trop bref accordé aux parties par le juge administratif des référés d'urgence pour la production d'un mémoire en défense et l'organisation de la présence du défendeur à l'audience est de nature à contrevenir au principe du contradictoire⁸⁹⁹.

b) La maîtrise par le juge du référé-liberté des délais impartis à la contradiction entre les parties

382. Une fois encore, la QPC est la seule procédure de renvoi à prévoir un délai pour la tenue d'un échange contradictoire entre les parties. Le temps laissé à la contradiction entre les parties lorsqu'il est envisagé de procéder à un renvoi est aussi bien maîtrisé par le juge du référé-liberté des tribunaux administratifs (α) que celui du Conseil d'État (β).

⁸⁹⁸ Article 1031-1 alinéa 1 du CPC : « Lorsque le juge envisage de solliciter l'avis de la Cour de cassation en application de l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire, il en avise les parties et le ministère public, à peine d'irrecevabilité. Il recueille leurs observations écrites éventuelles [...] ».

⁸⁹⁹ CE, ord., 22 avril 2010, *Ministre d'État, garde des sceaux, ministre de la justice et des libertés*, n° 338662.

α) Le temps de la contradiction devant le juge du référé-liberté des tribunaux administratifs

383. L'article R.* 771-5 du CJA prévoit qu'il est accordé aux parties adverses un « bref délai » pour présenter leurs observations écrites sur une QPC soulevée par un justiciable. Ces observations ne sont toutefois pas portées à la connaissance de la partie à l'origine de la QPC⁹⁰⁰ et ne peuvent être formulées oralement dans une audience prévue à cet effet. Le Conseil d'État recommande à ce propos de laisser, sauf dans des circonstances particulières, « un délai d'une quinzaine de jours »⁹⁰¹. Ces circonstances particulières peuvent être celles de l'urgence. Les nombreuses QPC soulevées devant le juge du référé-liberté des tribunaux administratifs ayant été traitées dans un délai inférieur à quinze jours, l'on peut par conséquent aisément tirer la conclusion que le délai accordé par ce juge à la contradiction entre les parties est largement inférieur à quinze jours.

384. Le délai plus ou moins long imparti à la contradiction entre les parties sur la nécessité de mettre en œuvre un renvoi peut revêtir une importance non négligeable. Si cette règle ne trouve pas son pendant dans le cadre de la procédure de demande d'avis contentieux au Conseil d'État, en matière de saisine de la Cour de cassation d'une demande d'avis contentieux, la juridiction de renvoi ne peut se dessaisir qu'à compter de la « réception des observations ou à l'expiration du délai »⁹⁰² accordé aux parties pour produire leurs observations. L'article 1031-1 alinéa 1 du CPC dispose que c'est aux juges judiciaires ordinaires de fixer le délai dans lequel les éventuelles observations écrites seront recueillies par le juge⁹⁰³. Si le délai fixé par le juge est trop long et que la partie adverse ne produit pas d'observation, cela peut alors être handicapant pour le renvoi urgent d'une demande d'avis contentieux à la Cour de cassation.

En tout état de cause, le juge du référé-liberté des tribunaux administratifs doit donc définir avec soin le délai qu'il souhaite accorder aux parties pour produire leurs observations afin que soient conciliés, avec la plus juste mesure, les contraintes de l'urgence et le caractère suffisant du délai accordé à la production de tels écrits.

⁹⁰⁰ Par exception, lorsque le juge décide de rejeter une QPC sur le fondement d'un argument qui ne ressort que des observations de la partie adverse, il doit le porter à la connaissance de celle qui a soulevé la QPC : CE, 12 février 2016, *Asselot*, n° 393700.

⁹⁰¹ Conseil d'État, « *Vade-mecum* » sur l'application de la question prioritaire de constitutionnalité devant les juridictions administratives, 2010, p. 9.

⁹⁰² Article 1031-1 alinéa 2 du CPC.

⁹⁰³ Article 1031-1 alinéa 2 du CPC : le juge « recueille leurs observations écrites éventuelles dans le délai qu'il fixe ».

β) Le temps de la contradiction devant le juge du référé-liberté du Conseil d'État

385. Il est intéressant de se pencher sur la mise en œuvre du contradictoire à l'occasion du traitement d'une QPC par la Cour de cassation pour s'en inspirer en vue d'une généralisation à toutes les procédures de renvoi. L'article 126-11 alinéa 1 du code de procédure civile institue en effet une prise en compte de l'urgence lors du déroulé de la contradiction en prévoyant que le « président de la formation à laquelle l'affaire est distribuée ou son délégué, à la demande de l'une des parties ou d'office, peut, en cas d'urgence, réduire le délai [d'un mois] prévu par les articles 126-9⁹⁰⁴ et 126-10⁹⁰⁵ ». Cette prise en compte expresse de l'urgence trouve son pendant dans le traitement des QPC par la Cour de cassation en matière pénale en vertu de l'article 49-35 alinéa 1 du code de procédure pénale⁹⁰⁶.

386. L'article R.* 771-20 du CJA prévoit, lorsque le Conseil d'État examine une QPC qui lui a été transmise, que « les parties, le ministre compétent et le Premier ministre peuvent produire des observations dans le délai d'un mois courant à compter de la notification qui leur a été faite de la décision de transmission ou, le cas échéant, dans le délai qui leur est imparti par le président de la section du contentieux ou par le président de la sous-section chargée de l'instruction ». Cette disposition réglementaire ne dévoile pas de prise en compte expresse de l'urgence. Il est toutefois donné la possibilité, pour le président de la section du contentieux ou pour le président de la sous-section chargée de l'instruction, d'adapter les délais du contradictoire dans le cas où une telle situation d'urgence se présenterait.

La réglementation relative aux QPC directement soulevées devant le Conseil d'État est encore plus lacunaire sur la question de l'urgence puisque l'article R.* 771-15 du CJA se contente de prévoir que les observations des autres parties doivent être présentées dans « un bref délai ».

387. Dans le cadre des instances pénales et civiles, un délai d'un mois est accordé aux autres parties pour remettre un mémoire en réponse sur une QPC, aussi bien devant les juridictions inférieures (articles R.* 49-30 du CPP et 126-9 du CPC) que devant la Cour de

⁹⁰⁴ Article 126-9 du CPC : « les parties disposent d'un délai d'un mois à compter de la décision de transmission pour faire connaître leurs éventuelles observations ».

⁹⁰⁵ Article 126-10 alinéa 2 du CPC : « les autres parties au pourvoi disposent d'un délai d'un mois pour remettre un mémoire en réponse sur la question prioritaire de constitutionnalité ».

⁹⁰⁶ Article 49-32 alinéa 1 du CPP : « le premier président ou son délégué, à la demande d'une des parties ou d'office, peut, en cas d'urgence, réduire le délai prévu aux articles R.* 49-30 et R.* 49-31 ».

cassation lorsqu'elle est saisie d'un pourvoi (articles R.* 49-31 du CPP et 126-10 du CPC). Il est néanmoins intéressant de relever que les articles R.* 49-32 du CPP et 126-11 du CPC prévoient que « le président de la formation à laquelle l'affaire est distribuée ou son délégué, à la demande d'une des parties ou d'office, peut, *en cas d'urgence*, réduire le délai [d'un mois] »⁹⁰⁷ prévu aux articles précités. Cette dernière disposition aurait pu inspirer les rédacteurs du code de justice administrative pour prévoir expressément les hypothèses d'urgence dans la limitation des délais accordés au contradictoire lors de l'examen d'une QPC par le juge du référé-liberté.

B) Les formations de jugement des demandes de renvois

388. Le filtrage est l'instruction et le traitement d'une demande de renvoi par un ou plusieurs niveaux de juridictions de renvoi⁹⁰⁸. Le traitement consiste dans la production d'une décision de refus ou d'acceptation de transmission ou de renvoi.

En dépit d'une seule exception, le modèle de filtrage des renvois est celui du simple degré de filtrage, qu'il convient, au bénéfice de l'urgence, de généraliser à l'ensemble des espèces de renvois préalables (1). Il semble en revanche préférable de conserver en l'état le choix laissé au juge du référé-liberté de traiter les renvois à juge unique ou en formation collégiale (2).

1) La généralisation souhaitable du simple degré de filtrage des renvois

389. S'il existe une légère hétérogénéité des règles régissant le nombre de filtrages des demandes de renvois, le principe globalement partagé est celui de l'unique degré de filtrage (a). Parce que le modèle du simple filtrage des renvois est le plus approprié dans les affaires urgentes, l'abandon du double filtrage des QPC est souhaitable lorsqu'elles sont soulevées devant le juge du référé-liberté des tribunaux administratifs (b).

a) Le principe globalement partagé du simple degré de filtrage des renvois

390. Les renvois aux cours européennes et au Conseil d'État ne sont filtrés que par un

⁹⁰⁷ Nous soulignons.

⁹⁰⁸ Certaines procédures de renvois préalables prévoient un filtrage supplémentaire du renvoi par la juridiction *ad quem*. L'exercice de ce dernier filtrage ne sera toutefois pas évoqué à ce stade de l'étude.

seul juge. En matière de QPC, les hypothèses de simple filtrage ne sont pas exceptionnelles⁹⁰⁹. En effet, certaines QPC soulevées devant le juge du référé-liberté peuvent ne subir qu'un seul degré de filtrage. Il s'agit de celles qui sont soulevées à l'appui de requêtes ne pouvant être déposées que devant le Conseil d'État en vertu d'une règle de compétence exclusive en premier et dernier ressort. Lorsqu'une décision administrative correspondant aux types d'actes énumérés à l'article R. 311-1 du CJA est suspectée d'atteindre gravement et manifestement une liberté fondamentale, seul un recours devant le juge du référé-liberté du Conseil d'État est en effet possible.

En fait, les justiciables et leurs conseils semblent avoir une préférence pour les possibilités prévues aux articles 23-1 et 23-5 de l'ordonnance organique sur le Conseil constitutionnel de soulever une QPC « pour la première fois en cause d'appel », « en cassation » et « à l'occasion d'une instance devant le Conseil d'État ». La plupart des QPC renvoyées par le juge du référé-liberté ont en effet été présentées pour la première fois devant le Conseil d'État et n'ont donc pas eu à affronter le double degré de filtrage. Il n'empêche, l'abandon du double filtrage des QPC soulevées devant le juge du référé-liberté des tribunaux administratifs est souhaitable.

b) L'abandon souhaitable du double filtrage des QPC soulevées devant le juge du référé-liberté des tribunaux administratifs

391. L'urgence s'accommode mal d'un double filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité soulevées devant le juge du référé-liberté d'un tribunal administratif. Selon le professeur Serge Slama, il y a lieu d'introduire dans l'ordonnance organique « la possibilité pour le justiciable de solliciter du juge *a quo* la transmission de la QPC suivant une procédure accélérée ou d'extrême urgence »⁹¹⁰. Au titre de la « procédure accélérée »⁹¹¹, l'auteur suggère notamment de maintenir le filtre de la juridiction suprême, à condition qu'elle se prononce « dans un délai raccourci (un mois par exemple) par voie d'ordonnance ou en formation restreinte »⁹¹². Concernant la seconde, qui semble mieux convenir aux situations d'urgence et trouver à s'appliquer au référé-liberté, le professeur Serge Slama prône l'abandon du double

⁹⁰⁹ Pour un panorama des hypothèses de simple degré de filtrage des QPC : F. SAVONITTO, « Les cas d'absence de double filtrage des QPC », *Gaz. Pal.*, 2012, n° 185, p. 15.

⁹¹⁰ S. SLAMA, « Plaidoyer pour l'instauration d'une procédure d'examen des questions prioritaires de constitutionnalité en urgence », *CRDF*, 2011, n° 9, p. 66.

⁹¹¹ Voir *infra* notre définition d'une procédure accélérée de traitement des renvois par une juridiction *ad quem* : Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, Paragraphe 1, B).

⁹¹² *Ibid.*, pp. 66-67. Sur la question des formations de jugement des renvois, voir *infra* : Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, Paragraphe 2, B).

filtrage⁹¹³. L'on ne saurait qu'appuyer cette seconde proposition en affirmant que, à cette aune, tout risque d'engorgement du Conseil constitutionnel peut être écarté.

392. Le faible risque d'engorgement du Conseil constitutionnel en cas de suppression du double filtrage des QPC. Entre autres raisons, le législateur, soucieux d'éviter l'engorgement du prétoire du Conseil constitutionnel, a fait le choix d'instaurer un mécanisme de double filtrage des QPC. La proposition de supprimer le niveau de filtrage qui incombe au juge administratif suprême lorsque la QPC a été soulevée devant le juge du référé-liberté des tribunaux administratifs pourrait en effet, de prime abord, laisser craindre un risque d'afflux important de QPC devant le juge de la constitutionnalité des lois. Or, il n'en est rien. De nombreux éléments permettent de penser le contraire.

Le recours aux expériences étrangères est éclairant sur ce prétendu risque. En Europe, aucune procédure de question de constitutionnalité ne prévoit de double niveau filtrage⁹¹⁴ et aucune des cours constitutionnelles ne voit pourtant son prétoire engorgé par ces questions.

Au demeurant, avant même la naissance de la QPC, l'on prévoyait déjà qu'il n'était pas nécessairement avéré que le prétoire du Conseil constitutionnel devienne encombré par la mise en place du filtrage imaginé par le législateur organique⁹¹⁵. Il n'est d'ailleurs pas inutile de relever qu'il ressort de dix années d'expérience de filtrage par la juridiction administrative suprême, un taux relativement constant de renvoi des QPC au Conseil constitutionnel. C'est pourquoi, à l'occasion d'une table ronde interrogeant la suppression du double filtrage des QPC

⁹¹³ *Ibid.*, p. 67. Par une vaine proposition de loi organique, la députée Marie-Jo Zimmermann proposa de restreindre le filtrage des QPC par les cours suprêmes en supprimant la condition d'examen du « caractère sérieux ». Dans les motifs de la proposition, il n'est toutefois fait aucune mention de l'urgence pour justifier de cette modification : M.-J. ZIMMERMANN, *Proposition de loi organique tendant à faciliter la recevabilité des questions prioritaires de constitutionnalité*, 11 avril 2011, n° 3325.

⁹¹⁴ L'expérience allemande de double filtrage des questions de constitutionnalité soulevées par les juridictions inférieures n'est pas tout à fait comparable avec le cas français. En effet, les cours suprêmes n'effectuaient pas un vrai filtrage puisqu'elles étaient obligées de renvoyer les questions de constitutionnalité. C'est avec la loi sur la Cour constitutionnelle de 1956 que cette expérience prit fin. Voir à ce propos : J.-C. BEGUIN, *Le Contrôle de la constitutionnalité des lois en République fédérale d'Allemagne*, Economica, 1982, pp. 98-99 ; X. VOLMERANGE, « Modalités du filtrage des questions de constitutionnalité », Table ronde animée par Mathieu Disant et Xavier Volmerange. Faut-il supprimer le double filtrage des QPC en France ?, in L. GAY (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé*, Bruylant, 2014, p. 632 et s.

⁹¹⁵ P. CASSIA, « Le renvoi préjudiciel en appréciation de constitutionnalité, une "question" d'actualité », *RFDA*, 2008, n° 5, p. 877. Paul Cassia jugeait cette crainte « absurde » et chronophage. Il poursuivait en expliquant que la « prudence procédurale » qui ressort du filtre des juridictions suprêmes est inopportune compte tenu du nombre peu élevé de dispositions législatives qui seraient contraires à la Constitution. De même, dans sa proposition de loi organique visant à supprimer l'examen du « caractère sérieux » des QPC par les cours suprêmes, la députée Marie-Jo Zimmermann prétendait que cette nouveauté ne risquait pas d'engorger le Conseil constitutionnel : M.-J. ZIMMERMANN, « Exposé des motifs », in *Proposition de loi organique tendant à faciliter la recevabilité des questions prioritaires de constitutionnalité*, 11 avril 2011, n° 3325. Voir encore : M. GRIENENBERGER-FASS, « Les filtres juridictionnels dans la question préalable en appréciation de constitutionnalité, préfiguration d'un contrôle diffus de constitutionnalité ? », *LPA*, 2009, n° 212, p. 24.

en France, le professeur Mathieu Disant a bien expliqué et sans détour que l'« argument "épouvantail" de l'encombrement des requêtes est en bonne partie une illusion »⁹¹⁶. Il convient également de se référer aux critères retenus par la Cour EDH dans l'appréciation du respect des exigences relatives au « délai raisonnable » de jugement. En effet, si les Hautes parties contractantes ont l'obligation « d'organiser leurs juridictions de manière à leur permettre de répondre aux exigences de l'article 6 § 1 »⁹¹⁷, le niveau d'encombrement de leur rôle et la « surcharge de travail » ne sauraient exonérer les États de leurs obligations conventionnelles⁹¹⁸.

393. Dans une optique de gain de temps visant à répondre au mieux à l'urgence, la généralisation du simple degré de filtrage des renvois est souhaitable. Il est en revanche préférable, en dépit des lourdeurs que cela cause, de maintenir la possibilité pour le juge du référé-liberté de statuer par une formation collégiale sur les requêtes impliquant la mise en œuvre éventuelle d'un renvoi.

2) Le maintien souhaitable du libre choix du juge du référé-liberté de traiter les renvois à juge unique ou en formation collégiale

394. En référé-liberté, le traitement des renvois par un juge unique demeure le principe (a). Pourtant, conformément au pouvoir qu'il tire de l'article L. 511-2 alinéas 1 et 2 du CJA, le juge du référé-liberté semble en pratique avoir une préférence pour le traitement des renvois en formation collégiale (b).

a) Le principe du traitement des renvois par un juge unique du référé-liberté

395. Aux termes de l'article L. 3 du CJA⁹¹⁹, le principe de la collégialité des formations de jugement structure le contentieux administratif. Il ne constitue toutefois ni un principe

⁹¹⁶ M. DISANT, « Modalités du filtrage des questions de constitutionnalité », Table ronde animée par Mathieu Disant et Xavier Volmerange. Faut-il supprimer le double filtrage des QPC en France ?, in L. GAY (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé*, Bruylant, 2014, p. 630.

⁹¹⁷ CEDH, 6 mai 1981, *Buchholz c. RFA*, n° 7759/77, § 51.

⁹¹⁸ CEDH, 24 août 1993, *Massa c. Italie*, n° 14399/88, § 31 ; CEDH, 23 mars 1994, *Muti c. Italie*, n° 14146/88, § 15.

⁹¹⁹ Article L. 3 du CJA : « Les jugements sont rendus en formation collégiale, sauf s'il en est autrement disposé par la loi ».

général du droit de la procédure administrative, ni une exigence constitutionnelle⁹²⁰.

Le choix du juge unique est un préalable indispensable à la célérité d'une procédure d'urgence ; il est une « condition quasi fondamentale »⁹²¹ du traitement rapide des référés. C'est pourquoi, en instaurant des procédures de référés administratifs d'urgence par la loi du 30 juin 2000, le législateur ne pouvait que déroger à ce principe législatif. En principe, le traitement des renvois en référé-liberté n'appelle pas de dérogation au recours au juge unique.

396. Les règles constitutives des demandes d'avis au Conseil d'État et à la Cour EDH n'obligent pas que leurs renvois soient opérés par la formation collégiale d'une juridiction et n'interdisent pas non plus qu'ils le soient par un juge unique.

397. Ce constat est transposable à la procédure du renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'UE. La pratique atteste d'ailleurs de la possibilité pour un juge unique de mettre en œuvre un renvoi. En effet, en contentieux des étrangers, un juge unique du tribunal administratif de Melun a déjà saisi la Cour de justice de l'UE d'un renvoi préjudiciel en interprétation⁹²². De même, en matière de contentieux de l'annulation des décisions de transfert d'un demandeur d'asile, une affaire jugée par un juge statuant seul au tribunal administratif de Lille a conduit à la saisine de la Cour de justice de l'UE d'un renvoi préjudiciel⁹²³. C'est également en statuant seul que le juge du référé-suspension du tribunal administratif de Saint-Denis de la Réunion a saisi la Cour de Luxembourg sur le fondement de l'article 267 du TFUE⁹²⁴.

⁹²⁰ Le Conseil constitutionnel n'a pas reconnu une valeur constitutionnelle au principe de collégialité. Dans sa décision du 23 juillet 1975, le Conseil constitutionnel ne sanctionne pas la généralisation du juge unique en droit pénal, il considère seulement que l'article 6 de la loi déferée au Conseil constitutionnel met en cause le principe d'égalité devant la loi. Ce n'est donc pas l'institution du juge unique qui serait inconstitutionnelle, mais c'est la différence de traitement qui pourrait être appliquée à des citoyens se trouvant dans des conditions semblables qui est contraire à la Constitution : CC, décision n° 75-56 DC, 14 octobre 1975, *Juge unique*. Voir aussi : CC, décision n° 2010-54 QPC, 14 octobre 2010, *Union syndicale des magistrats administratifs [Juge unique]*. De même, la décision du Conseil constitutionnel du 20 juillet 2006 relative à la loi sur l'immigration confirme que l'intervention du juge unique lors du recours contre les refus de séjour assortis d'une obligation de quitter le territoire français quand l'étranger est placé en rétention administrative ne constitue pas un « abandon du principe de la collégialité pour tout un pan du contentieux administratif ». Ainsi, selon le Conseil constitutionnel, le juge unique ne serait contraire à aucune exigence constitutionnelle et le principe de collégialité en application de l'article L. 222-1 du CJA peut connaître des exceptions sans être pour autant remis complètement en cause. Le Conseil constitutionnel autorise donc l'extension du domaine d'application du juge unique.

⁹²¹ R. DRAGO, « La procédure de référé devant le Conseil d'Etat », *RDP*, 1953, p. 304 ; A. WEBER, « Le juge administratif unique, nécessaire à l'efficacité de la justice ? », *RFAP*, 2008/1, n° 125, pp. 185 et s.

⁹²² TA de Melun, 8 mars 2013, *Mme Sophie Mukarubega*, n° 1301686 ; CJUE, 5 novembre 2014, *Sophie Mukarubega c. Préfet de police et Préfet de la Seine-Saint-Denis*, C-166/13.

⁹²³ TA de Lille, 1 décembre 2016, *M. Adil Hassan*, n° 1609141 et jugé par la Cour de justice : CJUE, 31 mai 2018, *Adil Hassan c. Préfet du Pas-de-Calais*, C-647/16.

⁹²⁴ TA de Saint-Denis de la Réunion, ord., 25 novembre 2010, *M. Amédée*, n° 0900637.

398. De même, l'article R. 771-7 du CJA ouvre la faculté à un juge unique⁹²⁵ de se prononcer sur la transmission d'une QPC au Conseil d'État par la voie d'une ordonnance. C'est ainsi que devant le juge du référé-liberté des tribunaux administratifs, la transmission des QPC s'opère par voie d'ordonnance du président de la juridiction ou du président de chambre ou bien encore du magistrat délégué⁹²⁶.

399. La nécessité pour le requérant d'obtenir en urgence du juge du référé-liberté une décision juridictionnelle sur la mise en œuvre d'un renvoi est donc un motif recevable d'exception au principe de collégialité. Pourtant, le juge du référé-liberté semble privilégier le traitement des renvois par une formation collégiale.

b) La préférence du juge du référé-liberté de traiter les renvois en formation collégiale

400. La préférence du juge des référés administratifs d'urgence du Conseil d'État pour le renvoi en formation collégiale des QPC. Il y a une forte propension du juge administratif des référés d'urgence du Conseil d'État de renvoyer à une formation collégiale les QPC soulevées devant le juge du référé-liberté et celui du référé-suspension. En effet, les deux tiers des QPC renvoyées par le juge du référé-liberté l'ont été dans des affaires jugées par une formation collégiale du Conseil d'État⁹²⁷. Les trois-quarts des QPC renvoyées par le juge du référé-suspension du Conseil d'État l'ont aussi été par une formation collégiale⁹²⁸.

401. L'examen en formation collégiale des QPC transmises. Sans qu'aucune adaptation ne soit prévue, lorsqu'une QPC est transmise par un juge du référé-liberté d'un tribunal administratif, celle-ci sera examinée par le Conseil d'État en formation collégiale. Il y a donc lieu de regretter que cette rigidité et cette perte de liberté du juge de l'article L. 521-2 du CJA porte atteinte au principe de l'unicité judiciaire et provoque un allongement certain de

⁹²⁵ Les présidents de tribunal administratif et de cour administrative d'appel, le vice-président du tribunal administratif de Paris, les présidents de formation de jugement des tribunaux et des cours ou les magistrats désignés à cet effet par le chef de juridiction sont visés par l'article R*. 771-7 du CJA.

⁹²⁶ B. VIDARD, « La mise en œuvre de la QPC par les tribunaux administratifs », *AJDA*, 2011, n° 22, p. 1242.

⁹²⁷ CE, 10^e et 9^e SSR, 10 juillet 2015, n° 390642 ; CE, sect., 11 décembre 2015, n° 395009 ; CE, 29 mai 2017, *Association « En marche ! »*, n° 410833 ; CE, 2^e et 7^e CR, 28 décembre 2017, n° 415434, 415697.

⁹²⁸ CE, 3^e et 8^e SSR, 19 février 2014, *Commune de Thonon-les-Bains*, n° 373999 ; CE, 2^e et 7^e CR, 6 juillet 2016, n° 398371 ; CE, 4^e et 1^{ère} CR, 7 mars 2019, n° 425779.

la durée d'acheminement de la QPC vers le juge de la rue de Montpensier. Il convient de se reporter avec intérêt à la position du Professeur Jacques Normand favorable au recours au juge unique « lorsqu'il n'y a pas de temps à perdre »⁹²⁹. De ce fait, il pourrait être souhaitable de généraliser à l'ensemble des juges du référé-liberté, statuant sur le renvoi des QPC, l'absence de l'audition des conclusions du rapporteur public et le recours au juge unique pour statuer sur le renvoi de la QPC.

402. L'intervention appréciée du rapporteur public. Bien entendu, le rapporteur public n'est ni une partie au litige, ni un juge. Il y a cependant lieu d'inclure son étude au sein des développements consacrés à la « formation de jugement » des renvois puisqu'il participe activement, par le biais de ses conclusions, à la prise d'une décision sur la mise en œuvre ou non d'un renvoi. En référé-liberté, un rapporteur public est appelé à rendre des conclusions lorsque le jugement d'une affaire est renvoyé à une formation collégiale. Dans ce cas, la décision de la formation collégiale de jugement sur le renvoi ou non d'une QPC intervient après l'audition des conclusions du rapporteur public. De même, lorsqu'une QPC est transmise par un juge du référé-liberté d'un tribunal administratif, celle-ci sera obligatoirement examinée par le Conseil d'État en formation collégiale après audition des conclusions du rapporteur public. En revanche, hors le cas où le juge du référé-liberté est obligé ou décide de renvoyer l'examen de la requête à une formation collégiale, la procédure ordinaire de l'article L. 521-2 du CJA se voit allégée de l'intervention du rapporteur public⁹³⁰. En ce cas, une « simple consultation du rapporteur public »⁹³¹ est requise.

403. Comment justifier le recours privilégié du juge du référé-liberté à une formation collégiale pour le jugement des renvois ? De la même manière que pour le jugement des affaires dépourvues de renvois, c'est la difficulté des questions qui se posent pour le règlement d'une requête qui le pousse à renvoyer le jugement d'une requête à une formation collégiale. En effet, grâce à ce renvoi à une formation collégiale, le juge du référé-liberté bénéficie de l'appui juridique du rapporteur public. Il semble par conséquent probable que l'examen du caractère

⁹²⁹ J. NORMAND, « Le juge unique et l'urgence » in C. BOLZE et P. PEDROT (dir.), *Les juges uniques. Dispersion ou réorganisation du contentieux ?*, Dalloz, XXI^e Colloque des Instituts d'études judiciaires, 19 et 20 mai 1995, Toulon, 1996, pp. 23-34.

⁹³⁰ Article L. 522-1 alinéa 3 du CJA : « Sauf renvoi à une formation collégiale, l'audience se déroule sans conclusions du rapporteur public ».

⁹³¹ P. CASSIA, « Audition », in J.-L. WARSMANN, *Rapport relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, Assemblée Nationale, septembre 2009, n° 1898, p. 154.

sérieux d'une question portant sur la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit soit généralement considéré comme une affaire épineuse. De même, le juge unique du référé-liberté est réticent à l'idée d'exercer toute compétence de contrôle des lois. C'est ainsi qu'en matière de contrôle de la conventionnalité des lois par voie d'exception, le juge de l'article L. 521-2 du CJA a également souvent recours à une formation collégiale de jugement⁹³².

404. De toute évidence, tout n'a pas été fait pour le mieux du côté des textes et de la jurisprudence pour l'adaptation et l'articulation adéquates des mécanismes de renvoi aux spécificités processuelles de la procédure de l'article L. 521-2 du CJA. De ces carences, l'on entrevoit l'ouverture de stratégies contentieuses de mise en œuvre des renvois *ante* et *post* référé-liberté mobilisables par le juge ou les justiciables permettant de les compenser.

SECTION 3 : Les stratégies contentieuses de mise en œuvre des renvois *ante* et *post* référé-liberté

405. Avant de tirer des conclusions sur l'articulation procédurale des renvois préalables et de la procédure du référé-liberté, il est intéressant de se demander si, au vu des critiques établies jusque-là constituant un faisceau d'indices, ces mécanismes ne sont finalement pas l'apanage du juge statuant au fond (I). L'intrication sinieuse du référé-liberté avec les mécanismes de renvoi préalable porte le risque de dérouter leur mise œuvre vers les recours au fond. Ces derniers pouvant finalement s'avérer paradoxalement plus rapides et plus efficaces.

Pour aller plus loin, nous interrogerons ensuite la possibilité de saisir, avant même la naissance de tout litige devant le juge du référé-liberté, le juge administratif du référé-instruction afin d'obtenir, par anticipation, une décision du juge des lois sur la validité ou l'interprétation conforme d'une loi aux droits fondamentaux (II).

I) Les renvois préalables, apanage du juge statuant au fond ?

406. La mise en œuvre rare voire inexistante des mécanismes de renvoi préalable

⁹³² Sur les formations de jugement affectées au contrôle de la conventionnalité des lois en référé-liberté, voir *infra* : Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, Paragraphe 1, A), 2), a).

par le juge du référé-liberté. D'un point de vue empirique, force est de constater que les procédures de renvoi préalable sont actionnées rarement voire pas du tout en référé-liberté. La Cour européenne des droits de l'Homme, la Cour de justice de l'Union européenne et le Conseil d'État n'ont en effet jamais été saisis d'un renvoi par le juge du référé-liberté. Quant au Conseil constitutionnel, il n'a été saisi en dix années, et seulement à partir de 2015, que de six questions prioritaires de constitutionnalité, dont la moitié portait sur la loi relative à l'état d'urgence sécuritaire⁹³³ et deux sur des dispositions de la loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme⁹³⁴. Le constat similaire en matière judiciaire peut être fait puisque la mise en œuvre des questions préjudicielles au juge administratif, des QPC, des demandes d'avis contentieux à la Cour de cassation et des demandes d'avis consultatifs à la Cour EDH par le juge civil des référés est tout aussi rare voire inexistante.

407. Ce simple et premier constat d'une mise en œuvre rare voire inexistante des procédures de renvoi préalable par le juge du référé-liberté permet de supposer qu'ils semblent être l'apanage du juge statuant au fond. Pourtant, aucune règle explicite relative aux renvois préalables ne vient interdire leur mise en œuvre devant le juge du référé-liberté ou réserve leur application dans le cadre d'une procédure au fond. Deux types d'arguments abondent toutefois dans le sens de la préférence donnée au juge statuant au fond de se charger de procéder à la mise en œuvre des renvois préalables. L'absence criante de véritables adaptations normatives et jurisprudentielles des renvois préalables au référé-liberté (A) et l'argument, parfois avancé par le juge administratif des référés d'urgence, consistant à renvoyer au juge statuant au fond la tâche de mettre en œuvre une procédure de renvoi préalable (B) étayent la vérification de notre hypothèse.

A) L'absence de véritables adaptations normatives et jurisprudentielles des renvois préalables aux spécificités du référé-liberté

408. Il convient dans un premier temps de dresser le constat de la réception insuffisante

⁹³³ CC, décision n° 2015-490 QPC, 14 octobre 2015, *M. Omar K.* [Interdiction administrative de sortie du territoire] ; CC, décision n° 2015-527 QPC, 22 décembre 2015, *M. Cédric D.* [Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence] ; CC, décision n° 2017-624 QPC, 16 mars 2017, *M. Sofiyan I.* [Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence II].

⁹³⁴ CC, décision n° 2017-691 QPC, 16 février 2018, *M. Farouk B.* [Mesure administrative d'assignation à résidence aux fins de lutte contre le terrorisme] ; CC, décision n° 2017-695 QPC, 29 mars 2018, *M. Rouchdi B. et autre* [Mesures administratives de lutte contre le terrorisme].

des mécanismes de renvoi par les textes juridiques et la jurisprudence (1) pour ensuite en envisager les raisons (2).

1) Le constat de la réception insuffisante des mécanismes de renvoi par les textes et la jurisprudence

409. La mise en œuvre effective et utile des procédures de renvoi préalable induit une « articulation processuelle » adéquate à la culture et à l'office des juges chargés de les actionner. Pourtant, la réception consistant à adapter les règles procédurales des renvois préalables à celles du référé-liberté est insuffisante tant sur le plan des textes juridiques que sur celui de la jurisprudence du juge administratif des référés d'urgence.

410. Une réception lacunaire par les textes juridiques. Il ne ressort des textes juridiques aucune adaptation ciblée des règles de procédure des mécanismes de renvois préalables aux référés administratifs d'urgence et spécialement à la procédure du référé-liberté. Sans viser spécifiquement les procédures du titre II du livre V du CJA, le législateur organique a cependant intégré la problématique de l'urgence au stade du traitement des QPC par les juges de renvois. Sans être inutile, cette prise en compte reste toutefois limitée puisqu'elle ne concerne que les exceptions au principe du sursis à statuer et la possibilité pour le juge *a quo* de prononcer des mesures provisoires. C'est donc spécialement autour de la QPC que les critiques doctrinales se sont concentrées. Auteur d'une thèse sur la procédure du référé-suspension, Hassem Sayede Hussein a pu relever que les règles procédurales régissant la procédure de la QPC ne semblent « pas être adaptées aux caractéristiques du contentieux de référé »⁹³⁵ et souffrent d'un « manque de prise en compte de la rapidité »⁹³⁶ inhérente aux procédures des référés administratifs d'urgence. Le même auteur pousse la critique en ces termes : « l'interaction entre les caractéristiques de la QPC et les spécificités de la procédure de référé est largement absente »⁹³⁷. Pour le professeur Bertrand Faure, l'articulation de la QPC et du référé-liberté « impose un mariage forcé entre traitement des incidents de procédure et urgence à juger »⁹³⁸. Le législateur organique se voit ainsi pointé du doigt pour n'avoir « hélas

⁹³⁵ A. SAYEDE HUSSEIN, « La QPC devant le juge administratif des référés d'urgence (Trois ans et demi de saisines juridictionnelles inabouties) », *LPA*, 2013, n° 223, p. 6.

⁹³⁶ *Ibid.*

⁹³⁷ *Ibid.*

⁹³⁸ B. FAURE, « RÉFÉRÉ. – Juge administratif des référés statuant en urgence. – Référé-liberté », *Juris. Class. Justice administrative*, 2016, Fasc. 51.

pas assez pris en compte les spécificités des procédures d'urgence »⁹³⁹ et les « nécessités du contentieux de référé »⁹⁴⁰. Ces « lacunes législatives »⁹⁴¹ ont même poussé certains à se demander si le législateur avait bien songé à « faciliter l'inutilité du moyen tiré de l'inconstitutionnalité de la loi dans les procédures d'urgence »⁹⁴². Ce questionnement s'avère d'autant plus légitime lorsque l'on se remémore qu'à l'époque de la naissance de la QPC, le juge du référé-liberté se refusait à contrôler la conventionnalité des lois⁹⁴³.

411. Une réception jurisprudentielle incomplète. Même si, en référé-liberté, le corpus jurisprudentiel le plus fourni concerne le mécanisme de la QPC, il n'en demeure pas moins que les règles jurisprudentielles d'articulation de la QPC avec les référés administratifs d'urgence ont pu faire dire qu'elles « n'incitent guère »⁹⁴⁴ les justiciables à soulever un tel moyen devant le juge du référé-liberté. De manière toujours aussi critique, Hassem Sayede Hussein a pu écrire que la réception jurisprudentielle de la QPC par le juge administratif des référés d'urgence « ne favorise pas une articulation ou une interaction effective »⁹⁴⁵ des deux procédures.

De manière nettement moins critique, les maîtres des requêtes au Conseil d'État Aurélie Bretonneau et Xavier Domino retenaient pour leur part que le juge du référé-liberté avait pu « concilier de façon très équilibrée les exigences et les logiques propres à chacune des procédures »⁹⁴⁶.

Afin de trancher ces avis divergents, l'on peut dire qu'il faut replacer la critique dans le champ temporel de l'évolution du corpus jurisprudentiel de réception de la QPC. S'il est vrai que le régime d'articulation a été largement défriché dès les ordonnances *Diakité* et *Conférence*

⁹³⁹ P. CASSIA, « Le juge administratif des référés, la QPC et le droit de l'Union européenne. Note sous CE, ord., 16 juin 2010, *Mme. Diakité*, n° 340250 », *JCP G*, 2010, n° 26, p. 739.

⁹⁴⁰ A. SAYEDE HUSSEIN, « La QPC devant le juge administratif des référés d'urgence (Trois ans et demi de saisines juridictionnelles inabouties) », *LPA*, 2013, n° 223, p. 6 ; Voir également : F. ZERDOUMI, « L'articulation complexe de la QPC avec les autres procédures : l'exemple des procédures d'urgence en contentieux administratif », in E. CARTIER (dir.), *La QPC, le procès et ses juges. L'impact sur le procès et l'architecture juridictionnelle*, Dalloz, 2013, pp. 190-208.

⁹⁴¹ A. SAYEDE HUSSEIN, « La QPC devant le juge administratif des référés d'urgence (Trois ans et demi de saisines juridictionnelles inabouties) », *op. cit.*, p. 6.

⁹⁴² L. FONTAINE, « Le contrôle de constitutionnalité par voie préjudicielle en France : quelles pratiques ? », *Compte-rendu analytique, critique... et pédagogique du colloque du 16 février 2009, organisé à Paris par le Ministère de la Justice, l'UMR 6201, Institut Louis Favoreu, GERC, CDPC, IEIA et l'AFDC*, p. 15.

⁹⁴³ CE, 6^e et 4^e SSR, 30 décembre 2002, *Ministre de l'Aménagement du territoire et de l'environnement c. M. Carminati*, n° 240430 ; CE, 9 décembre 2005, *Allouache e. a.*, n° 287777. Voir *infra*, les développements relatifs au refus du juge du référé-liberté de connaître des moyens tirés de l'inconventionnalité d'une loi : Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, Paragraphe 1.

⁹⁴⁴ X. MAGNON (dir.), *QPC. La question prioritaire de constitutionnalité. Principes généraux, pratique et droit du contentieux*, LexisNexis, 2013, 2^e éd., p. 40.

⁹⁴⁵ A. SAYEDE HUSSEIN, « La QPC devant le juge administratif des référés d'urgence (Trois ans et demi de saisines juridictionnelles inabouties) », *op. cit.*, p. 6.

⁹⁴⁶ X. DOMINO et A. BRETONNEAU, « Dix ans d'urgence », *AJDA*, 2011, n° 24, p. 1369.

nationale des présidents des unions régionales des médecins libéraux, il ne faut pas négliger les précisions et revirements postérieurs qui ont affiné l'articulation des deux procédures⁹⁴⁷.

412. Il n'existe aucune jurisprudence de réception des demandes d'avis au Conseil d'État et à la Cour EDH et seul un embryon de jurisprudence conçoit l'articulation du référé-liberté au renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'UE. Ce constat appelle l'exposé des raisons de la réception insuffisante des mécanismes de renvoi par les textes et la jurisprudence.

2) Les raisons de la réception insuffisante des mécanismes de renvoi par les textes et la jurisprudence

413. Une adaptation juridiquement facultative. Les États membres du Conseil de l'Europe bénéficient d'une « certaine marge d'appréciation »⁹⁴⁸ en ce qui concerne l'adoption de règles procédurales d'accès aux tribunaux. Aucune règle relevant des droits européens n'impose aux forces normatrices et juridictionnelles d'ériger un corpus de règles visant à réceptionner et adapter en droit interne les mécanismes du renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'UE et des demandes d'avis consultatifs à la Cour EDH aux spécificités liées à l'urgence de certaines procédures juridictionnelles nationales.

Quant à la QPC, elle n'est rien d'autre qu'un moyen soulevé à l'appui d'une demande. C'est pour cela que son régime procédural doit « suivre »⁹⁴⁹ celui qui régit la demande principale au soutien de laquelle elle est soulevée.

414. Une adaptation jugée non nécessaire. S'il ne faut pas entendre le terme « dilatoire » dans un sens péjoratif, c'est-à-dire comme correspondant à de basses manœuvres, le caractère non opérant ou inutile des procédures de renvoi préalable devant le juge du référé-liberté peut généralement s'expliquer par le fait que « l'aspect dilatoire de cette démarche est rarement compatible avec le type d'affaires dont il est saisi et la "culture" du référé »⁹⁵⁰. Pourtant, aucune des règles de procédures de chacun des mécanismes de renvoi n'envisagent la

⁹⁴⁷ Voir en ce sens notamment les développements relatifs à l'ordre procédural d'examen de la QPC et de la recevabilité interne de la requête en référé-liberté. Ils constituent quasiment à eux seuls les marqueurs de l'évolution de la réception jurisprudentielle de la QPC.

⁹⁴⁸ CEDH, 28 mai 1985, *Ashingdane c. Royaume-Uni*, n° 8225/78, § 57 ; CEDH, 6 septembre 1978, *Klass e. a. c. Allemagne*, n° 5029/71, § 49.

⁹⁴⁹ X. MAGNON (dir.), *QPC. La question prioritaire de constitutionnalité*, LexisNexis, 2011, 1^{ère} éd., p. 16.

⁹⁵⁰ J. VUITTON et X. VUITTON, *Les référés. Procédure civile. Contentieux administratif. Procédure pénale*, LexisNexis, 2018, 4^e éd., p. 134.

moindre adaptation avec les instances principales au cours desquelles ils interviennent incidemment.

En effet, aucune disposition juridique française ne vient réceptionner le droit de l'UE relatif au renvoi préjudiciel. Il n'y a *a fortiori* aucun texte visant à adapter la procédure du référé-liberté au renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'UE.

En dépit d'une certaine insistance du professeur Paul Cassia lors d'une audition devant la représentation nationale, le législateur organique n'a pas estimé nécessaire d'adapter la procédure de la QPC aux spécificités des référés administratifs d'urgence⁹⁵¹.

À l'heure de la ratification du protocole n° 16 à la Conv. EDH, le Gouvernement et le Parlement français soutenaient que sa mise en application « n'impliqu[ait] aucune modification juridique de nature législative ou réglementaire dans l'ordre interne »⁹⁵². La question de l'adaptation des renvois préalables à l'urgence en général et à la procédure du référé-liberté en particulier apparaît donc largement négligée par le législateur *lato sensu*. La possibilité de procéder à leur réforme semble de surcroît parfaitement chimérique. Il semble en effet ne pas être de la priorité actuelle du législateur de réformer les lois ordinaires et organiques relatives aux procédures de la QPC et à celle de demande d'avis contentieux au Conseil d'État. Au regard des contraintes liées à la pluralité de membres des organisations internationales que sont le Conseil de l'Europe et l'Union européenne, il n'est pas aisé de réformer les règles de procédure relatives aux procédures de renvoi aux cours européennes. Par ailleurs, une telle entreprise équivaldrait à l'ouverture de la boîte de Pandore. Se poserait en effet la question de l'adaptation des procédures de renvois à l'ensemble des particularités des autres procédures dans lesquelles elles peuvent être mises en œuvre. Pire encore, concernant les renvois aux cours européennes, il y aurait alors lieu d'élargir le spectre à toutes les procédures juridictionnelles des États membres de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe. L'on comprend bien que la tâche deviendrait excessive et nuirait, par la multiplication de règles spéciales, à la cohérence et à la lisibilité des règles de procédure des mécanismes de renvoi.

415. Si aucun texte juridique ne réceptionne et n'adapte correctement les procédures de

⁹⁵¹ P. CASSIA, « Audition », in J.-L. WARSMANN, *Rapport relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, Assemblée Nationale, septembre 2009, n° 1898, p. 149 et s.

⁹⁵² Ministère de l'Europe et des affaires étrangères, Étude d'impact du projet de loi concernant la ratification du protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, NOR : EAEJ1729498L/Bleue-1, pt. 4.1.2.1. ; H. SAURY, *Rapport sur le projet de loi autorisant la ratification du protocole n° 16 à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Sénat, 2018, n° 358, p. 9.

renvoi préalable aux spécificités du référé-liberté, c'est parce que cette mission est plausiblement laissée à la discrétion des principaux acteurs : les juges *a quibus* et les juges *ad quem*.

416. La rareté des demandes de requérants de mettre en œuvre un renvoi est de nature à limiter les occasions d'ériger un régime jurisprudentiel d'articulation du référé-liberté aux renvois aux cours européennes et au Conseil d'État. Les occasions dans lesquelles le juge du référé-liberté peut estimer nécessaire d'opérer un renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'UE ou une demande d'avis au Conseil d'État ou à la Cour EDH de sa propre volonté ou suivant les demandes d'une partie sont rares.

Alors qu'il y fut invité par des requérants dans plusieurs affaires accompagnées de demandes de saisine de la Cour de justice de l'UE d'un renvoi préjudiciel, le juge du référé-liberté n'a jamais donné suite à de telles requêtes. Dans la quasi-totalité de ces occasions, aucune référence aux demandes de renvois préjudiciels en validité⁹⁵³ ou en interprétation⁹⁵⁴ n'était faite dans les motifs de l'ordonnance.

De même, à notre connaissance, il n'existe qu'un seul cas de demande de saisine de la Cour EDH pour avis consultatif⁹⁵⁵ faite par un requérant et aucun de demande de saisine du Conseil d'État au titre de l'article L. 113-1 du CJA. Le manque de demandes est assurément, en tant que cause première, de nature à limiter les occasions du juge du référé-liberté d'ériger un régime jurisprudentiel d'articulation de la procédure de l'article L. 521-2 du CJA avec celles des renvois aux cours européennes et au Conseil d'État.

417. La rareté des occasions d'ériger un régime jurisprudentiel d'articulation du référé-suspension aux renvois aux cours européennes et au Conseil d'État. De nombreuses affaires illustrent des demandes vaines de requérants faites au juge du référé-suspension de soumettre à la Cour de justice un renvoi préjudiciel en interprétation⁹⁵⁶. Une d'entre elles a bien

⁹⁵³ CE, ord., 28 octobre 2005, *Hoffer*, n° 286451. Sur un refus de renvoi préjudiciel portant sur la conformité de la théorie des actes de gouvernement par rapport aux droits protégés par les Charte des droits fondamentaux : CE, ord., 23 avril 2019, n° n° 429668, 429669, 429674 et 429701.

⁹⁵⁴ CE, ord., 15 avril 2016, *M. A...B...*, n° 398550 ; TA Nantes, ord., 3 juillet 2015, *Mme A...B... épouse C..., M. D...C... et Mme E...C...*, n° 150546 ; CE, ord., 26 juillet 2018, *M. B... A...*, n° 421832 ; CE, ord., 27 août 2018, *M. B... A...*, n° 423124 ; CE, ord., 1 février 2019, *M. A...*, n° 426800.

⁹⁵⁵ CE, ord., 23 avril 2019, n° 429668, 429669, 429674 et 429701.

⁹⁵⁶ CE, ord., 21 juillet 2005, *Association pour la protection des animaux sauvages*, n° 281856 ; CE, ord., 27 avril 2007, *Commune de Bourguoin-Jallieu*, n° 304402 ; CE, ord., 20 mars 2013, *Association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers*, n° 366308 ; CE, ord., 2 août 2019, *Société Effik*, n° 433151 ; CE, 16 octobre 2019, *Association One Voice*, n° 434537.

été renvoyée par le juge du référé-suspension du tribunal administratif de Saint-Denis de la Réunion mais fut retirée⁹⁵⁷ dans la foulée. La plupart des autres sont à peine mentionnées dans le corps des ordonnances⁹⁵⁸.

À notre connaissance le juge du référé-suspension n'a jamais été saisi de demande de mise en œuvre des procédures de demandes d'avis à la Cour. EDH ou au Conseil d'État.

418. Au fond, l'absence de véritables adaptations normatives et jurisprudentielles des procédures de renvoi préalable aux spécificités de celle du référé-liberté a certainement pour mobile la préférence pour le traitement des renvois par un juge statuant au fond.

B) La préférence donnée au juge statuant au fond

419. Deux éléments laissent penser que le juge du référé-liberté sera enclin à ne pas procéder à un renvoi, même si la nécessité le commande. Le premier a trait à la possibilité laissée au justiciable de saisir ultérieurement un juge statuant au fond qui se chargera de mettre en œuvre un mécanisme de renvoi préalable (1). Un second argument permet au juge administratif des référés d'urgence de se reposer sur le juge statuant au fond dès lors que ce dernier est appelé à intervenir à brève échéance (2).

1) La possibilité pour le justiciable de saisir le juge statuant au fond

420. La mise en œuvre d'un renvoi présente un intérêt différent selon qu'elle provient du juge du référé-suspension ou de celui du référé-liberté.

Le déclenchement d'un renvoi au stade du référé-suspension est d'une utilité évidente pour le jugement de l'affaire par le juge statuant au fond de l'excès de pouvoir puisque ce dernier est nécessairement appelé à statuer. Or, il est arrivé que le juge du référé-suspension renverse cette idée en considérant plutôt que la survenance future d'un recours au fond justifie de ne pas examiner une QPC en considérant qu'elle est mal fondée et donc dépourvue de caractère

⁹⁵⁷ TA de Saint-Denis de la Réunion, ord., 25 novembre 2010, *M. Amédée*, n° 0900637. Pour rappel, le juge du référé-suspension du tribunal administratif de Saint-Denis de la Réunion n'avait pas intégré que des décisions du Conseil d'État et de la Cour de justice de l'UE avaient déjà répondu à la question de la compatibilité au droit de l'UE de dispositions législatives et réglementaires internes relatives à l'attribution de bonifications pour le calcul de la pension de retraite du requérant.

⁹⁵⁸ CE, ord., 29 octobre 2003, *Société Techna SA e. a.*, n° 260768, 261033 et 261034 ; CE, ord., 19 août 2003, *Association vie et nature pour une écologie radicale*, n° 259340 ; CE, ord., 24 février 2004, *Scherrer*, n° 264119.

sérieux⁹⁵⁹. Le but étant de laisser cette tâche au juge statuant au fond. Cette pratique exprime néanmoins une confusion regrettable du juge du référé-suspension entre l'examen de la condition de l'urgence et de celle du caractère fondé de la demande. C'est notamment ce qui a pu faire dire justement à un auteur que la QPC « n'a pu pousser davantage le juge des référés à repenser ses méthodes juridiques, fixer des frontières nettes entre les hypothèses de la procédure de tri et mettre un terme à toute sorte de confusion et d'incohérence »⁹⁶⁰.

En revanche, la procédure du référé-liberté n'est pas conditionnée à peine d'irrecevabilité par le dépôt d'un recours au fond et n'est par conséquent pas l'accessoire d'un recours principal. C'est notamment pour cette raison que l'on dit que la procédure prévue à l'article L. 521-2 du CJA est une procédure qui doit « permettre éventuellement de vider le litige sans l'exercice d'un recours principal »⁹⁶¹. Dans les faits, elle y parvient d'ailleurs nettement.

Finalement, certains considèrent qu'au regard de « l'objet de la procédure de référé »⁹⁶², il est de l'intérêt des justiciables⁹⁶³ qu'ils soulèvent une QPC plutôt devant le juge statuant au fond car cette procédure de renvoi « demeure l'affaire ou l'apanage de la juridiction principale »⁹⁶⁴.

421. Il est courant de dénier au juge administratif des référés d'urgence la possibilité de procéder à un renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'UE et de réserver de manière exclusive cette faculté au juge statuant au fond⁹⁶⁵. C'est ainsi que le Conseil d'État du Royaume de Belgique a déjà refusé de procéder à un renvoi préjudiciel dans le cadre de procédures de référés eu égard à l'urgence de ces procédures ainsi qu'à l'existence de procédures au fond pouvant succéder à celle du provisoire⁹⁶⁶. La source d'inspiration de ces positions est à chercher du côté de la Cour de justice de l'UE qui autorisa un temps le juge national des référés à ne pas procéder

⁹⁵⁹ Voir *infra*.

⁹⁶⁰ A. SAYEDE HUSSEIN, *Le juge administratif, juge du référé suspension. Douze ans de mutations juridictionnelles et jurisprudentielles*, PUAM, 2014, p. 146.

⁹⁶¹ M. GUYOMAR et B. SEILLER, *Contentieux administratif*, Dalloz, 2010, p. 142.

⁹⁶² D. ROUSSEAU (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité*, Lextenso, 2010, p. 21.

⁹⁶³ Sans qu'une distinction soit établie entre différentes catégories de justiciables, voir : J.-L. WARSMANN, *Rapport relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, Assemblée Nationale, septembre 2009, n° 1898, p. 41 : « si la faculté de soulever une question de constitutionnalité devant le juge des référés n'est pas exclue, il sera dans l'intérêt même des parties de soulever plutôt cette question devant le juge du principal ». Du même avis : X. MAGNON (dir.), *QPC. La question prioritaire de constitutionnalité. Principes généraux, pratique et droit du contentieux*, LexisNexis, 2011, 1^{ère} éd., p. 183.

⁹⁶⁴ A. SAYEDE HUSSEIN, « La QPC devant le juge administratif des référés d'urgence (Trois ans et demi de saisines juridictionnelles inabouties) », *LPA*, 2013, n° 223, p. 6.

⁹⁶⁵ B. LE BAUT-FERRARÈSE, « L'office du juge administratif des référés face à la règle européenne », *LPA*, 25 février 2004, n° 40, p. 10 ; M. GAUTIER, « Le juge des référés face au droit communautaire. Note sous CE, ord., 18 octobre 2006, *M^{me} Milana Djabrailova, épouse Mutsulkhanova*, n° 298101 », *AJDA*, 2006, n° 42, p. 2352.

⁹⁶⁶ Voir notamment : CE, 2 mars 1995, *VT4 Limited*, n° 51964 ; CE Belge, 12 avril 1995, *s.a. C.I.A. security International*, n° 52789 ; CE Belge, 19 février 1998, n° 71930 ; CE Belge, 28 juin 1999, n° 81359 ; CE Belge, 23 octobre 2001, *n.v. Cosimco et n.v. Houben*, n° 100084.

à renvoi préjudiciel si le requérant avait la faculté de réitérer sa demande devant un juge statuant au fond⁹⁶⁷. Cette solution était justifiée par le caractère prétendument plus adéquat des procédures au fond avec le mécanisme du renvoi préjudiciel. C'est d'ailleurs pour cette raison qu'il ressort probablement des jurisprudences conférant au juge du référé-liberté la compétence d'interpréter provisoirement le droit de l'UE en cas de difficulté d'interprétation, alors qu'un renvoi préjudiciel semble nécessaire⁹⁶⁸, une invitation implicite destinée au juge statuant au fond de procéder lui-même et lui seulement à la saisine de la Cour de justice de l'UE au titre de l'article 267 du TFUE.

2) L'intervention imminente du juge statuant au fond

422. À deux reprises, le juge du référé-suspension a explicitement exprimé son souhait de réserver au juge statuant au fond l'examen d'une QPC. Ce choix se justifiait par le fait que ce dernier était amené à statuer incessamment. Avant même l'avènement de la QPC, le juge du référé-suspension a pu rejeter une requête tendant à la suspension d'une décision administrative en considérant qu'elle était mal fondée en confondant cette condition avec celle de l'urgence. Pire encore, il considéra que l'urgence n'était pas satisfaite au motif que le juge statuant au fond ne tarderait pas à statuer⁹⁶⁹. Toujours en référé-suspension, le juge a pu refuser de procéder au renvoi d'une QPC en raison du fait qu'« une formation collégiale du Conseil d'État statuera à brève échéance sur la demande de renvoi de la même question prioritaire de constitutionnalité, présentée à l'appui du recours pour excès de pouvoir formé par les mêmes requérants »⁹⁷⁰. Une autre fois, au regard de la même situation, le juge du référé-suspension a pu refuser de procéder au renvoi d'une QPC eu égard à la circonstance tenant au fait que le Conseil d'État « devrait, dans le cadre de l'instance au fond, statuer à très brève échéance sur le renvoi de la question au Conseil constitutionnel »⁹⁷¹. Remarquons tout de même, pour le déplorer, qu'à la différence du deuxième exemple, dans cette troisième affaire, le juge du référé-suspension conjugue le verbe « devoir » au conditionnel lorsqu'il fait référence à une éventuelle intervention au fond du Conseil d'État « à très brève échéance ». Ces refus d'examen d'une demande de renvoi fondés

⁹⁶⁷ CJCE, 24 mai 1977, *Hoffmann-La Roche AG/Centrafarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse mbH*, C-107/76.

⁹⁶⁸ CE, ord., 18 octobre 2006, *Mme Djabrailova, épouse Mutsulkhanova.*, n° 298101 ; CE, ord., 6 décembre 2006, *Taymuskhanov et Mme Terbulatova épouse Taymuskhanov*, n° 299218. Voir *infra* : Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, Paragraphe 1.

⁹⁶⁹ CE, 9 mai 2005, *Mlle Kossiwa Olga A. e. a.*, n° 280290.

⁹⁷⁰ CE, ord., 17 juin 2011, *Etrillard*, n° 349753.

⁹⁷¹ CE, ord., 8 décembre 2011, *Ordre des avocats au barreau de Bastia*, n° 354201. Nous soulignons.

sur le motif de l'intervention imminente du juge statuant au fond n'ont pour l'heure jamais eu cours dans le cadre de la procédure du référé-liberté. L'absence de dépôt obligatoire d'une requête au fond conditionnant la recevabilité d'un référé-liberté explique cela dans une large mesure.

423. Même si la comparaison n'est pas parfaitement opportune, ajoutons en dernier lieu pour l'exemple que cette pratique rappelle celle de la Cour de cassation qui ne reçoit pas les demandes d'avis contentieux dès lors qu'elle est déjà saisie d'un pourvoi concernant une même question de droit et sur lequel elle va statuer dans un bref délai⁹⁷².

424. Afin de contrebalancer avec le plus de force cette préférence donnée au juge statuant au fond pour l'examen des renvois, il y a tout lieu, dans un sens parfaitement opposé et dans un objectif de protection préventive des droits fondamentaux contre les atteintes législatives, de soutenir la proposition de la mutation de la procédure du référé-instruction comme « instrument » d'anticipation du contrôle des lois.

II) Le référé-instruction, instrument d'anticipation du contrôle des lois ?

425. Les caractéristiques de la procédure du référé-instruction prévue à l'article R. 531-1 du CJA⁹⁷³ laissent penser qu'elle pourrait être mobilisée de manière préventive par un justiciable afin de saisir le juge des lois sur renvoi préalable en cas de doute sur l'interprétation ou la conformité d'une loi aux droits fondamentaux. Par le biais de la création d'une *litis fictio* portée devant le juge du référé-instruction, celui-ci pourrait-il s'ériger en une sorte de « sentinelle avancée de la hiérarchie des normes »⁹⁷⁴ en servant de passerelle entre le justiciable et le juge *ad quem* des mécanismes de renvoi préalable ? Pour répondre à cette question, il faut prendre la mesure d'une série d'obstacles qui mine la mise en œuvre de cette proposition (A) pour ensuite pouvoir démontrer qu'il est toutefois possible de la surmonter (B).

⁹⁷² Voir par exemple : C. cass., avis, 14 juin 1993, n° 09-30.001 ; C. cass., avis, 31 mai 1999, n° 99-20.008.

⁹⁷³ Article R. 532-1 du CJA : « le juge des référés peut, sur simple requête et même en l'absence de décision administrative préalable, prescrire toute mesure utile d'expertise ou d'instruction ».

⁹⁷⁴ Cette heureuse formule est reprise d'un article relatif à la procédure d'avis contentieux devant la Cour de cassation : A. BUGADA, « La formation pour avis de la Cour de cassation, "juge des lois" ? », *Droit et procédures : la revue des huissiers de justice*, 2004, n° 3, p. 140.

A) Les obstacles à l'érection du référé-instruction en instrument d'anticipation du contrôle des lois

426. Les principaux obstacles à l'idée de pouvoir mobiliser le juge administratif du référé-instruction afin de saisir le juge des lois sur renvoi préalable en cas de doute sur l'interprétation ou la conformité d'une loi aux droits fondamentaux sont tout autant liés à la procédure du référé-instruction (1), qu'aux règles relatives à la recevabilité des procédures de renvoi préalable (2).

1) Les obstacles liés à la procédure du référé-instruction

427. Par essence, l'objet d'un renvoi ne peut être qu'une question de droit⁹⁷⁵. Or, la compétence du juge du référé-instruction est limitée aux questions de fait (a). D'autre part, alors qu'il a déjà eu à se prononcer sur cette hypothèse contentieuse, le juge du référé-instruction rejette explicitement toute saisine motivée par une seule demande de renvoi (b).

a) La compétence du juge du référé-instruction limitée aux questions de fait

428. La saisine du juge du référé-instruction ne peut avoir pour objet que des demandes de nature purement factuelle. Cette règle est liée à l'unique condition permettant au juge d'exercer son office : le caractère utile de la mesure octroyée doit constituer « le seul moyen d'établir les *faits* en cause »⁹⁷⁶. Le juge de l'article R. 532-1 du CJA refuse par conséquent de confier à un expert le soin de se prononcer sur une question de droit⁹⁷⁷. Une telle question ne saurait relever que de la compétence d'un juge. L'obstacle semble donc de taille puisque l'essence des renvois préalables est l'unification préjudicielle du *droit* par le biais de questions liées à l'interprétation ou la validité d'une norme. Or, si le juge *ad quem* des renvois préalables peut être conduit à connaître des faits de l'instance principale, il ne saurait résoudre les

⁹⁷⁵ Voir *infra* : Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, Paragraphe 2, A), 1), a).

⁹⁷⁶ E. GLASER, « Référé-expertise et conciliation (à propos du calcul du "forfait d'externat") ». Conclusions sur Conseil d'Etat, Section, 11 février 2005, *Organisme de gestion du Cours du Sacré Cœur et autres* », *RFDA*, 2005, n° 3, p. 546. Nous soulignons.

⁹⁷⁷ CE, 11 mars 1996, *SCI du domaine de Figuières*, n° 161112 ; CE, 30 décembre 1998, *Société Coteba Management*, n° 189211.

questions de fait⁹⁷⁸.

b) Le refus explicite des saisines motivées par une seule demande de renvoi

429. Lorsqu'il est saisi dans le seul but d'atteindre le juge *ad quem* des procédures de renvoi préalable, le juge du référé-instruction sanctionne un tel dessein. Cette assertion s'illustre parfaitement avec une affaire dont a eu à connaître le juge du référé-instruction de la Cour administrative d'appel de Paris qui fut saisi de la question du recours à la pratique de la césarienne et au recueil du consentement de la patiente. En l'espèce, si les mesures d'expertise demandées par les parties avaient pu être jugées utiles, il en irait autrement concernant une demande portant sur le statut juridique du cordon ombilical et du sang qu'il contient⁹⁷⁹. Le juge fait grief aux requérants de ne l'avoir saisi qu'en vue de la transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité⁹⁸⁰. Par conséquent, il rejette sur ce fondement les conclusions de la requête et refuse ainsi de transmettre la QPC soulevée⁹⁸¹ puisqu'il résulte « des dispositions de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 susvisée qu'une question de constitutionnalité doit être invoquée comme un moyen au soutien de conclusions déterminant un litige auquel les dispositions législatives critiquées seraient applicables ; que doit dès lors être tenue pour abusive une demande d'expertise qui n'a manifestement pas pour objet le jugement d'un litige pour lequel elle pourrait avoir une utilité mais est délibérément présentée dans le but de soulever une question de constitutionnalité sans rapport direct avec la solution de ce litige »⁹⁸².

⁹⁷⁸ G. CASU, *Le renvoi préalable. Essai sur l'unification préjudicielle de l'interprétation*, LGDJ, 2016, p. 124 et s.

⁹⁷⁹ Le juge du référé-instruction de la Cour administrative d'appel de Paris considère en effet qu'une question portant sur le statut juridique du cordon ombilical et du sang qu'il contient est « dénuée d'utilité » au sens de l'article R. 532-1 du CJA : CAA Paris, ord., 20 mars 2017, n° 16PA03253, consid. 2.

⁹⁸⁰ CAA Paris, ord., 20 mars 2017, n° 16PA03253, consid. 2 : « qu'il appert de leurs écritures [celle des requérants] que leur demande n'avait en réalité pas d'autre objet que le dépôt d'une question de constitutionnalité mettant en cause les dispositions législatives organisant le don desdits éléments corporels ».

⁹⁸¹ Les requérants « ne sont pas fondés à se plaindre de ce que le juge des référés du Tribunal administratif de Paris a estimé que leur demande devait être rejetée comme dénuée de l'utilité requise ; que c'est en conséquence nécessairement à bon droit que le même juge a estimé qu'il n'y avait en l'état aucun litige auquel seraient applicables les dispositions législatives mises en cause par la question de constitutionnalité qu'ils avaient soulevée et refusé par suite de transmettre celle-ci ; » : CAA Paris, ord., 20 mars 2017, n° 16PA03253, consid. 2.

⁹⁸² CAA Paris, ord., 20 mars 2017, n° 16PA03253, consid. 6.

430. Cette proposition ne se heurte pas seulement aux règles régissant la procédure du référé-instruction. Elle est aussi sévèrement contrariée par celles relatives à la recevabilité des procédures de renvoi préalable.

2) Les obstacles liés à la recevabilité des renvois

431. **Le caractère abstrait⁹⁸³ des demandes de renvoi aux cours européennes.** L'article R. 532-1 du CJA prévoit que la saisine du juge du référé-instruction n'est pas conditionnée par l'existence d'une décision administrative préalable. Aussi, sa saisine n'est pas non plus « subordonnée à l'existence d'un litige né et actuel »⁹⁸⁴. Si l'on part du principe que le juge administratif du référé-instruction ne refuserait pas de faire droit à une stratégie contentieuse telle que celle évoquée ci-avant, il est à craindre que les juges des lois européens y feraient barrage en invoquant les conditions imposées à la recevabilité des renvois préjudiciels et des demandes d'avis consultatifs. Le régime des procédures de renvoi préalable laisse clairement comprendre qu'il est impossible de les actionner en dehors de tout litige et ferme ainsi la porte à toute velléité d'*actio popularis*. Notons encore que la finalité commune à l'intervention du juge *ad quem* saisi d'un renvoi est concrète, dans le sens où les renvois se rattachent à un litige réel dans le cadre de l'instance au principal. Par conséquent, la mise en œuvre d'un renvoi ne saurait avoir pour vocation de lever, par anticipation et en dehors de tout litige, des doutes ou des difficultés sérieux sur des questions de droit afin de « préparer » l'intervention ultérieure d'un autre juge qui sera potentiellement appelé à statuer sur une affaire urgente.

432. Dans l'arrêt *Foglia Novello*, la Cour de Luxembourg condamne le « caractère artificiel »⁹⁸⁵ d'une construction contentieuse visant à la conduire à contrôler une législation nationale en dehors de tout litige concret pendant devant une juridiction nationale. Comme cela fut expliqué par Amihud Barav⁹⁸⁶, il faut toutefois bien comprendre que le rejet de la Cour ne tient pas, en tant que telle, à la nature de la procédure nationale mobilisée en vue de saisir la

⁹⁸³ Nous donnons au terme « abstrait » le sens d'une demande faite en dehors de tout litige concret et actuel. La demande de renvoi abstraite consiste donc à amener le juge des lois à se prononcer sur une loi qui, au moment de la demande, ne viole pas concrètement et actuellement les droits fondamentaux d'un justiciable.

⁹⁸⁴ CE, 22 juillet 1992, *Commune du Rove c. Mechetti*, n° 129264.

⁹⁸⁵ CJCE, 11 mars 1980, *Pasquale Foglia c. Mariella Novello*, C-104/79, pt. 10.

⁹⁸⁶ A. BARAV, *La fonction communautaire du juge national*, Thèse dact., Université de Strasbourg, 1983, pp. 280-288.

Cour de justice de l'UE mais au fait qu'il existe une entente entre les parties et que donc la décision à rendre par la Cour ne permettrait pas de contribuer à la résolution d'un litige entre les parties au principal. En clair, la Cour sanctionne l'absence de litige réel entre les parties au principal. La Cour luxembourgeoise refuse également de statuer sur les renvois préjudiciels qui ne soulèvent que des problèmes de nature hypothétique⁹⁸⁷. La Cour rappelle en permanence que « la justification du renvoi préjudiciel est non pas la formulation d'opinions consultatives sur des questions générales ou hypothétiques, mais le besoin inhérent à la solution effective d'un contentieux »⁹⁸⁸.

433. Suivant un raisonnement similaire à celui de la cour luxembourgeoise, le rapport explicatif relatif à la procédure des demandes d'avis consultatifs à la Cour EDH précise que cette procédure « n'est pas destinée, [...] à permettre un examen théorique de la législation qui n'a pas à être appliquée dans l'affaire pendante »⁹⁸⁹. L'étude d'impact formulée par le ministère de l'Europe et des affaires étrangères abonde en ce sens en prévoyant qu'« il ne s'agira donc pas pour la CEDH de procéder à un examen abstrait d'une législation nationale, mais bien d'en apprécier la conformité aux droits et libertés définis par la convention ou par ses protocoles à l'occasion de son application concrète aux faits de l'espèce »⁹⁹⁰.

Si on l'examine de manière plus approfondie, cet obstacle n'en est finalement peut être pas un. L'article 1 § 2 du Protocole n° 16 à la Conv. EDH stipule que « la juridiction qui procède à la demande ne peut solliciter un avis que dans le cadre d'une *affaire pendante* devant elle »⁹⁹¹. Les lignes directrices relatives à l'application des demandes d'avis consultatifs prévoient qu'elles doivent tirer leur « origine d'une *procédure* interne pendante devant l'une des plus hautes juridictions désignées »⁹⁹². La combinaison de ces règles de recevabilité semble permettre de considérer que le caractère éventuel d'un litige porté devant le juge du référé-instruction n'évacue pas, en soi, toute prétention à ce qu'il soit renvoyé à la Cour EDH une

⁹⁸⁷ CJCE, 18 juillet 2007, *Lucchini*, C-119/05, pt. 44 ; CJCE, 25 octobre 2011, *eDate Advertising e. a.*, C-509/09 et C-161/10, pt. 33.

⁹⁸⁸ CJUE, 3 juillet 2014, *Préfet des Pyrénées-Atlantiques c. Raquel Gianni Da Silva*, C-189/13, pt. 36.

⁹⁸⁹ Conseil de l'Europe, *Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, Rapport explicatif, pt. 10. Voir également : V. BERGER, « Le Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme, ou l'institutionnalisation du "dialogue des juges" », *Gaz. Pal.*, 2015, n° 178, p. 8.

⁹⁹⁰ Ministère de l'Europe et des affaires étrangères, *Étude d'impact du projet de loi concernant la ratification du protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, NOR : EAEJ1729498L/Bleue-1, pt. 4.1.2.2.

⁹⁹¹ Nous soulignons.

⁹⁹² CEDH, *Lignes directrices concernant la mise en œuvre de la procédure d'avis consultatif prévue par le Protocole n° 16 à la Convention*, 18 septembre 2017, pt. 6.1. Nous soulignons.

question de principe présentant une difficulté sérieuse d'interprétation des droits garantis par la Conv. EDH

434. De la même manière, le caractère éventuel d'un litige n'empêche pas non plus l'existence d'une difficulté juridique sérieuse sur question de droit nouvelle justifiant qu'une demande d'avis contentieux soit renvoyée au Conseil d'État. Par définition, il est en revanche impossible de soutenir qu'un litige qui n'est qu'éventuel puisse satisfaire la condition prévue à l'article L. 113-1 du CJA relative à l'existence d'une question de droit « se présentant dans de nombreux litiges ». Afin que le contraire soit possible, il faudrait que le Conseil d'État apprécie cette dernière condition de manière libérale, de telle sorte qu'elle soit entendue dans le sens d'une question « pouvant se présenter » dans de nombreux litiges.

435. Enfin, concernant la possibilité pour le juge du référé-instruction de procéder au renvoi d'une QPC dans le cadre d'un litige éventuel, le Conseil constitutionnel ne pourrait refuser de procéder au contrôle de constitutionnalité puisqu'il ne s'érige pas en ultime filtre de la recevabilité des QPC et plus spécialement de l'examen de la condition tenant à l'applicabilité au litige de la disposition législative contestée.

436. En l'état actuel du droit, la somme de ces obstacles semble conduire à définitivement décrédibiliser la faisabilité de l'érection du référé-instruction comme voie de droit d'anticipation du contrôle *a posteriori* des lois. Pourtant, par un effort d'interprétation de ce qui fait l'essence de la procédure de l'article R. 531-1 du CJA et des renvois, il est possible de maintenir et de fonder cette proposition.

B) Les moyens permettant d'écarter les obstacles à l'utilisation du référé-instruction en vue de l'anticipation du contrôle des lois

437. Afin que notre stratégie contentieuse entre le juge du référé-instruction et le juge *ad quem* des procédures de renvoi préalable tienne, il faut que le premier accepte de renvoyer et l'autre de recevoir. Il est alors nécessaire de justifier en quoi la mise en œuvre d'un renvoi préalable peut coïncider avec les conditions essentielles de saisine du juge du référé-instruction (1). Il est ensuite impérieux de mettre en avant la finalité préventive du mécanisme de renvoi préalable (2) pour accréditer la réception favorable par le juge *ad quem* d'une telle construction

contentieuse.

1) Les conditions essentielles de saisine du juge du référé-instruction

438. Au sens de l'article R. 532-1 du CJA, la saisine d'un autre juge sur renvoi préalable peut tout à fait correspondre au caractère utile de la mesure demandée (a). L'absence de condition de recevabilité tenant à la présentation d'une décision administrative ou de toute autre action préalable à la saisine du juge du référé-instruction (b) appuie encore notre thèse.

a) L'utilité des mesures d'instruction de saisine d'un autre juge

439. Le juge du référé-instruction a déjà été saisi de conclusions tendant à ce qu'il soit procédé à la saisine de la Cour de justice de l'UE d'un renvoi préjudiciel. Sans la déclarer irrecevable, la demande fut rejetée subséquemment au rejet par la procédure de tri⁹⁹³ de la requête formée en application des dispositions de l'article R. 532-1 du CJA⁹⁹⁴. Le juge du référé-instruction a également été sollicité d'une demande de saisine du Conseil d'État selon la procédure des avis contentieux prévue à l'article L. 113-1 du CJA⁹⁹⁵. Sans non plus être déclarée irrecevable, le refus de renvoi fut motivé par le défaut de précision de la demande d'avis contentieux⁹⁹⁶. Dans ces deux exemples, le juge du référé-instruction ne laisse donc aucunement entendre qu'une demande de renvoi puisse ne pas être constitutive d'une *mesure d'instruction utile*.

440. La mise en œuvre d'un renvoi, élément constitutif d'une mesure d'instruction. Considérant l'inadéquation des référés civils aux délais de jugement des renvois préjudiciels par la Cour de justice de l'UE, la doctrine avait pu suggérer une solution similaire à celle que l'on propose, à l'époque où les procédures préjudicielles d'urgence et accélérée ainsi que la lignée de la jurisprudence *Zuckerfabrick* n'existaient pas. Celle-ci résidait dans le recours

⁹⁹³ En l'espèce, les mesures sollicitées par le requérant ne relevaient pas de la compétence du Conseil d'État statuant en premier et dernier ressort.

⁹⁹⁴ CE, ord., 2 août 2007, *M. Jean-Philippe A*, n° 308116.

⁹⁹⁵ CAA Paris, ord., 21 juillet 2003.

⁹⁹⁶ E. GLASER, « Référé-expertise et conciliation (à propos du calcul du "forfait d'externat") ». Conclusions sur Conseil d'Etat, Section, 11 février 2005, *Organisme de gestion du Cours du Sacré Cœur et autres* », *RFDA*, 2005, n° 3, p. 546.

préalable à tout litige au référé probatoire de l'article 145 du CPC⁹⁹⁷. Cette procédure de référé était en effet considérée comme compatible avec celle du renvoi préjudiciel. Il était avancé que la mise en œuvre d'un renvoi préjudiciel pouvait tout à fait constituer une mesure d'instruction⁹⁹⁸. Ce cas de figure contentieux s'est d'ailleurs déjà présenté dans une affaire où les parties demandaient au juge du référé probatoire de procéder à un renvoi préjudiciel⁹⁹⁹. La Cour de cassation confirma¹⁰⁰⁰ néanmoins le rejet de cette demande de renvoi par le juge du référé-probatoire au motif qu'elle était mal fondée mais aucunement parce qu'elle était irrecevable.

441. La mise en œuvre d'un renvoi, élément constitutif d'une mesure d'instruction utile. Pour être recevable, une requête visant à la saisine du juge du référé-instruction n'est conditionnée que par le caractère « utile » de la mesure demandée pour la résolution d'un litige. Cette condition de l'utilité de la mesure peut être remplie aussi bien dans le cadre d'un litige actuel ou éventuel¹⁰⁰¹. Il est par conséquent possible de considérer que la mesure d'instruction utile demandée au juge du référé-instruction soit celle qui consiste dans la saisine du juge *ad quem* d'une procédure de renvoi préalable. Par l'intermédiaire de ce dernier juge, la mesure utile constituée par la mise en œuvre d'un renvoi permettrait ainsi de déterminer la validité ou de fixer et de connaître l'interprétation conforme d'une loi susceptible de servir de base légale à une décision administrative. En effet, le juge du référé-instruction peut être valablement saisi en l'absence d'une décision administrative préalable.

b) L'absence de décision administrative ou d'action préalable nécessaires à la saisine du juge du référé-instruction

442. Le juge du référé-instruction peut être saisi sans qu'une décision administrative préalable ou que toute autre action préalable soit nécessaire. Il n'est donc pas indispensable que le requérant entame une quelconque procédure de recours administratif préalable ou de

⁹⁹⁷ Article 145 du CPC : « S'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé ».

⁹⁹⁸ C. ORSINI, « Le juge des référés et l'application des normes communautaires », *Gaz. Pal.*, 1985, n° 2, p. 396 ; J. CAVALLINI, *Le juge national du provisoire face au droit communautaire. Les contentieux français et anglais*, Bruylant, 1995, p. 121 ; J. CAVALLINI, « Le juge national des référés en droit communautaire : vers de nouvelles fonctions », *Dalloz Affaires*, 1996, n° 41, p. 1307.

⁹⁹⁹ CA Paris, 14^e chambre, section B, 3 mars 1989.

¹⁰⁰⁰ C. cass., 3 janvier 1991, n° 89-14.538, *Bull.*, n° 35.

¹⁰⁰¹ CE, sect., 11 février 2005, *Organisme de gestion du cours du Sacré-Cœur e. a.*, n° 259290.

règlement amiable du litige. Pour qu'une telle requête soit recevable, il n'est par conséquent pas exigé qu'un litige avec l'administration soit né et actuel.

La mesure ordonnée par le juge du référé-instruction doit avoir une utilité pour la résolution d'un éventuel futur contentieux. Sur le fondement de l'exigence d'une bonne administration de la justice, il paraît souhaitable que le juge du référé-instruction puisse prescrire toute mesure d'instruction portant sur un problème de droit relatif à l'interprétation ou à la conformité d'une loi aux droits fondamentaux qui s'avèrerait utile à la résolution ultérieure d'une affaire urgente. La mesure d'instruction consisterait donc dans la sollicitation par le juge du référé-instruction d'un autre juge pour résoudre une question de droit.

Le référé-instruction remplit déjà clairement une fonction de *préparation* de l'issue juridictionnelle ou amiable d'un conflit. Dans la même veine, pourquoi ne pas ajouter à ce rôle préparatoire, une fonction d'*anticipation* d'un contentieux normatif à venir tendant à favoriser l'accélération de la résolution de probables litiges ultérieurs ? Cette proposition implique nécessairement de dépasser la limitation de l'office du juge du référé-instruction aux questions de faits.

2) La finalité préventive des renvois

443. La coopération entre juges, fondement du caractère opérant des renvois préalables devant le juge du référé-instruction. L'esprit du mécanisme de renvoi préalable est de faire coopérer les juridictions *ad quem* avec les juridictions de renvois afin que les premières aident les secondes à appliquer et interpréter correctement et uniformément le droit. En tout état de cause, il revient aux seules juridictions *a quibus* de jauger la convenance de mettre en œuvre un renvoi.

444. L'exigence d'une bonne administration de la justice, fondement de la recevabilité d'une demande d'instruction sur une question de droit. Qu'y a-t-il de plus gratifiant pour une Cour que de prévenir la survenance d'un contentieux susceptible de présenter les caractères de l'urgence ? Cela permet d'éviter les difficultés ou les risques d'application ou d'interprétation contraire aux droits fondamentaux d'une loi. Il serait tout à fait paradoxal pour une Cour de plaider constamment pour le respect de l'exigence de primauté des droits fondamentaux sur les lois et de refuser dans le même temps tout contrôle *a posteriori* d'une loi potentiellement source d'atteintes graves ou irréversibles aux droits fondamentaux.

Suivant cette logique, il apparaît de surcroît intéressant pour une Cour de pouvoir anticiper un éventuel afflux de saisines urgentes en contrôlant par anticipation une loi sérieusement ou manifestement douteuse.

L'utilisation du renvoi préjudiciel par le juge national revêt d'ailleurs pour l'ordre juridique de l'UE un « intérêt manifeste à ce que, *pour éviter des divergences d'interprétation futures*, toute disposition de droit communautaire reçoive une interprétation uniforme, quelles que soient les conditions dans lesquelles elle est appelée à s'appliquer »¹⁰⁰². De même l'exigence d'application uniforme du droit de l'UE implique que le juge de Luxembourg intervienne afin de « *prévenir des divergences dans l'interprétation de ce droit dans les cas où l'application du droit communautaire serait directement en cause* »¹⁰⁰³.

Soulignons de surcroît que ce sont d'ailleurs les vertus préventives du renvoi au Tribunal des conflits et des demandes d'avis contentieux au Conseil d'État qui ont été mises en avant au moment de leur création.

Par ailleurs, ainsi que le relève le professeur Frédéric Sudre, l'esprit de la nouvelle procédure de demande d'avis consultatif à la Cour EDH consiste à déroger au « cycle violation-sanction »¹⁰⁰⁴.

¹⁰⁰² CJCE, 18 octobre 1990, *Massam Dzodzi c. État belge*, aff. jtes C-297/88 et C-197/89, pt. 37. Nous soulignons.

¹⁰⁰³ CJCE, 8 novembre 1990, *Krystyna Gmurzynska-Bscher c. Oberfinanzdirektion Köln*, C-231/89, pt. 24. Nous soulignons.

¹⁰⁰⁴ J.-P. JACQUÉ, « Union européenne et Conseil de l'Europe. À propos des droits de l'homme en Europe », *RTDE*, 2013, n° 2, p. 195 cité par F. SUDRE, « Ratification de la France et entrée en vigueur du Protocole n° 16. Une embellie pour la Convention EDH ? », *JCP G*, 2018, n° 17, p. 473.

Conclusion du chapitre 2

445. Afin de pallier les inconvénients de la mise en œuvre des renvois et de la concilier avec l'urgence, leurs procédures mettent à disposition du juge du référé-liberté, à l'instar d'ailleurs de tout autre juge *a quo*, des pouvoirs de gestion de l'instance et de la situation du cas d'espèce. Même si les procédures de demandes d'avis au Conseil d'État et à la Cour EDH ne le prévoient pourtant pas, par exception à son obligation de surseoir à statuer, le juge du référé-liberté peut poursuivre l'instruction de l'affaire et prononcer toute mesure provisoire utile à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à la suite de la mise en œuvre de toute espèce de renvoi préalable. Le juge du référé-liberté n'est donc jamais privé de ses pouvoirs de protection juridictionnelle provisoire des libertés fondamentales ni du choix du moment d'en faire usage.

446. L'examen des conditions substantielles de mise en œuvre d'un renvoi ne bouleverse aucunement les exigences relatives au bon déroulement d'une instance en référé-liberté. En effet, l'organisation formelle habituelle de la procédure est préservée. De plus, le juge du référé-liberté demeure attentif, préalablement à l'examen de la question de la mise en œuvre d'un renvoi, à ce que les requêtes portées devant son prétoire soient recevables et qu'il soit compétent pour en connaître.

447. Dans cette recherche de conciliation avec l'urgence, la mise en œuvre d'un renvoi par le juge du référé-liberté doit également être pensée en relation avec d'autres procédures qui peuvent avoir pour utilité, d'une part, d'actionner *a priori* un renvoi par anticipation ou, d'autre part, de tirer *a posteriori* les conséquences d'une décision ou avis d'une juridiction *ad quem*.

Conclusion du Titre 1

448. La mise en œuvre d'un renvoi n'emporte aucun effet systématique sur les conditions substantielles propres au référé-liberté. Le juge du référé-liberté s'est en effet montré attentif à préserver l'autonomie de son office tel qu'il relève de l'article L. 521-2 du CJA lorsqu'il est appelé à devoir déclencher un renvoi préalable. Cette circonstance n'a donc aucun effet sur les conditions de recevabilité de la requête devant être initialement formée ni sur le recours par le juge à ses pouvoirs. Autrement dit, les renvois demeurent soumis et contraints par les règles contentieuses de la procédure du référé-liberté. C'est pourquoi l'urgence à laquelle est confronté le juge du référé-liberté n'est pas irréductiblement antinomique avec la mise en œuvre d'un renvoi et plus particulièrement avec l'opération de pré-contrôle des atteintes législatives aux droits fondamentaux. Cela peut se confirmer avec l'étude subséquente de la prise en compte de l'urgence par les juridictions *ad quem*¹⁰⁰⁵.

449. Le contrôle juridictionnel des atteintes législatives aux droits fondamentaux par le juge du provisoire ne passe pas uniquement par la voie de la mise en œuvre d'un renvoi. Alors qu'il a lui aussi suscité quelques difficultés d'articulation avec les contraintes de l'urgence, le contrôle des lois peut aussi s'exercer directement par voie d'exception par le juge du provisoire.

¹⁰⁰⁵ Voir *infra* : Partie 2.

TITRE 2 : Le contrôle direct des lois par le juge du provisoire

450. Ainsi que nous l'avons entendu, le juge du provisoire est le juge administratif du référé-liberté et celui de la Cour européenne des droits de l'Homme saisie, sur le fondement de l'article 39 du règlement de procédure, d'un recours individuel en indication de mesures provisoires¹⁰⁰⁶. Ces deux recours juridictionnels ont pour vocation commune la protection provisoire des droits fondamentaux dans les situations d'urgence.

Les développements à suivre relatifs au contrôle direct des lois devant le juge du provisoire souffriront d'un déséquilibre notoire entre ceux relatifs à la procédure du référé-liberté et ceux relatifs à la procédure en indication de mesures provisoires devant la Cour EDH. Concernant la procédure du référé-liberté, l'on dispose d'un corpus jurisprudentiel relatif au contrôle de la conventionnalité des lois constitué de quelques dizaines d'ordonnances ou arrêts suffisamment commentés par la doctrine et des membres de la juridiction administrative suprême. *A contrario*, nous n'avons pu recenser aucun écrit doctrinal ou institutionnel relatif au contentieux des lois devant le juge du provisoire de Strasbourg. La matière jurisprudentielle n'est pas non plus éclairante puisque la Cour EDH ne publie et ne motive pas ses décisions ordonnant des mesures provisoires. La matière observable est donc diamétralement plus fournie, lisible et disponible en matière de contentieux des lois devant le juge du référé-liberté que devant celui des mesures provisoires de la Cour strasbourgeoise.

Il est aussi vrai que, dans une grande majorité de litiges, les atteintes aux droits fondamentaux présentant les caractères de l'urgence procèdent des actes administratifs ou juridictionnels de mise en œuvre d'une loi. Rares sont les cas où l'atteinte résulte directement d'une disposition législative, c'est-à-dire par le simple fait qu'elle soit en vigueur et indépendamment des conditions dans lesquelles elle a été appliquée par une autorité administrative ou juridictionnelle. Or, la rareté ne retire rien à l'éventualité et donc à l'intérêt de notre étude. Dans la plupart des cas, le contrôle d'une loi se pose donc à l'occasion d'un recours dirigé contre un acte administratif ou juridictionnel d'application d'une loi.

L'étude du contrôle direct des lois par le juge du provisoire implique en premier lieu de fonder

¹⁰⁰⁶ Voir *supra* : Introduction générale, Section 1, Paragraphe 2, B), 1).

sa compétence de connaître ce type de contentieux (Chapitre 1). Une fois établie cette compétence, il est possible de décrire les modalités procédurales d'exercice de ce contrôle (Chapitre 2).

Chapitre 1 : la compétence du juge du provisoire de contrôler les lois

451. Dans les recours au fond internes et internationaux, la loi a bel et bien été déchue de son absolutisme. Reste désormais à savoir si son immunité d'autrefois perdue toujours lorsqu'elle est attaquée devant le juge du provisoire.

Sans considérations relatives aux méthodes et techniques de contrôle des lois par rapport aux droits fondamentaux, cette opération est assurément source de retardement du prononcé, par le juge, de mesures provisoires. D'un autre côté, la compétence du juge du provisoire de connaître des moyens tirés de la contrariété d'une loi aux droits fondamentaux permet aux justiciables et au juge de soulever un type supplémentaire de moyens à l'appui d'une demande ou d'une décision. C'est dans la balance faite entre ces considérations que le juge provisoire a d'abord penché vers le choix de ne pas connaître du contentieux des lois. En effet, à l'instar de la trame chronologique du contentieux de la conventionnalité des lois devant le juge statuant au fond, au temps des réticences (Section 1) s'est substitué, par étapes, celui de l'acceptation par le juge du provisoire du contrôle direct de la conventionnalité des lois par voie d'exception (Section 2).

SECTION 1 : Le temps des réticences

452. Au refus pur et simple du juge du provisoire d'opérer tout contrôle de la conventionnalité des lois (I) s'est progressivement substitué, à cette intenable situation, une série d'exceptions (II) qui ont rendu inévitable la reconnaissance par le juge du provisoire de sa compétence de connaître du contentieux direct des lois.

I) Le refus du contrôle de la conventionnalité des lois

453. Le juge du provisoire a d'abord tenté de masquer son refus de connaître du contentieux de la conventionnalité des lois derrière des arguments juridiques insuffisants (A) aisément renversables. Quoi que l'on puisse dire de leur solidité, ceux-là cachent en réalité des

raisons profondes de nature politique justifiant que sa compétence en matière de contrôle des lois ne soit pas reconnue (B).

A) Des arguments juridiques insuffisants

454. Le refus du contrôle des lois par le juge du provisoire se fonde sur deux types d'arguments pouvant être invoqués de manière combinée ou alternative. Le premier a trait aux finalités assignées aux recours d'urgence de protection juridictionnelle provisoire des droits fondamentaux (1). Si l'on doit bien reconnaître l'importance de cette référence faite à l'office du juge du provisoire, il ne faut pas non plus minimiser les considérations relatives aux conditions procédurales structurelles dans lesquelles s'exerce cet office (2).

1) Les finalités des recours d'urgence de protection juridictionnelle provisoire des droits fondamentaux

455. La spécificité de l'office du juge du provisoire, et plus particulièrement ses finalités, étaient au cœur du refus de connaître du contentieux des lois. La motivation de la première décision consacrant l'incompétence du juge administratif des référés d'urgence de connaître du contentieux des lois attestait de cela. Elle explicitait que ce refus reposait à part entière sur « l'office du juge des référés »¹⁰⁰⁷.

Au regard de leur nature subjective, les recours juridictionnels de protection provisoire des droits fondamentaux ont une première finalité purement substantielle : la préservation des droits subjectifs fondamentaux des requérants (a). Contrairement à la procédure en indication de mesures provisoires applicable devant la Cour. EDH, celle de l'article L. 521-2 du CJA n'est pas accessoire à un recours principal. C'est pour cette raison que la procédure applicable devant la Cour EDH se distingue de celle du référé-liberté en ce qu'elle poursuit une seconde finalité d'ordre procédural. En plus de la protection des droits fondamentaux des requérants, le juge du provisoire de la Cour EDH cumule une fin relative au bon déroulement et à la préservation de l'objet d'un recours obligatoire au fond en réparation (b). L'article 39 du règlement de procédure de la Cour EDH exprime d'ailleurs bien cette double finalité des mesures provisoires en indiquant qu'elles sont prononcées « dans l'intérêt des parties ou du bon déroulement de la

¹⁰⁰⁷ CE, 6^e et 4^e SSR, 30 décembre 2002, *Ministre de l'Aménagement du territoire et de l'environnement c. M. Carminati*, n° 240430.

procédure ».

- a) Une finalité substantielle : la protection des droits subjectifs fondamentaux des requérants

456. Le caractère éminemment subjectif de l'office du provisoire, obstacle supposé au contrôle des normes générales à l'origine de la violation des droits fondamentaux. La Cour EDH n'a pas été créée comme une juridiction chargée de contrôler la conventionnalité des lois nationales. Sa vocation, hors le cas des affaires interétatiques, est tournée essentiellement vers la protection des situations subjectives et concrètes de violations des droits garantis par la Conv. EDH. Françoise Tulkens explique magistralement que la justice internationale des droits de l'Homme ne se situe pas dans « l'abstraction des situations générales auxquelles les législateurs ont égard mais dans la concrétude des cas d'espèces irréductiblement singuliers »¹⁰⁰⁸. Après épuisement des voies de recours internes, elle s'érige donc en rempart des actes ou omissions étatiques inconvencionnels.

Les recours juridictionnels d'urgence dont la fonction est spécialisée dans le domaine des droits fondamentaux ont, pour finalité essentielle, l'octroi de mesures provisoires visant à préserver ces droits contre des violations prétendument illégales. L'office est en ce sens tourné vers un but premier de protection urgente et provisoire des droits fondamentaux par le prononcé d'une mesure provisoire permettant la prévention ou la cessation de l'aggravation d'une violation. Le juge du provisoire a donc pour fonction essentielle de statuer *intuitu personae* sur l'atteinte portée à un droit subjectif fondamental. Le juge du provisoire de la Cour EDH considère par exemple que les mesures provisoires qu'elle prononce « se révèlent d'une importance fondamentale pour éviter des situations irréversibles »¹⁰⁰⁹ et qu'elles permettent « d'assurer au requérant la jouissance pratique et effective du droit protégé par la Convention qu'il invoque »¹⁰¹⁰.

457. Dès lors, se pose la question de savoir si le contrôle de la conformité d'une norme, et plus précisément, de la conformité d'une loi aux droits fondamentaux, est un préalable nécessaire à l'énoncé de telles mesures ? Puisqu'il s'agit de contentieux subjectifs, c'est-à-dire de contentieux dans lesquels il appartient au juge d'apprécier spécifiquement la situation du

¹⁰⁰⁸ F. TULKENS, « La Cour européenne des droits de l'homme et les avis consultatifs », *CDE*, 2018, n° 3, p. 655.

¹⁰⁰⁹ CEDH, 4 février 2005, *Mamatkulov et Askarov c. Turquie*, n° 46827/99 et 46951/99, § 125.

¹⁰¹⁰ *Ibid.*

requérant, cette mission première pourrait écarter toute compétence du juge du provisoire dans le jugement du droit objectif et spécialement de la loi. *A priori*, le juge du provisoire n'est intéressé que par la matérialité de la situation concrète du requérant. Par conséquent, le prononcé d'une mesure provisoire de sauvegarde des droits fondamentaux ne nécessiterait pas préalablement et forcément d'opérer un contrôle de normes à normes. C'est la justification qui a pu être apportée au soutien de l'existence d'un principe, au demeurant nullement consacré par un texte, selon lequel le juge du provisoire doit se limiter à l'examen de la situation d'un requérant « en s'interdisant d'apprécier, au travers de cette situation, la conventionnalité de la norme générale dont cette situation résulte »¹⁰¹¹.

458. L'étude de la jurisprudence atteste que la nature subjective du recours individuel devant la Cour EDH et le juge du référé-liberté est une donnée avancée par le juge du provisoire au soutien du refus de connaître du contentieux de la conventionnalité des lois. En effet, la nature subjective de la procédure prévue à l'article L. 521-2 du CJA a constitué un élément déterminant dans la jurisprudence du Conseil d'État considérant le contrôle de la conventionnalité d'une loi par le juge du référé-liberté comme constitutif d'une erreur de droit entachant son office. Cette même considération est retenue par la Cour EDH, saisie d'un recours individuel, pour justifier son refus de contrôler dans l'abstrait des lois nationales.

459. Le contrôle de la conventionnalité d'une loi, élément constitutif d'une erreur de droit entachant l'office du juge du provisoire. Il y a lieu de revenir sur les circonstances à l'origine du refus du juge du référé-liberté de contrôler la conventionnalité des lois. Le fondement du refus initial, prononcé en référé-suspension, aux conclusions contraires du commissaire du gouvernement, Mattias Guyomar¹⁰¹², par l'arrêt *Carminati*¹⁰¹³, puis réceptionné après coup par le juge du référé-provision¹⁰¹⁴ et le juge du référé-liberté¹⁰¹⁵, résidait dans la nature particulière de l'office du juge administratif des référés d'urgence¹⁰¹⁶.

¹⁰¹¹ S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme : prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylant, 2001, p. 254.

¹⁰¹² M. GUYOMAR, « Quel contrôle peut opérer le juge des référés sur une décision de rejet d'un retrait d'une association communale de chasse agréée ? Concl. sous CE, 6^e et 4^e SSR, 30 décembre 2002, *Ministre de l'aménagement du territoire et de l'environnement c/ Carminati* », *BJCL*, 2003, n° 7, p. 486.

¹⁰¹³ CE, 6^e et 4^e SSR, 30 décembre 2002, *Ministre de l'Aménagement du territoire et de l'environnement c. M. Carminati*, n° 240430. Voir également : CE, ord., 8 octobre 2003, *M. André Bonnet*, n° 260725.

¹⁰¹⁴ CE, ord., 29 janvier 2003, *Ville d'Annecy*, n° 247909.

¹⁰¹⁵ CE, 9 décembre 2005, *Allouache e. a.*, n° 287777.

¹⁰¹⁶ La justification de principe « eu égard à l'office du juge des référés » n'a été empruntée qu'à six reprises par le juge administratif des référés d'urgence : CE, 6^e et 4^e SSR, 30 décembre 2002, *Ministre de l'Aménagement du territoire et de l'environnement c. M. Carminati*, n° 240430 ; CE, ord., 29 janvier 2003, *Ville d'Annecy*,

Dans cette affaire, le juge du référé-suspension du Tribunal administratif de Lyon avait fait droit aux conclusions du requérant tendant à la suspension d'un arrêté préfectoral conséquemment au constat de l'existence d'une urgence et d'un doute sérieux sur la légalité de l'acte attaqué¹⁰¹⁷. Cette seconde condition apparaissait remplie au vu du moyen tiré de l'incompatibilité des articles L. 422-10 et L. 422-18 du code de l'environnement avec le premier article du premier protocole additionnel à la Conv. EDH. Un pourvoi en cassation fut formé par la partie défenderesse, au motif que le juge des référés du tribunal administratif de Lyon avait entaché son ordonnance d'une erreur de droit. Selon les arguments de l'administration, commet une erreur de droit le juge administratif des référés d'urgence qui nourrit un doute sérieux sur la légalité d'un acte administratif en se fondant sur le moyen tiré de l'incompatibilité de la base légale de celui-ci avec une stipulation issue d'une convention internationale. Conformément à son office de juge de cassation, le Conseil d'État sanctionne les erreurs de droit commises par un juge administratif des référés d'urgence emportant violation de son office de juge du provisoire tel qu'il est prévu par le code de justice administrative¹⁰¹⁸. Dès lors le Conseil d'État cassa la décision en ces termes :

« qu'eu égard à l'office du juge des référés, le moyen tiré de ce que les articles L. 422-10 et L. 422-18 du code de l'environnement, issus de la loi du 26 juillet 2000 relative à la chasse [...], seraient incompatibles avec les stipulations de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'était pas de nature à faire naître un doute sérieux sur la légalité de la décision dont la suspension était demandée » et « qu'en retenant un tel motif pour prononcer la suspension de cette décision, le juge des référés du tribunal administratif de Lyon a donc commis une erreur de droit »¹⁰¹⁹.

Sans, pour l'instant, commenter plus avant la référence faite à « l'office du juge des référés » pour justifier de son incompétence à connaître du contentieux de la conventionnalité internationale des lois, cette position semble « logique »¹⁰²⁰ au regard de l'office traditionnel

n° 247909 ; CE, ord., 9 décembre 2005, *Allouache e. a.*, n° 287777 ; CE, ord., 3 mai 2005, *Confédération française des travailleurs chrétiens*, n° 279999 ; CE, ord., 21 octobre 2005, *Association Aides e. a.*, n° 285577 ; CE, ord., 20 décembre 2005, *M.*, n° 288253. Dans une ordonnance, le juge du référé-liberté ne fait pas mention de « l'office du juge des référés » pour justifier le refus du contrôle de conventionnalité et évoque à la place « la compétence du juge des référés » mais ce refus porte spécialement sur la réponse donnée à une demande de sursis à exécution d'une loi et non d'une décision administrative : CE, ord., 15 mars 2005, *Feller*, n° 278294.

¹⁰¹⁷ TA Lyon, ord., 26 octobre 2001, *M. Carminati*, n° 0104783.

¹⁰¹⁸ CE, 29 novembre 2002, *Communauté d'agglomérations Saint-Étienne Métropole*, n° 244727.

¹⁰¹⁹ CE, 6^e et 4^e SSR, 30 décembre 2002, *Ministre de l'Aménagement du territoire et de l'environnement c. M. Carminati*, n° 240430. Cette jurisprudence est également applicable aux exceptions d'illégalité par méconnaissance du droit de l'UE : CE, ord., 27 avril 2007, *Commune de Bourguoin-Jallieu*, n° 304402 ; CE, ord., 8 août 2007, *Sté Phytheron 2000*, n° 307563 ; CE, ord., 23 mars 2009, *Ministre de l'Immigration c. Gaghiev*, n° 325884.

¹⁰²⁰ X. DUPRÉ DE BOULOIS, « Le contentieux administratif entre identité objective et conversion subjective », in J. ARLETTAZ et J. BONNET (dir.), *L'objectivation du contentieux des droits et libertés fondamentaux. Du*

du juge du référé-liberté et de la nature de la procédure prévue par l'article L. 521-2 du CJA. En matière de contrôle de la constitutionnalité des lois, il est à noter que le refus du juge administratif des référés d'urgence de reconnaître sa compétence n'est plus expressément motivée au regard de son office particulier. Le juge administratif des référés d'urgence calque les motifs de son refus sur celui du juge administratif statuant au fond¹⁰²¹ et motive plus longuement sa position au regard du droit constitutionnel et de celui de la Conv. EDH. Il juge en effet que :

« l'article 61 de la Constitution du 4 octobre 1958 a confié au Conseil constitutionnel le soin d'apprécier la conformité d'une loi à la Constitution ; que ce contrôle est susceptible de s'exercer après le vote de la loi et avant sa promulgation ; qu'il ressort des débats tant du comité consultatif constitutionnel que du Conseil d'Etat lors de l'élaboration de la Constitution que les modalités ainsi adoptées excluent un contrôle de constitutionnalité de la loi au stade de son application ; que cet état du droit n'est en tout état de cause pas contraire aux stipulations de l'article 13 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales relatives au droit au recours, qui n'exigent ni n'impliquent que les Etats parties instaurent un mécanisme de contrôle de constitutionnalité des lois ouvert aux particuliers, lequel, au demeurant, relève en droit interne français, du pouvoir constituant ;

Considérant enfin que si, pour la mise en œuvre du principe de supériorité des traités sur la loi énoncé à l'article 55 de la Constitution, il incombe au juge, pour la détermination du texte dont il doit faire application, de se conformer à la règle de conflit de normes édictée par cet article, il ne peut être appelé à statuer en ce sens que dans les limites de sa compétence ; »¹⁰²².

De la même manière que le juge du référé-liberté, la Cour EDH, saisie d'un recours individuel, refuse de contrôler dans l'abstrait des lois nationales.

460. Le refus absolu de la Cour EDH, saisie d'un recours individuel, de contrôler dans l'abstrait des lois nationales. Par principe, la Cour EDH, de la même manière que ses homologues américaine et africaine, refuse, par une « réitération sacramentelle »¹⁰²³, de connaître tout « problème abstrait concernant la licéité internationale de la norme

juge des droits au juge du droit ?, LGDJ, 2015, p. 17. Voir également : J.-P. MARKUS, « L'appréciation de la conventionnalité d'une loi par le juge des référés. Note sous TA Lyon, ord., 23 mai 2003, n° 031752 », *AJDA*, 2003, n° 33, p. 1786 ; J.-M. SAUVÉ, « Le Conseil d'État et le droit européen et international », Discours à l'Université de Tokyo, 26 octobre 2016, p. 12 (en ligne : http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/Le-Conseil-d-Etat-et-le-droit-europeen-et-international#_ftn1).

¹⁰²¹ Voir par exemple : CE, 5 janvier 2005, *Mlle Deprez et M. Baillard*, n° 257341 et 257534.

¹⁰²² CE, ord., 15 mars 2005, *Feller*, n° 278294.

¹⁰²³ M. AFROUKH, « Le contrôle de conventionnalité *in concreto* est-il vraiment "dicté" par la Convention européenne des droits de l'homme ? », *RDLF*, 2019, chron. n° 04 (en ligne : <http://www.revuedlf.com>).

nationale »¹⁰²⁴. En effet, dans le cadre du recours individuel prévu par l'article 34 de la Conv. EDH, la Cour de Strasbourg précise que cette disposition « n'institue pas au profit des particuliers une sorte d'*actio popularis* pour l'interprétation de la Convention ; il ne les autorise pas à se plaindre *in abstracto* d'une loi par cela seul qu'elle leur semble enfreindre la Convention »¹⁰²⁵. Autrement dit, la Conv. EDH « n'envisage pas la possibilité d'engager une *actio popularis* [...] ; elle n'autorise pas non plus les particuliers à se plaindre d'une disposition de droit interne simplement parce qu'il leur semble, sans qu'ils en aient directement subi les effets, qu'elle enfreint la Convention »¹⁰²⁶. Le contrôle abstrait des normes nationales est donc considéré comme « incompatible »¹⁰²⁷ avec le recours individuel. *A contrario*, l'office du juge interétatique de la Cour EDH est quant à lui ouvert au contrôle abstrait des lois¹⁰²⁸ car l'article 33 de la Conv. EDH ouvre aux États membres la faculté de saisir la Cour EDH dès lors qu'ils reprochent « tout manquement » à la Conv. EDH à toute autre État partie.

461. En principe, il ne suffit pas à un individu requérant de soutenir qu'une loi viole par sa simple existence les droits dont il jouit aux termes de la Convention ; elle doit avoir été appliquée à son détriment »¹⁰²⁹. Pour rappel, à l'instar de son homologue de San José¹⁰³⁰ et du Comité des droits de l'Homme de l'ONU¹⁰³¹, la Cour de Strasbourg juge qu'il ne lui appartient

¹⁰²⁴ J. MATRINGE, « Le contrôle de la licéité internationale de la loi nationale par la Cour européenne des droits de l'Homme », in *Mélanges en l'hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruylant, 2004, Vol. II, p. 1228.

¹⁰²⁵ CEDH, 24 juillet 2003, *Karner c. Autriche*, n° 40016/98, § 24 ; Voir également : CEDH, 6 décembre 2012, *Michaud c. France*, n° 12323/11, § 49.

¹⁰²⁶ CEDH, GC, 29 avril 2008, *Burden c. Royaume-Uni*, n° 13378/05, § 33.

¹⁰²⁷ CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, n° 6833/74, § 27.

¹⁰²⁸ CEDH, 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, n° 5310/71, § 240 ; CEDH, GC, 10 mai 2001, *Chypre c. Turquie*, n° 25781/94, § 357.

¹⁰²⁹ CEDH, 6 septembre 1978, *Klass e. a. c. Allemagne*, n° 5029/71, § 33 ; voir aussi : CEDH, 26 octobre 1988, *Norris c. Irlande*, n° 10581/83, pt. 30. Depuis un avis de 1994, l'*actio popularis* est ouverte devant la Cour et la Commission interaméricaine des droits de l'Homme : CIADH, avis, 9 décembre 1994, *International responsibility for the promulgation and enforcement of laws in violation of the convention of human rights*, OC-14/94, série A, n° 14 ; CIADH, 12 novembre 1997, *Suarez Rosero c. Équateur*, série C, n° 35.

¹⁰³⁰ CIADH, Exceptions préliminaires, 27 janvier 1995, *Genie Lacayo c. Nicaragua*, Série C, n° 21, § 49.

¹⁰³¹ Pour être recevable et être examinée par le Comité DH, le justiciable doit notamment justifier qu'il est « personnellement et directement lésé par la loi » à l'origine d'une violation de ses droits fondamentaux : Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'Homme, *Procédures d'examen des requêtes. Fiches d'information sur les droits de l'homme n° 7*, 2003, p. 8. Le mandat du comité « consiste uniquement à déterminer si un individu a réellement été victime d'une violation de ses droits » : CDH, 2 avril 1982, *Leo R-Hertzberg e. a. c. Finlande*, n° 61/1979, pt. 9.3. C'est pour cela qu'un requérant ne peut « contester simplement une loi [...] de l'État dans l'abstrait (en vertu de ce que l'on appelle une *actio popularis*) » : Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, *Procédures d'examen des requêtes. Fiches d'information sur les droits de l'homme n° 7*, 2003, p. 8. La jurisprudence confirme constamment qu'il ne revient pas au Comité des droits de l'Homme « d'examiner *in abstracto* des textes législatifs nationaux [...] pour vérifier s'ils cadrent avec les obligations énoncées dans le Pacte » : CDH, 14 octobre 1982, *Alexander MacIsaac c. Canada*, n° 55/1979, pt. 10 ; CDH, 10 avril 1984, *Groupe d'associations de défense des droits des personnes invalides ou handicapées en Italie e. a. c. Italie*, n° 163/1984, pt. 6.2 ; CDH, 12 avril 1985, *J. H. c. Canada*, n° 187/1985, pt. 4.1. ; Le Comité DH « ne peut pas examiner de

pas « de déterminer *in abstracto* si la législation est conforme à la Convention »¹⁰³², c'est-à-dire en l'absence d'une mesure individuelle d'application d'une loi¹⁰³³. En conséquence, attaquée en tant que telle, une loi qui serait « manifestement contraire aux droits que l'État a l'obligation de reconnaître au profit de la personne privée dans son ordre juridique interne, ne pourra donner lieu à examen de la Cour européenne »¹⁰³⁴. Cette hypothèse contentieuse relève de la compétence des « juridictions constitutionnelles qui [ont] le pouvoir - voire l'obligation - d'examiner dans l'abstrait les dispositions législatives »¹⁰³⁵.

462. À titre principal, la mission de protection des droits subjectifs fondamentaux des requérants attribuée au juge du provisoire justifie que le contrôle des lois échappe à sa compétence. À ce rôle, s'ajoute, dans le cadre de la procédure en indication de mesures provisoires, une seconde fonction. Celle-ci est d'ordre procédural et a pour finalité la préservation de l'objet d'un recours individuel au fond en réparation.

b) Une finalité procédurale : la préservation de l'objet d'un recours individuel au fond en réparation

463. Au regard de l'une des conditions de recevabilité des recours individuels tenant à la qualité de victime du requérant, la mission première de la Cour EDH est le contentieux de la réparation. Outre la protection en urgence des droits garantis par la Conv. EDH, la finalité privilégiée des mesures provisoires indiquées par la Cour EDH est la préservation de l'objet et

manière abstraite si une législation nationale contrevient au Pacte » : CDH, 2 avril 1982, *Leo R-Hertzberg e. a. c. Finlande*, n° 61/1979, pt. 9.3. Le Comité DH considère donc comme irrecevable toute demande d'un contrôle *in abstracto* d'une loi par la voie d'une *actio popularis* : CDH., 23 novembre 2006, *André Brun c. France*, communication n° 1453/2006 : « aucun individu ne peut, dans l'abstrait et par voie d'*actio popularis*, contester une loi [...], d'après lui, contraire au Pacte » ; CDH, 25 juillet 1990, *E.P. et consorts c. Colombie*, communication n° 318/1988, § 8.2 : « aucun particulier ou groupe de particuliers ne peut, dans l'abstrait, par voie d'*actio popularis*, contester une loi [...] jugée contraire au Pacte » ; Voir aussi : CDH, 9 avril 1981, *Aumeeruddy-Cziffra et 19 autres femmes mauriciennes c. Île Maurice*, communication n° 35/1978, § 9.2. Concernant le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale : CERD, 17 janvier 1995, *Z.U.B.S. c. Australie*, communication n° 6/1995, § 7.1 : « le Comité n'a pas compétence pour examiner les lois australiennes dans l'abstrait ».

¹⁰³² CEDH, 18 juin 1971, *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*, § 22, série A n° 12 ; CEDH, 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, n° 4451/70, § 39 ; CEDH, 31 juillet 2000, *A.D.T. c. Royaume-Uni*, n° 35765/97, § 36 ; CEDH, 25 février 1997, *Findlay c. Royaume-Uni*, § 67 ; CEDH, GC, *Von Hannover c. Allemagne (n° 2)*, n° 40660/08 et 60641/08, § 116 ; CEDH, GC, 6 novembre 2017, *Garib c. Pays-Bas*, n° 43494/09, § 136.

¹⁰³³ CEDH, 28 octobre 1987, *Inze c. Autriche*, n° 8695/79.

¹⁰³⁴ S. TOUZÉ, « Pour une lecture "anzilottienne" de la Convention européenne des droits de l'homme. À travers la subsidiarité, un dualisme oublié ? », *Droits*, 2012, n° 56, p. 270.

¹⁰³⁵ CEDH, GC, 15 octobre 2015, *Perinçek c. Suisse*, n° 27510/08, § 226. Voir également l'opinion dissidente commune aux juges Sajó, Vučinić et Küris sous l'arrêt CEDH, 25 mars 2014, *Biao c. Danemark*, n° 38590/10, § 24 selon lequel un contrôle abstrait des lois relève du « domaine du contrôle de constitutionnalité ».

de l'utilité d'un recours individuel au fond¹⁰³⁶. Cela résulte expressément du lien que la Cour EDH fait entre l'article 39 de son règlement de procédure et le droit de recours individuel prévu à l'article 34 de la Conv. EDH¹⁰³⁷. C'est en ce sens que la Cour a pu juger que les mesures provisoires sont ordonnées « aux fins de garantir l'efficacité du droit de recours individuel »¹⁰³⁸ et de « maintenir le *statu quo* en attendant que la Cour statue sur la justification de la mesure »¹⁰³⁹ à l'origine de la violation d'un droit garanti par la Conv. EDH. Les mesures provisoires prononcées par la Cour ont donc pour intérêt de lui permettre postérieurement « de procéder dans de bonnes conditions »¹⁰⁴⁰ à l'examen au fond de la requête.

Il n'est pas acquis que la préservation de l'objet d'un recours individuel au fond en réparation implique que le juge du provisoire ait préalablement la possibilité de connaître d'une question de droit relative à la conventionnalité d'une loi ou de tout acte dont il résulte une violation des droits fondamentaux. De même, il n'est pas démontré qu'une juridiction internationale chargée de connaître de l'engagement de la responsabilité internationale des États doit nécessairement être pourvue de la compétence de contrôler la conventionnalité des lois nationales. C'est en ce sens que l'ancien juge à la Cour permanente internationale de justice, Dionisio Anzilotti, considérait qu'une juridiction internationale ne peut aucunement « se livrer à une interprétation personnelle d'un droit national, qu'elle n'est pas censée connaître »¹⁰⁴¹.

Si elle n'est pas expressément avancée par le juge du provisoire de Strasbourg comme un frein à sa compétence de connaître du contentieux des lois, il est avéré que le juge du provisoire a pu justifier son refus de contrôler les lois au motif que cette opération relève du juge statuant au fond¹⁰⁴². Cet argument rend probable que le refus du juge du provisoire de la Cour EDH de contrôler les lois tient à la fonction qui lui est assignée de préserver l'objet d'un recours individuel au fond en réparation. Cette dernière fonction n'impliquant pas systématiquement ni nécessairement que la compatibilité d'une norme nationale à l'origine d'une violation des droits fondamentaux soit contrôlée par rapport aux stipulations de la Conv. EDH pour que la

¹⁰³⁶ CEDH, 10 mars 2009, *Paladi c. Moldavie*, n° 39806/88, § 88 : les mesures provisoires sont « indiquées par la Cour aux fins de garantir l'efficacité du droit de recours individuel ». De même, « une mesure provisoire a pour but de maintenir le *statu quo* en attendant que la Cour statue sur la justification de la mesure » : CEDH, 17 janvier 2006, *Aoulmi c. France*, n° 50278/99, § 103.

¹⁰³⁷ S. WATTHÉE, *Les mesures provisoires devant la Cour européenne des droits de l'homme. La protection préventive des droits conventionnels en puissance ?*, Nemesis-Anthémis, 2014, p. et s ; CEDH, GC, 4 février 2005, *Mamatkulov et Askarov c. Turquie*, n° 46827/99 et 46951/99. Voir *infra* : Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, Paragraphe 1, B), 1), b).

¹⁰³⁸ CEDH, 10 mars 2009, *Paladi c. Moldavie*, n° 39806/88, § 88.

¹⁰³⁹ CEDH, 17 janvier 2006, *Aoulmi c. France*, n° 50278/99, § 103.

¹⁰⁴⁰ CEDH, 4 février 2005, *Mamatkulov et Askarov c. Turquie*, n° 46827/99 et 46951/99, § 125.

¹⁰⁴¹ D. ANZILOTTI, Opinion individuelle sous CPJI, avis consultatif, 4 décembre 1935, *Compatibilité de certains décrets-lois dantzkikois avec la Constitution de la ville libre*, Série A/B fasc. n° 65, p. 64.

¹⁰⁴² Voir *infra* : Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, Paragraphe 1, B), 2).

responsabilité internationale d'un État soit engagée.

464. D'une manière parfaitement compréhensible mais non moins critiquable, aux considérations relatives à son office, le juge du provisoire a su mettre en avant les contraintes procédurales structurelles qui pèsent sur lui pour justifier son refus de procéder au contrôle des lois.

2) Les contraintes procédurales structurelles

465. Parce qu'il est juge du provisoire, la procédure conduite devant lui est sommaire et rapide et les garanties fondamentales du procès sont allégées¹⁰⁴³. Même s'il doit être relativisé, le poids de ces contraintes dans la position du juge du provisoire de ne pas connaître du contentieux des lois ne doit pas être nié. Parmi celles-ci, il y a lieu d'isoler deux considérations dont la portée est la plus décisive dans le refus de l'exercice du contrôle de la conventionnalité des lois. Il s'agit des délais de jugement extrêmement courts (b) imposés au prononcé d'une mesure provisoire par un juge unique (a).

a) Le juge unique du provisoire

466. Qu'il siège au sein d'une juridiction nationale ou internationale, un juge unique du provisoire peut-il endosser la responsabilité de contrôler une loi par rapport aux textes qui lui sont supérieurs ? De l'avis de commentateurs avisés des grands arrêts de la jurisprudence administrative, la réponse est univoque : il serait « disproportionné d'autoriser un juge unique à faire obstacle à la volonté du législateur »¹⁰⁴⁴. De manière empirique, l'on constate en ce sens que les affaires les plus importantes en matière de contentieux des lois traitées par le juge du référé-liberté l'ont été par une formation collégiale. C'est ainsi que certaines dispositions législatives du code de la santé publique ont été contrôlées en référé-liberté, dans les affaires *Lambert* et *Gonzalez-Gomez*, par l'assemblée du contentieux du Conseil d'État. Le recours à la formation la plus solennelle du Conseil d'État n'était pas fondé sur la seule nécessité de

¹⁰⁴³ En effet si devant le juge du référé-liberté, le contradictoire est adapté à l'urgence (voir *supra* : Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, Paragraphe 2, A), 2)), celui-ci est absent lorsque la Cour EDH statue au provisoire.

¹⁰⁴⁴ J.-C. BONICHOT, P. CASSIA, B. POUJADE, *Les grands arrêts du contentieux administratif*, Dalloz, 2011, 3^e éd., p. 300. Reprenant le même argument : T.-X. GIRARDOT, « Le retour de la loi écran devant le juge des référés, la jurisprudence *Carminati* confirmée par le juge des référés du Conseil d'Etat », *AJDA*, 2006, n° 34, p. 1875.

répondre à des moyens tirés de l'inconventionnalité d'une loi. Il était assurément justifié par le caractère éminemment délicat et sensible de ces affaires soulevant des questions controversées de bioéthique. Les affaires *Carminati* et *M. Domenjoud* dans lesquelles le juge administratif des référés d'urgence a également dû connaître de questions relatives à la conventionnalité d'une loi ont aussi été renvoyées à une formation collégiale de la section du contentieux du Conseil d'État.

Ces simples considérations ne sauraient toutefois accréditer la position consistant à dénier à un juge unique la compétence de contrôler la conventionnalité d'une loi. Un regard porté vers d'autres procédures à juge unique permet de confirmer que rien n'empêche un tel juge de remettre en question l'expression de la volonté générale.

467. Aucune branche des contentieux judiciaire et administratif n'échappe à la juridiction du juge unique. Pourtant, aussi nombreuses soient-elles et sans que cela ne suscite une quelconque réaction doctrinale, aucune de ces procédures à juge unique ne fait, à notre connaissance, exception aux jurisprudences *Jacques Vabre* et *Nicolo*.

Prenons en considération que ce qui est demandé à un juge unique saisi d'un moyen tiré de l'inconventionnalité d'une loi consiste simplement à en écarter provisoirement son application dans un cas d'espèce particulier. Si l'on met en perspective cette opération avec celles, autrement plus délicates, dont peuvent être chargés d'autres juges uniques, l'on comprend qu'il est exagéré de considérer comme « disproportionnée » la compétence d'un juge unique de contrôler la conventionnalité d'une loi. De nombreuses procédures installent un juge unique doté de pouvoirs et de compétences étendus, dont la mise en œuvre emporte souvent d'importants effets sur la situation de personnes vulnérables. Pensons par exemple à l'office d'un magistrat chargé, seul, du placement en détention provisoire d'une personne, du choix des mesures de liberté ou de semi-liberté d'une personne en détention, de la reconduite aux frontières d'un étranger, de la détermination de la garde ou du lieu de résidence d'un enfant pendant une procédure de divorce ou enfin du placement d'un majeur sous protection.

468. S'il est vrai que le juge du référé-liberté est un juge unique, il est utile de souligner qu'il s'agit, en vertu des deux premiers alinéas de l'article L. 511-2 du CJA¹⁰⁴⁵, de magistrats

¹⁰⁴⁵ Article L. 511-2 du CJA alinéas 1 et 2 : « Sont juges des référés les présidents des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel ainsi que les magistrats qu'ils désignent à cet effet et qui, sauf absence ou empêchement, ont une ancienneté minimale de deux ans et ont atteint au moins le grade de premier conseiller. Pour les litiges relevant de la compétence du Conseil d'Etat, sont juges des référés le président de la section du contentieux ainsi que les conseillers d'Etat qu'il désigne à cet effet ».

expérimentés. Il est aussi à noter qu'il est loisible au juge du référé-liberté, en application de l'article L. 511-2 alinéa 3 combiné avec l'article L. 522-1 alinéa 3 du CJA, de renvoyer le jugement des affaires suscitant des questions délicates à une formation collégiale composée de trois juges statuant après examen des conclusions du rapporteur public. Il existe d'ailleurs une possibilité similaire s'appliquant au jugement des demandes de mesures provisoires portées devant la Cour EDH. En effet, en application de l'article 39 § 1 du règlement de procédure de la Cour EDH, la chambre, son président ou un juge de permanence désigné conformément au paragraphe 4 de cet article¹⁰⁴⁶ peuvent examiner une demande de mesures provisoires.

469. L'existence d'un juge unique va généralement de pair avec l'obligation qui lui est faite de statuer urgemment sur des situations qualifiables comme telles. C'est donc aussi parce que le contrôle des lois qu'il serait amené à opérer devrait être exercé dans l'urgence, que des réticences à la compétence du juge du provisoire de connaître de ce type de contentieux ont pu être relevées.

b) Un contrôle exercé en urgence

470. L'attrait du recours au juge du provisoire repose essentiellement sur la rapidité de son intervention. En effet, puisqu'il doit répondre en urgence aux appels du *periculum in mora*, l'instruction de l'affaire est nécessairement sommaire et la connaissance des termes du litige par le juge du provisoire ne peut être que *prima facie*. Si le juge du provisoire de la Cour EDH n'est pas tenu par un quelconque délai pour statuer, l'article L. 521-2 du CJA prévoit en revanche que le juge du référé-liberté se prononce dans un délai de quarante-huit heures. Ce délai, considéré comme étant « indicatif, ou plus exactement incitatif »¹⁰⁴⁷, n'est cependant pas de rigueur¹⁰⁴⁸. En d'autres termes, le dépassement du délai de 48 heures n'entache donc pas d'irrégularité l'ordonnance rendue au-delà de deux jours.

471. D'aucuns ont pu considérer que l'exercice du contrôle de la conventionnalité des

¹⁰⁴⁶ Article 39 § 4 du règlement de procédure de la Cour EDH : « Le président de la Cour peut désigner des vice-présidents de section comme juges de permanence pour statuer sur les demandes de mesures provisoires ».

¹⁰⁴⁷ P. CASSIA, *Les référés administratifs d'urgence*, LGDJ, 2003, p. 17.

¹⁰⁴⁸ L'article L. 511-1 du CJA dispose que le juge des référés « se prononce dans les meilleurs délais ». Le Conseil d'État juge que ces dispositions « qui imposent [au juge des référés] de statuer avec diligence sur les demandes dont il est saisi, n'ont ni pour objet ni pour effet de faire du délai dans lequel il statue une condition de la régularité de l'ordonnance rendue » : CE, 6 mars 2002, *SARL Trans-Cote*, n° 240457.

lois par le juge du référé-liberté excéderait les délais de jugement prévus à l'article L. 521-2 du CJA¹⁰⁴⁹. L'ancien Vice-président du Conseil d'État Jean-Marc Sauvé reconnaissait que le refus de reconnaître comme opérant ce type de moyen reposait sur les dispositions de l'article L. 521-2 du CJA qui imposent au juge du référé-liberté de statuer en urgence¹⁰⁵⁰. Tout en faisant la critique de cette justification qui était apportée à la jurisprudence *Carminati*, les maîtres des requêtes Louis Dutheillet de Lamothe et Guillaume Odinet rappellent la justification première qui en est à l'origine. Selon ces membres du Conseil d'État, il est considéré que la mission du juge du référé-liberté étant d'intervenir en urgence pour répondre à une situation d'urgence, « il pare au plus pressé et ne s'occupe pas d'écarter des lois »¹⁰⁵¹.

472. Cette position n'est pas sans rappeler la justification avancée pour le refus du Conseil constitutionnel de reconnaître sa compétence en matière de contrôle de la conventionnalité des lois. Celle-ci tend à corréler la situation dans laquelle un juge serait tenu de statuer dans un bref délai et l'incompétence qui en résulterait de connaître du contentieux de la conventionnalité des lois. Ainsi que le rappelait le Commissaire du gouvernement, Patrick Frydman, dans ses conclusions sous l'arrêt *Nicolo* :

« le Conseil constitutionnel ne pourrait en tout état de cause, pour des raisons pratiques, exercer ce contrôle dans les délais dont il dispose pour statuer. On imaginera aisément, de fait, les difficultés inhérentes à un tel examen, qui impose de porter une appréciation complexe, et d'ailleurs soumise pour partie à des renvois préjudiciels, sur la portée des règles internationales ou le respect de la condition de réciprocité fixée à l'article 55 [de la Constitution]. Le Conseil d'Etat, qui n'est pas soumis à des délais de jugement, se trouve de toute évidence mieux placé pour exercer un tel contrôle »¹⁰⁵².

Ces propos mettent en avant l'absence de délais de jugement prédéterminés pour accorder au Conseil d'État la compétence de contrôler la conventionnalité des lois. Suivant cette logique,

¹⁰⁴⁹ Selon le professeur Olivier Le Bot, le contrôle de conventionnalité des lois par le juge du référé-liberté « aboutirait au final à un allongement des délais de jugement » : O. LE BOT, « Contrôle de conventionnalité et référé-suspension : quelques précisions sur l'office du juge des référés et l'étendue du contrôle de cassation », *AJDA*, 2003, n° 20, p. 1065 ; Voir aussi : M. MORALES, « L'office du juge du référé-liberté à l'épreuve du principe d'impartialité », *RDP*, 2018, n° 1, p. 115.

¹⁰⁵⁰ J.-M. SAUVÉ, « Le Conseil d'État et le droit européen et international », Discours à l'Université de Tokyo, 26 octobre 2016, p. 12 (en ligne : http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/Le-Conseil-d-Etat-et-le-droit-europeen-et-international#_ftn1). Du même avis, voir également : J.-P. MARKUS, « L'appréciation de la conventionnalité d'une loi par le juge des référés. Note sous TA Lyon, ord., 23 mai 2003, n° 031752 », *AJDA*, 2003, n° 33, p. 1786.

¹⁰⁵¹ L. DUTHEILLET DE LAMOTHE et G. ODINET, « Contrôle de conventionnalité : *in concreto veritas* ? », *AJDA*, 2016, n° 25, p. 1398.

¹⁰⁵² P. FRYDMAN, « Appréciation par le juge administratif de la compatibilité d'une loi française avec les traités internationaux antérieurs. Concl. sous CE, ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, n° 108243 », *Rev. crit. DIP*, 1990, n° 1, p. 125. Nous soulignons.

l'on comprend mieux pourquoi le juge du référé-liberté ne puisse *a fortiori* exercer un tel contrôle.

473. Lier les délais de jugement à la compétence d'une juridiction de connaître du contentieux des lois n'est toutefois pas juridiquement acceptable et se voit parfaitement contredit par une série d'exemples. Dans des délais tout aussi brefs que celui dans lequel le juge du référé-liberté doit statuer, les deux juridictions du Palais Royal ont pu rendre des décisions aux effets autrement plus importants que celle déclarant provisoirement inapplicable une loi dans un litige particulier. Il est en effet arrivé au juge administratif statuant au fond d'annuler dans un délai de deux jours une décision administrative suivant son adoption¹⁰⁵³. De même, le Conseil constitutionnel¹⁰⁵⁴ a pu faire montre d'une célérité remarquable à l'occasion du contentieux *a priori* de la constitutionnalité des lois. Par exemple, en 1985, le contrôle de la constitutionnalité de la loi de prorogation de l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie a été effectué quelques heures après la saisine de la juridiction constitutionnelle¹⁰⁵⁵. Deux autres lois ordinaires relatives aux finances publiques ont pu être examinées en seulement deux jours¹⁰⁵⁶ ou encore en trois jours pour le contrôle de la constitutionnalité d'une loi en matière électorale¹⁰⁵⁷. Dans le cadre du contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité de lois, il aura suffi de deux jours au Conseil constitutionnel pour déclarer une disposition législative contraire aux droits et libertés que la Constitution garantit¹⁰⁵⁸.

474. Il convient d'ajouter que la lourdeur du contrôle de la conventionnalité des lois est allégée lorsqu'il concerne les droits fondamentaux. En effet, pour pouvoir primer sur les lois françaises, les droits fondamentaux garantis par le droit international des droits de l'Homme ne sont pas tributaires du principe de réciprocité. Il ne peut en effet être opposé au droit de l'UE et aux traités internationaux relatifs aux droits fondamentaux la condition de réciprocité prévue par l'article 55 de la Constitution française et l'article 60 § 1 du de la Convention de Vienne sur

¹⁰⁵³ CE, 26 mars 1993, *Parti des travailleurs*, n° 146475 : annulation d'une décision du CSA du 24 mars 1993.

¹⁰⁵⁴ Concernant, plus en détail, les exemples cités ci-dessous, voir *infra* : Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, Paragraphe 2, A), 2), β).

¹⁰⁵⁵ CC, décision n° 85-187 DC, 25 janvier 1985, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances*.

¹⁰⁵⁶ CC, décision n° 78-93 DC, 29 avril 1978, *Loi autorisant l'augmentation de la quote-part de la France au fonds monétaire international* ; CC, décision n° 79-111 DC, 30 décembre 1979, *Loi autorisant le Gouvernement à percevoir en 1980 les impôts et taxes existants*.

¹⁰⁵⁷ CC, décision n° 98-397 DC, 6 mars 1998, *Loi relative au fonctionnement des conseils régionaux*.

¹⁰⁵⁸ CC, décision n° 2017-651 QPC, 31 mai 2017, *Association En Marche ! [Durée des émissions de la campagne électorale en vue des élections législatives]*.

le droit des traités. De même, la Cour EDH juge qu'à « la différence des traités internationaux de type classique, la Convention [EDH] déborde le cadre de la simple réciprocité entre États contractants »¹⁰⁵⁹. De plus, selon le Comité des droits de l'Homme de l'ONU, les traités garantissant les droits fondamentaux « ne constituent pas un réseau d'échanges d'obligations interétatiques. [...] Le principe de la réciprocité interétatique ne s'applique pas »¹⁰⁶⁰. L'article 60 § 5 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 confirme enfin l'inapplicabilité du principe de réciprocité aux traités relatifs aux droits de l'Homme¹⁰⁶¹.

475. Finalement, le raisonnement selon lequel un juge unique du provisoire contraint de statuer en urgence ne peut connaître d'un moyen tiré de l'inconventionnalité d'une loi ne tient pas. C'est plutôt la multitude des moyens soulevés par le requérant et la complexité factuelle et juridique de l'affaire qui peuvent ralentir la tâche du juge du provisoire. Le contrôle de la conventionnalité des lois n'est donc pas, en soi, une opération plus chronophage qu'une autre ni une question qui dépasse les capacités d'un juge unique du provisoire.

476. Les contraintes procédurales qui pèsent sur le juge du provisoire ont légitimement pu être avancées. Pourtant, aucun des arguments développés n'a su convaincre et tous ont pu être contredits. Ces éléments apportés au soutien de l'incompétence du juge du provisoire souffrent d'une fragilité juridique éprouvée. Ils cachent en réalité des raisons profondes de nature politique quant à l'étendue de la compétence du juge du provisoire en matière de contrôle des lois.

B) Des raisons profondes de nature politique

477. Beaucoup ne s'y sont pas trompés, le refus du contrôle de conventionnalité par le juge du provisoire paraît évidemment « moins juridique que pragmatique »¹⁰⁶². Il est une « solution qui ne se justifie pas en droit, mais en opportunité, pour des considérations confuses, sinon incohérentes »¹⁰⁶³. Cette position politique du juge du provisoire n'est pas inédite. En

¹⁰⁵⁹ CEDH, 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, n° 5310/71, § 239.

¹⁰⁶⁰ CDH, Obs. générale, 2 novembre 1994, n° 24 (52), pt. 17.

¹⁰⁶¹ Les règles relatives au principe de réciprocité « ne s'appliquent pas aux dispositions relatives à la protection de la personne humaine contenues dans des traités de caractère humanitaire, notamment aux dispositions excluant toute forme de représailles à l'égard des personnes protégées par lesdits traités ».

¹⁰⁶² J.-P. MARKUS, « L'appréciation de la conventionnalité d'une loi par le juge des référés », *AJDA*, 2003, n° 33, p. 1786.

¹⁰⁶³ O. GOHIN, « Le recours pour excès de pouvoir et les référés », *JCP A.*, 2012, n° 38-39, p. 2314.

effet, dans sa thèse de doctorat relative à la qualité de juge communautaire des juridictions nationales, Olivier Dubos fait clairement état d'arguments de nature politique, idéologique ou culturelle justifiant les réticences des juridictions nationales à assurer le respect du principe de primauté du droit de l'UE sur les lois nationales¹⁰⁶⁴.

Deux visions politiques relatives au statut des lois et à la fonction des juges semblent justifier l'incompétence du juge du provisoire de connaître du contentieux des lois. Une première considération, pouvant être qualifiée de « fond », est liée à la « nature » juridique des lois qui les rendrait inattaquables devant le juge du provisoire (1). Une seconde vision politique de « procédure », liée à l'organisation procédurale des recours, refuse l'exercice de tout contrôle des lois par le juge du provisoire au motif que cette opération serait par nature réservée au juge statuant au fond (2).

1) La « nature » juridique irréfutable des lois

478. Il y aurait, devant le juge du provisoire, une dichotomie de recevabilité des moyens invocables selon la source normative de la violation alléguée d'un droit fondamental. Si une violation trouve sa source directement dans un acte administratif, le juge du provisoire serait compétent pour protéger provisoirement les droits fondamentaux. En revanche, une atteinte législative aux droits fondamentaux se heurterait aux limites de l'office du juge du provisoire. Ce schéma laisse entrevoir la survivance d'une vision passée et dépassée de la nature des lois qui justifierait la déférence du juge du provisoire envers la loi.

479. La révérence du juge du référé-liberté à l'égard du législateur. Dès l'entrée en vigueur de la loi du 30 juin 2000, le juge du référé-liberté ne fit pas exception à la jurisprudence *Dame Kirkwood*¹⁰⁶⁵ dégagée au fond et consacrant la compétence du juge administratif de contrôler la conventionnalité des actes administratifs. En effet, dès lors qu'aucune loi ne s'interpose entre un acte administratif et un traité international ou un acte de droit de l'Union européenne, le juge de l'article L. 521-2 du CJA est compétent pour opérer un contrôle de la conventionnalité d'une décision administrative.

Cette continuité de compétence entre le juge statuant au fond et celui au provisoire, en matière

¹⁰⁶⁴ O. DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire : contribution à l'étude des transformations de la fonction juridictionnelle dans les Etats membres de l'Union européenne*, Dalloz, 2001, p. 725 et s.

¹⁰⁶⁵ CE, ass., 30 mai 1952, *Dame Kirkwood*, n° 16690.

de contrôle de la conventionnalité des actes administratifs, ne s'est en revanche initialement pas étendue au contrôle de la conventionnalité des lois. En effet, en matière de contrôle des lois tant antérieures que postérieures à un traité international, le juge administratif statuant au fond a reconnu son pouvoir de ne pas appliquer dans un litige une loi qu'il estime inconventionnelle depuis l'incontournable arrêt *Nicolo*. Or, le juge du référé-liberté décida dans l'ordonnance *Allouache* de ne pas reprendre ce pouvoir à son compte. Cette dissemblance du régime de contestabilité des actes administratifs et des lois devant le juge administratif semble correspondre à l'existence, en France, d'une sorte de révérence impérieuse et traditionnelle du juge face à la création du législateur. L'intégration tardive du contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité et de la conventionnalité des lois soutient la vérification de cette assertion. Par ailleurs, en vertu de l'article 55 de la Constitution, le juge administratif laisse toujours subsister une survivance de la théorie de la loi écran en s'estimant incompétent pour faire primer la coutume internationale¹⁰⁶⁶ et les principes généraux du droit international¹⁰⁶⁷ sur les lois. L'incohérence persiste lorsque, sans fondement juridique convaincant, le juge administratif adopte et maintient une solution inverse concernant la primauté des principes généraux du droit de l'Union européenne sur les lois¹⁰⁶⁸. Cette politique jurisprudentielle de révérence à l'égard de la loi se révèle également au travers d'un choix prétorien tout à fait inconstant. Il s'agit de celui relatif à la pratique d'un examen des lois selon une intensité différente en fonction de la référence du contrôle. Au titre de cette règle, le juge devrait se borner à un contrôle de la compatibilité des lois avec les traités internationaux tandis que le contrôle de constitutionnalité des lois commanderait un contrôle plus intense impliquant un strict rapport de conformité de la norme contrôlée avec la norme constitutionnelle. Cette dichotomie des intensités de contrôle des lois établie par Eisenmann¹⁰⁶⁹ n'est fondée sur aucune norme juridique et n'est par conséquent que le produit d'un choix politique du juge de « préférence nationale des normes ». Il fait primer sur les lois, avec plus de force, les normes constitutionnelles que celles tirées des traités internationaux¹⁰⁷⁰ sans qu'aucune règle juridique ne lui impose de procéder ainsi.

480. Pour toutes ces raisons, il n'est pas surprenant que le juge du référé-liberté ait en premier lieu refusé d'assumer la mission de contrôler, par voie d'exception, la conventionnalité

¹⁰⁶⁶ CE, ass., 6 juin 1997, *Aquarone*, n° 148683.

¹⁰⁶⁷ CE, 28 juillet 2000, *Paulin*, n° 178834.

¹⁰⁶⁸ CE, 3 décembre 2001, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique (SNIP) e. a.*, n° 226514.

¹⁰⁶⁹ C. EISENMANN, « Le droit administratif et le principe de légalité », *ECDE*, 1957, n° 11, p. 31.

¹⁰⁷⁰ Nous établissons en introduction que cette distinction entre contrôles de compatibilité et de conformité n'avait pas lieu d'être retenue pour cette étude : voir *supra* : Introduction générale, Section 1, Paragraphe 2, A), 1).

des lois. Une justification à cette « rupture »¹⁰⁷¹ jurisprudentielle tiendrait dans la nature des lois. Étant donné qu'elle émane d'un organe « suprême » doté d'un pouvoir « initial » ayant vocation à exprimer la volonté générale, la loi serait infaillible. La « dignité de l'auteur de la disposition critiquée »¹⁰⁷² serait telle, que le juge du référé-liberté ne pourrait raisonnablement s'aventurer dans la remise en question d'une loi arguée d'inconventionnalité. Cette nature empêcherait le juge du provisoire de pouvoir la contester. C'est ainsi que plusieurs auteurs s'accordent à relever que le refus du juge administratif des référés d'urgence tire son inspiration dans « la prudence traditionnelle »¹⁰⁷³ du juge administratif à contrôler les lois et de la démesure de son « humilité face au législateur »¹⁰⁷⁴. Ce dernier ne pouvant que se borner à s'y soumettre. Il est intéressant de relever que, dans ses conclusions sous l'arrêt dit des *Semoules*, la commissaire du gouvernement, Nicole Questiaux, justifiait le régime d'incontestabilité des lois devant le juge administratif eu égard à sa « place dans les institutions »¹⁰⁷⁵. La souveraineté et la légitimité du juge étant incomparables à celles du pouvoir créateur de la loi, le premier ne pourrait s'ériger en censeur de l'œuvre du second. Cette conception est encore bien vivante et est aujourd'hui soutenue, notamment, par le professeur Pierre Delvolvé, selon qui la décision *Gonzalez-Gomez* du juge du référé-liberté serait caractéristique d'une « confusion du pouvoir législatif et du pouvoir juridictionnel »¹⁰⁷⁶.

481. La révérence du juge civil des référés à l'égard du législateur. Cette déférence initiale du juge du référé-liberté envers la loi a aussi existé devant le juge judiciaire des référés en matière de presse. Elle a même été plus prononcée. En effet, commentant une affaire concernant une atteinte à la vie privée et à l'image de la « vieille dame » de la famille B., le professeur Emmanuel Dreyer relevait, non sans humour, les insuffisances du juge des référés de l'article 809 du CPC en matière de contrôle de conventionnalité de la loi du 29 juillet 1981.

¹⁰⁷¹ T.-X. GIRARDOT, « Le retour de la loi écran devant le juge des référés, la jurisprudence *Carminati* confirmée par le juge des référés du Conseil d'Etat », *AJDA*, 2006, n° 34, p. 1875. De manière plus nuancée, a été évoquée une « remise en question » de l'arrêt *Nicolo* : D. BAILLEUL, « Le juge administratif et la conventionnalité de la loi : vers une remise en cause de la jurisprudence *Nicolo* ? », *RFDA*, 2003, n° 5, p. 876.

¹⁰⁷² P. CASSIA, « Le renvoi préjudiciel en appréciation de constitutionnalité, une « question » d'actualité », *RFDA*, 2008, n° 5, p. 877.

¹⁰⁷³ B. FAURE, « RÉFÉRÉ. – Juge administratif des référés statuant en urgence. – Référé-liberté », *Juris. Class. Justice administrative*, 2016, Fasc. 51, pt. 58.

¹⁰⁷⁴ P. FRYDMAN, « Appréciation par le juge administratif de la compatibilité d'une loi française avec les traités internationaux antérieurs. Concl. sous CE, ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, n° 108243 », *Rev. crit. DIP*, 1990, n° 1, p. 125.

¹⁰⁷⁵ N. QUESTIAUX, « Concl. sous, CE, 1^{er} mars 1968, *Syndicat général des fabricants de semoules de France*, n° 62814 », *AJDA*, 1968, p. 238.

¹⁰⁷⁶ P. DELVOLVÉ, « Droits subjectifs contre interdit législatif », *RFDA*, 2016, n° 4, p. 754. L'auteur ajoute même que le juge du référé-liberté « se substitue au législateur : il se met à sa place ».

Selon cet auteur, l'« immanence »¹⁰⁷⁷ de cette législation et le « fétichisme »¹⁰⁷⁸ qu'elle suscitait semblaient contraindre l'office du juge civil du provisoire à ne pouvoir qu'en faire application.

Outre ce cas d'espèce, pendant un temps, une partie des juges civils du provisoire invoquaient, sans fondement juridique, une présomption de validité irréfragable du droit national à l'appui de leur refus de contrôler la compatibilité des lois nationales avec le droit de l'UE¹⁰⁷⁹. D'autres encore tempéraient cette présomption en la considérant comme étant réfragable¹⁰⁸⁰.

482. La prudence du juge du provisoire de la Cour EDH sur la souveraineté législative des États. L'obstacle principal au contrôle des lois nationales dans le cadre de la procédure en indication de mesures provisoires prévue à l'article 39 du règlement de procédure de la Cour EDH réside probablement dans le respect plus marqué de la souveraineté des États. En ce sens, il a pu être dit que, statuant au fond au titre de la procédure du recours individuel, la Cour EDH se contient sur le contrôle de la compatibilité des lois¹⁰⁸¹ pour « ménager l'État défendeur » et pour ne pas « vexer inutilement les Gouvernements par une immixtion excessive dans leurs affaires internes »¹⁰⁸². Il y a donc *a fortiori* tout lieu de croire que la Cour EDH, lorsqu'elle statue au titre de la procédure de l'article 39 de son règlement, restreint son office au regard de la souveraineté législative des États.

483. L'ensemble de ces politiques jurisprudentielles de révérence du juge du provisoire envers la loi traduit la survivance d'une vision dépassée quant à la nature de cette catégorie de norme. Celle-ci lui conférerait une immunité renforcée lorsqu'elle serait remise en question spécialement devant un juge du provisoire. C'est pourquoi, le contrôle des lois par le juge du provisoire de la Cour EDH est une opération sensible sur le plan de la souveraineté des États et qu'il est considéré devant le juge du référé-liberté comme une atteinte portée au principe de la séparation des pouvoirs. À tout cela s'ajoute une vision restrictive de l'office du juge du

¹⁰⁷⁷ E. DREYER, « Embarras du juge des référés face à la loi du 29 juillet 1881 », *Dalloz*, 2011, n° 25, p. 1734.

¹⁰⁷⁸ *Ibid.*

¹⁰⁷⁹ CA Paris, 29 mars 1984, *Gaz. Pal.*, 1984, n° 1, somm. 120 ; CA Angers, 16 janvier 1991, *Gaz. Pal.*, 1991, p. 352.

¹⁰⁸⁰ CA Paris, 4 juillet 1984, *Dalloz*, 1985, p. 273.

¹⁰⁸¹ Nous détaillerons *infra* les limites du contrôle de la compatibilité des lois nationales à la Conv. EDH dans le cadre du recours individuel au fond.

¹⁰⁸² H. RASPAIL, *Le conflit entre droit interne et obligations internationales de l'État*, *Dalloz*, 2013, p. 474 ; Voir également : F. TULKENS, « La Cour européenne des droits de l'homme et les avis consultatifs », *CDE*, 2018, n° 3, p. 655.

provisoire considérant que le contentieux des lois serait réservé par « nature » au juge statuant au fond.

2) Un contentieux réservé par « nature » au juge statuant au fond

484. Sans doute possible, le juge administratif statuant au fond se distingue de celui statuant au provisoire au niveau du champ des pouvoirs qui sont les siens. Tandis que le juge statuant au fond peut ordonner la réparation d'un dommage ou annuler définitivement une décision administrative, le juge du référé-liberté ne peut quant à lui qu'ordonner la suspension d'une décision administrative ou prononcer toutes mesures provisoires nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale. Les pouvoirs du juge sont également un élément distinctif entre le juge de la Cour EDH des recours individuels statuant au fond et celui statuant au provisoire. Alors que le premier peut ordonner la réparation d'un préjudice, le second est cantonné à la prescription de mesures provisoires. Reste à savoir si le juge statuant au fond se distingue également de celui statuant au provisoire au regard du champ de leurs compétences. En d'autres termes, et en référence directe au sujet qui intéresse cette étude, il y a lieu de se demander s'il existe une règle de répartition des compétences entre le juge du provisoire et le juge statuant au fond qui imposerait au premier de s'abstenir de contrôler les lois et réserverait au second le soin de connaître d'une telle question de droit. À la lecture d'une partie de la jurisprudence et de la doctrine, on pourrait le croire. Deux thèses complémentaires interviennent au soutien de cette position : la première porte sur l'existence d'une hiérarchie des offices déterminant la compétence d'un juge de connaître du contentieux des lois (a) et la seconde est relative à la compétence naturelle du juge statuant au fond de pouvoir contrôler les lois (b).

a) La thèse de l'existence d'une hiérarchie des offices déterminant la compétence d'un juge de connaître du contentieux des lois

485. C'est principalement en opposant son office à celui du juge statuant au fond que le juge du provisoire trouverait justification à son inaptitude à connaître du contentieux des lois. La limitation de l'office du juge du référé-liberté semble bien préconisée par la doctrine au

bénéfice du juge statuant au fond¹⁰⁸³. En effet, la nature de l'office du juge de l'article L. 521-2 du CJA ferait, à plusieurs titres, barrage à sa compétence de contrôler la conventionnalité d'une loi. Jean-Paul Markus considère par exemple que ce type de contentieux soulève des questions qui sont « incompatibles avec un règlement en référé » car le juge du provisoire ne serait « pas le mieux armé pour résoudre les questions de conventionnalité des lois »¹⁰⁸⁴. Pour d'autres, la nature de l'office du juge des référés l'empêchant de préjudicier au principal lui interdit de se prononcer sur la conventionnalité d'une loi¹⁰⁸⁵. C'est principalement parce qu'il est juge du provisoire et de l'urgence que son office serait « limité »¹⁰⁸⁶ et « moins étendu »¹⁰⁸⁷ que celui du juge statuant au fond ; qu'il serait « un office à part, un balbutiement d'office »¹⁰⁸⁸. Par conséquent, le juge du provisoire souffrirait d'une « position inférieure » par rapport à celle du juge statuant au fond et serait astreint au respect plus rigoureux du travail législatif. C'est cet office particulier de juge du provisoire qui a justifié qu'il soit bridé par rapport à celui du juge statuant au fond¹⁰⁸⁹. S'il jouissait d'une telle compétence, René Chapus a même évoqué le risque que l'application d'une loi soit écartée en « mauvaise connaissance de cause »¹⁰⁹⁰. C'est pourquoi, beaucoup s'accordent à dire que le juge du référé-liberté « doit appliquer une loi, et non l'écarter »¹⁰⁹¹. Le même raisonnement a d'ailleurs pu être défendu concernant l'impossibilité pour le juge administratif des référés d'urgence de procéder à un renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'UE ; cette faculté relevant de la compétence exclusive du

¹⁰⁸³ F. MODERNE, « Premier bilan de la réforme des procédures d'urgence dans le contentieux administratif. Rapport de synthèse : vers la banalisation des procédures d'urgence », *RFDA*, 2007, n° 1, p. 91 ; D. CHABANOL et F. BOURRACHOT, *Code de justice administrative*, Le moniteur, 2019, 9^e éd., p. 566.

¹⁰⁸⁴ J.-P. MARKUS, « L'appréciation de la conventionnalité d'une loi par le juge des référés. Note sous TA Lyon, ord., 23 mai 2003, n° 031752 », *AJDA*, 2003, n° 33, p. 1786.

¹⁰⁸⁵ J.-M. SAUVÉ, « Le Conseil d'État et le droit européen et international », Discours à l'Université de Tokyo, 26 octobre 2016, p. 12 (en ligne : http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/Le-Conseil-d-Etat-et-le-droit-europeen-et-international#_ftn1).

¹⁰⁸⁶ P. CASSIA, *Les référés administratifs d'urgence*, LGDJ, 2003, p. 125 ; H. RIHAL, « L'aide médicale d'Etat aux étrangers : restriction des droits et juridiction compétente », *AJDA*, 2006, n° 17, p. 944 ; P. CASSIA, « L'impact du droit communautaire sur le contentieux administratif », in J.-B. AUBY et J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), *Droit administratif européen*, Bruylant, 2007, p. 1019 ; J. SCHMITZ, « Le juge du référé-liberté à la croisée des contentieux de l'urgence et du fond », *RFDA*, 2014, n° 3, p. 502.

¹⁰⁸⁷ F. ROLIN, « La qualité des décisions du Conseil d'État », in P. MBONGO (dir.), *La qualité des décisions de justice*, Éditions du Conseil de l'Europe, 2007, p. 164.

¹⁰⁸⁸ M.-A. FRISON-ROCHE, « Les offices du juge », in *Jean Foyer auteur et législateur : « leges tulit, jura docuit » : écrits en l'hommage à Jean Foyer*, PUF, 1997, p. 463.

¹⁰⁸⁹ M. LAUDIJOIS, « Concl. sous CE, 8 août 2007, *Société Phyteron 2000*, n° 307563 », *DE*, 2007, n° 154, p. 325.

¹⁰⁹⁰ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, LGDJ, 12^e éd., 2006, p. 1372, pt. 1581.

¹⁰⁹¹ P. CASSIA, « Le juge des référés peut-il statuer sur la compatibilité d'une loi avec le droit communautaire ? », *AJDA*, 2004, p. 465 ; P. CASSIA, « L'impact du droit communautaire sur le contentieux administratif », in J.-B. AUBY et J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), *Droit administratif européen*, Bruylant, 2007, p. 1019.

juge statuant au fond¹⁰⁹².

486. Il y aurait donc un juge du principal qui pourrait naturellement jouir d'un plein office lui permettant de contrôler les lois et un juge du provisoire à l'office restreint pour qui cette opération serait interdite.

b) La thèse de la compétence naturelle du juge statuant au fond de connaître du contentieux des lois

487. Le contentieux des lois relèverait naturellement de la compétence du juge statuant au fond et évincerait par conséquent celle du juge du provisoire. C'est en ce sens que Bruno Genevois a pu écrire que le contrôle de la conventionnalité des lois « incombe au premier chef au juge saisi au principal »¹⁰⁹³. De même, selon Claire Vocanson, dans le cadre d'une saisine du juge du référé-suspension, « seul le juge du fond est compétent »¹⁰⁹⁴ pour le contrôle de la conventionnalité d'une loi. Il y aurait donc des questions de droit qui, par leur « nature », échapperaient à la compétence du juge du provisoire¹⁰⁹⁵. Le juge du référé-liberté n'a pas été le seul à souffrir de cette thèse. Le juge civil des référés a également, dès le début des années 1980, fait état de sa volonté de laisser au juge statuant au fond la tâche de contrôler la compatibilité des lois nationales avec le droit de l'UE. C'est en effet cette position visant à réserver au juge statuant au fond certaines compétences considérées comme naturelles qui sous-tendait le refus initial du juge des référés de contrôler la compatibilité des lois avec le droit de l'UE¹⁰⁹⁶. La Cour d'appel de Paris avait ainsi pu considérer que seul le juge statuant au fond était compétent

¹⁰⁹² B. LE BAUT-FERRARÈSE, « L'office du juge administratif des référés face à la règle européenne », *LPA*, 25 février 2004, n° 40, p. 10 ; M. GAUTIER, « Le juge des référés face au droit communautaire. Note sous CE, ord., 18 octobre 2006, *M^{me} Milana Djabrailova, épouse Mutsulkhanova*, n° 298101 », *AJDA*, 2006, n° 42, p. 2352.

¹⁰⁹³ B. GENEVOIS, « L'application du droit communautaire par le Conseil d'État », *RFDA*, 2009, n° 2, p. 201.

¹⁰⁹⁴ C. VOCANSON, *Le Conseil d'État français et le renvoi préjudiciel devant la Cour de justice de l'Union européenne*, Dalloz, 2014, p. 66. De manière légèrement plus nuancée, les commentateurs des grands arrêts du contentieux administratif considèrent qu'un conflit inédit entre une loi et une stipulation internationale ne peut relever que du juge statuant au fond : J.-C. BONICHOT, P. CASSIA et B. POUJADE, *Les grands arrêts du contentieux administratif*, Dalloz, 2018, 6^e éd., p. 327.

¹⁰⁹⁵ B. LE BAUT-FERRARÈSE, « L'office du juge administratif des référés face à la règle européenne », *LPA*, 25 février 2004, n° 40, p. 4 : « sans être impossible, le contrôle de conventionnalité des lois échappe en raison de sa nature au juge administratif des référés ».

¹⁰⁹⁶ J. CAVALLINI, « Le juge national des référés en droit communautaire : vers de nouvelles fonctions », *Dalloz Affaires*, 1996, n° 41, p. 1308. Certains ont pu considérer que l'obligation faite à tout juge interne de faire respecter le principe de primauté du droit de l'UE n'implique pas la compétence de contrôler la compatibilité d'une norme interne au droit de l'UE, mais simplement de se contenter de laisser inappliqué le droit national contraire au droit de l'UE : G. ISBACHIAN, *Le référé, un enjeu pour demain ?*, Thèse dact., Université de Nice, 2005, p. 141. Pire encore, cet auteur soutient fermement l'incompétence du juge civil des référés pour trancher un conflit entre le droit interne et le droit de l'UE : *ibid.*, p. 143.

pour juger de la compatibilité d'une loi avec le droit de l'UE. Infirmant une ordonnance rendue en premier ressort, la Cour d'appel de Paris jugea en effet que « le juge du fond est seul compétent pour dire s'il y a compatibilité ou non compatibilité »¹⁰⁹⁷ entre le droit de l'UE et les lois nationales. Du même avis, la Cour d'appel de Versailles jugea qu'il « n'appartient pas au juge des référés de se livrer à un travail d'interprétation qui est du ressort du juge du fond »¹⁰⁹⁸.

488. L'arrêt *Factortame* de la Cour de justice de l'UE est venu condamner ce genre de considération. Il habilite clairement tout juge, y compris ceux du provisoire, à contrôler la compatibilité avec le droit de l'UE du droit national et notamment d'une loi « sans prétendre qu'une telle analyse appartient au juge du fond »¹⁰⁹⁹. Si cette intervention de la Cour de Luxembourg a pu renverser la thèse de la compétence naturelle du juge statuant au fond de connaître du contentieux des lois défendue par le juge des référés civils, force a été de constater que le juge du référé-liberté aura été plus long à en être convaincu.

II) L'émiettement du refus initial

489. Avant qu'il ne soit atténué, puis abandonné, le refus du juge du référé-liberté de connaître du contentieux de la conventionnalité des lois a suscité une controverse doctrinale quant à sa portée. Ce refus initial fut à double entente : absolu pour les uns, il serait relatif pour les autres.

490. L'interprétation démentie du refus absolu. Suivant une première interprétation, l'incompétence du juge du référé-liberté de connaître du contentieux des lois ne pourrait souffrir d'aucune exception. Selon la lecture faite par le professeur Jean-Paul Markus de l'arrêt *Carminati*, le juge administratif des référés d'urgence aurait « exclu tout contrôle de conventionnalité des lois à l'occasion d'un contentieux de l'urgence »¹¹⁰⁰. De même, selon Francis Donnat et Didier Casas, la position du Conseil d'État dans l'ordonnance *Carminati* est celle selon laquelle le moyen tiré de l'inconventionnalité d'une loi ne peut « jamais » aboutir

¹⁰⁹⁷ CA Paris, 2 novembre 1983, *Gaz. Pal.*, 1984, 1, 47 ; CA Paris, 29 mars 1984, *Gaz. Pal.*, 1984, 1, somm. 120.

¹⁰⁹⁸ CA Versailles, 22 janvier 1985 ; C. cass., 24 juin 1986, *Lexis*, n° 510.

¹⁰⁹⁹ J. CAVALLINI, *Le juge national du provisoire face au droit communautaire. Les contentieux français et anglais*, Bruylant, 1995, p. 304.

¹¹⁰⁰ J.-P. MARKUS, « L'appréciation de la conventionnalité d'une loi par le juge des référés. Note sous TA Lyon, ord., 23 mai 2003, n° 031752 », *AJDA*, 2003, n° 33, p. 1786.

devant le juge administratif des référés d'urgence¹¹⁰¹. La succession des entorses au refus du contrôle de la conventionnalité des lois, puis son abandon, auront rapidement démenti cette interprétation de la jurisprudence *Carminati*.

491. L'interprétation confirmée du refus relatif. Suivant une seconde appréciation plus répandue, cette position de refus doit se lire comme ouvrant la possibilité d'un contrôle « conditionnel »¹¹⁰² de la conventionnalité des lois. Les conclusions et spécialement le commentaire de l'arrêt *Carminati* produits par le commissaire du gouvernement, Mattias Guyomar, dévoilaient déjà le caractère relatif de la bride insérée dans l'office du juge administratif des référés d'urgence. Selon ce membre de la juridiction administrative suprême, le champ de cette interdiction était applicable uniquement à la confrontation du juge à une « question inédite »¹¹⁰³ portant sur la conventionnalité d'une loi. Cette explication avait bien été perçue par Olivier Le Bot et Bernadette Le Baut-Ferrarèse qui expliquaient qu'en référé-liberté, le moyen tiré de l'inconventionnalité d'une loi pourrait tout de même être reçu dans deux cas : « soit lorsque l'acte administratif attaqué a été pris sur le fondement d'une loi dont l'inconventionnalité est manifeste ; soit lorsque cette inconventionnalité a déjà été établie par le juge du fond »¹¹⁰⁴.

Ces interprétations auront pris un temps variable pour être vérifiées. Il aura en effet fallu attendre l'année 2005 avec le rendu de l'ordonnance *Allouache*¹¹⁰⁵ pour que le juge du référé-liberté accepte un moyen tiré de l'inconventionnalité d'une loi « déjà établie » par un jugement

¹¹⁰¹ D. CASAS et F. DONNAT, « L'office du juge administratif dans la jurisprudence récente du Conseil d'État », *DA*, 2004, n° 5, 2004, pp. 9-12.

¹¹⁰² B. LE BAUT-FERRARÈSE, « L'office du juge administratif des référés face à la règle européenne », *LPA*, 25 février 2004, n° 40, p. 5 ; O. GABARDA, *Essai sur le principe de conventionnalité internationale en droit public français. Analyse administrative du rapport entre les ordres juridiques externe et interne*, PUAM, 2005, pp. 263-265. De même, selon Laurence Desfonds, le juge des référés du Conseil d'État n'aurait pas écarté « par principe » toute compétence relative au contrôle de conventionnalité des lois : L. DESFONDS, *Langage et conceptualisation du contentieux provisoire des décisions administratives. Réflexions sur la procédure de suspension des décisions administratives*, PUAM, 2006, p. 242.

¹¹⁰³ M. GUYOMAR, « Le juge du référé-suspension ne peut pas se prononcer sur la compatibilité d'une loi avec un traité. Note sous CE, 30 décembre 2002, Ministre de l'aménagement du territoire et de l'environnement c/ *Carminati* », *DA*, 2003, n° 3, comm. 74 ; M. GUYOMAR, « Quel contrôle peut opérer le juge des référés sur une décision de rejet d'un retrait d'une association communale de chasse agréée ? Concl. sous CE, 6^e et 4^e SSR, 30 décembre 2002, *Ministre de l'aménagement du territoire et de l'environnement c/ Carminati* », *BJCL*, 2003, n° 7, pp. 487 et s.

¹¹⁰⁴ B. LE BAUT-FERRARÈSE, « L'office du juge administratif des référés face à la règle européenne », *LPA*, 25 février 2004, n° 40, p. 4. Pareillement, selon Olivier Le Bot, le juge administratif des référés d'urgence ne peut retenir un moyen tiré de l'inconventionnalité d'une loi que lorsqu'elle est « soit déjà établie, soit manifeste » : O. LE BOT, « Contrôle de conventionnalité et référé-suspension : quelques précisions sur l'office du juge des référés et l'étendue du contrôle de cassation », *AJDA*, 2003, n° 20, p. 1066. Voir également : C. VOCANSON, *Le Conseil d'État français et le renvoi préjudiciel devant la Cour de justice de l'Union européenne*, Dalloz, 2014, p. 65.

¹¹⁰⁵ CE, ord., 21 octobre 2005, *Association Aides e. a.*, n° 285577.

au fond. D'un autre côté, la compétence du juge du référé-liberté de statuer sur les inconventionnalités manifestes de la loi aura été consacrée en deux temps. En effet, l'acceptation du contrôle des inconventionnalités législatives manifestes a été distinguée selon la source de la stipulation internationale invoquée comme référence du contrôle. Ainsi, c'est d'abord dans l'ordonnance *Diakité* de 2010 qu'aura été reconnu le caractère opérant des moyens tirés de l'incompatibilité « manifeste » d'une loi avec le droit de l'UE. Ce n'est enfin qu'en 2016, dans l'ordonnance *Gomez-Gonzalez*, que l'inconventionnalité « manifeste » d'une loi pouvait être retenue à l'encontre de tout catalogue international relatif aux droits fondamentaux.

492. Cette fragmentation du refus du contrôle de la conventionnalité des lois a eu lieu uniquement dans le cadre de la procédure du référé-liberté. On constate que le refus initial de connaître du contentieux des lois a commencé à se dissoudre par l'introduction d'exceptions jurisprudentielles formalisées (A) combinées à d'autres qui, au vu de leur caractère strictement inédit et circonstanciel (B), ne peuvent se prêter à toute entreprise de systématisation.

A) La formalisation des exceptions

493. L'édulcoration du refus du contrôle de la conventionnalité des lois s'est produite par la formalisation de deux catégories d'exceptions. La première invite le juge du référé-liberté à « reprendre » à son compte les inconventionnalités législatives déjà établies par un précédent jurisprudentiel rendu au fond (1). La seconde exception est liée au domaine des droits fondamentaux atteints par une loi (2).

1) La « reprise » d'un précédent jurisprudentiel rendu au fond

494. Avant même tout développement, il y a lieu de nuancer le recours au terme « d'exception » au refus du contrôle de la conventionnalité des lois. La première « exception » liée à la « reprise » d'un précédent jurisprudentiel jugé au fond ne peut être strictement considérée comme une véritable exception au refus du contrôle de la conventionnalité des lois. Concrètement, l'existence d'une décision du juge statuant au fond concluant à l'inconventionnalité d'une loi n'implique pas exactement l'exercice par le juge du référé-liberté d'un contrôle de la conventionnalité d'une loi. Elle lui permet seulement de reprendre ou non à son compte la solution antérieurement rendue, sans pouvoir s'en écarter quant à son contenu.

Consacrée par l'ordonnance *Association Aides et autres*, cette jurisprudence permet simplement au requérant de bénéficier des effets d'un contrôle de la conventionnalité d'une loi sans que le juge du référé-liberté n'ait eu à l'exercer. C'est ainsi que, par une succession de plusieurs ordonnances rendues en 2005, le juge du référé-liberté jugea qu' :

« eu égard à l'office du juge des référés un moyen pris de la contrariété de la loi à des engagements internationaux n'est pas, en l'absence d'une décision juridictionnelle ayant statué en ce sens, rendue soit par *le juge saisi au principal*, soit par *le juge compétent à titre préjudiciel*, propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité des actes administratifs dont la suspension est demandée »¹¹⁰⁶.

C'est donc le caractère nouveau d'un moyen tiré de l'inconventionnalité d'une loi qui le rend inopérant devant le juge de l'article L. 521-2 du CJA. En clair, pour ne pas commettre une erreur de droit, le juge du référé-liberté doit contraindre son contrôle de légalité à « l'état de la jurisprudence » du juge statuant au fond. Cette règle se fonde sur la prémisse suivante : « si tout juge a la liberté théorique de s'affranchir d'un avis contentieux comme d'une jurisprudence – au risque d'être censuré par une juridiction supérieure –, tel n'est peut-être pas le cas du juge des référés en matière de contrôle de la conventionnalité de la loi »¹¹⁰⁷. Au titre de cette jurisprudence, deux options s'offrent au juge du référé-liberté confronté à une loi dont l'inconventionnalité est alléguée. Dès lors que l'inconventionnalité d'une loi a été établie par un jugement rendu au fond par le juge compétent à titre préjudiciel (a) ou par le juge saisi au principal (b), l'inconventionnalité d'une loi devient manifeste aux yeux du juge du référé-liberté.

a) La reprise d'une décision rendue par le juge compétent à titre préjudiciel

495. Si, dans son principe, la reprise d'une décision rendue par le juge compétent à titre préjudiciel ne soulève pas de difficulté particulière de compréhension, elle pose en revanche question sur la détermination du « juge compétent à titre préjudiciel ».

496. La détermination du « juge compétent à titre préjudiciel ». À titre principal,

¹¹⁰⁶ CE, ord., 21 octobre 2005, *Association Aides e. a.*, n° 285577. Nous soulignons. C'est jurisprudence dégagée en référé-liberté a été réitérée : CE, ord., 9 décembre 2005, *Allouache e. a.*, n° 287777. Elle a ensuite été étendue à la procédure du référé-suspension : CE, ord., 20 décembre 2005, *Meyet*, n° 288253 ; CE, ord., 9 août 2006, *Commune de Groslay*, n° 294785.

¹¹⁰⁷ C. GROULIER, « Contrôle de conventionnalité de la loi et référé, de quelques doutes sérieux sur la jurisprudence *Carminati* », *AJDA*, 2007, n° 24, p. 1277.

voire exclusif, le premier cas de figure dégagé par les jurisprudences *Association Aides et autres* et *Allouache* concerne les hypothèses contentieuses dans lesquelles est contestée devant le juge du référé-liberté la compatibilité d'une loi avec le droit primaire ou le droit dérivé de l'UE¹¹⁰⁸. La référence au « juge compétent à titre préjudiciel » semble en effet ne concerner que la Cour de justice de l'UE saisie d'un renvoi préjudiciel en interprétation ou en appréciation de validité. L'on ne cerne cependant pas l'utilité de consacrer une règle qui va de soi : les jugements de la Cour de justice de l'UE rendus sur renvoi préjudiciel sont obligatoires et jouissent de l'autorité de chose interprétée¹¹⁰⁹. Pourquoi fallait-il alors exprimer spécialement que le juge du référé-liberté a le devoir d'appliquer les décisions de la Cour de Luxembourg rendues sur renvoi préjudiciel ?

497. Il ne pouvait en revanche, et en tout état de cause, être fait référence aux procédures de la question prioritaire de constitutionnalité et de la demande d'avis consultatif à la Cour de Strasbourg dans la catégorie des décisions rendues par « le juge compétent à titre préjudiciel » puisqu'elles n'existaient pas au moment où furent rendues les ordonnances *Association Aides et autres* et *Allouache*.

De manière rétrospective, si la procédure de demande d'avis consultatif à la Cour EDH avait été en vigueur au moment où cette jurisprudence était encore d'actualité, elle aurait intégré son champ d'application. Le juge administratif des référés d'urgence a seulement pu juger qu'une décision rendue par la Cour EDH au titre de la procédure du recours individuel sur la question de la compatibilité d'une loi avec la Conv. EDH ne peut être reprise par le juge du référé-liberté pour faire droit à ce même moyen puisque ce type d'arrêt de la Cour de Strasbourg ne fait pas partie de la catégorie des décisions « rendues à titre préjudiciel »¹¹¹⁰.

498. En revanche la procédure de la demande d'avis contentieux au Conseil d'État était à cette époque déjà bien installée dans le paysage du contentieux administratif français. Mais,

¹¹⁰⁸ Voir par exemple : CE, ord., 15 janvier 2007, *Société Easyjet Airlines*, n° 299788 ; CE, ord., 23 mars 2009, *Ministre de l'Immigration, de l'Intégration, de l'Identité nationale et du Développement solidaire c. Gaghien*, n° 325884.

¹¹⁰⁹ Voir notamment : J. BOULOUIS, « À propos de la fonction normative de la jurisprudence. Remarques sur l'œuvre jurisprudentielle de la Cour de justice des Communautés européennes », in *Le juge et le droit public, Mélanges offerts à Marcel Waline*, LGDJ, 1974, t. I, p. 149 ; J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français. Conseil constitutionnel, Cour de justice des Communautés européennes et Cour européenne des droits de l'homme*, LGDJ, 1998, 663 p. ; L. POTVIN-SOLIS, *L'effet des jurisprudences européennes sur la jurisprudence du Conseil d'État français*, LGDJ, 1999, 799 p.

¹¹¹⁰ CE, ord., 27 août 2012, *GISTI*, n° 361402.

même si, théoriquement, la procédure des demandes d'avis contentieux au Conseil d'État semble concernée par cette jurisprudence¹¹¹¹, il est possible de douter qu'au vu du caractère facultatif de ces avis, le juge administratif du référé-liberté ait entendu vouloir se lier par les avis rendus sur le fondement de l'article L. 113-1 du CJA¹¹¹².

b) La reprise d'une décision d'un juge saisi au principal statuant au fond

499. Le moyen tiré de l'inconventionnalité d'une loi soulevé devant le juge du référé-liberté peut encore être utile lorsqu'il a déjà été traité par un juge saisi au principal et statuant au fond sur cette question. Pour apporter une critique légitime à cette règle (γ), il y a lieu de présenter en amont les justifications doctrinales apportées à son soutien (α) et les applications qui en ont été faites (β).

α) Justifications

500. Selon le Commissaire du gouvernement, Didier Chauvaux, le contrôle des lois par le juge administratif des référés d'urgence ne peut être accepté sous peine de dépasser les « limites naturelles »¹¹¹³ de ce type de procédure. Le magistrat poursuit en tirant la conclusion suivante :

« À chaque fois qu'une question de droit a été tranchée par la jurisprudence, il nous semble que les doutes du juge des référés ne doivent porter que sur l'application de cette jurisprudence au cas d'espèce, et non sur son bien-fondé. Le juge des référés du Conseil d'Etat est un magistrat statuant seul qui ne peut que prendre acte de l'état de la jurisprudence. Il ne pourrait guère considérer comme sérieux un moyen qui irait à l'encontre d'une solution juridique nettement dégagée par les formations collégiales. Il n'est pas exclu que la solution soit finalement remise en cause par la formation qui connaîtra du fond de l'affaire, mais cette éventualité ne peut

¹¹¹¹ De cet avis : T.-X. GIRARDOT, « Le retour de la loi écran devant le juge des référés, la jurisprudence *Carminati* confirmée par le juge des référés du Conseil d'Etat », *AJDA*, 2006, n° 34, p. 1875 ; C. GROULIER, « Contrôle de conventionalité de la loi et référé, de quelques doutes sérieux sur la jurisprudence *Carminati* », *AJDA*, 2007, n° 24, p. 1277.

¹¹¹² Le Conseil de prud'hommes de Grenoble a par exemple pu refuser de reprendre le résultat du contrôle de la conventionnalité d'une loi rendu dans le cadre d'un avis contentieux de la Cour de cassation au motif qu'il « ne constitue pas une décision au fond » : Cons. prud'h Grenoble, 22 juillet 2019, n° 18/00267.

¹¹¹³ D. CHAUVAUX, « Suspension de la décision du Conseil national de l'Ordre des chirurgiens-dentistes qui refuse à un dentiste l'autorisation de s'installer dans un immeuble où un autre professionnel exerce déjà. Conclusions sur Conseil d'Etat, Section, 28 février 2001, *MM. Philippart et Lesage* », *RFDA*, 2001, n° 2, p. 390. Un autre membre du Conseil d'État a pu qualifier ce raisonnement de « bonne méthode » : T.-X. GIRARDOT, « Le retour de la loi écran devant le juge des référés, la jurisprudence *Carminati* confirmée par le juge des référés du Conseil d'Etat », *AJDA*, 2006, n° 34, p. 1875.

normalement pas justifier une mesure de suspension »¹¹¹⁴.

À l'exception d'une référence aux « limites naturelles » de l'office du juge administratif des référés d'urgence, cette idée ne repose visiblement que sur le principe du jugement des référés par un juge unique. C'est sur ce raisonnement que certains commentateurs des grands arrêts de la jurisprudence administrative ont pu qualifier de « dévoiement »¹¹¹⁵ de l'office du juge du référé-liberté la compétence qui est la sienne depuis les affaires *Lambert* et *Gonzalez-Gomez* lui permettant de contrôler de manière inédite la conventionnalité d'une loi. Ces auteurs s'appuient sur le raisonnement selon lequel une solution jurisprudentielle inédite à un conflit entre une loi et une stipulation internationale ne peut relever que du juge statuant au fond. Cette vue de l'esprit n'est toutefois pas nouvelle et isolée au contentieux administratif. Au milieu des années 1990, à propos du juge civil des référés, Joël Cavallini estimait déjà que ce juge ne pouvait être le « précurseur d'une jurisprudence qu'il appartient au seul juge statuant au fond d'établir »¹¹¹⁶. C'est ainsi qu'a été consacré, de manière prétorienne, qu'il n'appartient pas au juge administratif des référés d'urgence de prendre position sur une question de droit « en dépit de l'état de la jurisprudence »¹¹¹⁷. Au titre de cette règle, il est par exemple interdit au juge administratif des référés d'urgence de faire jurisprudence en dégagant un nouveau principe général du droit¹¹¹⁸.

β) Applications

501. À deux occasions, le juge administratif des référés d'urgence a fait application de cette règle avant même qu'elle ne soit consacrée par le Conseil d'État. Tout d'abord, dans une ordonnance du 23 mai 2003, le juge administratif des référés d'urgence du tribunal administratif de Lyon a prononcé la suspension provisoire de l'acte administratif attaqué sur le fondement de

¹¹¹⁴ D. CHAUVAUX, « Suspension de la décision du Conseil national de l'Ordre des chirurgiens-dentistes qui refuse à un dentiste l'autorisation de s'installer dans un immeuble où un autre professionnel exerce déjà. Conclusions sur Conseil d'Etat, Section, 28 février 2001, *MM. Philippart et Lesage* », *op.cit.*, p. 390.

¹¹¹⁵ J.-C. BONICHOT, P. CASSIA et B. POUJADE, *Les grands arrêts du contentieux administratif*, Dalloz, 2018, 6^e éd., p. 327.

¹¹¹⁶ J. CAVALLINI, *Le juge national du provisoire face au droit communautaire. Les contentieux français et anglais*, Bruylant, 1995, p. 150.

¹¹¹⁷ Résumé sous CE, 1^{ère} et 6^e SSR, 28 juillet 2006, *Mme. Bessac*, n° 291569. Voir également : CE, ord., 9 mai 2001, *Soussan*, n° 232496. Le juge du référé-suspension a pu rejeter une demande d'un requérant « compte tenu » de plusieurs décisions rendues au fond par le Conseil d'État : CE, 8 avril 2003, *Commune de Les Angles*, n° 254929.

¹¹¹⁸ CE, ord., 21 octobre 2005, *Association Aides e. a.*, n° 285577.

l'inconventionnalité de la loi ayant fait office de base légale¹¹¹⁹. En l'espèce, l'inconventionnalité de la loi litigieuse avait été constatée antérieurement par un arrêt au fond du Conseil d'État¹¹²⁰ rendu après saisine de la Cour de justice de l'UE d'un renvoi préjudiciel¹¹²¹. C'est au vu de cet élément que le juge des référés d'urgence du tribunal administratif de Lyon énonce que l'existence préalable d'une décision au fond sur l'examen de la conventionnalité d'une loi « permet à l'office du juge des référés de s'exercer ». Une autre affaire similaire traitée par le juge des référés d'urgence du même tribunal administratif¹¹²² illustre encore la référence à l'arrêt *Griesmar* de 2002. Suivant le même schéma, d'autres ordonnances du juge des référés du Conseil d'État¹¹²³ ou du tribunal administratif de Lyon¹¹²⁴ se sont basées sur le contrôle de la conventionnalité d'une loi opéré à l'occasion de l'arrêt *Beraudo*¹¹²⁵ rendu au fond par le Conseil d'État.

Conformément à cette règle, il est cocasse de relever rétrospectivement qu'en contrôlant, à l'occasion de l'affaire *Carminati*, la compatibilité avec les stipulations de l'article premier du premier protocole additionnel à la Conv. EDH de la loi du 26 juillet 2000 relative à la chasse, le juge du référé-suspension du tribunal administratif de Lyon s'inscrivait pleinement dans la lignée des jugements rendus par deux juges saisis au principal et statuant au fond : le Conseil d'État¹¹²⁶ et la Cour EDH¹¹²⁷. En dépit de cela, l'ordonnance du juge du référé-suspension du tribunal administratif de Lyon avait pourtant été cassée pour erreur de droit.

γ) Critiques

502. Un raisonnement paradoxal. En créant une règle contentieuse refusant tout caractère opérant du moyen tiré de l'inconventionnalité d'une loi, ou bien même en le conditionnant, que fait le juge administratif des référés d'urgence si ce n'est faire jurisprudence sur des règles de contentieux administratif ? De même, en déterminant les conditions de fond liées à sa saisine, le juge du référé-liberté fait œuvre créatrice en édifiant par exemple un corpus

¹¹¹⁹ TA Lyon, 26 mai 2003, *Murzeau*, n° 0301752.

¹¹²⁰ CE, 29 juillet 2002, *Griesmar*, n° 141112.

¹¹²¹ CE, 28 juillet 1999, *Griesmar*, n° 141112 ; CJCE, 29 novembre 2001, *Joseph Griesmar c. Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie et Ministre de la Fonction publique, de la Réforme de l'Etat et de la Décentralisation*, C-366/99.

¹¹²² TA Lyon, ord., 13 juin 2003, *Didier*, n° 0302073.

¹¹²³ CE, ord., 16 juin 2003, *Floch*, n° 257224.

¹¹²⁴ TA Lyon, ord., 31 octobre 2003, *Keller*, n° 0304697.

¹¹²⁵ CE, 29 janvier 2003, *Beraudo*, n° 245601.

¹¹²⁶ CE, 27 octobre 2000, *Mme Vignon*, n° 196046.

¹¹²⁷ CEDH, GC, 29 avril 1999, *Chassagnou e. a. c. France*, n° 25088/94.

jurisprudentiel de « libertés fondamentales » ou de « présomptions d'urgence » au sens de l'article L. 521-2 du CJA. Il est donc tout à fait paradoxal d'interdire d'un côté au juge du référé-liberté de faire jurisprudence en matière de contrôle de la conventionnalité de lois servant de base légale à des décisions administratives attaquées devant son prétoire alors que, dans le même temps, il fait régulièrement œuvre jurisprudentielle en posant notamment des règles de contentieux administratif.

503. Un raisonnement à la portée incertaine. À l'instar de la référence au « juge compétent à titre préjudiciel »¹¹²⁸, la détermination du « juge saisi au principal » ne va pas sans poser d'incertitudes. S'agit-il de tout jugement au fond rendu par une juridiction administrative ? En d'autres termes, le « juge saisi au principal » peut-il indistinctement relever d'un tribunal administratif ou d'une cour administrative d'appel ? Ne s'agit-il que des arrêts rendus par le Conseil d'État ? S'il n'existe qu'un jugement d'un tribunal administratif ayant établi l'inconventionnalité d'une loi sans avoir été examiné par le Conseil d'État, la solution peut-elle être reprise par un juge du référé-liberté ? S'il existe deux solutions différentes provenant de deux juridictions du même degré, laquelle doit l'emporter pour pouvoir être reprise ? Un arrêt rendu au fond par la Cour de cassation ou par tout juge judiciaire saisi au principal ayant procédé au contrôle de la conventionnalité d'une loi intègre-t-il le champ de cette jurisprudence ?

Aucune précision n'ayant jamais été apportée à ces questionnements, il serait hasardeux de les trancher avec assurance.

504. Il est cependant possible de retenir que le Conseil d'État juge que cette règle est inapplicable aux arrêts rendus au fond par la Cour européenne des droits de l'Homme sur le fondement d'un recours individuel. Au soutien de cette position, le juge administratif des référés d'urgence se borne à retenir que « les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme n'étant pas rendues à titre préjudiciel »¹¹²⁹, le moyen tiré d'une violation de la Conv. EDH n'est pas recevable.

505. Un raisonnement juridiquement contestable. Défendre le caractère contraignant pour le juge du référé-liberté de la jurisprudence d'un juge saisi au principal statuant au fond

¹¹²⁸ Voir *supra*.

¹¹²⁹ CE, ord., 27 août 2012, *GISTI*, n° 361402.

contrevient au principe de l'autorité relative de chose jugée des décisions du juge administratif. En effet, à la différence des systèmes juridiques de *Common law*, la jurisprudence antérieure des juridictions ne lie pas juridiquement le juge. Une décision rendue au fond par un juge administratif saisi au principal tranchant une question relative à la conventionnalité d'une loi ne jouit que d'une autorité relative de chose jugée ; celle-ci ne saurait produire d'effet *erga omnes* et lier un autre juge¹¹³⁰.

506. Si, dans son principe, l'on doit bien saluer l'entreprise de limitation du refus du juge du référé-liberté de contrôler la conventionnalité des lois, l'on ne peut refuser de souligner les difficultés qu'elle pose. L'on retiendra que la permission accordée au juge du référé-liberté de « reprendre » un précédent jurisprudentiel rendu au fond portant sur le contrôle de la conventionnalité d'une loi n'est pas, en soi, une véritable exception au refus que cette opération soit intégrée dans le champ de son office. Par ailleurs, les difficultés d'interprétation relatives à son champ d'application ainsi que ses fondements douteux nuisent à sa bonne mise en œuvre et à sa pérennité. À cette première typologie d'exceptions formalisées au refus du juge du référé-liberté de contrôler la conventionnalité des lois s'est ajoutée un régime d'exception portant sur le domaine des droits fondamentaux atteints.

2) Un régime d'exception basé sur le domaine des droits fondamentaux atteints

507. Poursuivant un lent mouvement de déconstruction de la jurisprudence *Carminati*, le juge du référé-liberté a consacré, à partir des années 2010, un nouveau régime d'exception portant sur le domaine des droits fondamentaux atteints par une loi. C'est au prix d'une hiérarchisation contestable des libertés fondamentales invoquées (b) qu'a été dressée une limitation des libertés fondamentales invocables à l'appui d'un moyen tiré de l'inconventionnalité d'une loi (a).

a) La limitation des libertés fondamentales invocables à l'appui d'un moyen tiré de l'inconventionnalité d'une loi

508. Dans son entreprise de limitation des libertés fondamentales invocables à l'appui

¹¹³⁰ Voir par exemple : CE, 3 juillet 1996, *Ministre de l'Équipement c. Société ABC Ingeneering*, n° 112171.

d'un moyen tiré de l'inconventionnalité d'une loi, le juge du référé-liberté a consacré une exception à son refus de connaître du contentieux des lois fondée sur une discrimination matérielle et une autre sur un critère formel. Il s'agit pour la première des cas d'atteintes législatives au droit à la vie (α) et, pour la seconde, de celles portées à l'encontre des libertés fondamentales tirées du droit de l'Union européenne (β).

α) Une exception fondée sur une discrimination matérielle des libertés fondamentales : le cas du droit à la vie

509. Dans le volet relatif aux règles du contentieux administratif contenu dans l'arrêt *Lambert* du 24 juin 2014, le juge du référé-liberté jugea qu'en égard à son « office particulier », lorsqu'il est saisi d'une décision médicale :

« conduisant à interrompre ou à ne pas entreprendre un traitement au motif que ce dernier traduirait une obstination déraisonnable et que l'exécution de cette décision porterait de manière irréversible une atteinte à la vie, il lui appartient, dans ce cadre, d'examiner un moyen tiré de l'incompatibilité des dispositions législatives dont il a été fait application avec les stipulations de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales »¹¹³¹.

C'est ainsi que, de manière inédite, le juge du référé-liberté contrôla la compatibilité des articles L. 1110-5 et L. 111-4 du code de la santé publique au regard des articles 2, 3, 6 et 7 de la Conv. EDH. Cette nouvelle exception est donc doublement conditionnée par la contestation devant le juge du référé-liberté d'une décision médicale « conduisant à interrompre ou à ne pas entreprendre un traitement au motif que ce dernier traduirait une obstination déraisonnable » et par le risque que cette décision porterait « de manière irréversible une atteinte à la vie ».

510. Le juge du référé-liberté ne s'est pas limité à la mise en place d'une exception au refus de contrôler la conventionnalité d'une loi fondée sur une discrimination matérielle des libertés fondamentales. Il s'est aussi attaché à reconnaître comme opérant un moyen tiré de la violation manifeste du droit de l'UE par une loi.

β) Une exception fondée sur un critère formel : le cas des libertés fondamentales tirées du droit de l'UE

¹¹³¹ CE, ass., 24 juin 2014, *M^{me} Lambert e. a.*, n° 375081, 375090, 375091.

511. Le professeur Antoine Louvaris estimait en 2005 que le refus du contrôle de la conventionnalité des lois par le juge des référés issu de l'arrêt *Carminati* ne concerne que la Convention européenne des droits de l'Homme et ne saurait, par application de la jurisprudence *Zuckerfabrik*, s'étendre au droit de l'UE¹¹³². Pourtant, en 2009, le Conseil d'État affirmait toujours de manière péremptoire qu'« il n'appartient pas au juge des référés[-liberté] d'apprécier si ces dispositions [législatives] méconnaissent les objectifs [d'une directive communautaire] »¹¹³³. Mais, en 2010, la jurisprudence *Carminati* fut fortement « affaiblie »¹¹³⁴ par l'introduction d'une nouvelle exception relative au contrôle des lois par rapport au droit de l'UE. En effet, depuis l'ordonnance *Diakité*, le juge du référé-liberté est compétent pour écarter toute loi « en cas de méconnaissance manifeste des exigences qui découlent du droit de l'Union »¹¹³⁵.

La consécration de ce contrôle des lois ne vaut donc que par rapport au droit de l'UE et exclut le droit international ordinaire et celui de la Conv. EDH. En effet, dans l'ordonnance *GISTI* du 27 août 2012, le juge des référés décide qu' :

« eu égard à l'office du juge des référés, et sauf lorsqu'est soulevée l'incompatibilité manifeste de dispositions législatives avec les règles du droit de l'Union européenne, un moyen pris de la contrariété de la loi à des engagements internationaux n'est pas, en l'absence d'une décision juridictionnelle ayant statué en ce sens, rendue soit par le juge administratif saisi au principal, soit par le juge compétent à titre préjudiciel, propre à créer un doute sérieux quant à la légalité de l'acte dont la suspension est demandée ; que, les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme n'étant pas rendues à titre préjudiciel, le moyen soulevé par les requérants n'est par suite, et en tout état de cause, pas de nature à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la circulaire contestée ; »¹¹³⁶.

Cette avancée en direction de la pleine reconnaissance du contrôle d'unionité des lois fut ensuite étendue au référé-suspension¹¹³⁷ ainsi qu'au juge des référés saisi sur le fondement des

¹¹³² A. LOUVARIS, « Le Conseil d'État, juridiction suprême en réseau : une illustration », *Rec. Dall.*, 2005, n° 13, p. 859.

¹¹³³ CE, ord., 23 mars 2009, *Ministre de l'Immigration c. Gaghiév*, n° 325884.

¹¹³⁴ L. DUTHEILLET DE LAMOTHE et G. ODINET, « L'urgence dans tous ses états », *AJDA*, 2016, n° 5, p. 247.

¹¹³⁵ CE, ord., 16 juin 2010, *Mme Assetou Diakité*, n° 340250. O. LE BOT, « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de compatibilité avec le droit de l'Union européenne devant le juge des référés. Note sous CE, ord., 16 juin 2010, *Diakité*, n° 340250 », *AJDA*, 2010, n° 29, p. 1662 ; P. CASSIA, « Le juge administratif des référés, la QPC et le droit de l'Union européenne », *JCP G*, 2010, n° 26, p. 739. Voir également le contrôle de la méconnaissance manifeste d'une directive par une loi : CE, ord., 28 octobre 2010, *Ministre de l'Immigration c. M. et Mme Youssoufov*, n° 343893 ; CE, ord., 28 mars 2011, *M. Thierry Gérard A*, n° 347815.

¹¹³⁶ CE, ord., 27 août 2012, *GISTI*, n° 361402.

¹¹³⁷ CE, ord., 12 mai 2011, *Groupe d'information et de soutien des immigrés (GISTI)*, n° 348774 ; CE, ord., 27 août 2012, *Groupe d'information et de soutien des immigrés (GISTI) e. a.*, n° 361402 ; CE, ord., 14 février 2013, *Lailier*, n° 365459, pts. 4-6.

dispositions des articles L. 122-12 et L. 123-16 du code de l'environnement¹¹³⁸.

Quelque temps après la reconnaissance du contrôle de l'unionité des lois par l'ordonnance *Diakité*, une ordonnance¹¹³⁹ fit « naître une incertitude »¹¹⁴⁰ sur la compétence du juge administratif des référés d'urgence de connaître du contentieux de la compatibilité des lois avec le droit de l'UE. Si la crainte fut légitime, il ne fallait cependant voir dans cette ordonnance que la conséquence d'une « formulation quelque peu malheureuse »¹¹⁴¹. Dans cette affaire, le juge du référé-liberté de premier ressort avait contrôlé la conventionnalité d'une loi¹¹⁴² et son ordonnance fut annulée en appel. Le Conseil d'État jugea qu'est « sans incidence sur [l'appréciation de l'existence d'une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale, au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative] le moyen tiré de ce que les conditions auxquelles la législation nationale subordonne l'obtention de l'allocation temporaire d'attente seraient incompatibles avec les objectifs de la directive du 7 janvier 2003 »¹¹⁴³. En réalité, il ne s'agissait pas d'un retour à la théorie de la loi écran ou d'un revirement de la jurisprudence *Diakité* consacrée quelques mois plus tôt, mais d'une simple interprétation conforme d'une loi à une directive européenne¹¹⁴⁴.

512. Une fois encore, l'esprit de ces nouvelles exceptions au refus du juge du référé-liberté de contrôler la conventionnalité *lato sensu* des lois doit être approuvé. Elles impliquent toutefois l'établissement d'une hiérarchisation contestable des libertés fondamentales invoquées à l'appui d'un moyen tiré de l'inconventionnalité d'une loi.

- b) La hiérarchisation contestable des libertés fondamentales invoquées à l'appui d'un moyen tiré de l'inconventionnalité d'une loi

¹¹³⁸ CE, 6^e et 1^{ère} SSR., 18 décembre 2015, *Société routière Chambard c. Ministre du logement c. Commune de la Sône*, n° 389238.

¹¹³⁹ CE, ord., 25 janvier 2011, *M. Debrata Chakraborty*, n° 345800.

¹¹⁴⁰ D. RITLENG, « Chronique Jurisprudence administrative française intéressant le droit de l'Union - L'étendue de la protection provisoire du droit de l'Union en question. Note sous CE ord., 25 janv. 2011, *Chakraborty*, n° 345800 », *RTDE*, 2011, n° 4, p. 889.

¹¹⁴¹ *Ibid.*

¹¹⁴² TA Montreuil-sous-Bois, ord., 31 décembre 2010, n° 1013165.

¹¹⁴³ CE, ord., 25 janvier 2011, *M. Debrata Chakraborty*, n° 345800.

¹¹⁴⁴ Dans cette affaire, pour éviter d'avoir à constater l'incompatibilité d'une loi avec le droit de l'UE et donc à devoir déclarer l'inapplicabilité pour la résolution du litige, le juge du référé-liberté a préféré recourir à la technique de l'interprétation conforme de la loi au regard d'une directive de l'UE, voir *infra* : Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, Paragraphe 1, B).

513. Il n'est aucunement dans l'esprit de la procédure du référé-liberté d'établir une hiérarchie formelle entre les sources des libertés fondamentales. De même, il n'a jamais été question d'établir une hiérarchisation matérielle entre les libertés fondamentales au sens de l'article L. 521-2 du CJA. Par conséquent, l'on peut prétendre que l'établissement d'une hiérarchisation des libertés fondamentales selon leur source (α) ou leur contenu (β) en vue de rendre opérant ou non un moyen tiré de l'inconventionnalité d'une loi est juridiquement contestable.

α) Une hiérarchisation contestable des libertés fondamentales selon leur source

514. Le juge du référé-liberté ne retient aucune considération du niveau dans la hiérarchie des normes d'une source potentielle d'une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du CJA. Il n'en a cure puisqu'il rattache de telles libertés aussi bien sur le fondement d'une loi ordinaire, du droit international, du droit de l'UE ou de la Constitution. La place de la source d'une liberté fondamentale dans la hiérarchie des normes n'a donc aucune influence sur sa propension à être plus ou moins protégée par le juge du référé-liberté.

515. En tout état de cause, rien ne justifie en droit, que la compétence d'un juge national soit limitée au contrôle de la compatibilité d'une loi avec le droit de l'UE et qu'elle exclue le contrôle des lois par rapport au reste du droit international. Le fondement de ce traitement de faveur accordé au droit de l'UE est donc certainement à chercher du côté de considérations d'ordre politique. Il est à ce propos éclairant de se remémorer un passage des conclusions du commissaire Frydman sous l'arrêt *Nicolo*, qui implorait la Haute juridiction administrative à se rallier à la jurisprudence *IVG* du Conseil constitutionnel :

« vous pourriez peut-être être tentés, pour des raisons d'opportunité, de limiter la portée de votre revirement de jurisprudence aux seules normes communautaires. Mais s'il a ses partisans, ce jugement de Salomon nous paraîtrait représenter, à bien des égards, la pire des solutions. En premier lieu, il nous semble qu'une telle jurisprudence n'aurait en réalité - et ce n'est pas là le moindre de ses inconvénients - aucun fondement juridique »¹¹⁴⁵.

À la lecture de cette mise en garde, il n'est pas déraisonnable d'établir un lien avec les motivations qui ont conduit à la solution apportée par la jurisprudence *Diakité*. Les rapporteurs

¹¹⁴⁵ P. FRYDMAN, « Appréciation par le juge administratif de la compatibilité d'une loi française avec les traités internationaux antérieurs. Concl. sous CE, ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, n° 108243 », *Rev. crit. DIP*, 1990, n° 1, p. 125.

publics successifs ayant eu à se prononcer sur la limitation du contrôle de la conventionnalité des lois par le juge du référé-liberté « en cas de méconnaissance manifeste des exigences qui découlent du droit de l'Union » ne se sont d'ailleurs jamais désolidarisés de ce raisonnement. Dans ses conclusions sous l'arrêt *Domenjoud*, le rapporteur public Xavier Domino s'avouait dubitatif quant à la jurisprudence *Diakité* impliquant que le juge du référé-liberté puisse faire « l'économie du contrôle des lois au regard des libertés fondamentales posées dans la Convention EDH »¹¹⁴⁶. Même si le rapporteur public Aurélie Bretonneau soulignait la relative équivalence du droit de l'UE, et spécialement de la CDFUE, avec le droit de la Conv. EDH, elle n'a pas manqué de souligner, à l'appui du revirement total de la jurisprudence *Carminati*, que se passer du principal catalogue de droits fondamentaux « relève d'un tête-à-queue logique qui ne peut conduire qu'à des accidents juridictionnels »¹¹⁴⁷. Dans le même registre, le rapporteur public ajoute au soutien de ses conclusions :

« L'idée que, s'agissant d'un même droit fondamental, l'office du juge des référés-liberté varie du tout au tout selon le texte que le requérant, pris par l'urgence, a songé à invoquer, double l'étrangeté de la jurisprudence d'une dose d'arbitraire qui achève, à nos yeux, de la disqualifier »¹¹⁴⁸.

En définitive, l'intention poursuivie par l'ordonnance *Diakité* était parfaitement louable en ce qu'elle a ouvert une brèche significative dans la jurisprudence *Carminati*. Mais, à l'instar de l'ensemble des exceptions apportées à son refus de connaître du contentieux de la conventionnalité des lois, la formalisation de la nouvelle règle par le juge du référé-liberté souffrait d'un défaut de fondement juridique. L'on peut même dire qu'elle n'a été justifiée que par des considérations politiques d'opportunité. D'une manière parfaitement similaire, ce même constat peut être fait à propos de la formalisation, par le juge du référé-liberté, d'une hiérarchisation des libertés fondamentales selon leur contenu, pour justifier le caractère opérant d'un moyen tiré de l'inconventionnalité d'une loi.

β) Une hiérarchisation contestable des libertés fondamentales selon leur contenu

516. Sans qu'aucune distinction quant à sa valeur n'ait été établie, le droit à la vie intègre, depuis l'arrêt de section *Ville de Paris*¹¹⁴⁹, le champ des libertés fondamentales protégées au

¹¹⁴⁶ X. DOMINO, « Assignations à résidence en état d'urgence. Concl. sous CE, ord., 11 décembre 2015, *Domenjoud*, n° 395009 », *RFDA*, 2016, n° 1, p. 105.

¹¹⁴⁷ A. BRETONNEAU, « Droits subjectifs contre interdit législatif. Concl. sous CE, ass., 31 mai 2016, n° 396848, *M^{me} Gonzalez-Gomez* », *RFDA*, 2016, n° 4, p. 740.

¹¹⁴⁸ *Ibid.*

¹¹⁴⁹ CE, 16 novembre 2011, *Ville de Paris e. a.*, n° 353172.

titre de la procédure du référé-liberté. Or, depuis l'arrêt *Lambert*, cette liberté fondamentale jouit d'une protection accentuée. En effet, la circonstance dans laquelle une personne risque de subir une atteinte à sa vie par application d'une décision médicale « conduisant à interrompre ou à ne pas entreprendre un traitement au motif que ce dernier traduirait une obstination déraisonnable » permet au juge du référé-liberté d'exercer un contrôle de la conventionnalité des lois servant de base légale à ce type de décision administrative.

517. Il semble en premier lieu que ce soit la gravité et la sensibilité du litige dans lequel le droit fondamental à la vie d'une personne est mis en jeu d'une manière irréversible qui ont poussé le juge du référé-liberté à écarter la règle qu'il s'est imposée depuis la jurisprudence *Allouache*. Le rapporteur public Rémi Keller, dont les conclusions furent suivies par l'assemblée du Conseil d'État, justifiait l'entorse à la jurisprudence précitée au vu des circonstances de l'affaire. Il apparaissait de ce fait « impossible »¹¹⁵⁰ que le juge du référé-liberté ne tienne pas compte du moyen soulevé par les requérants tiré de l'inconventionnalité des dispositions législatives sur le fondement desquelles une décision d'arrêt de traitements avait été prise. Au vu du caractère éminemment dramatique et délicat de cette affaire, il est malaisé de critiquer le choix du juge du référé-liberté de procéder à un « ajustement nécessaire »¹¹⁵¹ de son office en matière de contentieux de la conventionnalité des lois. Le rapporteur public désigné pour cette affaire¹¹⁵² et le communiqué de presse du Conseil d'État¹¹⁵³ confirment le caractère inédit et tout à fait circonstancié de cette nouvelle exception.

518. D'un point de vue strictement juridique, il a été avancé que cette nouvelle hypothèse rendant possible le contrôle de la conventionnalité d'une loi par le juge du référé-liberté était justifiée d'une part, par « l'effectivité du droit à la vie tel que protégé par la Convention »¹¹⁵⁴

¹¹⁵⁰ R. KELLER, « Droit au respect de la vie et droits du patient - La question de l'interruption d'un traitement : la réponse. Concl. sous CE, ass, 14 juin 2014, *M^{me} Rachel Lambert*, n° 375081, *M. François Lambert*, n° 375090 et *Centre hospitalier universitaire de Reims*, n° 375091 », *RFDA*, 2014, n° 4, p. 657.

¹¹⁵¹ H. HURPY, « La protection du droit au refus de l'acharnement thérapeutique par le juge des référés dans le cadre de l'affaire "Vincent Lambert" », *La Revue des droits de l'homme*, 2014, (en ligne : <https://journals.openedition.org/revdh/868>).

¹¹⁵² R. KELLER, « Droit au respect de la vie et droits du patient - La question de l'interruption d'un traitement : la réponse. Concl. sous CE, ass, 14 juin 2014, *M^{me} Rachel Lambert*, n° 375081, *M. François Lambert*, n° 375090 et *Centre hospitalier universitaire de Reims*, n° 375091 », *op. cit.*, p. 657 : L'arrêt rendu « sera une décision d'espèce, étroitement liée à la singularité de la situation de M. Vincent Lambert ».

¹¹⁵³ « Cette décision concerne exclusivement la situation de M. Vincent Lambert » : Conseil d'État, « Le Conseil d'État juge légale la décision médicale de mettre fin aux traitements de M. Vincent Lambert », Communiqué de presse, 24 juin 2014.

¹¹⁵⁴ A. BRETONNEAU et J. LESSI, « Référés : l'irrésistible ascension », *AJDA*, 2014, n° 26, p. 1484.

et d'autre part, par le respect de son office prévu à l'article L. 521-2 du CJA¹¹⁵⁵. Sans s'étendre pour l'instant sur l'intensité du contrôle de conventionnalité qui a été opéré¹¹⁵⁶, ce dernier fondement est en partie contestable. En effet, cette nouvelle exception demeure problématique en ce qu'elle instille une garantie à géométrie variable des libertés fondamentales selon leur contenu et la gravité de leur violation. Il y aurait des libertés fondamentales, au sens de l'article L. 521-2 du CJA, qui mériteraient que le juge du référé-liberté connaisse du contentieux des lois et d'autres qui ne pourraient bénéficier de cette garantie juridictionnelle accrue. Le droit à la vie n'étant pas absolu¹¹⁵⁷, il n'existe aucun fondement juridique, ni aucune pratique jurisprudentielle du juge du référé-liberté visant à établir une hiérarchie dans la protection de libertés fondamentales relatives.

519. Les exceptions formalisées au refus du juge du référé-liberté de contrôler la conventionnalité des lois brillent par le renforcement de la protection de l'État de droit et des droits fondamentaux qu'elles permettent. Elles souffrent en revanche de l'insuffisance, voire parfois de l'absence, de fondement juridique. Des considérations de stricte opportunité sont donc généralement sous-jacentes au soutien de la libération du juge du référé-liberté du joug de la jurisprudence *Allouache*. L'existence de nombreuses exceptions inédites à cette jurisprudence, survenues au gré de circonstances opportunes, appuie encore d'avantage ce constat.

B) Les exceptions inédites

520. Les exceptions au refus du contrôle de la conventionnalité des lois qu'il convient désormais de présenter sont inédites à deux titres. Elles le sont, d'une part, dans le sens où elles sont insusceptibles de systématisation et, d'autre part, dans le sens où la loi contrôlée ne l'avait jamais été auparavant par un juge statuant au fond saisi au principal ou par un juge saisi à titre préjudiciel.

Parce qu'elles sont insusceptibles de systématisation, nous nous bornerons à les égrainer de manière chronologique en distinguant deux périodes sources d'incertitudes sur la portée du refus du contrôle de conventionnalité des lois et de ses exceptions. La première correspond à

¹¹⁵⁵ H. HURPY, « La protection du droit au refus de l'acharnement thérapeutique par le juge des référés dans le cadre de l'affaire "Vincent Lambert" », *op. cit.*

¹¹⁵⁶ Voir *infra* : Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, Paragraphe 2, B), 2), b).

¹¹⁵⁷ Voir, notamment, les exceptions au droit à la vie prévues au second paragraphe de l'article 2 de la Conv. EDH.

celle suivant directement l'adoption de la jurisprudence *Carminati* (2002-2005) (1). La seconde porte sur la période postérieure à l'assouplissement du refus du contrôle de la conventionnalité des lois sous les réserves exprimées par la jurisprudence *Allouache* (2005-2015) (2).

1) Une première période d'incertitude sur la portée de la jurisprudence
Carminati (2002-2005)

521. Avant même l'avènement de la jurisprudence *Carminati*, une affaire portée devant le juge du référé-liberté fut traitée sans que le moyen soulevé par le requérant relatif à l'incompatibilité des dispositions législatives relatives au service civil des objecteurs de conscience avec les stipulations du Pacte international relatif aux droits civils et politiques soit écarté en raison de son caractère inopérant¹¹⁵⁸. En effet, si le juge ne fit pas droit au moyen avancé par le requérant dans cette affaire, c'est uniquement au motif que son argumentation « ne suffit pas » à établir l'inconventionnalité des dispositions législatives contestées¹¹⁵⁹. Par conséquent, l'on peut penser que la jurisprudence *Carminati* n'allait pas de soi dès l'entrée en vigueur de la réforme du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives.

522. À la suite de la jurisprudence *Carminati*, trois affaires avaient laissé croire qu'elle n'était finalement qu'une « une solution isolée » dont la « pérennité »¹¹⁶⁰ pouvait paraître douteuse.

De manière assez insidieuse, sans qu'il ne soit fait ni référence à « l'office du juge des référés » ni au caractère inopérant d'un moyen tiré de l'inconventionnalité d'une loi, le juge administratif des référés d'urgence a rejeté un tel moyen soulevé en arguant de son inutilité. Il a en effet été jugé que la violation du droit international « ne saurait en tout état de cause être utilement invoquée »¹¹⁶¹. Cette formule porte à croire que le moyen tiré de l'inconventionnalité d'une

¹¹⁵⁸ CE, ord., 11 octobre 2001, *M. Hauchemaille*, n° 238849.

¹¹⁵⁹ Le requérant soutenait dans cette affaire que l'application des dispositions législatives relatives à la durée de service imposée aux objecteurs de conscience devait être écartée « dès l'instant que ces dernières ont été jugées contraires aux stipulations de l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui énoncent que « la loi doit ... garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination », par le Comité des droits de l'homme dans ses communications n° 666/1995 du 9 novembre 1999 et n° 689/1996 du 31 juillet 2000 ». Le juge du référé-liberté refusa de faire droit à ce moyen notamment au motif que « les constatations du Comité des droits de l'homme, organe non juridictionnel institué par l'article 28 du Pacte international sur les droits civils et politiques, ne revêtent pas de caractère contraignant à l'égard de l'Etat auquel elles sont adressées ».

¹¹⁶⁰ T.-X. GIRARDOT, « Le retour de la loi écran devant le juge des référés, la jurisprudence *Carminati* confirmée par le juge des référés du Conseil d'Etat », *AJDA*, 2006, n° 34, p. 1875.

¹¹⁶¹ CE, ord., 19 mai 2004, *M. Etienne YX et M. Gilles Y.*, n° 267526.

disposition législative est opérant mais qu'en l'espèce, dans le cadre de la procédure du référé-suspension, il est inutile pour satisfaire la condition du doute sérieux sur la légalité d'une décision administrative.

Dans une deuxième affaire, le juge du référé-liberté du Conseil d'État a explicitement examiné une disposition législative du code général des impôts au regard du droit primaire de l'UE¹¹⁶². Ayant eu pour conséquence de renforcer les doutes sur la portée de la jurisprudence *Carminati*, une troisième affaire porte sur l'examen de la conventionnalité de la loi du 30 juin 2004 instituant une journée de la solidarité au regard des stipulations de la Convention européenne des droits de l'Homme¹¹⁶³.

523. Dès l'origine, le caractère constant de la jurisprudence *Carminati* a été malmené. L'introduction, durant l'année 2005, d'une première exception formalisée à ce refus du juge du référé-liberté de connaître d'un moyen tiré de l'inconventionnalité d'une loi n'aura pas su apporter une ligne de conduite cohérente et stable dans le régime du contentieux de la conventionnalité des lois. Une série d'affaires a constitué une seconde période d'incertitude sur la portée des jurisprudences *Carminati* et *Allouache*.

2) Une seconde période d'incertitude sur la portée des jurisprudences
Carminati et *Allouache* (2005-2015)

524. Directement après la formalisation d'une première exception à la jurisprudence *Carminati* et jusqu'à son revirement définitif, une douzaine d'affaires fait état d'un contrôle inédit, tantôt implicite, tantôt explicite, de la conventionnalité d'une loi.

525. Les exemples de contrôles inédits et implicites de la conventionnalité d'une loi. Deux affaires inédites ont pu illustrer l'exercice, par le juge du référé-liberté, d'un contrôle implicite de la conventionnalité d'une loi. Dans la première ordonnance dite *ATV*¹¹⁶⁴, la conventionnalité de l'article L. 52-2 du code électoral était contestée au regard de l'article 10 de la Conv. EDH. Cette disposition législative interdit la publication des résultats d'un scrutin électoral avant la fermeture du dernier bureau de vote et semblait contraire au droit à la liberté d'expression. Eu égard à sa portée fortement restreinte dans le temps, le juge administratif des

¹¹⁶² CE, 3^e et 8^e SSR, 28 mai 2004, *Lassus*, n° 261289.

¹¹⁶³ CE, ord., 3 mai 2005, *Confédération française des travailleurs chrétiens*, n° 279999.

¹¹⁶⁴ CE, ord., 21 avril 2007, *Société anonyme Antilles Télévision*, n° 304961.

référés d'urgence a jugé que cette interdiction entraine dans le champ des limites légitimes à cette liberté prévues au paragraphe 2 de l'article 10 de la Conv. EDH. Si ce contrôle de conventionnalité a été rendu de manière quelque peu dissimulée, celui-ci a certainement été réalisé. L'on peut ajouter à cet exemple celui tiré de l'affaire *Diocev*¹¹⁶⁵ dans laquelle il était question de la compatibilité avec le droit à un recours effectif garanti par l'article 13 de la Conv. EDH. de l'absence d'effet suspensif de plein droit attaché aux référés administratifs d'urgence prévus aux articles L. 521-1 et L. 521-2 du CJA lors de la contestation d'une mesure préfectorale de réadmission prise à l'égard d'un demandeur d'asile

526. Les exemples de contrôles inédits et explicites de la conventionnalité d'une loi.

Sans pouvoir se prêter à l'exercice de la systématisation, de nombreuses affaires illustrent des cas de contrôle inédit et explicite de la conventionnalité d'une loi. Le 30 juillet 2008, le juge des référés a confronté l'article 89 alinéa 4 de la loi du 24 mars 2005 portant statut général des militaires à la directive n° 2000/78 CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail¹¹⁶⁶.

Au titre de la technique de l'interprétation conforme, le juge du référé-liberté évite dans deux ordonnances¹¹⁶⁷ sa jurisprudence restrictive en matière de contrôle de la conventionnalité des lois en opérant une interprétation de dispositions législatives conformément aux objectifs des directives invoquées par les requérants.

Le juge administratif des référés d'urgence a également contrôlé la compatibilité des dispositions des articles L. 348-2 du code de l'action sociale et des familles et L. 5423-9 du code du travail avec les objectifs de la directive n° 2003/9/CE du 27 janvier 2003. Cette solution fut calquée dans trois ordonnances rendues le même jour¹¹⁶⁸.

Il est encore possible de faire mention d'une série supplémentaire d'ordonnances du juge du référé-suspension procédant au contrôle inédit de la conventionnalité d'une loi¹¹⁶⁹.

Par une ultime affaire, annonciatrice de la fin de la jurisprudence *Carminati*, le Conseil d'État examina le 11 décembre 2015 les dispositions de l'article 6 de la loi du 3 avril 1955 relative à

¹¹⁶⁵ CE, ord., 6 mars 2008 *Ministre de l'Immigration c. Diocev*, n° 313915.

¹¹⁶⁶ CE, ord., 30 juillet 2008, *Legros*, n° 318462.

¹¹⁶⁷ CE, ord., 17 septembre 2009, *Ministre de l'Immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du développement solidaire c. Mlle Mahamad Imane Salah*, n° 331950 et CE, ord., 20 octobre 2009, *Ministre de l'Immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du développement solidaire c. Époux Mirzoian*, n° 332631.

¹¹⁶⁸ CE, ord., 18 août 2011, *M. Abdulla Hassan Husen*, n° 351842 ; CE, ord., 18 août 2011, *M. Ayaanle Macalin Sahal*, n° 351843 ; CE, ord., 18 août 2011, *M. Bashir Saleban Hassan*, n° 351885.

¹¹⁶⁹ CE, ord., 11 juillet 2008, *Association des amis des paysages bourganiauds*, n° 313386 ; CE, ord., 30 juillet 2008, *M. A.*, n° 318462 ; CE, ord., 13 juillet 2011, *M. Jean-Sébastien A.*, n° 350274.

l'état d'urgence au regard des stipulations de l'article 2 du protocole n° 4 additionnel à la Conv. EDH¹¹⁷⁰. Cette décision a d'ailleurs fait dire à ses commentateurs que la jurisprudence *Carminati* « doit tomber »¹¹⁷¹. À ce propos, il ne fallut attendre que six mois pour qu'enfin cet écran législatif se brise.

527. Par leur nombre, les exceptions inédites et celles qui avaient été formalisées ont finalement renversé la logique du refus du contrôle de la conventionnalité des lois et étaient quasiment devenues le principe. Ce refus n'était alors plus qu'une « muraille de papier »¹¹⁷², « ébranlée »¹¹⁷³ par les assauts d'opérations de confrontation des lois au droit international *lato sensu*. Par trop d'exceptions, théorisées ou non, le refus du contrôle de la conventionnalité des lois devenait « singulièrement translucide, sinon lézardé »¹¹⁷⁴. Il ne pouvait dès lors qu'être déchu. La multiplication de ces « banderilles » puis, « l'estocade »¹¹⁷⁵ de l'arrêt *Gonzalez-Gomez* consacrant la compétence du juge du référé-liberté de contrôler les lois auront eu raison de la jurisprudence *Carminati*.

SECTION 2 : La consécration de la compétence du juge du provisoire de contrôler les lois

528. Assurément, la voie du changement aura été, et ce n'est pas peu dire, « longue et accidentée »¹¹⁷⁶. La critique de la doctrine et celle de nombreux membres de la juridiction administrative suprême fut vive, quasi-unanime, constante et nombreuse¹¹⁷⁷ tant il est

¹¹⁷⁰ CE, 11 décembre 2015, *Domenjoud*, n° 395009, consid. 25.

¹¹⁷¹ L. DUTHEILLET DE LAMOTHE et G. ODINET, « L'urgence dans tous ses états », *AJDA*, 2016, n° 5, p. 247.

¹¹⁷² A. BRETONNEAU, « Droits subjectifs contre interdit législatif. Concl. sous CE, ass., 31 mai 2016, n° 396848, *Mme Gonzalez-Gomez* », *RFDA*, 2016, n° 4, p. 740.

¹¹⁷³ L. DUTHEILLET DE LAMOTHE et G. ODINET, « L'urgence dans tous ses états », *op. cit.*, p. 247.

¹¹⁷⁴ D. GIRARD, « Le contrôle concret de conventionnalité de la loi enfin admis par le juge administratif des référés, Note sous CE, Ass., 31 mai 2016, *Gonzalez-Gomez*, n° 396848 », *Revue générale du droit*, 2016 (en ligne : www.revuegeneraledudroit.eu/?p=24295).

¹¹⁷⁵ C. MALVERTI et C. BEAUFILS, « Le référé en liberté », *AJDA*, 2020, n° 21, p. 1154.

¹¹⁷⁶ L. DUTHEILLET DE LAMOTHE et G. ODINET, « L'urgence dans tous ses états », *op. cit.*, p. 247.

¹¹⁷⁷ Voir notamment : B. LE BAUT-FERRARÈSE, « L'office du juge administratif des référés face à la règle européenne », *LPA*, n° 40, 25 février 2004, p. 4 ; P. CASSIA, « Le juge des référés peut-il statuer sur la compatibilité d'une loi avec le droit communautaire ? », *AJDA*, 2004, p. 465 ; D. CASAS et F. DONNAT, « L'office du juge administratif dans la jurisprudence récente du Conseil d'État », *DA*, 2004, n° 5, p. 9 ; C. GROULIER, « Contrôle de conventionnalité de la loi et référé. De quelques doutes sérieux sur la jurisprudence *Carminati* », *AJDA*, n° 24, 2007, p. 1274 ; E. LAGRANGE, « L'efficacité des normes internationales concernant la situation des personnes privées dans les ordres juridiques internes », *RCADI*, 2012, p. 467 ; A. SAYEDE HUSSEIN, « Le juge du référé-suspension, juge de l'inconventionnalité manifeste des lois », *LPA*, 2013, n° 170, p. 10 ; L. DUTHEILLET DE LAMOTHE et G. ODINET, « L'urgence dans tous ses états », *op. cit.*, p. 247.

incompréhensible que la jurisprudence *Carminati* ait pu perdurer durant plus d'une décennie. Comment ne pas avoir pu être interloqué par ce « coup d'arrêt »¹¹⁷⁸ au développement du contrôle de la conventionnalité des lois par le juge administratif consacré à peine treize ans plus tôt par l'arrêt *Nicolo ? L'* « étrange survivance »¹¹⁷⁹ ou le « retour »¹¹⁸⁰ de la théorie de l'écran législatif a fort justement été perçu comme une « régression »¹¹⁸¹ de l'État de droit. Le choc fut d'autant plus brutal que le refus du contrôle de la conventionnalité des lois souffrait d'une « fragilité juridique »¹¹⁸² évidente. Très nombreux furent ceux qui reconnurent que la jurisprudence *Carminati* pêchait par manque de droit. Pour certains, elle était *peu* fondée et il ne lui était trouvé « guère de justifications théoriques »¹¹⁸³. D'autres considéraient qu'elle n'était « ni pertinente, ni soutenable », ce qui la rendait « tout simplement *mal* fondée »¹¹⁸⁴. Allant plus loin encore, des auteurs lui reconnaissaient un caractère « explicable - encore que non justifiable - »¹¹⁸⁵ en ce qui concerne spécialement la procédure du référé-liberté. De même, concernant la procédure du référé-suspension, la jurisprudence *Carminati* paraissait parfaitement « dépourvue de tout fondement raisonnable »¹¹⁸⁶.

La sédimentation des distinctions faites entre le contrôle de la conventionnalité des actes administratifs et celui des lois mais aussi entre le contrôle d'unionité des lois et celui de leur « conventionnalité ordinaire », faisait que le régime contentieux des lois devant le juge du référé-liberté n'avait « guère de sens »¹¹⁸⁷. Cet état n'est pas sans rappeler celui qui eut cours devant le juge judiciaire des référés. Alors qu'initialement, lui aussi déclinait toute compétence pour contrôler la conventionnalité des lois, il ne fut pas épargné par la critique. Il fut en effet

¹¹⁷⁸ T.-X. GIRARDOT, « Le retour de la loi écran devant le juge des référés, la jurisprudence *Carminati* confirmée par le juge des référés du Conseil d'Etat », *AJDA*, 2006, n° 34, p. 1875. De manière plus nuancée, a été évoquée une « remise en question » de l'arrêt *Nicolo* : D. BAILLEUL, « Le juge administratif et la conventionnalité de la loi : vers une remise en cause de la jurisprudence *Nicolo* ? », *RFDA*, 2003, n° 5, p. 876.

¹¹⁷⁹ R. ABRAHAM, « L'application des traités internationaux et l'office du juge des référés administratifs », in *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 1.

¹¹⁸⁰ T.-X. GIRARDOT, « Le retour de la loi écran devant le juge des référés, la jurisprudence *Carminati* confirmée par le juge des référés du Conseil d'Etat », *op. cit.*, p. 1875.

¹¹⁸¹ O. GOHIN, *Contentieux administratif*, Litec, 2012, 7^e éd., p. 328.

¹¹⁸² A. BRETONNEAU, « Droits subjectifs contre interdit législatif. Concl. sous CE, ass., 31 mai 2016, n° 396848, *M^{me} Gonzalez-Gomez* », *RFDA*, 2016, n° 4, p. 740 ; B. SEILLER, « Le juge du référé-liberté peut se prononcer sur l'exception d'inconventionnalité d'une loi », *Gaz. Pal.*, 2016, n° 35, p. 30.

¹¹⁸³ G. EVEILLARD, « Chronique de droit administratif », *JCP G*, 2016, n° 50, doct. 1367.

¹¹⁸⁴ A. SAYEDE HUSSEIN, *Le juge administratif, juge du référé suspension. Douze ans de mutations juridictionnelles et jurisprudentielles*, PUAM, 2014, p. 323. Répétant la même formule : A. SAYEDE HUSSEIN, « Le juge du référé-suspension, juge de l'inconventionnalité manifeste des lois », *LPA*, 2013, n° 170, p. 10. Nous soulignons.

¹¹⁸⁵ R. ABRAHAM, « L'application des traités internationaux et l'office du juge des référés administratifs », in *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 8.

¹¹⁸⁶ *Ibid.*

¹¹⁸⁷ S. PLATON, « La singularité du droit de l'Union européenne dans le contrôle de conventionnalité des lois. *Fluctuat net mergitur* ? », *AJDA*, 2019, n° 36, p. 2111.

dit à l'encontre de ce refus qu'il était empreint « d'une certaine facilité intellectuelle »¹¹⁸⁸. L'« incohérence intrinsèque »¹¹⁸⁹ de la jurisprudence *Carminati* ne pouvait conduire qu'à la conclusion de son « absence de viabilité »¹¹⁹⁰ et susciter sans « aucune hésitation »¹¹⁹¹ le choix de son abandon.

C'est alors par voie jurisprudentielle que fut reconnue l'aptitude du juge du provisoire à connaître du contentieux des lois (I). Contrairement à l'écueil premier de la jurisprudence *Carminati* et de ses exceptions, la consécration de la compétence du juge du provisoire s'appuie sur une série de solides fondements (II).

I) La reconnaissance jurisprudentielle de la compétence du juge du provisoire de contrôler la conventionnalité des lois

529. À défaut de matière observable concernant les mesures provisoires prononcées par la Cour EDH au titre de l'article 39 de son règlement, seule la jurisprudence du juge du référé-liberté dévoile explicitement l'acceptation de sa compétence de contrôler la conventionnalité des lois (A). La compétence de ces deux juges du provisoire est par ailleurs déduite de l'acceptation jurisprudentielle du juge administratif et de celui de la Cour EDH statuant au fond de connaître du contentieux des lois (B).

A) La consécration jurisprudentielle explicite de la compétence du juge du référé-liberté de contrôler la conventionnalité des lois

530. Alors que rien ne change, tout change. Sans qu'aucune nouvelle disposition juridique ne soit venue compléter ou préciser l'office du juge du référé-liberté, sans qu'aucune condamnation par une Cour internationale ne vienne sanctionner la jurisprudence *Carminati*, le juge du référé-liberté s'est déclaré compétent le 31 mai 2016 pour connaître de tout moyen tiré de l'inconventionnalité d'une loi.

531. La consécration jurisprudentielle de la compétence du juge administratif

¹¹⁸⁸ C. GAVALDA et G. PARLÉANI, *Droit communautaire des affaires*, Litec, 1988, p. 678.

¹¹⁸⁹ B. SEILLER, « Le juge du référé-liberté peut se prononcer sur l'exception d'inconventionnalité d'une loi », *Gaz. Pal.*, 11 octobre 2016, n° 35, p. 30.

¹¹⁹⁰ C.-E. DELVALLEZ, *Le juge administratif et la primauté du droit communautaire*, L'Harmattan, 2011, p. 195.

¹¹⁹¹ A. BRETONNEAU, « Droits subjectifs contre interdit législatif. Concl. sous CE, ass., 31 mai 2016, n° 396848, *M^{me} Gonzalez-Gomez* », *RFDA*, 2016, n° 4, p. 740.

statuant au fond de contrôler la conventionnalité des lois. Depuis l'arrêt *Nicolo*, le Conseil d'État a admis la primauté des traités internationaux d'effet direct, du droit primaire de l'UE¹¹⁹², des principes généraux du droit de l'UE¹¹⁹³, du droit dérivé de l'UE (règlements communautaires¹¹⁹⁴ et directives dont le délai de transposition est dépassé¹¹⁹⁵), ainsi que de la Conv. EDH et ses protocoles additionnels¹¹⁹⁶ sur les lois ordinaires ou organiques¹¹⁹⁷ tant antérieures¹¹⁹⁸ que postérieures¹¹⁹⁹. Qu'il s'agisse de la coutume internationale¹²⁰⁰ ou bien des principes généraux du droit international¹²⁰¹, le juge administratif refuse en revanche constamment de faire primer le droit international ordinaire non-écrit sur les lois. En outre, contrairement au juge judiciaire, le juge administratif refuse de soulever d'office un moyen tiré de la violation du droit international par une loi¹²⁰².

532. La consécration jurisprudentielle de la compétence du juge du référé-liberté de contrôler la conventionnalité des lois. C'est par une décision *Gonzalez-Gomez* rendue en Assemblée par le Conseil d'État qu'une « heureuse évolution »¹²⁰³ s'est jouée. Elle sonna le glas de la jurisprudence *Carminati* en ces termes :

« eu égard à son office, qui consiste à assurer la sauvegarde des libertés fondamentales, il appartient au juge des référés, saisi sur le fondement de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative, de prendre, en cas d'urgence, toutes les mesures qui sont de nature à remédier aux effets résultant d'une atteinte grave et manifestement illégale portée, par une autorité administrative, à une liberté fondamentale, y compris lorsque

¹¹⁹² CE, 5 mai 1995, *Ministre de l'Équipement, des Transports et du Tourisme c. Sarl Der*, n° 154362.

¹¹⁹³ CE, 3 décembre 2001, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique*, n° 226514 ; CE, 7 juillet 2006, *Société Poweo e. a.*, n° 289012 ; CE 27 juin 2008, *Société d'exploitation des sources Roxane*, n° 276848.

¹¹⁹⁴ CE, 24 septembre 1990, *Boisdet*, n° 58657.

¹¹⁹⁵ CE, 28 février 1992, *SA Rothmans International France et SA Philip Morris France*, n° 56776 ; CE, 16 juin 2008, *Association La Cimade*, n° 300636.

¹¹⁹⁶ CE, ass., 21 décembre 1990, *Fédération nationale des associations catholiques e. a.*, n° 105743.

¹¹⁹⁷ Le contrôle de conventionnalité s'exerce aussi bien sur les lois ordinaires que sur les lois organiques : CE, 6 avril 2016, *M.A. c. CSM*, n° 380570.

¹¹⁹⁸ Le droit international ordinaire écrit prime sur la loi antérieure depuis un arrêt : CE, 1^{er} mars 1968, *Syndicat général des fabricants de semoules de France*, n° 62814 ; CE, ass., 7 juillet 1978, *Klaus Croissant* ; CE, ass., 15 février 1980, *Gabor Winter* ; CE, ass., 22 janvier 1982, *Conseil régional de Paris de l'ordre des experts-comptables*.

¹¹⁹⁹ Dans deux arrêts, le Conseil d'État avait jugé que l'écran législatif devenait transparent dès lors qu'une loi postérieure à un traité servant de base légale à un acte attaqué se bornait à déléguer des compétences au pouvoir réglementaire sans déterminer de contenu matériel aux actes administratifs pouvant être adoptés : CE, 3 décembre 1985, *Société International Sales and Import Corporation* et CE, 19 novembre 1986, *Société Smanor*. Le Conseil d'État jugea ensuite que les traités internationaux priment sur toute loi postérieure : CE, ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, n° 108243.

¹²⁰⁰ CE, ass., 6 juin 1997, *Aquarone*, n° 148863.

¹²⁰¹ CE, 28 juillet 2000, *Paulin*, n° 178834.

¹²⁰² CE, 11 janvier 1991, *SA « Morgane »*, n° 90995. Voir par exemple le droit de la Conv. EDH : CE, 16 janvier 1995, *SARL Constructions industrielles pour l'agriculture*, n° 112746 ou une directive de l'UE : CE, 22 décembre 1989, *Cercle militaire mixte de la caserne Mortier*, n° 86113.

¹²⁰³ M. GUYOMAR et B. SEILLER, *Contentieux administratif*, Dalloz, 2017, 4^e éd, n° 394, p. 186.

cette atteinte résulte de l'application de dispositions législatives qui sont manifestement incompatibles avec les engagements européens ou internationaux de la France, ou dont la mise en œuvre entraînerait des conséquences manifestement contraires aux exigences nées de ces engagements »¹²⁰⁴.

Au-delà du contrôle d'unionité des lois déjà admis depuis la jurisprudence *Diakité*, la décision *Gonzalez-Gomez* exprime bien que le contrôle de la conventionnalité des lois ne se limite pas seulement au droit de la Conv. EDH mais s'établit également au regard du droit international conventionnel ordinaire d'effet direct. Très attendu, ce revirement a pu réjouir tout aussi bien les membres de la juridiction administrative du Palais Royal que la doctrine. L'abandon du refus du contrôle de conventionnalité des lois n'aura en effet pas « fait couler trop de larmes »¹²⁰⁵ aux premiers. Ainsi qu'ils le soulignent, en venant sonner la fin d'une « exception surprenante »¹²⁰⁶ à la compétence du juge administratif de contrôler la conventionnalité des lois, la jurisprudence *Gonzalez-Gomez* a libéré le juge du référé-liberté du « carcan »¹²⁰⁷ de la jurisprudence *Carminati*. Pour sa part, la doctrine a pu se réjouir « avec bonheur »¹²⁰⁸ que soit « définitivement tournée la page »¹²⁰⁹ des jurisprudences *Carminati* et *Allouache* et que par conséquent, le juge du référé-liberté puisse désormais s'ériger en véritable « censeur de la loi »¹²¹⁰.

Sans nul doute, il y a lieu de considérer que cette nouvelle compétence a vocation à s'appliquer aux autres référés administratifs d'urgence, « chacun selon ses critères, son rythme et son office »¹²¹¹.

533. Les applications de la jurisprudence *Gonzalez-Gomez*. Concernant les applications de la jurisprudence *Gonzalez-Gomez*, l'on recense plusieurs cas similaires de contrôle de la conventionnalité des mêmes dispositions législatives relatives à l'exportation de

¹²⁰⁴ CE, ass., 31 mai 2016, *M^{me} Gonzalez-Gomez*, n° 396848, consid. 2.

¹²⁰⁵ X. DOMINO et A. BRETONNEAU, « Dix ans d'urgence », *AJDA*, 2011, n° 24, p. 1369.

¹²⁰⁶ J.-M. SAUVÉ, « Le Conseil d'État et le droit européen et international », Discours à l'Université de Tokyo, 26 octobre 2016, p. 12 (en ligne : http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/Le-Conseil-d-Etat-et-le-droit-europeen-et-international#_ftn1).

¹²⁰⁷ M. GUYOMAR, « Référé-liberté et contrôle de conventionnalité de la loi : nouveau mode d'emploi », *Gaz. Pal.*, 2016, n° 28, p. 29.

¹²⁰⁸ B. FAURE, « RÉFÉRÉ. – Juge administratif des référés statuant en urgence. – Référé-liberté », *Juris. Class. Justice administrative*, 2016, Fasc. 51.

¹²⁰⁹ M.-C. DE MONTECLER, « Un contrôle de conventionnalité *in concreto*. Note sous CE, 31 mai 2016, req. n° 396848 », *Dall. actu.*, 2 juin 2016 ; S. DEYGAS, « Le contrôle de conventionnalité et le juge du référé-liberté. Note sous CE, ass., 31 mai 2016, *M^{me} Gonzalez-Gomez*, n° 396848 », *Procédures*, 2016, n° 7, comm. 244.

¹²¹⁰ M. AFROUKH, « Le juge des référés, censeur de la loi ! », *Gaz. Pal.*, 2016, n° 24, p. 23.

¹²¹¹ L. DUTHEILLET DE LAMOTHE et G. ODINET, « Contrôle de conventionnalité : *in concreto veritas* ? », *AJDA*, 2016, n° 25, p. 1398.

gamètes et à l'interdiction des inséminations post-mortem codifiées aux articles L. 2141-2 et L. 2141-11-1 du code de la santé publique. Il s'agit d'affaires traitées par les tribunaux administratifs de Rennes¹²¹² et de Toulouse¹²¹³ et par le Conseil d'État¹²¹⁴. Un autre exemple de contrôle de la conventionnalité d'une loi peut être apporté par un arrêt du juge du référé-liberté du Conseil d'État dans lequel il a été jugé que l'article 58-1 de la loi du 24 novembre 2009 n'est pas incompatible avec l'article 8 de la Conv. EDH¹²¹⁵.

534. La consécration jurisprudentielle de la compétence du juge judiciaire des référés de contrôler la conventionnalité des lois. Dans le cadre des référés judiciaires, c'est premièrement devant le juge des référés siégeant au sein des tribunaux de grande instance que fut consacrée la compétence de faire « prévaloir les dispositions du droit communautaire »¹²¹⁶ sur les lois nationales. Les cours d'appel ont rapidement suivi en reconnaissant expressément que le droit de l'UE devait être appliqué face aux lois « même pour la juridiction des référés »¹²¹⁷. Le caractère obligatoire de cette compétence du juge des référés fut enfin confirmé par la Cour de cassation¹²¹⁸. Dans l'affaire *Tchao Pantin*, la Cour de cassation reconnaissait par exemple que le juge des référés statuant sur le fondement de l'article 809 du code de procédure civile ne méconnaissait pas son office lorsqu'il se prononçait sur la compatibilité d'une loi avec le droit de l'UE¹²¹⁹.

535. À la différence de la consécration explicite et non équivoque de la compétence du juge du référé-liberté de contrôler la conventionnalité des lois, la reconnaissance de cette même compétence par le juge du provisoire de la Cour EDH ne peut qu'être déduite de celle du juge statuant au fond sur saisine d'un recours individuel.

¹²¹² TA Rennes, ord., 11 octobre 2016, *Mme Monnerais*, n° 1604451.

¹²¹³ TA Toulouse, ord., 13 octobre 2016, *Mme Emilie F*, n° 1405903.

¹²¹⁴ CE, ord., 13 juin 2018, n° 421333 ; CE, ord., 4 décembre 2018, n° 425446 ; CE, ord., 24 janvier 2020, *Mme A.*, n° 437328.

¹²¹⁵ CE, ord., 28 juillet 2016, *Abdeslam*, n° 401800.

¹²¹⁶ TGI Valence, *Gaz. Pal.*, 1983, n° 2, p. 478. Une kyrielle d'affaires traitées par le juge civil des référés l'ont été au terme d'un contrôle direct de la conventionnalité des lois et plus spécialement d'un contrôle de la compatibilité d'une loi avec le droit de l'UE : TGI Le Mans, ord., 11 juillet 1983, *Gaz. Pal.*, 1984, 1, p. 121 ; TGI Pontoise, ord., 22 février 1984, *Gaz. Pal.*, 1984, 1, p. 296 ; TGI Poitiers, ord., 22 février 1994, *Gaz. Pal.*, 1984, 1, p. 296 ; CA Aix, 21 mai 1985, *JCP*, 1987, II, 20722 ; TGI Paris, ord., 5 novembre 1988, *Gaz. Pal.*, 1989, 1, p. 159 ; TGI Senlis, ord., 5 juillet 1989, *Gaz. Pal.*, 1989, Somm. p. 26.

¹²¹⁷ CA Paris, 29 mars 1984, *Gaz. Pal.*, 1984, n° 1, somm. 126. Voir également : CA Angers, 17 février 1983 ; CA Rouen, 20 septembre 1983, *Gaz. Pal.*, 1983, n° 2, somm. 333.

¹²¹⁸ C. cass., civ. 1^{ère}, 22 avril 1984 ; C. cass., 15 mai 1985, *Lexis*, n° 495 ; C. cass., ch. com., 10 juillet 2007, n° 06.13-986.

¹²¹⁹ C. cass., civ 1^{ère}, 22 avril 1986, *Tchao Pantin*, n° 84-17505.

B) La compétence du juge du provisoire déduite de celle du juge statuant au fond

536. L'absence de motivation et de publication des décisions rendues sur le fondement de l'article 39 du règlement de procédure de la Cour EDH empêche de prouver, par une source directe, l'acceptation par le juge du provisoire de Strasbourg de sa compétence de connaître des moyens tirés de l'inconventionnalité d'une loi. L'on ne saurait toutefois déduire de l'absence d'exemples jurisprudentiels l'incompétence du juge du provisoire en matière de contentieux des lois.

537. L'existence d'un principe de parallélisme des compétences et de continuité des moyens invocables devant le juge statuant au fond et celui du provisoire (1) et de la théorie des compétences implicites (2) accréditent la compétence du juge du provisoire de connaître du contentieux des lois.

1) L'existence d'un principe de parallélisme des compétences et de continuité des moyens invocables devant le juge statuant au fond et celui du provisoire

538. L'application du principe de parallélisme des compétences et de continuité des moyens invocables devant le juge statuant au fond et celui du provisoire (b) peut être utilement avancée à condition de confirmer préalablement la compétence de la Cour EDH de connaître au fond du contentieux des lois (a).

a) La compétence de la Cour EDH de connaître au fond du contentieux des lois

539. La reconnaissance par la Cour EDH de l'existence d'un fait internationalement illicite tiré de l'inconventionnalité d'une loi nationale. En droit international public général, l'inconventionnalité d'une loi adoptée par le législateur national engage la responsabilité internationale de l'État auquel il appartient¹²²⁰. Les juridictions internationales ne font en effet

¹²²⁰ L'article 4 du Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite définitif prévoit que « le comportement de *tout organe* de l'État est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international,

aucune différence pour l'engagement de la responsabilité des États selon la nature des activités nationales illicites¹²²¹. Un fait internationalement illicite peut donc être indistinctement caractérisé par un acte législatif, administratif ou judiciaire¹²²². De manière spécifique, la CIJ¹²²³, la CJUE¹²²⁴ et la Cour. EDH¹²²⁵ reconnaissent que l'adoption d'une loi par le législateur national peut caractériser un fait illicite de nature à engager la responsabilité de l'État. Le droit international ne distingue pas non plus l'acte législatif positif, c'est-à-dire l'entrée en vigueur d'une loi, de l'acte législatif négatif constitué d'une omission ou d'une inaction du législateur pour caractériser un fait illicite international.

La reconnaissance par la Cour EDH de l'existence d'un fait internationalement illicite tiré de l'inconventionnalité d'une loi nationale implique nécessairement sa compétence de contrôler au fond la conventionnalité d'une loi nationale.

540. La compétence de la Cour EDH de contrôler au fond la conventionnalité d'une loi nationale. Beaucoup d'observateurs ont remarqué qu'il y a une véritable tendance à l'objectivisation¹²²⁶ ou, autrement dit, à la « désobjectivisation »¹²²⁷ du contentieux devant la

que cet organe exerce des fonctions *législative*, exécutive, judiciaire ou autres, quelle que soit la position qu'il occupe dans l'organisation de l'Etat, et quelle que soit sa nature ». Nous soulignons.

¹²²¹ A.-S., BILGE, *La responsabilité internationale des États et son application en matière d'actes législatifs*, Thèse dact., Université de Genève, 1950, p. 63 et s.

¹²²² L. DELBEZ, *Les principes généraux du contentieux international*, LGDJ, 1962, pp. 167-168.

¹²²³ CIJ, 3 mars 1999, *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, pt. 28 : « [L]a responsabilité internationale d'un Etat est engagée par l'action des organes et autorités compétentes agissant dans cet Etat, quels qu'ils soient ».

¹²²⁴ CJCE, 16 décembre 1960, *Jean-E. Humblet c. État belge*, C-6/60, *Rec.*, 1960, p. 1146 : « Si la Cour constate dans un arrêt qu'un acte législatif [...] émanant des autorités d'un État membre est contraire au droit communautaire, cet État est obligé, [...] de réparer les effets illicites qu'il a pu produire ».

¹²²⁵ CEDH, 13 août 1981, *Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, n° 7601/76, 7806/77, § 49 : « Selon l'article 1 (art. 1), chaque État contractant reconnaît "à toute personne relevant de [sa] juridiction les droits et libertés définis [dans] la [...] Convention" ; partant, quand la violation de l'un d'eux dérive d'un manquement du législateur national à cette obligation, la responsabilité en incombe à l'État ».

¹²²⁶ Sur l'objectivisation du contrôle des lois par la Cour EDH : F. LAZAUD, « L'objectivisation du contentieux européen des droits de l'homme. (Lecture de l'arrêt *Broniowski* à la lumière du protocole n° 14 », *RRJ*, 2005, n° 2, pp. 913-934 ; M. AFROUKH, « L'identification d'une tendance récente à l'objectivisation du contentieux dans le contrôle de la Cour européenne des droits de l'Homme », *RDP*, 2015, n° 5, pp. 1355-1379 ; É. DUBOUT, « Procéduralisation et subsidiarité du contrôle de la Cour européenne des droits de l'Homme », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens de la Cour européenne des droits de l'homme*, Actes du colloque des 18 et 19 octobre 2013, Bruxelles : Nemesis ; Limal : Anthemis, 2014, pp. 265-300. Pour une étude des juridictions internes et européennes : J. BONNET, J. ARLETTAZ, *L'objectivation du contentieux des droits et libertés fondamentaux. Du juge des droits au juge du droit ?*, LGDJ, Actes du colloque du 12 décembre 2014 à Montpellier, 2015, 202 p. ; M. AFROUKH, « Le contrôle de la norme nationale par la Cour européenne des droits de l'homme », in V. PELTIER et A. GORGOZA (dir.), *Jurisprudence et qualité de la norme*, Mare et Martin, 2016, pp. 303-316 ; M. AFROUKH, « L'objectivisation du contrôle juridictionnel », in L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), *Les défis de l'interprétation et de l'application des droits de l'homme. De l'ouverture au dialogue*, A. Pedone, 2017, pp. 107-132.

¹²²⁷ F. LAZAUD, « L'objectivisation du contentieux européen des droits de l'homme. (Lecture de l'arrêt *Broniowski* à la lumière du protocole n° 14 », *op. cit.*, p. 917 ; F. KRENC, « "Dire le droit" "Rendre la justice". Quelle Cour européenne des droits de l'homme ? », *RTDH*, 2018, n° 114, pp. 338 et s. dont spécialement :

Cour EDH. Par cette formule, il faut entendre que la Cour se détache de plus en plus, dans ses jugements, des cas individuels dont elle est saisie. Ce mouvement la conduit de manière croissante à exercer un contrôle objectif des normes internes au regard de la Conv. EDH. La doctrine ne manque pas de considérer, à juste titre, que la Cour EDH a le pouvoir de contrôler les lois¹²²⁸. Le professeur Marguénaud soutient d'ailleurs qu'elle « n'hésite pas à s'ériger en juge de la conventionnalité des lois internes qu'elle apprécie sans grand souci de modestie »¹²²⁹. La Cour EDH reconnaît d'ailleurs elle-même qu'elle doit pourvoir « vérifier si le droit interne lui-même est conforme à la Convention »¹²³⁰. Elle n'a de surcroît pas manqué de se reconnaître compétente pour le contrôle de lois constitutionnelles¹²³¹, d'un règlement européen¹²³², d'une loi ordinaire de transposition d'une directive¹²³³, d'une loi ordinaire¹²³⁴, ou encore d'une réserve d'interprétation prononcée par le Conseil constitutionnel¹²³⁵. En d'autres termes, pour la Cour, « peu importe que l'atteinte au droit tire son origine de la législation ou d'un acte ou d'une omission judiciaire ou administratif »¹²³⁶. Tous ces exemples conduisent inévitablement à considérer que le refus d'examiner des saisines relatives à des demandes abstraites de contrôle de la conventionnalité d'une loi n'est plus qu'un « simulacre »¹²³⁷. Différentes affaires attestent

S. TOUZÉ, « Intérêt de la victime et ordre public européen », in J. ARLETTAZ et J. BONNET (dir.), *L'objectivisation du contentieux des droits et libertés – Du juge des droits au juge du droit ?*, op. cit., p. 67.

¹²²⁸ D. DE BÉCHILLON, « Conflits de sentences entre les juges de la loi », *Pouvoirs*, 2001, n° 96, p. 107.

¹²²⁹ J.-P. MARGUÉNAUD, « L'appréciation par la Cour de Strasbourg des efforts d'adaptation du droit français des écoutes téléphoniques aux exigences de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme », *RTD civ.*, 1998, n° 4, p. 994.

¹²³⁰ CEDH, GC, 9 juillet 2009, *Mooren c. Allemagne*, n° 11364/03, § 76 ; Voir également : CEDH, 24 avril 2008, *Ismoïlov e. a. c. Russie*, n° 2947/06, § 137 ; CEDH, GC, 28 novembre 2017, *Merabashvili c. Géorgie*, n° 72508/13, § 186.

¹²³¹ CEDH, GC, *Sejdić et Finci c. Bosnie-Herzégovine*, n° 27996/06 et 34836/06, §§ 28-29 ; CEDH, 4 juillet 2013, *Anchugov et Gladkov c. Russie*, n° 11157/04 et 15162/05.

¹²³² Sur l'inapplication du Règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers, dit règlement « Dublin II » : CEDH, GC, 21 janvier 2011, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, n° 30696/09.

¹²³³ CEDH, 15 novembre 1996, *Cantoni c. France*, n° 17862/91, § 30 : « La circonstance que l'article L. 511 du Code de la santé publique s'inspire presque mot pour mot de la directive communautaire [...] ne le soustrait pas à l'emprise de l'article 7 de la Convention ».

¹²³⁴ Voir par exemple le double contrôle de la loi dite « Verdeille » : CEDH, GC, 29 avril 1999, *Chassagnou e. a. c. France*, n° 25088/94, 28331/95 et 28443/95 ; CEDH, GC, 4 octobre 2012, *Chabauty c. France*, n° 57412/08. Tant ils sont nombreux, il est impossible de dresser une liste exhaustive des affaires dans lesquelles la Cour EDH a contrôlé la conventionnalité d'une loi. En revanche, de nombreux cas seront développés tout au long du titre 2 de cette première partie : voir *infra*.

¹²³⁵ CEDH, 17 janvier 2012, *GALEC c. France*, n° 51255/08 ; CEDH, 8 mars 2012, *Cadène c. France*, n° 12039/08.

¹²³⁶ ZIEMELE, SAJÓ, KALAYDJIEVA, VUČINIĆ et DE GAETANO, Opinion dissidente commune sous CEDH, GC, 22 avril 2013, *Animal Defenders International c. Royaume-Uni*, n° 48876/08, pt. 9.

¹²³⁷ M. AFROUKH, « L'identification d'une tendance récente à l'objectivisation du contentieux dans le contrôle de la Cour européenne des droits de l'Homme », *RDP*, 2015, n° 5, p. 1358. L'auteur ajoute que le contrôle abstrait de conventionnalité des lois se « banalise ». Dans le même sens : J.-F. FLAUSS, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 2005, n° 10, p. 541 ; M. AFROUKH, « L'objectivisation du

cela avec force. La Cour EDH s'est par exemple intéressée aux débats parlementaires afin de démontrer la disproportion de l'interdiction générale faite aux détenus britanniques de voter pour conclure à la violation de l'article 3 du protocole additionnel n° 1 à la Conv. EDH¹²³⁸. La Cour strasbourgeoise a même pu récemment contrôler, nécessairement de manière abstraite, une loi de renseignement qui n'était plus en vigueur¹²³⁹. C'est encore ainsi que la Cour EDH a pu donner un avis sur une loi nouvelle modifiant une loi querellée dans une affaire en cours¹²⁴⁰ ou contrôler une loi qui entraînerait des conséquences psychologiques graves pour un justiciable¹²⁴¹.

541. Le Comité des droits de l'Homme qui, à la différence de la Cour EDH, n'est pas une juridiction mais une quasi-juridiction, jouit également de la compétence de contrôler au fond la conventionnalité d'une loi nationale. Plusieurs communications attestent de l'exercice d'un contrôle de la conventionnalité d'une loi française¹²⁴².

b) L'application du principe de parallélisme des compétences et de continuité des moyens invocables devant les juges de la Cour EDH statuant au fond et au provisoire

542. Le recours au juge du provisoire est généralement accessoire à un jugement au fond à intervenir. Il l'est dans le système du recours individuel devant la Cour EDH. Lorsque le recours à un juge du provisoire est accessoire à un recours principal au fond, il y a évidemment

contrôle », in J. ANDRIANTSIMBAZOVNA, L. BURGORGUE-LARSEN et S. TOUZÉ (dir.), *La protection des droits de l'homme par les Cours supranationales*, Pedone, 2016, pp. 107-132.

¹²³⁸ CEDH, 6 octobre 2005, *Hirst c. Royaume-Uni (n° 2)*, n° 74025/01, § 79 : la Cour EDH relève que « rien ne montre que le Parlement [du Royaume-Uni] ait jamais cherché à peser les divers intérêts en présence ou à apprécier la proportionnalité d'une interdiction totale de voter visant les détenus condamnés » ; CEDH, 22 avril 2013, *Animal Defenders International c. Royaume-Uni*, n° 48876/08, § 108 : « pour déterminer la proportionnalité d'une mesure générale, la Cour doit commencer par étudier les choix législatifs à l'origine de la mesure (James et autres, précité, § 36). La qualité de l'examen parlementaire et judiciaire de la nécessité de la mesure réalisé au niveau national revêt une importance particulière à cet égard, y compris pour ce qui est de l'application de la marge d'appréciation pertinente (voir, par exemple, Hatton et autres, § 128, Murphy, § 73, Hirst, §§ 78-80, Evans, § 86, et Dickson, § 83, tous précités) ».

¹²³⁹ CEDH, 13 septembre 2018, *Big Brother Watch e. a. c. Royaume-Uni*, n° 58170/13, 62322/14 et 24960/15.

¹²⁴⁰ CEDH, 25 novembre 2008, *Biriuk et Armoniene c. Lituanie*, n° 23373/03 et 39919/02 §§ 46-47.

¹²⁴¹ CEDH, 26 octobre 1988, *Norris c. Irlande*, n° 10581/83, §§ 33-34.

¹²⁴² Dans une constatation, le Comité DH juge l'article 71-I de la loi du 26 décembre 1959 instituant un mécanisme de cristallisation des pensions dépendant d'une condition de nationalité contraire au principe d'égalité prévu à l'article 26 du PIDCP : CDH, 3 avril 1989, *Ibrahima Gueye e. a. c. France*, RUDH, 1989, p. 62 ; CDH, 9 novembre 1999, n° 666/1995 ; CDH, 31 juillet 2000, n° 689/1996 ; La loi n° 2010-1192 interdisant les tenues destinées à dissimuler son visage dans l'espace public a été contrôlée par le CDH dans ses constatations du 22 octobre 2018 : CDH, 22 octobre 2018, *Sonia Yaker*, n° 2747/2016, pts. 8.1 et s. et CDH, 22 octobre 2018, *Miriana Hebbadj*, n° 2807/2016, pts. 7.1 et s.

des différences dans le contenu de l'office des deux juges. C'est ainsi qu'ils n'ont assurément pas les mêmes pouvoirs et ne peuvent donc répondre aux mêmes types de conclusions des requérants. Puisque leurs existences sont liées¹²⁴³, il paraît logique qu'il y ait une certaine continuité entre les compétences matérielles des juges et par conséquent une aptitude commune à examiner les mêmes types de moyens invoqués par les requérants à l'appui de leur requête. Ce principe que l'on pourrait qualifier de « continuité » ou de « parallélisme » implique une correspondance, devant le juge du provisoire et celui statuant au fond, des moyens invocables et de leurs compétences matérielles respectives.

Le recours devant le juge du provisoire de la Cour EDH a pour finalité de protéger les droits fondamentaux subjectifs des requérants contre les atteintes étatiques aux droits garantis par la Conv. EDH. À l'instar du traitement au fond des recours individuels, la notion d'organe d'un État n'est pas discriminante et comprend aussi bien les organes administratifs, juridictionnels et législatifs. Qu'elle statue au fond ou au provisoire, la Cour EDH a pour rôle de connaître de toute violation de la Conv. EDH, y compris celles d'origine purement objective, c'est-à-dire des cas abstraits d'atteintes aux droits fondamentaux liées à la seule existence d'une norme juridique en dehors même de son application concrète. À cette fin, il est donc logique que le juge du provisoire ait compétence pour examiner la source normative d'une violation pour justifier sa décision de prononcer ou non une mesure provisoire.

543. L'on peut également retrouver cette idée de continuité entre les compétences du juge administratif du référé-liberté et celui de l'excès de pouvoir en matière de contrôle de la conventionnalité des lois. Selon messieurs Francis Donnat et Didier Casas, la position du Conseil d'État dans l'arrêt *Carminati* ne doit pas être comprise comme une barrière dressée entre l'office du juge administratif des référés d'urgence et celui statuant au fond limitant la compétence du premier à faire respecter la hiérarchie des normes¹²⁴⁴. La doctrine est d'ailleurs aussi nombreuse à déceler, avec juste raison, une certaine proximité entre l'office du juge du référé-liberté et celui du juge du fond¹²⁴⁵.

¹²⁴³ Ce lien entre le recours au juge du provisoire et celui au juge statuant au fond a été expressément dégagé par la Cour EDH dans l'arrêt *Mamatkulov*. Dans cet arrêt, la Cour rattache le caractère obligatoire des mesures provisoires qu'elle prononce sur le fondement de l'article 39 de son règlement de procédure, au droit au recours individuel garanti par l'article 34 de la Conv. EDH : CEDH, GC, 4 février 2005, *Mamatkulov et Askarov c. Turquie*, n° 46827/99 et 46951/99.

¹²⁴⁴ D. CASAS et F. DONNAT, « L'office du juge administratif dans la jurisprudence récente du Conseil d'État », *DA*, 2004, n° 5, p. 9.

¹²⁴⁵ R. VANDERMEEREN, « L'office du juge administratif des référés : entre évolution et révolution », in *Études offertes au professeur René Hostiou*, Litec, 2008, p. 525 ; O. GOHIN, « Le recours pour excès de pouvoir et les référés », *JCP Adm.*, 2012, n° 38-39, 2314 ; J. SCHMITZ, « Le juge du référé-liberté à la croisée des contentieux

544. En plus de former une continuité avec la compétence du juge statuant au fond, le contrôle de la conventionnalité des lois par le juge du provisoire de la Cour EDH est également fondé sur la théorie des « compétences implicites ».

2) La théorie des « compétences implicites »

545. **Une compétence déduite d'une habilitation implicite.** Ainsi que l'on a pu le voir, le juge du référé-liberté est compétent pour constater le doute *apparent* sur la conformité d'une loi aux droits fondamentaux justifiant la mise en œuvre d'un renvoi préalable¹²⁴⁶. Selon toute logique, si le juge du référé-liberté est compétent pour constater qu'il existe apparemment un doute ou une difficulté sérieuse sur une loi justifiant que soit mis en œuvre un renvoi alors, il est *a fortiori* compétent pour constater le caractère *manifeste* de sa contrariété aux droits fondamentaux. En ce sens, Paul Cassia considère que la faculté offerte par la QPC au juge des référés de suspendre les effets de l'application d'une loi pour laquelle il nourrit un doute sérieux quant à sa constitutionnalité écarte tout « obstacle théorique à ce qu'il dispose de la même compétence »¹²⁴⁷ lorsque la conventionnalité d'une loi est contestée.

Les conclusions du commissaire du gouvernement, Patrick Frydman, sous l'arrêt *Nicolo* confirment justement que la compétence du juge administratif de contrôler la conventionnalité des lois est tirée de l'article 55 de la Constitution. Le magistrat considère que l'article 55 de la Constitution « comporte nécessairement, par lui-même, une habilitation donnée implicitement aux juges à l'effet de contrôler la conformité des lois aux traités »¹²⁴⁸. Cet article habilite implicitement tout juge, à l'exception de celui statuant sur le fondement des articles 61 et 61-1 alinéa 1 de la Constitution, à connaître du contentieux de la conventionnalité des lois. Le Conseil constitutionnel jugeait d'ailleurs que cette norme constitutionnelle « s'impose, même

de l'urgence et du fond », *RFDA*, 2014, n° 3, p. 502. Nous soulignons également dans l'introduction générale qu'en dépit de la valeur juridique provisoire des mesures prononcées par le juge du provisoire, bien souvent, en fait, ces mesures ont une portée définitive identique au dispositif des arrêts rendus au fond.

¹²⁴⁶ Voir *supra* : Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, Paragraphe 1.

¹²⁴⁷ P. CASSIA, « Le juge administratif des référés, la QPC et le droit de l'Union européenne. Note sous CE, ord., 16 juin 2010, *Mme. Diakité*, n° 340250 », *JCP G*, 2010, n° 26, p. 739.

¹²⁴⁸ P. FRYDMAN, « Appréciation par le juge administratif de la compatibilité d'une loi française avec les traités internationaux antérieurs. Concl. sous CE, ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, n° 108243 », *Rev. crit. DIP*, 1990, n° 1, p. 125 ; Dans le même sens : L. FAVOREU, « L'interprétation de l'article 55 de la Constitution. Note sous *Nicolo* », *RFDA*, 1989, n° 6, pp. 994-996 ; B. GENEVOIS, « Note sous CE, ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, n° 108243 », *RFDA*, 1989, n° 5, pp. 825-826.

dans le silence de la loi »¹²⁴⁹.

546. Une compétence déduite de l'esprit et de la finalité des recours d'urgence de protection juridictionnelle provisoire des droits fondamentaux. Le rôle du juge du provisoire de la Cour EDH est celui de protéger, par le biais de mesures provisoires, toute personne qui se verrait gravement affectée par toute mesure nationale contraire aux droits garantis par la Conv. EDH. L'essence même de cette finalité permet de comprendre que le juge du provisoire de la Cour EDH est logiquement compétent pour contrôler la conventionnalité de toute loi à l'origine d'une violation d'un droit garanti par la Conv. EDH. De la même manière, pour que le juge du référé-liberté puisse effectivement protéger les libertés fondamentales dont il est le garant, il lui revient la compétence de contrôler la conventionnalité d'une loi sur la base de laquelle une décision administrative manifestement illégale a été prise. À l'occasion du revirement total de la jurisprudence *Carminati*, le juge du référé-liberté confirme que le contrôle de la conventionnalité des lois est consubstantiel à son office « qui consiste à assurer la sauvegarde des libertés fondamentales »¹²⁵⁰. Déclarer l'inapplicabilité provisoire d'une loi dans un litige porté devant le prétoire du juge du référé-liberté n'est donc pas expressément exclu et peut constituer une opération préalable à la prescription de toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale. Commentant récemment les apports de la jurisprudence *Gonzalez-Gomez*, Bernard Stirn évoquait en ce sens le fait qu'elle permet désormais au juge du référé-liberté de « mieux exercer [...] son office de gardien des libertés fondamentales »¹²⁵¹. Le refus nuisait clairement à l'efficacité de la procédure puisqu'il empêchait que soient garanties les libertés fondamentales tirées du droit international *lato sensu* lorsqu'une loi y portait atteinte.

547. En ce qui concerne le référé-suspension de l'article L. 521-1 du CJA, le choix par le législateur de la notion de « moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision » était dicté par la volonté d'inviter le juge administratif des référés « à se débarrasser de pratiques anormalement restrictives »¹²⁵². D'un point de vue

¹²⁴⁹ CC, décision n° 86-216 DC, 3 septembre 1986, *Loi relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, consid. 6.

¹²⁵⁰ CE, ass., 31 mai 2016, *Gonzalez-Gomez*, n° 396848, consid. 2.

¹²⁵¹ B. STIRN, « Référé-liberté et Convention européenne des droits de l'homme, un même combat ? », in *Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre. Les droits de l'homme à la croisée des droits*, LexisNexis, 2018, p. 749.

¹²⁵² R. VANDERMEEREN, « Commentaire de la loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives », *AJDA*, 2000, n° 9, p. 706.

téléologique, il pouvait donc apparaître paradoxal que le juge du référé-suspension s'entrave d'un refus de connaître tout moyen tiré de l'inconventionnalité d'une loi.

II) Les fondements de la compétence du juge du provisoire de contrôler les lois

548. La reconnaissance jurisprudentielle de la compétence du juge du provisoire de connaître du contentieux des lois s'appuie sur de solides fondements juridiques (A). Ceux-là ne sauraient toutefois se lire sans qu'il soit fait état d'un certain nombre de considérations opportunistes de politique jurisprudentielle (B).

A) Les fondements juridiques de la compétence du juge du provisoire de contrôler les lois

549. Un premier constat s'impose : formellement, aucune règle générale de procédure n'interdit au juge du provisoire de contrôler les lois par rapports aux droits fondamentaux. D'un autre côté, aucune stipulation constitutive, ni aucune règle de procédure n'autorise ou n'oblige le juge du provisoire à intégrer dans le champ de son office la compétence de contrôler la conventionnalité des lois. En revanche, une série de considérations liées à l'office du juge du provisoire plaident en faveur de son aptitude à connaître du contentieux des lois (1). Des exigences exogènes au juge du provisoire fondent de surcroît sa compétence de contrôler les lois (2).

1) Les fondements liés à l'office même et à l'essence du juge du provisoire

550. Le contrôle d'une loi applicable à un litige est une compétence commune et inhérente à toute fonction juridictionnelle (a). Il n'en demeure pas moins intrinsèquement lié à la fonction juridictionnelle du juge du provisoire (b).

a) Le contrôle d'une loi applicable à un litige comme compétence commune et inhérente à toute fonction juridictionnelle

551. Le contrôle des lois applicables au litige est assurément une compétence commune

et inhérente à toute fonction juridictionnelle. Cette opération oblige le juge, dans un premier temps, à s'efforcer d'appliquer une loi d'une manière conforme aux droits fondamentaux (α). Si cet objectif s'avère inatteignable, tout juge a l'obligation d'écarter l'application d'une loi contraire aux droits fondamentaux (β).

a) L'obligation de l'interprétation conforme des lois applicables au litige

552. À l'instar de tout juge, le juge du provisoire a la compétence d'interpréter les droits fondamentaux contenus dans la Constitution et le droit international. S'il lui revient effectivement d'interpréter les lois, il a l'obligation de procéder à cette opération de manière à les rendre conformes aux prescriptions supra-législatives. L'interprétation des normes applicables au litige conformément à celles qui leur sont supérieures est une règle inhérente à l'office de tout juge, qu'il soit interne ou international, du provisoire ou statuant au fond. De même, sans distinction, le droit de l'UE impose à tout juge, en cas de doute sur la compatibilité d'une loi avec le droit de l'UE, « de donner à la loi interne, [...], une interprétation et une application conformes aux exigences du droit communautaire »¹²⁵³. Il s'agit là d'une exigence inhérente au système communautaire¹²⁵⁴.

553. Le refus du contrôle de la conventionnalité des lois par le juge du référé-liberté eut son pendant devant le juge judiciaire des référés. Initialement, lorsqu'il était confronté à un conflit de normes portant sur la question de la conventionnalité d'une loi, le juge civil des référés estimait qu'il lui revenait de trancher le litige en se basant uniquement « sur la norme dont l'interprétation lui est immédiatement et directement possible »¹²⁵⁵. Cette norme à laquelle le juge des référés faisait référence était la loi. Or, cette prévalence de la loi par rapport aux traités internationaux ainsi qu'au droit de l'UE était simplement, sans nuance ni fondement juridique, justifiée parce que la loi nationale était prétendument « réputée plus accessible, et d'appréhension plus immédiate pour les particuliers »¹²⁵⁶. Une fois encore, cette jurisprudence traduisait un choix politique « souverainiste » et contraire au droit. En ce sens, ainsi qu'un auteur pu le soutenir justement et vigoureusement, le juge judiciaire du provisoire ne peut pas

¹²⁵³ CJCE, 4 février 1988, *Mary Murphy e. a. c. An Bord Telecom Eireann*, C-157/86, pt. 11.

¹²⁵⁴ CJCE, GC, 5 octobre 2004, *Pfeiffer e. a.*, aff. jtes. C-397/01 à C-403/01, pt. 114.

¹²⁵⁵ CA Paris, 29 mars 1984, *Gaz. Pal.*, 1984, n° 1, somm. 120 ; TGI Paris, 4 juin 1984, *JCP*, 1985, n° 2, p. 20357 ; TGI Paris, 31 janvier 1986, *Gaz. Pal.*, n° 1, somm. 445 ; P. BERTIN, « Le juge des référés et le droit communautaire », *Gaz. Pal.*, 1984, doct. 48.

¹²⁵⁶ C. GAVALDA et G. PARLÉANI, *Droit communautaire des affaires*, Litec, 1988, p. 677.

« privilégier l'ordre interne en se dispensant de l'examen du droit communautaire au motif que ce dernier est obscur ou d'applicabilité difficile sauf à bouleverser la hiérarchie des normes »¹²⁵⁷.

β) L'obligation d'écartier l'application d'une loi contraire aux droits fondamentaux

554. Si tout juge est tenu d'interpréter les normes conformément à celles qui leur sont supérieures, il serait illogique qu'il ne puisse pas écartier l'application d'une loi insusceptible de satisfaire cette exigence. Tout juge saisi d'un litige doit, avant de le trancher, veiller à ce que le droit invoqué pour le régler soit, pour le moins, applicable au litige et qu'il soit valide. Les plus éminents juristes de la première moitié du XX^e siècle s'accordaient à dire, à l'époque où se posait la question du contrôle de la constitutionnalité des lois, que cette opération est commune et inhérente à toute fonction juridictionnelle. C'est ainsi que Paul Duez considérait que « le pouvoir du juge d'écartier la loi inconstitutionnelle découle ouvertement de son *obligation fonctionnelle* de trancher les conflits de lois »¹²⁵⁸. L'auteur ajoutait que le pouvoir du juge de contrôler une loi au cours d'un procès est le « corollaire logique de la fonction juridictionnelle »¹²⁵⁹ et qu'en écartier l'application « rentre dans la mission naturelle du juge »¹²⁶⁰. Dans le même sens, Charles Eisenmann avançait que contrôler la loi est une « opération de la fonction juridictionnelle »¹²⁶¹. Le plus célèbre normativiste soutenait pour sa part que, puisque le contrôle de la constitutionnalité des lois n'est pas expressément interdit aux juges ordinaires, il y a lieu de considérer que cette fonction est « déléguée à tous les organes d'application de la loi, et en particulier aux tribunaux »¹²⁶².

555. Au début des années 80, au cours d'une période prolifique en matière de contentieux de la compatibilité de lois françaises avec le droit communautaire devant les juges civils des référés, une partie de la doctrine appuyait sans équivoque la compétence de ce juge d'opérer un

¹²⁵⁷ A. BLAISSE, « Note sous C.A. Aix-en-Provence, 8^e ch. civ., 21 mai 1985, *S.A. Aldis c. Chabrand* », *JCP G*, 1987, n° 2, 20722.

¹²⁵⁸ P. DUEZ, « Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois en France. Comment il convient de poser la question », in *Mélanges Maurice Hauriou*, Sirey, 1929, p. 227. Nous soulignons.

¹²⁵⁹ P. DUEZ, « Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois en France. Comment il convient de poser la question », *op. cit.*, p. 222.

¹²⁶⁰ P. DUEZ, « Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois en France. Comment il convient de poser la question », *op. cit.*, p. 223. L'auteur évoquait spécifiquement la question du contrôle de la constitutionnalité des lois.

¹²⁶¹ C. EISENMANN, « Note sous CE, 6 novembre 1936, *Arrighi et Coudert* », *Dalloz*, 1938, n° 3, pp. 5-6.

¹²⁶² H. KELSEN (trad. C. EISENMANN), *Théorie pure du droit*, LGDJ, 1999, p. 269.

tel contrôle. Gilbert Parleani soutenait que le juge du provisoire doit, lorsque « cela est raisonnablement possible, trancher seul la difficulté [de la compatibilité du droit national avec le droit international] et appliquer la norme qui a vocation à concerner le litige »¹²⁶³. L'article 12 du code de procédure civile, applicable au contentieux devant le juge judiciaire des référés, dispose d'ailleurs que le juge civil « tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables ». La Cour de justice de l'UE habilite également tout juge à laisser « inappliquée toute règle nationale contraire »¹²⁶⁴ au droit de l'UE.

556. Ainsi que le précise la Cour de Strasbourg, c'est l'ensemble des articles de la Conv. EDH qui impose que le droit interne lui soit compatible. Elle a en effet expressément jugé que la prééminence du droit est une « notion inhérente à l'ensemble des articles de la Convention »¹²⁶⁵. Lorsque la Cour entame l'examen du champ d'application des paragraphes 2 des articles garantissant des droits relatifs, et spécialement la condition relative à ce qu'une limite à un droit soit « prévue par la loi », elle doit examiner les qualités intrinsèques de la loi. La notion de loi est assurément large puisqu'elle doit s'entendre dans un sens matériel. La constatation de cette ingérence de la loi induit donc nécessairement un contrôle des lois, y compris par le juge du provisoire de la Cour.

b) Le contrôle des lois applicables au litige comme compétence intrinsèquement liée à la fonction juridictionnelle du juge du provisoire

557. Le contrôle des lois applicables au litige, en tant qu'il relève d'une compétence intrinsèquement liée à la fonction juridictionnelle du juge du provisoire, se déduit tant de la condition de fond de saisine du juge du provisoire relative au *fumus boni juris* (α) que de celle de recevabilité liée à la qualité de victime « potentielle » d'une atteinte législative aux droits fondamentaux (β).

¹²⁶³ G. PARLEANI, « Le juge des référés face au droit communautaire », *Rec. Dall.*, 1990, n° 11, chron. 65.

¹²⁶⁴ CJCE, 4 février 1988, *Mary Murphy e. a. c. An Bord Telecom Eireann*, C-157/86, pt. 11.

¹²⁶⁵ CEDH, GC, 9 juillet 2009, *Mooren c. Allemagne*, n° 11364/03, § 76 ; Voir également : CEDH, 24 avril 2008, *Ismoilov e. a. c. Russie*, n° 2947/06, § 137 ; CEDH, GC, 28 novembre 2017, *Merabashvili c. Géorgie*, n° 72508/13, § 186.

α) Une compétence déduite d'une condition de fond de saisine du juge du provisoire : le *fumus boni juris*

558. Les conditions de l'exercice par le juge du provisoire de son office sont doubles. La première tient au *periculum in mora*, c'est-à-dire à l'existence ou le risque de survenance d'un préjudice grave et irréparable avant l'intervention d'une décision définitive, et la seconde au *fumus boni juris*. Cette seconde condition signifie que l'exercice par le juge du provisoire de ses pouvoirs nécessite que la mesure qu'il est appelé à prononcer soit justifiée, notamment en droit, par un doute sur la légalité *lato sensu* de l'acte à l'origine du préjudice subi par le requérant ou les personnes qu'il représente. L'on ne saurait tirer de cette condition la moindre réserve relative à la nature du moyen juridique invoqué en ce sens. Aucune considération ne doit être faite sur la valeur de l'acte se trouvant à la source du préjudice ; il peut s'agir aussi bien d'un acte juridictionnel, administratif ou législatif. Dans tous les cas, lorsque le juge du provisoire tranche une affaire qui lui est soumise, il est logiquement amené à porter une appréciation sur l'origine normative de l'atteinte aux droits fondamentaux. Le contrôle du droit applicable au litige est donc une opération *consubstantielle* à l'office du juge du provisoire puisqu'il est nécessairement amené à vérifier si la condition du *fumus boni juris* est remplie.

C'est par exemple de manière expresse que l'article L. 521-2 du CJA conditionne le recours au référé-liberté, notamment, à l'existence d'une atteinte manifestement *illégal*e portée à l'encontre d'une liberté fondamentale. La notion d'illégalité doit être entendue dans son sens large, c'est-à-dire qu'elle n'est pas restreinte par les moyens arguant de la contrariété d'une décision administrative à une loi. L'article L. 521-2 du CJA n'exclut aucun contrôle sur la conformité de la base légale de la décision administrative attaquée aux droits fondamentaux. L'article 39 du règlement de procédure de la Cour EDH ne fait en revanche aucune référence expresse à la condition du *fumus boni juris*. Il n'en demeure pas moins qu'à l'instar de toute procédure au provisoire, cette condition est requise pour que le juge du provisoire soit régulièrement saisi.

559. L'examen par le juge du provisoire de la condition substantielle de la présence d'un *fumus boni juris* permettant qu'il soit régulièrement saisi permet aisément de déduire sa compétence de contrôler les lois à l'origine des atteintes aux droits fondamentaux dont il est le garant. Concernant spécifiquement le juge du provisoire de la Cour EDH, la condition de

recevabilité de sa saisine liée à la qualité de victime « potentielle » permet encore, par déduction, de fonder sa compétence de contrôler la compatibilité des lois nationales avec la Conv. EDH.

β) Une compétence déduite de la condition de recevabilité de la saisine du juge provisoire de la Cour EDH liée à la qualité de victime « potentielle ».

560. L'article 34 de la Conv. EDH érige en condition de recevabilité du recours individuel qu'il soit actionné par toute personne pouvant se réclamer de la qualité de « victime ». Cette notion doit être entendue largement, en ce sens qu'elle n'est pas limitée aux victimes directes d'une violation d'un droit garanti par la Conv. EDH ou l'un de ses protocoles additionnels. L'ouverture du recours individuel aux victimes « potentielles » et « indirectes » semble favorable à la connaissance, par le juge du provisoire de la Cour EDH, d'affaires pouvant impliquer qu'il soit procédé au contrôle de la compatibilité d'une loi avec la Conv. EDH.

La théorie de la « victime potentielle » permet à toute personne d'engager un recours devant la Cour pour contester directement une loi sans que ne vienne obligatoirement s'intercaler un acte juridictionnel ou administratif d'exécution de cette loi. Il faut pour cela qu'existe un risque réel que les droits que cette victime potentielle tire de la Conv. EDH soient personnellement atteints par ladite loi. Cette théorie intéresse généralement les cas urgents et particulièrement graves de violation des droits garantis par la Conv. EDH tels que le décès imminent d'un patient¹²⁶⁶ ou les mesures d'expulsion ou d'extradition d'un étranger qui risque de subir des atteintes à son intégrité physique ou à sa vie¹²⁶⁷. Les personnes concernées par cette théorie sont encore celles qui doivent modifier leur comportement sous peine de subir des poursuites et des sanctions pénales¹²⁶⁸ ou celles qui appartiennent à un groupe de personnes directement visé par la loi critiquée et susceptibles d'en subir les effets¹²⁶⁹. Il peut s'agir par exemple d'enfants nés hors mariage¹²⁷⁰, de femmes en « âge de procréer »¹²⁷¹ ou de couples de même sexe non mariés¹²⁷².

¹²⁶⁶ CEDH, GC, 5 juin 2015, *Lambert c. France*, n° 46043/14, § 115.

¹²⁶⁷ Voir par exemple : CEDH, 7 juillet 1989, *Soering c. Royaume Uni*, n° 14038/88.

¹²⁶⁸ CEDH, 22 octobre 1981, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, § 41 ; CEDH, 26 octobre 1988, *Norris c. Irlande*, § 32 ; CEDH, *S.L. c. Autriche*, n° 45330/99.

¹²⁶⁹ CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, n° 6833/74, § 27 ; CEDH, 18 décembre 1986, *Johnston e. a. c. Irlande*, § 42 ; CEDH, GC, *Burden c. Royaume-Uni*, n° 13378/05, §§ 33-34.

¹²⁷⁰ CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, *op. cit.*, §§ 44-48.

¹²⁷¹ CEDH, 29 octobre 1992, *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande*, n° 14234/88 et 14235/88, § 44.

¹²⁷² CEDH, 7 novembre 2013, *Vallianatos e. a. c. Grèce*, n° 29381/09 et 32684/09.

Ce type de contestation est spécialement ouvert contre les lois qui privent ou limitent expressément la jouissance d'un droit à un groupe de personnes dans une situation identique mais ne reposant sur aucune justification objective¹²⁷³ autre que la couleur de peau, le sexe, la religion, l'orientation sexuelle ou les opinions¹²⁷⁴. Parmi tant d'autres¹²⁷⁵, l'affaire *Vallianatos et autres c. Grèce*¹²⁷⁶ est un exemple parfaitement illustratif d'un cas dans lequel la Cour EDH opère, en premier ressort, c'est-à-dire avant tout examen par une juridiction nationale, un contrôle abstrait d'une loi qui réservait aux couples hétérosexuels le bénéfice d'un « pacte de vie commune ». La Cour est en effet intervenue en tant que premier juge de la loi étant donné qu'à défaut d'avoir été appliquée aux requérants, ces derniers n'ont pu engager aucun recours interne contre elle. En dépit de l'absence d'épuisement des voies de recours internes, la reconnaissance de la qualité de victime potentielle des requérants a permis à la Cour EDH de juger les requêtes recevables¹²⁷⁷. C'est encore en application de cette théorie qu'a été rendu l'arrêt *S.A.S c. France* dans lequel la Cour EDH a examiné la conventionnalité de la loi interdisant la dissimulation intégrale du visage dans l'espace public¹²⁷⁸.

561. Dans une moindre mesure, la théorie de la victime « indirecte » est également source de cas contentieux pouvant conduire le juge du provisoire de la Cour EDH à contrôler la conventionnalité d'une loi. La théorie de la victime indirecte concerne à titre principal les requérants agissant en relation avec des personnes disparues ou décédées¹²⁷⁹. Ainsi que cela a pu être relevé, cette théorie jurisprudentielle de la Cour EDH¹²⁸⁰ permet par exemple à un individu « d'agir contre une règle de droit qui ne lui a pas été appliquée »¹²⁸¹.

¹²⁷³ CEDH, 9 janvier 2003, *S.L. c. Autriche*, n° 45330/99. Concernant des mesures de « discrimination positive » voir : CEDH, GC, *Stec e. a. c. Royaume-Uni*, n° 65731/01 et 65900/01, §§ 61 et 66 ; CEDH, 27 mai 2003, *Wintersberger c. Autriche*, n° 57448/00.

¹²⁷⁴ CEDH, GC, *D.H. e. a. c. République tchèque*, n° 57325/00, § 184.

¹²⁷⁵ Voir *infra* sur les développements relatifs aux causes de saisine du juge du provisoire seulement liées à une atteinte législative aux droits fondamentaux.

¹²⁷⁶ CEDH, 7 novembre 2013, *Vallianatos e. a. c. Grèce*, *op. cit.*

¹²⁷⁷ Voir l'opinion en partie concordante, en partie dissidente, du juge Pinto de Albuquerque sous l'arrêt *Vallianatos e. a. c. Grèce* : « La Grande Chambre non seulement contrôle la conformité avec la Convention européenne des droits de l'homme "la Convention" d'une loi qui n'a pas été appliquée aux requérants, mais en outre elle le fait sans que cette loi ait auparavant été examinée par les juridictions nationales. En d'autres termes, la Grande Chambre s'octroie le pouvoir d'examiner *in abstracto* la conformité avec la Convention de lois non auparavant soumises à un contrôle juridictionnel au plan national » : CEDH, 7 novembre 2013, *Vallianatos e. a. c. Grèce*, *op. cit.*, § 41.

¹²⁷⁸ CEDH, GC, 1 juillet 2014, *S.A.S c. France*, n° 43835/11.

¹²⁷⁹ CEDH, GC, 18 septembre 2009, *Varnava e. a. c. Turquie*, n° 16064/90 à 16073/90, §§ 11 et 112.

¹²⁸⁰ Cette théorie est issue de l'arrêt : CEDH, 6 septembre 1978, *Klass e. a. c. Allemagne*, n° 5029/71.

¹²⁸¹ H. RASPAIL, *Le conflit entre droit interne et obligations internationales de l'État*, Dalloz, 2013, p. 498.

562. Qu'il s'agisse de la condition substantielle relative à la présence d'un *fumus boni juris* ou, concernant spécialement le juge du provisoire de la Cour EDH, de la condition de recevabilité relative à la qualité de « victime potentielle » du requérant, les règles qui permettent au juge du provisoire d'être valablement saisi permettent de fonder sa compétence de contrôler les lois. Du reste, des exigences exogènes et supérieures aux règles qui régissent directement l'office du juge du provisoire fondent sa compétence de connaître du contentieux des lois.

2) Une compétence fondée sur des exigences exogènes au juge du provisoire

563. S'il est directement soumis à ses règles constitutives, le juge du provisoire n'est pas moins tenu au respect de principes et droits supérieurs fondant sa compétence de connaître du contentieux des lois. L'on distingue, à ce titre, des fondements principiels à la compétence du juge du provisoire de contrôler les lois (a) et d'autres tirés de droits processuels fondamentaux (b).

a) Les fondements principiels

564. Au titre des fondements principiels de la compétence du juge du provisoire de connaître du contentieux des lois, l'on recense deux principes cardinaux de la protection internationale des droits fondamentaux : le principe de primauté (α) et celui de subsidiarité (β).

α) Le principe de primauté

565. Nous n'entendons pas, à ce stade, aborder la question du principe de primauté de la Constitution sur les lois et de l'habilitation du juge du provisoire à le faire respecter¹²⁸². Il y a en revanche lieu de centrer notre propos sur le principe de primauté du droit international *lato sensu* sur les lois et l'habilitation du juge du provisoire à garantir son effectivité.

566. Le principe de primauté du droit international et des droits européens

¹²⁸² Cette question fera l'objet de développements à part entière lorsqu'il sera question de l'habilitation du juge du référé-liberté à contrôler les atteintes législatives manifestes aux droits et libertés que la Constitution garantit, voir *infra* : Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, Paragraphe 2.

s'applique à toutes les normes nationales dont celles de nature législative. Sans qu'il ne soit nécessaire de dissenter trop longuement, le principe de primauté implique que le droit international *lato sensu* est supérieur aux lois. Les articles 55 et 88-1 de la Constitution fondent la primauté du droit international ordinaire écrit et des droits européens sur la loi tant antérieure que postérieure. Dès le début du XX^e siècle, c'est avec force que l'éminent juriste Dionisio Anzilotti professait que « quiconque admet l'existence du droit international ne saurait nier que les principes de ce droit lient l'État, même dans sa fonction la plus élevée : la fonction législative »¹²⁸³. Depuis lors, aucune juridiction internationale, ni aucune des deux cours européennes n'ont transigé sur l'application de ce principe. L'incontournable arrêt *Costa c. Enel* de la Cour de Luxembourg expose clairement qu'au titre du principe de primauté, le droit primaire de l'UE, mais aussi son droit dérivé¹²⁸⁴, ne sauraient « se voir judiciairement opposer un texte interne *quel qu'il soit* »¹²⁸⁵.

567. Pour être effectif, le principe de primauté implique que lorsqu'une loi s'avère contraire aux droits fondamentaux conventionnels et de l'UE, celle-ci doit pouvoir être écartée par une autorité nationale chargée de son application. Les juridictions font partie des autorités dont la tâche consiste à faire respecter ce principe. Se pose toutefois la question de savoir si, le juge du provisoire en particulier, est compétent pour assurer la primauté des droits fondamentaux conventionnels à l'occasion d'un conflit avec une loi nationale.

568. Le juge du provisoire doit pouvoir faire respecter le principe de primauté du droit international et des droits européens. Le principe de primauté implique, pour être effectif, qu'un juge soit chargé de contrôler son respect par les autorités normatrices. Le droit international *lato sensu* et le droit constitutionnel habilite tout juge à s'acquitter de cette tâche. Autrement dit, aucune distinction n'est faite selon que le juge chargé de faire respecter la hiérarchie des normes statue au fond ou au provisoire.

569. Les principes de primauté et d'effet direct du droit de l'UE impliquent, pour toutes

¹²⁸³ D. ANZILOTTI, « La responsabilité internationale des États », *RGDIP*, 1906, T. XIII, p. 5.

¹²⁸⁴ Voir par exemple en matière de primauté du droit dérivé de l'UE sur les lois nationales : « Dans tous les cas où des dispositions d'une directive apparaissent comme étant, du point de vue de leur contenu, inconditionnelles et suffisamment précises, ces dispositions peuvent être invoquées à défaut de mesures d'application prises dans les délais, à l'encontre de toute disposition nationale non conforme à la directive, ou encore en tant qu'elles sont de nature à définir des droits que les particuliers sont en mesure de faire valoir à l'égard de l'État » : CJCE, 19 janvier 1982, *Ursula Becker c. Finanzamt Münster-Innenstadt*, C-8/81, pt. 25.

¹²⁸⁵ CJCE, 15 juillet 1964, *Flaminio Costa c. ENEL*, C-6/64. Nous soulignons.

les juridictions nationales, « la prohibition de plein droit d'appliquer une prescription nationale »¹²⁸⁶ incompatible avec le droit de l'UE. Tout juge national se voit par conséquent juge de droit commun de l'UE.

Le droit international, et spécialement le droit de l'UE, consacrent une « primauté au provisoire »¹²⁸⁷ qui permet à tout juge interne du provisoire d'écarter l'application d'une loi inconstitutionnelle¹²⁸⁸. L'arrêt *Simmmenthal* rendu par la Cour de justice de l'UE reconnaît à tout juge national le pouvoir de contrôler la compatibilité des lois au regard du droit de l'UE. En cas d'incompatibilité entre ces deux types de normes de valeur différente, l'arrêt *Factortame* rendu par cette même Cour reconnaît au juge national, confronté à ce genre de conflit, le pouvoir de prendre les mesures provisoires nécessaires qui s'imposent pour assurer le principe de primauté du droit de l'UE. Ces mesures provisoires consistent notamment dans la possibilité de rendre une loi provisoirement inapplicable dans le cadre de la résolution d'un litige. Ce pouvoir a pour objectif d'assurer la pleine application du droit de l'UE, abstraction faite de toute règle nationale d'origine législative ou jurisprudentielle¹²⁸⁹ qui s'y opposerait. Dès lors, l'arrêt *Factortame* prescrit à tout « juge du provisoire d'apprécier lui-même »¹²⁹⁰ un conflit portant sur l'incompatibilité d'une loi nationale avec le droit de l'UE.

570. À l'occasion d'une affaire dans laquelle un requérant reprochait aux juridictions nationales de ne pas avoir examiné le grief tiré de l'incompatibilité d'une loi nationale avec la Conv. EDH, la Cour de Strasbourg a jugé que le principe de primauté de la Conv. EDH « implique l'obligation pour *le juge national* d'assurer le plein effet [des normes de la Conv. EDH] en les faisant au besoin passer avant *toute disposition* contraire qui se trouve dans *la législation nationale* »¹²⁹¹. La référence suffisamment large au « juge national » ainsi qu'à

¹²⁸⁶ CJCE, 13 juillet 1972, *Commission c. Italie*, C-48/71, pt. 7.

¹²⁸⁷ Selon la formule de D. SIMON et A. BARAV, « Le droit communautaire et la suspension provisoire des mesures nationales. Les enjeux de l'affaire *Factortame* », *RMC*, 1990, n° 340, p. 593 ; J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, « La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes et la souveraineté des États », in *La Constitution et l'Europe. Journée d'étude du 25 mars 1992 au Sénat*, Montchrestien, 1992, p. 251.

¹²⁸⁸ I. S. DELICOSTOPOULOS, *Le procès civil à l'épreuve du droit processuel européen*, LGDJ, 2003, p. 276 et s.

¹²⁸⁹ « Serait incompatible avec les exigences inhérentes à la nature même du droit communautaire toute disposition d'un ordre juridique national ou toute pratique, législative, administrative ou judiciaire, qui aurait pour effet de diminuer l'efficacité du droit communautaire par le fait de refuser au juge compétent pour appliquer ce droit, le pouvoir de faire, au moment même de cette application, tout ce qui est nécessaire pour écarter les dispositions législatives nationales formant éventuellement obstacle, même temporaire, à la pleine efficacité des normes communautaires » : CJCE, 19 juin 1990, *The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame*, C-213/89, pt. 20.

¹²⁹⁰ J. CAVALLINI, *Le juge national du provisoire face au droit communautaire. Les contentieux français et anglais*, Bruylant, 1995, p. 304.

¹²⁹¹ CEDH, 26 avril 2007, *Dumitru Popescu c. Roumanie*, n° 71525/01, § 103. Nous soulignons.

« toute disposition » d'une « législation nationale » permet de considérer que le juge national du provisoire est chargé, à l'instar de tout juge, d'assurer l'effectivité des droits fondamentaux garantis par la Conv. EDH.

571. Sur le fondement des articles 55 et 88-1 de la Constitution, le Conseil constitutionnel juge qu'il appartient à tout juge de contrôler la compatibilité des lois avec le droit international¹²⁹² et avec le droit de l'Union européenne¹²⁹³. En se déclarant incompétent en matière de contrôle de la conventionnalité des lois, le Conseil constitutionnel, dans sa fameuse décision dite *IVG*, ne distingue pas lorsqu'il renvoie au juge ordinaire le soin de s'acquitter de cette tâche, selon qu'il s'agit d'un juge statuant au fond ou au provisoire. C'est en ce sens que le professeur Olivier Le Bot confirme que le contrôle de la conventionnalité des lois par le juge du référé-liberté est « une fonction qui lui est constitutionnellement impartie »¹²⁹⁴.

β) Le principe de subsidiarité

572. Le principe de subsidiarité est un principe fonctionnel de répartition des compétences entre les différentes composantes d'un système. Sur le plan substantiel, il emporte, dans le cadre du système européen de protection des droits fondamentaux, les mêmes effets que le principe de primauté en ce qu'il impose à tout juge national de faire primer les droits fondamentaux sur toutes les normes internes, y compris celles de nature législative. C'est en effet au nom du principe de subsidiarité que les juridictions internationales et européennes invitent toutes les juridictions nationales, statuant au fond comme au provisoire, à contrôler la conventionnalité du droit interne. En vertu de ce principe, le juge national, fut-il du provisoire, est, parce qu'il est le « mieux placé », le juge premier et de droit commun de la compatibilité des lois avec le droit international *lato sensu*.

¹²⁹² CC, décision n° 74-54 DC, 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*, consid. 7.

¹²⁹³ CC, décision n° 2010-605 DC, 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, consid. 14 : « le juge saisi d'un litige dans lequel est invoquée l'incompatibilité d'une loi avec le droit de l'Union européenne [doit pouvoir faire], à tout moment, ce qui est nécessaire pour empêcher que des dispositions législatives qui feraient obstacle à la pleine efficacité des normes de l'Union soient appliquées dans ce litige ».

¹²⁹⁴ O. LE BOT, « Contrôle de conventionnalité et référé-suspension : quelques précisions sur l'office du juge des référés et l'étendue du contrôle de cassation », *AJDA*, 2003, n° 20, p. 1068.

573. Dans ses conclusions sous l'affaire *Gonzalez-Gomez*, le rapporteur public Aurélie Bretonneau invoque le principe de subsidiarité au soutien de son plaidoyer pour la reconnaissance de la compétence du juge du référé-liberté de contrôler la conventionnalité des lois. C'est en effet au regard de ce principe qu'elle invite l'Assemblée du contentieux du Conseil d'État à ne pas attendre « qu'une condamnation intervienne à Strasbourg pour tirer les conséquences d'une inconstitutionnalité »¹²⁹⁵ législative. Cette mise en garde légitime se justifie au regard de l'exigence de la Cour EDH qui implique que les juridictions internes examinent « avec rigueur les moyens ayant trait aux "droits et libertés" garantis par la Convention dont [elles] sont saisi[e]s »¹²⁹⁶. Il ne fait aucun doute qu'un moyen tiré de l'inconstitutionnalité d'une loi fait partie de ceux-là.

574. Dans un même registre et avec une portée similaire, le principe de « coopération loyale » fonde de nombreux arrêts dans lesquels la Cour de Luxembourg impose que « tout juge national » a l'obligation, par application de ce principe de coopération, d'« appliquer intégralement le droit de l'Union directement applicable et de protéger les droits que celui-ci confère aux particuliers, en laissant inappliquée toute disposition éventuellement contraire de la loi nationale, que celle-ci soit antérieure ou postérieure à la règle du droit de l'Union »¹²⁹⁷. L'on trouve dans ce principe un fondement supplémentaire à la compétence du juge du référé-liberté de contrôler l'unionité des lois.

575. Dans une seconde facette, le principe de subsidiarité implique que l'office du juge international dépende du caractère effectif des garanties nationales des droits fondamentaux et donc du degré de respect du principe de subsidiarité par les juridictions nationales¹²⁹⁸. Dès lors, il est possible de considérer que la carence des recours juridictionnels internes en matière de

¹²⁹⁵ A. BRETONNEAU, « Droits subjectifs contre interdit législatif. Concl. sous CE, ass., 31 mai 2016, n° 396848, *M^{me} Gonzalez-Gomez* », *RFDA*, 2016, n° 4, p. 740.

¹²⁹⁶ CEDH, 7 février 2013, *Fabris c. France*, n° 16574/08, § 72.

¹²⁹⁷ CJUE, 6 septembre 2012, *The Commissioners for Her Majesty's Revenue & Customs c. Philips Electronics UK Ltd*, C-18/11, pts. 38 et 40. Nous soulignons ; Voir également : CJCE, 9 mars 1978, *Administration des finances de l'État c. Société anonyme Simmenthal*, C-106/77, pts. 16 et 21 ; CJCE, 5 mars 1980, *Ferwerda bv c. produktschap voor vee en vlees*, C-265/78, pt. 10 ; CJCE, 19 juin 1990, *Factortame e. a.*, C-213/89, pt. 19 : « c'est aux juridictions nationales qu'il incombe, par application du principe de coopération énoncé à l'article 5 du traité, d'assurer la protection juridique découlant pour les justiciables de l'effet direct des dispositions du droit communautaire ».

¹²⁹⁸ Voir : L. MILANO, « Un encadrement strict au titre des droits procéduraux » in G. GONZALEZ (dir.), *La subsidiarité conventionnelle en question*, Nemesis, 2016, pp. 145-147.

contrôle de la conventionnalité des lois puisse justifier la compétence du juge du provisoire de la Cour EDH de connaître de ce type de contentieux.

576. Le respect par le juge du provisoire de ces principes classiques pourrait suffire à fonder juridiquement sa compétence de contrôler la conventionnalité des lois. Il y a tout de même lieu d'ajouter à ceux-là deux droits processuels fondamentaux habilitant sans équivoque le juge du provisoire à connaître du contentieux de la conventionnalité des lois.

b) Les droits processuels fondamentaux

577. Parce que toute personne a droit au premier des droits processuels fondamentaux que constitue le droit au juge, tout refus de l'un d'entre eux d'examiner une atteinte législative aux droits fondamentaux est potentiellement constitutif d'un déni de justice (a). Si le droit au juge apparaît ainsi comme un fondement à la compétence du juge du provisoire, s'ajoute de manière complémentaire celui à un recours qui soit effectif. Le droit à un recours effectif soutient également et précise cette compétence (b).

a) *L'interdiction du déni de justice*

578. En ce qu'il prive le raisonnement du juge du provisoire de l'examen d'un élément de droit de nature à justifier l'octroi d'une mesure provisoire nécessaire à la protection d'un droit fondamental, en l'occurrence, celui tiré de l'inconventionnalité d'une loi, le caractère inopérant de ce type de moyen est, dans plusieurs hypothèses, de nature à constituer un véritable déni de justice¹²⁹⁹.

579. Une requête peut être appuyée par un unique moyen tiré de l'inconventionnalité d'une loi. L'affaire *Gonzalez-Gomez* offre une illustration à point nommé du risque de déni de justice favorisé par le refus du juge du provisoire d'exercer tout contrôle des lois. En l'espèce, il était impérieux que le juge du référé-liberté accepte de connaître d'un

¹²⁹⁹ Jean Chappez considère que si un juge national refuse d'écarter l'application d'une loi contraire au droit international, cela ne pourrait recevoir la qualification d'un déni de justice mais une « violation initiale du droit international par le législateur » : J. CHAPPEZ, *La règle de l'épuisement des voies de recours interne*, Pedone, 1972, pp. 12-13.

moyen tiré de l'inconventionnalité d'une loi car, le 25 janvier 2016, sur le fondement de la jurisprudence *Carminati*, le juge du référé-liberté du Tribunal administratif de Paris avait rejeté la requête dont il était saisi par une ordonnance de tri au motif que le seul moyen soulevé par la requérante était inopérant¹³⁰⁰. Cet unique moyen était tiré de l'incompatibilité de l'article L. 2141-2 du code de la santé publique avec le droit au respect de sa vie privée et familiale. C'est sur la base de ce motif que justice n'avait pu être rendue en premier ressort dans le sens des demandes de la requérante.

580. Les situations d'urgence évincent souvent l'utilité d'un recours au fond. Parce qu'en fait, la décision du juge du provisoire clôt souvent une affaire de manière définitive, en dépit du caractère juridiquement provisoire des mesures qu'il prononce, le justiciable se voit régulièrement dépossédé de manière irréductible d'un moyen tiré de l'inconventionnalité internationale d'une loi applicable à son litige. Mais aussi, l'extrême urgence qui plane sur les affaires portées devant ce juge est telle que l'intervention, au terme de plusieurs mois ou années, d'une décision au fond est *de facto* dénuée de tout effet utile pour le requérant. Ce constat s'applique à plus forte raison devant le juge du référé-liberté puisque sa saisine n'est aucunement conditionnée par la présentation d'une requête au fond.

Le cas emblématique de l'affaire *Lambert* est illustratif de ce genre de situation. En l'espèce, le juge du référé-liberté a permis que soit enclenchée une nouvelle procédure d'arrêt des traitements d'un patient conduisant, *in fine*, à son décès. L'on comprend aisément qu'une fois cette mesure appliquée, le décès du patient qu'elle a pour effet d'engendrer rend sans objet la tenue ultérieure d'un procès au fond. Les conclusions d'Aurélie Bretonneau sous l'affaire *Gonzalez-Gomez* font état de ce danger. Le rapporteur public prévient en effet que « si la loi venait à porter aux droits et libertés fondamentaux protégés par un traité une atteinte grave et manifestement illégale qu'il y aurait extrême urgence à faire cesser, le juge des référés, alors même qu'il serait *le seul recours utile*, se trouverait paralysé »¹³⁰¹. Aucun juge n'aurait alors été en mesure de contrôler utilement la conventionnalité d'une loi servant de base légale à une atteinte manifestement grave et illégale à une liberté fondamentale. Dans ces affaires, le déni de justice aurait été tristement évident.

581. La cause d'une saisine du juge du provisoire peut être liée à une seule atteinte

¹³⁰⁰ TA Paris, ord., 25 janvier 2016, *Gonzalez-Gomez*, n° 1601133/9.

¹³⁰¹ A. BRETONNEAU, « Droits subjectifs contre interdit législatif. Concl. sous CE, ass., 31 mai 2016, n° 396848, *M^{me} Gonzalez-Gomez* », *RFDA*, 2016, n° 4, p. 740. Nous soulignons.

législative aux droits fondamentaux. De manière générale, pour être appliquées, les lois servent de base légale à l'adoption d'actes administratifs ou juridictionnels. Ce sont alors ces dernières mesures d'application d'une loi qui sont régulièrement attaquées devant un juge lorsqu'elles portent atteinte aux droits fondamentaux. Il est toutefois possible qu'un justiciable voit ses droits fondamentaux gravement et directement atteints par une loi sans même qu'existe un acte individuel d'exécution de ladite loi de nature administrative ou juridictionnelle. Si ces hypothèses d'atteintes législatives directes aux droits fondamentaux sont effectivement rares, elles n'en demeurent pas moins existantes. De nombreux exemples attestent de cas dans lesquels une atteinte aux droits fondamentaux constitutive d'une situation d'urgence naît de l'application directe d'une loi, c'est-à-dire sans l'intervention intermédiaire d'une norme inférieure de concrétisation.

Le Comité des droits de l'Homme tient pour sûr qu'en certaines hypothèses, « le droit interne d'un État peut, *par sa seule existence*, violer directement les droits dont jouissent les individus en vertu du Pacte »¹³⁰². Pareillement, l'ancien président de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme, Cançado Trindade, formulait sous l'arrêt *El Amparo* l'opinion suivante :

« *la seule existence* d'une disposition légale peut *en elle-même* créer une situation qui porte atteinte aux droits protégés par la Convention américaine. Une loi peut certainement violer ces droits du simple fait de son existence, et, en l'absence d'une mesure d'application ou d'exécution »¹³⁰³.

Ces lois, que la Cour IADH nomme « lois d'application immédiate », sont pleinement justiciables devant le juge interaméricain des droits de l'Homme¹³⁰⁴.

Sur le continent européen, très tôt, la Commission européenne des droits de l'Homme a eu l'occasion de constater une violation de la Conv. EDH « par le simple fait qu'existent »¹³⁰⁵ au Royaume-Uni des législations sur l'état d'urgence. La Cour. EDH s'est également reconnue compétente pour statuer sur la conventionnalité d'une loi qui violerait « par elle-même »¹³⁰⁶ ou

¹³⁰² CDH, 10 avril 1984, *Groupe d'associations de défense des droits des personnes invalides ou handicapées en Itahe e. a. c. Italie*, n° 163/1984, pt. 6.2. Nous soulignons.

¹³⁰³ C. TRINDADE, opinion dissidente sous CIADH, 14 septembre 1996, *El Amparo c. Venezuela, Rapport annuel, 1995-1997*, p. 174. Nous soulignons.

¹³⁰⁴ CIADH, avis, *International responsibility for the promulgation and enforcement of laws in violation of the convention of human rights*, OC-14/94, série A, n° 14, §§ 41-43 : Selon la Cour de San José, « il peut arriver que des personnes soient directement sous l'emprise d'une norme de par sa seule entrée en vigueur. Ces dernières, faute de trouver une meilleure dénomination, seront dénommées par la Cour des lois d'application immédiate [...]. Dans le cas des lois d'application immédiate, [...] la violation des droits de l'homme, [...], a lieu par le seul fait de leur existence ».

¹³⁰⁵ Comm. EDH, rapport, 9 février 1976, *Irlande c. Royaume-Uni, Ann. Comm. EDH.*, 1976, p. 129.

¹³⁰⁶ CEDH, 6 septembre 1978, *Klass e. a. c. Allemagne*, n° 5029/71, § 33 ; Le dispositif de l'arrêt CEDH, 22 octobre 1981, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, n° 7525/76 énonce que « c'est l'article 11 de la loi de 1885 qui a violé par lui-même le droit du requérant au respect de sa vie privée ».

« en tant que telle »¹³⁰⁷ les droits d'un justiciable. En effet, les cas dans lesquels un justiciable subit directement ou dans le futur¹³⁰⁸ les effets d'une loi « en l'absence de mesure spécifique d'exécution »¹³⁰⁹ peuvent être portés à la connaissance de la Cour EHD sur requête individuelle. Cette hypothèse contentieuse de contrôle des lois par la Cour EDH se fonde en effet sur l'article 34 de la Conv. EDH qui « habilite les particuliers à soutenir qu'une loi viole leurs droits *par elle-même, en l'absence d'acte individuel d'exécution*, s'ils risquent d'en subir directement les effets »¹³¹⁰. De nombreux arrêts illustrent explicitement l'exercice par la Cour du contrôle d'une loi directement et de manière permanente¹³¹¹ source de contrariété à la Conv. EDH¹³¹². La Cour a d'ailleurs jugé qu'elle n'avait « jamais exclu de constater qu'un texte législatif emportait *directement* violation de la Convention »¹³¹³.

Rien n'empêche que ce genre de situation d'atteinte législative aux droits fondamentaux soit porté devant le juge du provisoire de la Cour EDH et qu'il devienne impérieux pour lui d'examiner l'atteinte portée par une loi à un droit garanti par la Conv. EDH. Il est en revanche impossible de retrouver cette hypothèse contentieuse devant le juge du référé-liberté puisque seul peut être attaqué devant son prétoire un acte pris par une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public dans l'exercice d'un de ses pouvoirs.

¹³⁰⁷ CEDH, 16 mars 2010, *Carson e. a. c. Royaume-Uni*, n° 42184/05, § 62 : « la Cour est appelée à se prononcer sur une question de principe, celle de savoir si, en tant que telle, la législation incriminée opère une discrimination illicite entre les personnes se trouvant dans une situation analogue ».

¹³⁰⁸ Comm. EDH, 19 mai 1979, *Bruggemam et Scheuten*, n° 6959/75 ; CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, n° 6833/74, § 27 ; CEDH, 29 octobre 1992, *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande*, n° 14234/88, 14235/88, § 44.

¹³⁰⁹ CEDH, 6 septembre 1978, *Klass e. a. c. Allemagne*, *op. cit.*, § 33.

¹³¹⁰ CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, n° 6833/74, § 27. Nous soulignons.

¹³¹¹ La Cour a pu juger qu'une loi « représente une ingérence *permanente* dans l'exercice du droit du requérant au respect de sa vie privée » et qu'« elle se répercute de manière *constante* et *directe* par sa seule existence sur la vie privée de celui-ci » : CEDH, 22 octobre 1981, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, n° 7525/76, § 41. Nous soulignons.

¹³¹² Une loi permettant des surveillances secrètes : CEDH, 4 décembre 2015, *Roman Zakharov c. Russie*, n° 47143/06 ; Une loi régissant le droit successoral réservé à l'enfant adultérin : CEDH, 1 février 2000, *Mazurek c. France*, n° 34406/97 ; Une loi qui sanctionne les actes homosexuels entre majeurs consentants dans des lieux privés : CEDH, 22 octobre 1981, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, *op. cit.* ; Une loi encadrant le régime linguistique de l'enseignement : CEDH, 23 juillet 1968, *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique c. Belgique*, n° 1474/62 ; 1677/62 ; 1691/62 ; 1769/63 ; 1994/63 ; 2126/64 ; CEDH, 17 juillet 2001, *Ekin c. France*, n° 39288/98 ; Une loi anglaise déniait aux détenus le droit de vote : CEDH, 6 octobre 2005, *Hirst c. Royaume-Uni* (n° 2), n° 74025/01, § 72 ; Le contrôle de l'article L. 2338-3 du code de la défense : CEDH, 17 avril 2014, *Guerdner c. France*, n° 68780/10 ; Une loi interdisant le mariage entre alliés en ligne collatérale, jusqu'au troisième degré : CEDH, 5 septembre 2019, *Theodorou et Tsotsorou c. Grèce*, n° 57854/15, § 28 et s.

¹³¹³ CEDH, 6 avril 2000, *Thlimmenos c. Grèce*, n° 34369/97, § 48. Nous soulignons.

582. La consécration du droit à un « vrai juge » garanti par le droit de l'UE. Le professeur Fabrice Picod précise que le droit au juge garanti par le droit de l'UE intègre le droit du justiciable d' « exercer utilement »¹³¹⁴ les voies juridictionnelles et d'avoir « accès à un vrai juge qui a le pouvoir juridictionnel pour examiner la violation alléguée »¹³¹⁵ du droit de l'UE. Ce « vrai juge » doit, selon Amihud Barav, être « investi de la plénitude de compétence pour apprécier librement la conformité au droit communautaire de la mesure nationale contestée devant lui »¹³¹⁶. De même, ainsi que le souligne cet auteur, l'arrêt *Factortame* reconnaît à tout juge national « la plénitude de compétence pour prévenir une situation irréversible incompatible avec [le droit de l'UE] et préjudiciable aux individus »¹³¹⁷. Par conséquent, les voies juridictionnelles internes d'un État doivent permettre à toute personne dont les droits qu'il tire du droit de l'UE sont atteints d' « avoir la possibilité de rechercher la protection d'un juge compétent »¹³¹⁸ pour examiner les griefs qu'il porte à l'encontre d'une loi.

583. Jusqu'à il y a peu, ce droit à un « vrai juge » n'était, concernant la procédure instituée par l'article L. 521-2 du CJA, que partiel. En effet, le refus du juge du référé-liberté de considérer comme opérant un moyen tiré de l'inconventionnalité d'une loi le contraignait « à se contenter d'une appréciation tronquée de la légalité »¹³¹⁹ de la décision administrative attaquée. La jurisprudence *Carminati* érigeait un « écran législatif infranchissable »¹³²⁰ entre la décision querellée et le droit international. Elle érigeait la loi, en contradiction totale avec le droit de l'UE, à agir comme un « écran protecteur »¹³²¹ des actes administratifs.

584. En définitive, l'incompétence d'un juge de connaître du contentieux de la conventionnalité des lois peut violer le droit au juge et être la source d'un déni de justice. La

¹³¹⁴ F. PICOD, « Le droit au juge en droit communautaire », in J. RIDEAU (dir.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, LGDJ, 1998, p. 147.

¹³¹⁵ F. PICOD, « Le droit au juge en droit communautaire », *op. cit.*, p. 160.

¹³¹⁶ A. BARAV, « La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire », in *Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Dalloz, 1991, p. 15 ; Faisant référence à la même formule de « plénitude de compétence » du juge national en matière de contrôle de compatibilité des lois avec le droit de l'UE : G. CANIVET, « Le droit communautaire et l'office du juge national », *Droit et Société*, 1992, n° 20-21, p. 136.

¹³¹⁷ A. BARAV, « La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire », in *Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, *op. cit.*, p. 16.

¹³¹⁸ CJCE, 11 mars 1980, *Pasquale Foglia c. Mariella Novello*, C-104/79, pt. 26.

¹³¹⁹ T.-X. GIRARDOT, « Le retour de la loi écran devant le juge des référés, la jurisprudence *Carminati* confirmée par le juge des référés du Conseil d'Etat », *AJDA*, 2006, n° 34, p. 1875.

¹³²⁰ L. DUTHEILLET DE LAMOTHE et G. ODINET, « L'urgence dans tous ses états », *AJDA*, 2016, n° 5, p. 247.

¹³²¹ R. ABRAHAM, « L'application des traités internationaux et l'office du juge des référés administratifs », in *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 2.

consécration de la compétence du juge du provisoire de contrôler la conventionnalité des lois permet donc, sur le fondement de ce droit processuel fondamental, d'éviter tout déni de justice. Afin de compléter les fondements juridiques de cette compétence, il est encore possible d'avancer les exigences du droit à un recours effectif qui pèsent sur le juge du provisoire.

β) Le droit à un recours effectif

585. Le droit à un recours effectif garanti par les droits de l'UE et de la CEDH exige-t-il que soit reconnue la compétence du juge du provisoire de contrôler les atteintes législatives aux droits fondamentaux ? Si ce droit processuel fondamental n'impose pas l'existence d'un recours destiné, en tant que tel, à contrôler les lois par rapport aux droits fondamentaux de l'UE et de la Conv. EDH, il oblige en revanche le juge du provisoire d'écarter toute règle faisant obstacle à sa compétence de contrôler les lois.

586. Le droit à un recours effectif n'impose pas l'existence d'un recours destiné, en tant que tel, à contrôler les lois par rapport aux droits fondamentaux de l'UE et de la Conv. EDH. Le droit à un recours effectif garanti par le droit de l'UE n'impose pas « l'existence d'un recours autonome tendant à titre principal à examiner la conformité de dispositions nationales » avec les dispositions du droit de l'UE¹³²². De même, la Cour EDH n'exige pas l'existence de recours internes prévus en tant que tels pour le contentieux de la compatibilité des lois avec la Conv. EDH¹³²³. La Cour de Strasbourg juge en effet que le droit à un recours effectif garanti par l'article 13 de la Conv. EDH « ne va pas jusqu'à exiger un recours par lequel on puisse contester en tant que telles, devant une autorité nationale, les lois d'un État contractant »¹³²⁴. La Cour considère de surcroît que, pour être respectées, les exigences de l'article 13 doivent être considérées à l'aune de l'ensemble des voies de recours internes. C'est-à-dire que, pris isolément, nul recours n'a à y répondre « en entier à lui seul »¹³²⁵.

¹³²² CJCE, 7 juillet 1981, *Rewe-Handelsgesellschaft Nord mbH et Rewe-Markt Steffen c. Hauptzollamt Kiel*, C-158/80, pt. 44.

¹³²³ CEDH, GC, 12 septembre 2012, *Nada c. Suisse*, n° 10593/08, § 208.

¹³²⁴ CEDH, 25 avril 1996, *Gustaffson c. Suède*, n° 15573/89, § 70 ; Comm. EDH, 14 décembre 1979, *Young, James e. a. c. Royaume-Uni*, n° 7601/76 et 7806/77, § 177 ; CEDH, 21 février 1986, *Young, James e. a. c. Royaume-Uni*, § 85 ; CEDH, GC, *Roche c. Royaume-Uni*, n° 32555/96, § 137 ; CEDH, GC, 6 janvier 2011, *2005-X, et Paksas c. Lituanie*, n° 34932/04, § 114 ; Voir également : O. DORD, *Cours constitutionnelles nationales et normes européennes*, Thèse dact., Université Paris X, 1996, pp. 566-570.

¹³²⁵ CEDH, 25 mars 1983, *Silver e. a. c. Royaume-Uni*, n° 5947/72 ; 6205/73 ; 7052/75 ; 7061/75 ; 7107/75 ; 7113/75 ; 7136/75, § 113 : « l'ensemble des recours offerts par le droit interne peut remplir les exigences de l'article 13 (art. 13) même si aucun d'entre eux n'y répond en entier à lui seul ».

Il suffit qu'un recours de droit interne permette de se prévaloir des droits et libertés garantis par la Conv. EDH¹³²⁶ contre les lois pour qu'un manquement au droit à un recours effectif ne puisse être caractérisé. En somme, il doit simplement exister, dans l'offre juridictionnelle interne, un recours pour contester le non-respect ou l'application d'une loi sans qu'aucun recours spécifique de contrôle ne soit requis. C'est en effet au titre de la marge d'appréciation relative des États qu'il faut seulement « qu'existe au niveau interne un recours dans le cadre duquel l'instance nationale compétente peut examiner les griefs fondés sur la Convention »¹³²⁷.

À ce stade, l'on doit donc considérer que l'incompétence du juge interne du provisoire en matière de contrôle des lois n'est donc pas condamnable dès lors que, par exemple, le juge statuant au fond est apte à connaître d'un tel contentieux.

587. La doctrine la plus avisée a pu critiquer cette jurisprudence et interpréter l'article 13 de la Conv. EDH en ce sens que le droit de contester la conventionnalité d'une loi devant un juge statuant au fond ou au provisoire entre effectivement dans le champ d'application de cette stipulation conventionnelle¹³²⁸. L'on peut en ce sens retenir de la jurisprudence de la Cour EDH que l'article 13 de la Conv. EDH impose au juge national de pouvoir contrôler « les décisions prétendues contraires » à la Conv. EDH »¹³²⁹. Ainsi, pour que le droit d'accès au juge soit concret et effectif, le justiciable doit bénéficier d'une « possibilité claire et concrète de contester un acte constituant une ingérence dans ses droits »¹³³⁰. Le caractère suffisamment large et général de la rédaction de l'article 13 de la Convention écarte, quant à sa portée, toute distinction fondée sur la nature ou le rang hiérarchique d'une norme et s'étend indistinctement aux recours au fond et ceux au provisoire.

Dans l'affaire *Lambert*, la Grande Chambre de la Cour EDH conclut à l'absence de violation

¹³²⁶ CEDH, 25 septembre 1997, *Aydin c. Turquie*, n° 57/1996/676/866, § 103 : « l'article 13 garantit l'existence en droit interne d'un recours permettant de se prévaloir des droits et libertés de la Convention [...]. Cette disposition a donc pour conséquence d'exiger un recours interne habilitant l'instance nationale compétente à connaître du contenu du grief fondé sur la Convention et à offrir le redressement approprié ».

¹³²⁷ CEDH, GC, 12 septembre 2012, *Nada c. Suisse*, n° 10593/08, § 207.

¹³²⁸ J.-F. FLAUSS, « Le droit à un recours effectif : l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'Homme dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour », in G.-A. BEAUDOIN (dir.), *Vues canadiennes et européennes des droits et libertés*, Y BLAIS, 1989, p. 275 ; J. VELU et R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 1990, p. 99 ; M. VERDUSSEN, « La Convention européenne des droits de l'Homme et le juge constitutionnel », in *La mise en œuvre interne de la Convention européenne*, Éditions du Jeune Barreaux de Bruxelles, 1994, p. 60 ; R. ABRAHAM, « Les incidences de la CEDH sur le droit constitutionnel et administratif des États parties », *RUDH*, 1992, Vol. 4, n° 10-11, p. 411.

¹³²⁹ Voir par exemple : CEDH, 15 novembre 1996, *Chahal c. Royaume Uni*, n° 22414/93, § 148 ; CEDH, 28 septembre 2000, *Messina c. Italie* (n° 2), n° 44352/98, § 92.

¹³³⁰ CEDH, 4 décembre 1995, *Bellet c. France*, n° 23805/94, § 36 ; CEDH, 13 juillet 2004, *Beneficio Cappella Paolini c. Saint-Marin*, n° 40786/98, § 28.

des obligations positives découlant de l'article 2 de la Convention en se concentrant essentiellement sur les garanties procédurales actionnées dans cette affaire¹³³¹, au premier titre desquelles figure la procédure du référé-liberté. La Cour n'a ainsi pas manqué de saluer que le juge du référé-liberté du Conseil d'État ait examiné « les moyens tirés de l'incompatibilité des dispositions législatives dont il était fait application avec la Convention »¹³³². L'on présume qu'à défaut de cette diligence, la France aurait pu être condamnée dans cette affaire, au titre du refus du juge du référé-liberté de contrôler la compatibilité de certaines dispositions du code de la santé publique avec les stipulations de la Conv. EDH.

588. Le droit à un recours effectif oblige le juge du provisoire d'écarter toute règle qui ferait obstacle à sa compétence de contrôler la conventionnalité des lois. Depuis l'arrêt *Simmenthal*, « la procédure nationale ne saurait constituer un obstacle »¹³³³ au principe de primauté du droit de l'UE sur le droit interne. Par conséquent, les règles processuelles « ne sauraient être aménagées de manière à rendre pratiquement impossible »¹³³⁴ ou « excessivement difficile »¹³³⁵ l'exercice des droits reconnus par le droit de l'UE. C'est ainsi que la Cour de justice de l'UE juge constamment que l'efficacité du droit de l'UE se trouverait « diminuée si une règle du droit national pouvait empêcher le juge saisi d'un litige régi par le droit communautaire d'accorder les mesures provisoires en vue de garantir la pleine efficacité de la décision juridictionnelle à intervenir sur l'existence des droits invoqués sur la base du droit communautaire. Il en résulte que le juge qui, dans ces circonstances, accorderait des mesures provisoires s'il ne se heurtait pas à une règle de droit national est obligé d'écarter l'application de cette règle »¹³³⁶. En résumé, du seul point de vue du droit de l'UE, le refus du juge interne du provisoire de contrôler la conventionnalité des lois n'est pas prohibé dès lors que l'application de cette règle est écartée lorsqu'est contestée la compatibilité d'une loi au droit dérivé et primaire de l'UE. C'est à la lumière de ces éléments que, tardivement, le juge du référé-liberté s'est saisi de l'affaire *Diakité* afin de mettre son office en conformité avec le droit

¹³³¹ CEDH, GC, 5 juin 2015, *Lambert e. a. c. France*, n° 46043/14, §§ 169-180.

¹³³² CEDH, GC, 5 juin 2015, *Lambert e. a. c. France*, *op. cit.*, § 172.

¹³³³ P. OLIVIER, « Le droit communautaire et les voies de recours nationales », *CDE*, 1992, n° 3-4, p. 360 ; CJCE, 9 mars 1978, *Administration des finances de l'État c. Société anonyme Simmenthal*, C-106/77, pt. 21 : « Qu'il découle de l'ensemble de ce qui précède que tout juge national, saisi dans le cadre de sa compétence, a l'obligation d'appliquer intégralement le droit communautaire et de protéger les droits que celui-ci confère aux particuliers, en laissant inappliquée toute disposition éventuellement contraire de la loi nationale, que celle-ci soit antérieure ou postérieure à la règle communautaire ; » et pt. 24.

¹³³⁴ CJCE, 9 novembre 1983, *Administration des finances de l'État italien c. SpA San Giorgio*, C-199/82, pt. 12.

¹³³⁵ *Ibid.*

¹³³⁶ CJCE, 19 juin 1990, *The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame*, C-213/89, pt. 21.

de l'UE et plus spécialement la lignée des arrêts *Factortame*, *Simmenthal*, *Zuckerfabrick*, *Atlanta* et *Melki et Abdeli*¹³³⁷.

589. Allant plus loin, la Cour de justice de l'UE s'est déjà immiscée dans les conditions relatives à l'objet d'une requête présentée devant un juge national et à la compétence matérielle de ce dernier. Il lui est en effet arrivé de se prononcer sur l'injusticiabilité de certains actes juridiques devant un juge national en exigeant que ceux-ci soient attaquables « même si les règles de procédure internes ne le prévoient pas »¹³³⁸. Dans cette affaire, la Cour luxembourgeoise eut à se prononcer sur l'interdiction faite à un juge de contrôler un acte préparatoire émis par une autorité nationale. Elle jugea que ce juge devait faire exception à son incompetence de contrôler ce type d'acte lorsque sa contrariété au droit de l'UE était soulevée¹³³⁹. Partant, étant donné l'insensibilité du juge de l'UE à l'égard de la valeur hiérarchique du droit interne, fut-il constitutionnel¹³⁴⁰, il y a tout lieu de croire que la jurisprudence *Borelli* s'étend à l'éventuel refus de tout juge national de contrôler la compatibilité des lois avec le droit de l'UE.

590. De son côté, la Cour EDH retient que si les États membres ont pour obligation de rendre leur droit interne compatible avec la Conv. EDH, il leur appartient en conséquence d'écarter, notamment dans le cadre des recours juridictionnels, « tout obstacle éventuel à un redressement adéquat de la situation »¹³⁴¹ d'un justiciable. Cet « obstacle éventuel » pouvant être condamné par la Cour pourrait être constitué par le refus jurisprudentiel d'un juge de connaître du contentieux des lois et trouver à s'appliquer à l'ancienne jurisprudence *Carminati*. L'affaire *Gonzalez-Gomez* fut en effet l'occasion pour le juge du référé-liberté d'opérer un revirement complet de sa jurisprudence *Carminati* afin de se conformer enfin à la primauté du droit de la Conv. EDH sur les lois.

¹³³⁷ P. CASSIA, « L'impact du droit communautaire sur le contentieux administratif », in J.-B. AUBY et J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), *Droit administratif européen*, Bruylant, 2007, p. 1020 ; O. LE BOT, « Vers un discret abandon de la jurisprudence *Carminati* ? Note sous CE, ord., 6 mars 2008, *Ministre de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du codéveloppement c. M. Dociev*, n° 313915 », *AJDA*, 2009, n° 2, p. 102 ; H. CHAVRIER, « La neutralisation de l'illégalité. L'analyse du juge national », in L. COUTRON (dir.), *Pédagogie judiciaire et application des droits communautaire et européen*, Bruylant, 2012, p. 241.

¹³³⁸ CJCE, 3 décembre 1992, *Oleificio Borelli c. Commission*, C-97/91, pt. 9.

¹³³⁹ CJCE, 3 décembre 1992, *Oleificio Borelli c. Commission*, *op. cit.*

¹³⁴⁰ CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, C-11/70, pt. 3.

¹³⁴¹ CEDH, GC, 17 février 2004, *Maestri c. Italie*, n° 39748/98, § 47.

591. Il enfin utile de noter que ce raisonnement fut également retenu à l’occasion de l’affaire *LaGrand* au titre de laquelle la Cour internationale de justice avait condamné l’absence de compétence d’un juge interne de faire primer le droit international sur le droit national¹³⁴².

592. Les fondements juridiques à la compétence du juge du provisoire de contrôler la conventionnalité des lois sont nombreux et non-équivoques. En droit, il résulte aussi bien des règles relatives à l’essence même de son office que de celles supérieures et qui lui sont exogènes, que le juge du provisoire doit pleinement jouir de la compétence de contrôler la conventionnalité des lois. Au soutien de ces fondements juridiques, plusieurs considérations d’opportunité doivent, eu égard à leur poids dans la reconnaissance de la compétence du juge du provisoire en matière de contrôle des lois, être mises en avant.

B) Les considérations d’opportunité

593. Déjà en 1989, lorsqu’il était question de l’abandon de la théorie de la loi-écran, le commissaire du gouvernement Frydman argumentait pour un revirement « souhaitable en opportunité »¹³⁴³. Une fois de plus, au soutien des fondements juridiques de la compétence du juge du provisoire en matière de contentieux des lois, s’ajoutent des considérations d’opportunité de politique jurisprudentielle.

La concurrence dans le jeu de l’offre juridictionnelle est difficile à décrire puisque ces éléments ne sont pas traduits dans le corps des décisions de justice. À peine sont-ils décelables dans l’implicite. L’on en retrouve principalement la trace en se rapportant à la lecture des conclusions des rapporteurs publics. Tout porte à croire que des considérations opportunistes de concurrence entre garanties juridictionnelles ne sont pas absentes des raisonnements du juge du provisoire sur sa compétence de connaître du contentieux des lois. En effet, la concurrence du contrôle des lois sur renvoi préalable (1) et du contrôle direct des lois dans le cadre des recours internes et internationaux (2) auront eu raison du refus du juge du provisoire de connaître du contentieux de la conventionnalité des lois par voie d’exception.

1) La concurrence du contrôle des lois sur renvoi préalable

¹³⁴² CIJ, 27 juin 2001, *LaGrand*, *Rec.*, p. 466 et s.

¹³⁴³ P. FRYDMAN, « Appréciation par le juge administratif de la compatibilité d’une loi française avec les traités internationaux antérieurs. Concl. sous CE, ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, n° 108243 », *Rev. crit. DIP*, 1990, n° 1, p. 125.

594. Parmi toutes les procédures de renvoi préalable, c'est à l'évidence la procédure de la QPC qui demeure, d'un point de vue quantitatif et procédural, la plus concurrentielle du contrôle direct de la conventionnalité des lois opéré par voie d'exception par le juge du provisoire. Sans doute, cette procédure aura été d'une influence non-négligeable dans la reconnaissance par le juge du référé-liberté de sa compétence en matière de contrôle de la conventionnalité des lois.

Avec Paul Cassia, force est de constater qu'à l'occasion de l'ordonnance *Diakité* du 16 juin 2010, la consécration de la compétence du juge de l'article L. 521-2 du CJA de se prononcer sur le caractère sérieux d'une atteinte législative aux droits et libertés que la Constitution garantit a eu « une heureuse incidence sur le contrôle de conventionnalité opéré en urgence »¹³⁴⁴. La QPC a permis au juge ordinaire et, nous semble-t-il, au juge du référé-liberté d'« approfondir sa réflexion sur la nature exacte et la valeur ajoutée du contrôle de conventionnalité »¹³⁴⁵. C'est bien la concurrence des procédures de renvois et, spécifiquement de la QPC, qui a poussé le juge du référé-liberté à adopter la jurisprudence *Diakité* qui lui permet de sanctionner les incompatibilités manifestes des lois avec le droit de l'UE. En effet, un mois après l'arrêt *Rujovic*, le Conseil d'État ne pouvait désavouer sa « promesse d'une efficacité garantie du droit de l'Union européenne, le cas échéant en urgence, contre la loi nationale contraire »¹³⁴⁶.

En ce sens, il est opportun de se remémorer que l'arrêt *Nicolo*, par lequel le Conseil d'État reconnaissait sa compétence en matière de contrôle de la conventionnalité des lois postérieures aux traités, est intervenu dans un contexte politique propice à l'introduction d'un mécanisme de question de constitutionnalité des lois. C'est en ce sens que les professeurs Julien Bonnet et Agnès Roblot-Troizier relèvent avec raison que « les juges de la constitutionnalité et de la conventionnalité de la loi ont toujours été dans un rapport d'interdépendance qui, peu à peu, enrichit leurs offices respectifs. L'objectif et l'enjeu consistent évidemment à combler les

¹³⁴⁴ P. CASSIA, « Le juge administratif des référés, la QPC et le droit de l'Union européenne. Note sous CE, ord., 16 juin 2010, *Mme. Diakité*, n° 340250 », *JCP G*, 2010, n° 26, p. 739.

¹³⁴⁵ L. DUTHEILET DE LAMOTHE et J. LESSI, « Cinq ans de QPC devant le juge administratif : retour d'expérience », *AJDA*, 2015, n° 13, p. 755. De même, selon Denys De Béchillon, « l'irruption de la QPC a suscité de considérables mouvements réactifs sur le terrain de la "compétition" entre les juges » : D. DE BÉCHILLON, « Cinq cours suprêmes ? Apologie (mesurée) du désordre », *Pouvoirs*, 2011, n° 137, p. 34.

¹³⁴⁶ O. LE BOT, « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de compatibilité avec le droit de l'Union européenne devant le juge des référés. Note sous CE, ord., 16 juin 2010, *Diakité*, n° 340250 », *AJDA*, 2010, n° 29, p. 1666 ; D. RITLÉNG, J.-P. KOVAR et A. BOUVERESSE, « Jurisprudence administrative française intéressant le droit de l'Union », *RTDE*, 2010, n° 4, p. 975.

angles-morts des mécanismes juridiques afin de préserver, voire d'intensifier, l'attractivité contentieuse et l'effectivité des décisions des juges de la loi »¹³⁴⁷.

595. Il paraît donc clairement se confirmer que les enjeux d'emprise, de complémentarité ou de concurrence des juges¹³⁴⁸ sur tel ou tel type de contentieux ne sont « jamais très loin sous la surface du dialogue »¹³⁴⁹, y compris pour les questions de compétences juridictionnelles, et spécialement de celles du juge du provisoire, en matière de contrôle des lois. Le poids de la concurrence du contrôle des lois rendu sur renvoi préalable n'est pas le seul à peser dans la balance. La concurrence du contrôle direct des lois dans le cadre des recours internes et internationaux a aussi joué un rôle dans la reconnaissance de la compétence du juge du provisoire de contrôler la conventionnalité des lois.

2) La concurrence du contrôle direct des lois dans les recours internes et internationaux

596. La concurrence des recours internes. Lorsque le temps fut venu pour le Conseil d'État de reconnaître la compétence du juge administratif de contrôler la conventionnalité des lois postérieures aux traités internationaux, les questions de concurrence avec son homologue judiciaire planaient sur le revirement. Un argument fort à son avènement était en effet celui de la concurrence du juge judiciaire qui s'était reconnu compétent pour contrôler la conventionnalité des lois¹³⁵⁰ seulement quatre mois après la décision *IVG* du Conseil constitutionnel. Dans ses conclusions sous l'arrêt *Nicolo*, le commissaire du gouvernement, Patrick Frydman, invitait expressément la Haute juridiction administrative à « rejoindre la

¹³⁴⁷ J. BONNET et A. ROBLOT-TROIZIER, « La concrétisation des contrôles de la loi », *RFDA*, 2017, n° 5, p. 821.

¹³⁴⁸ Sur la concurrence ou la complémentarité entre la QPC et le contrôle direct de la conventionnalité des lois : X. MAGNON, « Le réflexe constitutionnel au service du réflexe conventionnel ? Quelle place pour la conventionnalité face au contrôle de constitutionnalité *a posteriori* ? », in X. BIOY, X. MAGNON, W. MASTOR, S. MOUTON (dir.), *Le réflexe constitutionnel. Question sur la question prioritaire de constitutionnalité*, Bruylant, 2013, pp. 167-188 ; J. BONNET, « Les contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité des lois : concurrents et complémentaires », in E. CARTIER, L. GAY, A. VIALA (dir.), *La QPC : vers une culture constitutionnelle partagée ?*, Institut Universitaire Varenne, 2015, pp. 197-220 ; M. AFROUKH, « L'autonomie du contrôle prioritaire de constitutionnalité », in R. TINIÈRE (dir.), *Question prioritaire de constitutionnalité et droit européen des droits de l'homme : entre autonomie et convergence*, Nemesis Anthemis, 2017, pp. 21-24.

¹³⁴⁹ L. WEYMULLER, « Le Conseil d'État face aux mutations du contrôle de conventionnalité », *Jus Politicum*, 2018, n° 19, p. 471.

¹³⁵⁰ C. cass., ch. mixte, 24 mai 1975, *Administration des Douanes c. Société des Cafés Jacques Vabre* ; C. cass., Ch. comm., 24 juin 1986, *M^{me} Dumoussaud* ; C. cass., 5 mai 1987, *Société anonyme Auchan* ; C. cass., ch. crim., 5 décembre 1983, *Jeaffra et Patrex* ; C. cass., 3 juin 1988, *Klaus Barbie*.

pratique suivie par les juridictions judiciaires »¹³⁵¹ en matière de contrôle de la conventionnalité des lois. En ce sens, Olivier Dutheillet de Lamothe expliquait ce revirement du Conseil d'État par le fait qu'il ne pouvait pas « rester plus longtemps en retrait du juge judiciaire, sauf à remettre en cause sa place dans l'ensemble de notre système juridictionnel »¹³⁵². Cette ambiance concurrentielle était aussi exacerbée par la reconnaissance du caractère opérant des exceptions d'inconventionnalité des lois dans le contentieux électoral porté devant le Conseil constitutionnel¹³⁵³ et le contrôle *a priori* de la constitutionnalité des lois exercé par cette même juridiction¹³⁵⁴.

597. Si rien ne prouve avec certitude que le juge du référé-liberté avait pour souci d'aligner sa compétence en matière de contrôle de la conventionnalité des lois sur celle de son homologue judiciaire, il n'est pas déraisonnable de penser que cette donnée a tout de même pu intervenir dans son jugement.

598. La concurrence des recours internationaux. Isolée du reste des juridictions, l'acceptation par le Conseil d'État de connaître du contentieux *a posteriori* de la conventionnalité des lois était aussi rendue nécessaire au vu du contrôle de conventionnalité exercé par la Cour de Strasbourg¹³⁵⁵. Les enjeux d'influence entre les juridictions internes et les cours européennes, au premier titre desquelles figure la Cour EDH, ne sauraient être minimisés au regard de la détermination par les juges de leurs pouvoirs et champs de compétences. Au regard de ce qu'implique le dialogue des juges en termes de concurrence entre les standards de protection des droits fondamentaux, il est, selon Moustapha Afroukh, « intéressant pour le juge interne d'opérer un contrôle préventif de compatibilité d'une norme nationale avec la Convention européenne pour convaincre la Cour européenne d'inscrire son office dans une optique d'autolimitation »¹³⁵⁶. L'auteur évoque, à titre d'illustration, le cas de l'affaire *Lambert* et pointe le caractère « décisif » du contrôle de la conventionnalité de la loi Léonetti par le juge

¹³⁵¹ P. FRYDMAN, « Appréciation par le juge administratif de la compatibilité d'une loi française avec les traités internationaux antérieurs. Concl. sous CE, ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, n° 108243 », *Rev. crit. DIP*, 1990, n° 1, p. 125.

¹³⁵² O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle. Juger l'administration, administrer la justice*, Dalloz, 2007, p. 315.

¹³⁵³ CC, décision n° 88-1082/1117 AN, 21 octobre 1988, *Val d'Oise 5^e circ.*, consid. 5.

¹³⁵⁴ J.-F. FLAUSS, « *Nicolo*, côté cour », *LPA*, 7 février 1990, n° 17, p. 7.

¹³⁵⁵ J.-F. FLAUSS, « *Nicolo*, côté cour », *op. cit.*, p. 6.

¹³⁵⁶ M. AFROUKH, « L'objectivisation du contrôle », in J. ANDRIANTSIMBAZOVNA, L. BURGORGUE-LARSEN et S. TOUZÉ (dir.), *La protection des droits de l'homme par les Cours supranationales*, Pedone, 2016, p. 124.

du référé-liberté du Conseil d'État sur la solution contenue dans l'arrêt du 5 juin 2015 par lequel la Cour EDH exerce le même contrôle¹³⁵⁷. Cet effet d'influence des recours internationaux sur la reconnaissance par le juge du référé-liberté de la compétence de contrôler la conventionnalité des lois sera examiné dans le chapitre suivant sous le prisme de l'étude de la nature du contrôle. Le caractère concret du contrôle effectué par les juridictions internationales et spécialement la Cour EDH aura effectivement été décisif dans le revirement du juge du référé-liberté¹³⁵⁸.

¹³⁵⁷ CEDH, GC, 5 juin 2015, *Lambert c. France*, n° 46043/1.

¹³⁵⁸ Voir *infra* : Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, Paragraphe 1, B), 2).

Conclusion du Chapitre 1

599. L'étude du contrôle direct des lois par le juge du provisoire impliquait de préalablement confirmer ce qui visiblement n'allait pas de soi : sa compétence de connaître ce type de contentieux. Si cette question ne pose aujourd'hui plus de problème, force a été de constater qu'il n'en a pas toujours été ainsi.

Les positions d'acceptation ou de refus de cette compétence contentieuse reposent principalement sur la perception et la vision réductrice qu'a le juge du provisoire de son propre office. Parfois, elles se fondent sur des éléments juridiques objectifs liés au cadre formel et procédural contraint par l'urgence dans lequel il exerce son office ; souvent, ces questions ne résultent que de pures conceptions politiques portant sur la nature des lois, mais aussi sur la fonction du juge du provisoire qui doit demeurer incompatible avec toute compétence de contrôler les lois par rapport aux droits fondamentaux. Ce dernier étant indigne de pouvoir contrôler l'expression de la volonté générale, seul le juge du fond peut se charger de cette mission.

600. C'est ainsi qu'au départ, la mise en avant de la « formule magique »¹³⁵⁹ de « l'office du juge des référés » avait pour raison de restreindre son propre office. Le refus du juge du référé-liberté d'opérer un contrôle de la conventionnalité des lois était expressément fondé sur la simple référence faite à son « office de juge des référés ». Ensuite, c'est encore par référence à son « office particulier »¹³⁶⁰ que le juge du référé-liberté a fait exception au caractère inopérant de l'exception d'inconventionnalité des lois devant son prétoire pour opérer un contrôle de la conventionnalité de la loi dite « Léonetti ». L'acceptation du contrôle des lois a enfin été entériné sur le fondement de la même formule complétée de la référence à « son office, qui consiste à assurer la sauvegarde des libertés fondamentales »¹³⁶¹. En définitive, la référence faite à l'« office » du juge du référé-liberté a servi à tout et à son contraire en matière de contentieux des lois. Il a autant été invoqué pour affirmer ou dénier sa propre compétence en matière de contrôle des lois. L'on peut donc croire que la référence faite par le juge du référé-

¹³⁵⁹ O. COUTARD, « Le contrôle de l'erreur de droit sur le doute sérieux du juge des référés-suspension - ou le contrôle "élastique" », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle. Juger l'administration, administrer la justice*, Dalloz, 2007, p. 206.

¹³⁶⁰ CE, ass., 24 juin 2014, *M^{me} Lambert e. a.*, n° 375081, 375090, 375091, consid. 12.

¹³⁶¹ CE, ass., 31 mai 2016, *Gonzalez-Gomez*, n° 396848.

liberté à son office « n'a rien de monolithique et de figé. Il s'agit plutôt d'un terme générique visant à indiquer les limites qui déterminent [sa] compétence »¹³⁶².

601. En résumé, le juge du provisoire s'est longtemps auto-limité sans argument juridique pleinement convaincant et avec l'appui d'une partie de la doctrine, par de purs mobiles politiques de soumission à la loi et au rôle supposé réservé du juge du fond pour la contrôler. Ces difficultés ne sont ni nouvelles ni spécifiques au contentieux des lois devant le juge du provisoire ; elles ont traversé les âges. Déjà en 1924, Gaston Jèze relevait que le refus du contrôle des lois reposait sur des considérations politiques et non juridiques : « la logique juridique [...] exigerait qu'un contrôle juridictionnel de la loi soit organisé. Si on écarte le contrôle, ce ne peut pas être pour des motifs juridiques ; c'est pour des motifs politiques »¹³⁶³.

602. En définitive, aucune incompétence de principe ne frappe le juge du provisoire de connaître du contentieux des lois. Une fois que son exercice a pu être juridiquement fondé, il est intéressant de se pencher sur les modalités procédurales de mise en œuvre de ce contrôle.

¹³⁶² A. ZARADNY, « Le contrôle de conventionnalité du juge administratif des référés », *JCP A*, 2011, n° 49, n° 2379.

¹³⁶³ G. JÈZE, « Le contrôle juridictionnel des lois », *RDP*, 1924, p. 401.

Chapitre 2 : les modalités du contrôle des lois par le juge du provisoire

603. Après avoir tranché l'épineuse question de la compétence du juge du provisoire de connaître du contentieux des lois, il convient de se pencher sur les modalités de mise en œuvre de ce type de contrôle. Une fois encore, le défaut de motivation et de publication des décisions de la Cour EDH prises sur le fondement de l'article 39 de son règlement de procédure prive notre recherche de matériels directement observables. Toutefois, le regard porté vers les arrêts rendus au fond sera d'une utilité certaine pour décrire la manière par laquelle le juge du provisoire de la Cour EDH contrôle la compatibilité des lois avec la Conv. EDH. Quoique la pratique pleinement assumée du contrôle des lois par le juge du référé-liberté soit récente et peu fournie, elle permet tout de même de dresser une modélisation des modalités du contrôle des lois.

604. Afin d'éclairer le *modus operandi* du contrôle des lois pour en déceler les avantages, utilités et inconvénients, il y a lieu de distinguer l'étude de la méthode (Section 1) de celle des techniques (Section 2) retenues par le juge du provisoire.

SECTION 1 : La méthode du contrôle

605. La méthode du contrôle des lois renvoie au champ des données retenues par le juge du provisoire pour l'exercice de cette opération (I) et à l'intensité avec laquelle il y est procédé (II). Dit simplement, il s'agit d'étudier ce qui est pris en compte, et avec quel degré d'attention, par le juge du provisoire dans son exercice de contrôle des lois.

I) Les données prises en compte pour le contrôle des lois

606. Étudier les données retenues par le juge lors du contrôle des lois revient à déterminer ce que l'on entend souvent comme étant la « nature » du contrôle, c'est-à-dire son caractère plus ou moins abstrait ou concret. Il faut pour cela s'intéresser au degré de prise en compte, par

le juge, d'une manière plus au moins majoritaire, d'éléments a-normatifs dans son opération de confrontation d'une norme avec une autre. Nous limiterons l'étude de ces éléments aux données concrètes directement tirées des faits du litige en cours¹³⁶⁴. Tant d'auteurs se sont attachés à définir ce que recouvrent les notions de contrôle abstrait et de contrôle concret¹³⁶⁵. Mais si ces deux types de contrôle peuvent effectivement être entendus dans plusieurs sens et susciter des désaccords quant à leur définition, la doctrine parvient globalement à s'accorder sur la définition du sens que l'on entend retenir de ces notions.

607. Définition du contrôle abstrait. Dans sa dimension absolue, le contrôle abstrait d'une norme est théoriquement purement normatif. Ce conflit fait se confronter deux normes sans que n'interfère un fait général ou une quelconque donnée concrète de l'espèce du litige qui l'a vu naître. Il s'agit donc d'un contrôle de principe sur le contenu d'une norme qui, pour reprendre l'heureuse formule de Denys De Béchillon, s'exerce uniquement dans « l'éther des idées pures »¹³⁶⁶.

608. Définition du contrôle concret. Le contrôle concret se matérialise par l'établissement du rapport de conformité aux droits fondamentaux de l'application d'une loi au regard des faits particuliers tirés du litige en cours.

609. À l'instar de ce que l'on peut observer dans toute procédure, le contrôle des lois exercé par le juge du provisoire ne correspond jamais en totalité à la qualification de contrôle abstrait ni à celle de contrôle concret. Ainsi que messieurs Botteghi et Lallet l'énoncent : « n'en déplaise aux amoureux des systèmes - le contrôle de conventionnalité ne peut répondre à un schéma unique »¹³⁶⁷. Le juge du provisoire se réfère en effet à ces deux types de contrôle. Mais,

¹³⁶⁴ Le juge peut également être porté à intégrer dans son opération de contrôle d'une loi des faits généraux qualifiés de « législatifs », c'est-à-dire ceux qui sont extérieurs à l'affaire en cause et qui se rapportent au contexte factuel dans lequel une loi a été élaborée. Voir : J.-J. PARDINI, *Le juge constitutionnel et le fait en Italie et en France*, Economica-PUAM, 2001, p. 360.

¹³⁶⁵ À défaut d'établir une bibliographie de la littérature relatives aux entreprises définitives des contrôles abstrait et concret, il est plus intéressant de renvoyer à la position minoritaire de Jean-Yves Chérot réfutant toute distinction entre ces deux types de nature du contrôle. À tout le moins, l'auteur s'oppose à voir dans l'arrêt *Gonzalez-Gomez* un cas illustratif d'un contrôle concret de conventionnalité d'une loi : J.-Y. CHÉROT, « Qu'est-ce que le contrôle *in concreto* ? », *RRJ*, 2018/5, n° 32, p. 2083.

¹³⁶⁶ D. DE BÉCHILLON, « Plaidoyer pour l'attribution aux juges ordinaires du pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois et la transformation du Conseil constitutionnel en Cour suprême », in *Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu. Renouveau du droit constitutionnel*, Dalloz, 2007, p. 123.

¹³⁶⁷ D. BOTTEGHI et A. LALLET, « De l'art faussement abstrait (et pas vraiment concret) du contrôle de conventionnalité », *AJDA*, 2010, n° 43, p. 2416 ; J. BONNET et A. ROBLLOT-TROIZIER, « La concrétisation des contrôles de la loi », *RFDA*, 2017, n° 5, p. 821.

aussi bien pour le juge du référé-liberté que celui du provisoire de la Cour EDH, l'un est secondaire par rapport à l'autre. De ce fait, il semble y avoir une dominance différente de nature du contrôle des lois entre les juges du provisoire qui serait directement liée à l'office respectif des juges statuant au fond (A). De plus, dans la continuité du contentieux devant le juge statuant au fond au sein des juridictions auxquelles appartiennent également ces juges du provisoire, un mouvement commun de dédoublement de la nature du contrôle des lois semble prendre racine (B).

A) Une dominance différente de nature du contrôle des juges du provisoire liée à l'office respectif des juges statuant au fond

610. Le juge du provisoire étant foncièrement le juge des situations subjectives urgentes de violation des droits fondamentaux, le contrôle des lois qu'il exerce devrait en toute logique s'effectuer *in concreto*. C'est ainsi que le contrôle des lois par le juge du provisoire de la Cour EDH s'exerce *essentiellement* de manière concrète (1). En revanche, de manière contre intuitive, le contrôle des lois qui a cours dans le cadre de la procédure du référé-liberté s'exerce *principalement* de manière abstraite (2). Ainsi qu'on le devine, la nature de l'office du juge du provisoire en matière de contrôle des lois s'établit finalement de manière similaire à celle du juge statuant au fond au sein de ces juridictions.

1) Le contrôle *essentiellement* concret du juge du provisoire de la Cour EDH

611. Le contrôle des lois par le juge du provisoire de la Cour EDH est *essentiellement* un contrôle de l'application des lois à un cas d'espèce particulier. L'emploi de l'adjectif « essentiel » est souligné car c'est pour cela et comme cela que le recours à un juge du provisoire devant la Cour EDH a été pensé et modelé. Une authentique tendance « structurelle »¹³⁶⁸ au contrôle concret ressort nettement de la jurisprudence de la Cour EDH. En effet, puisque la « Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs »¹³⁶⁹, la mission de la Cour « ne consiste donc point à contrôler *in abstracto* la

¹³⁶⁸ J.-F. FLAUSS, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 2010, n° 42, p. 2362.

¹³⁶⁹ CEDH, 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, n° 6283/73.

loi »¹³⁷⁰. C'est pourquoi l'examen des violations alléguées de la Conv. EDH s'exerce toujours « à la lumière des faits concrets et des circonstances de la cause »¹³⁷¹. La Cour n'a eu de cesse d'ajouter qu'elle a pour rôle « non pas d'examiner le droit interne dans l'abstrait, mais de rechercher si la manière dont celui-ci a été appliqué au requérant a emporté violation de la Convention »¹³⁷². Autrement dit, la Cour n'a pas vocation à statuer sur « un problème abstrait touchant la compatibilité [d'une] loi avec les dispositions de la Convention, mais sur le cas concret de l'application d'une telle loi à l'égard du requérant »¹³⁷³. Par conséquent, le juge européen « doit, autant que possible, limiter son examen à la manière dont la législation concernée a été effectivement appliquée aux requérants »¹³⁷⁴.

612. De tout cela, nous parvenons à la déduction que, du fait de sa vocation éminemment subjective, le contrôle opéré par le juge du provisoire de la Cour EDH reprend, à plus forte raison, celui qui a cours devant le juge statuant au fond au titre de la procédure du recours individuel.

613. Tandis que la vocation du juge du référé-liberté est pareillement orientée vers la protection des droits subjectifs fondamentaux des requérants, le contrôle qu'il opère est, à la différence de celui du juge du provisoire de la Cour EDH, principalement de nature abstraite.

2) Le contrôle *principalement* abstrait du juge du référé-liberté

614. Depuis la consécration de sa compétence, le juge administratif statuant au fond contrôle de manière abstraite la conventionnalité des lois antérieures et postérieures. Cet état n'est que le reflet de la continuité d'une pratique traditionnelle du droit processuel français prévoyant l'exercice d'un contrôle juridictionnel abstrait de la conventionnalité et de la constitutionnalité des lois.

¹³⁷⁰ CEDH, 5 décembre 2013, *Henry Kismoun c. France*, n° 32265/10, § 28 ; CEDH, 6 septembre 2007, *Johansson c. Finlande*, n° 10163/02, § 31 ; CEDH, 24 mai 2016, *Biao c. Danemark*, n° 38590/10, § 38 ; CEDH, GC, 5 septembre 2017, *Fábán c. Hongrie*, n° 78117/13, § 81.

¹³⁷¹ COSTA et JUNGWIERT, Opinion dissidente commune sous CEDH, 8 février 2000, *Voisine c. France*, n° 27362/95.

¹³⁷² CEDH, GC, 15 octobre 2015, *Perinçek c. Suisse*, n° 27510/08, § 136.

¹³⁷³ CEDH, 27 mars 1962, *De Becker c. Belgique*, n° 214/56, § 14 ; CEDH, 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, n° 4451/70, § 39.

¹³⁷⁴ CEDH, 25 septembre 2012, *Spyra et Kranczkowski c. Pologne*, n° 19764/07, § 87.

615. En référé-liberté, les différentes exceptions formalisées ou inédites au refus de connaître du contentieux de la conventionnalité des lois¹³⁷⁵ se sont toujours inscrites dans le modèle du contrôle abstrait de la conventionnalité des lois.

Lorsqu'il a ensuite pleinement reconnu le caractère opérant des moyens tirés de l'inconventionnalité d'une loi, le juge du référé-liberté a consacré le caractère principal et premier du contrôle abstrait. Il peut donc constater que les dispositions d'une loi sont « par elles-mêmes »¹³⁷⁶ incompatibles avec les libertés fondamentales d'origines conventionnelles. C'est ainsi qu'au terme d'un contrôle abstrait, le juge du référé-liberté a reconnu, dans l'affaire *Gonzalez-Gomez*, la compatibilité *in abstracto* des dispositions des articles L. 2141-2, L. 2141-11 et L. 2141-11-1 du code de la santé publique avec les stipulations de l'article 8 de la Conv. EDH¹³⁷⁷. En d'autres termes, le juge retient que le principe d'interdiction des inséminations post-mortem et de l'exportation à l'étranger des gamètes conservées pour un tel dessein n'est pas, *en soi*, incompatible avec le droit au respect de la vie privée et familiale garanti par la Conv. EDH.

616. La nature dominante du contrôle des lois diffère selon le juge du provisoire qui l'opère. Exprimer l'existence d'une nature « dominante » de contrôle suggère qu'une autre lui est secondaire. En effet, de manière commune, la nature du contrôle exercé par les juges du provisoire se double dans certaines hypothèses contentieuses de celle qui n'est pas préférée à titre essentiel ou principal.

B) Un mouvement commun de dédoublement de la nature du contrôle des lois

617. En dépit d'une différence sur la nature du contrôle des lois prioritairement retenue par le juge du provisoire, l'on voit se développer une tendance au dédoublement de la nature de ce contrôle. C'est encore par mimétisme avec ce qui est observable dans la jurisprudence du juge statuant au fond que l'on suppose une abstractisation du contrôle des lois par le juge du provisoire de la Cour EDH (1). En revanche, dans le cadre de la procédure du référé-liberté, la concrétisation du contrôle des lois est pleinement consacrée (2).

1) L'abstractisation supposée du contrôle des lois par le juge du

¹³⁷⁵ Voir *supra* : Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, Paragraphe 2.

¹³⁷⁶ CE, ass., 31 mai 2016, *M^{me} Gonzalez-Gomez*, n° 396848, pt. 9.

¹³⁷⁷ CE, ass., 31 mai 2016, *M^{me} Gonzalez-Gomez*, *op. cit.*, pts. 6 à 8.

618. Le constat de l'abstractisation et du dédoublement de la nature du contrôle des lois par le juge de la Cour EDH statuant au fond sur saisine d'une requête individuelle permet de supposer l'existence d'une méthode similaire de contrôle des lois devant le juge statuant au provisoire. C'est au titre de l'existence d'un principe de parallélisme de compétence et de continuité des moyens invocables devant le juge de la Cour EDH statuant au fond et celui du provisoire¹³⁷⁸, qu'il y a lieu de croire que ce principe a également vocation à s'étendre à la nature du contrôle des lois. Il y aurait, en ce sens, une continuité entre les juges de Strasbourg du provisoire et du fond avec la tendance de ce dernier d'ajouter une facette abstraite à l'exercice principal d'un contrôle concret de la conventionnalité des lois.

619. L'abstractisation avérée du contrôle des lois par le juge de la Cour EDH statuant au fond. De l'étude de la jurisprudence, il résulte au moins trois types de situations dans lesquelles la Cour EDH exerce un contrôle abstrait de la conventionnalité des lois. La Cour de Strasbourg a tendance à se détacher de l'examen de l'application de la loi à la situation du requérant au regard de l'importance de la marge nationale d'appréciation qui est laissée aux États membres¹³⁷⁹ ou au regard de l'importance des motifs à l'origine de l'adoption d'une loi¹³⁸⁰. Le contrôle peut encore s'exercer de manière abstraite lorsque l'atteinte aux droits garantis par la Conv. EDH est « directement imputable à une norme générale »¹³⁸¹ et notamment à une loi. Relativement à cette dernière hypothèse, l'opinion individuelle concordante du juge Bratza présentée sous l'arrêt *Animal Defenders* confirme que le contrôle tend à s'abstractiser lorsque « l'ingérence provient directement d'une disposition de loi qui interdit ou limite l'exercice d'un droit protégé par la Convention »¹³⁸².

¹³⁷⁸ Voir *supra* : Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, Paragraphe 1, B), 1).

¹³⁷⁹ CEDH, GC, 24 janvier 2017, *Paradiso et Campanelli c. Italie*, § 179-180.

¹³⁸⁰ CEDH, GC, 22 avril 2013, *Animal Defenders International c. Royaume-Uni*, n° 48876/08, § 109 : « plus les justifications d'ordre général invoquées à l'appui de la mesure générale sont convaincantes, moins la Cour attache de l'importance à l'impact de cette mesure dans le cas particulier soumis à son examen ». Voir également : CEDH, GC, 27 août 2015, *Parrillo c. Italie*, n° 46470/11.

¹³⁸¹ M. AFROUKH, « Le contrôle de conventionnalité *in concreto* est-il vraiment "dicté" par la Convention européenne des droits de l'homme ? », *RDLF*, 2019, chron. n° 04 (en ligne : <http://www.revuedlf.com>) ; Voir également : L. BURGORGUE-LARSEN, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 2018, n° 3, p. 150.

¹³⁸² N. BRATZA, opinion individuelle concordante sous CEDH, 22 avril 2013, *Animal Defenders International c. Royaume-Uni*, n° 48876/08, § 4 : le juge précise que dans ce cas, « au lieu de se concentrer sur la situation particulière du requérant en cause – même s'il faut qu'il soit touché par la législation pour pouvoir se prévaloir de la qualité de victime – elle se penche principalement sur la question de savoir si le législateur lui-même a agi dans

620. En plus du principe de continuité, l'on suppose également l'existence d'un mouvement d'abstractisation du contrôle des lois devant le juge du provisoire de la Cour EDH au regard du fait que les mesures provisoires s'adressent principalement¹³⁸³ aux États et qu'elles peuvent notamment, pour être respectées, exiger de l'État qu'il modifie une loi. Selon cette logique, la nature du contrôle opéré par le juge du provisoire a le plus de probabilité d'avoir été abstraite lorsqu'une mesure provisoire prononcée par la Cour implique la modification d'une loi par un État membre. En effet, si une telle mesure est demandée, c'est très probablement au regard du caractère généralisé de la violation des droits garantis par la Conv. EDH et non pas seulement eu égard à l'existence d'une atteinte législative à ces droits dans le cas d'espèce particulier lié à la situation du requérant.

621. Le dédoublement avéré du contrôle des lois par la Cour EDH statuant au fond. La tendance n'est pas seulement à l'abstractisation du contrôle des lois. Elle est également à celle du dédoublement du contrôle, c'est-à-dire à l'exercice d'un contrôle cumulant les deux natures de contrôle possible. En effet, dans plusieurs affaires, la Cour de Strasbourg fait preuve d'un doublement de la nature du contrôle des lois. Dans certaines circonstances, à la suite d'un contrôle concret de la compatibilité d'une loi avec les droits protégés par la Conv. EDH, la Cour exerce dans un second temps un contrôle abstrait de la loi¹³⁸⁴.

622. Selon la même logique, mais dans un sens inverse, la nature abstraite du contrôle des lois par le juge du référé-liberté se double d'une dose de contrôle concret.

2) La concrétisation consacrée du contrôle des lois par le juge du référé-liberté

623. Le contrôle concret de la conventionnalité des lois n'est pas inconnu du juge

le cadre de sa marge d'appréciation et a respecté les critères de nécessité et de proportionnalité lorsqu'il a imposé l'interdiction ou la restriction en cause. [...] La réponse à la question de la compatibilité ne peut alors être donnée en fonction de la situation particulière du requérant visé par la disposition de loi en cause ».

¹³⁸³ Elles peuvent exceptionnellement être dirigées à l'attention des requérants. Voir par exemple : CEDH, GC, 8 juillet 2004, *Ilaşcu e. a. c. République de Moldova et Russie*, n° 48787/99, § 11 ; CEDH, 27 mai 2008, *Rodić e. a. c. Bosnie-Herzégovine*, n° 22893/05, § 4.

¹³⁸⁴ CEDH, GC, 6 novembre 2017, *Garib c. Pays-Bas*, n° 43494/09, § 156 et s. ; CEDH, GC, 5 septembre 2017, *Fábián c. Hongrie*, n° 78117/13, § 81 et s. ; CEDH, 24 novembre 1986, *Gillow c. Royaume-Uni*, § 56 et s.

administratif. Sans avoir été théorisé ou systématisé, il est pratiqué de manière éparse, au gré des espèces, par le juge administratif statuant au fond¹³⁸⁵. En revanche, la récente consécration de la concrétisation du contrôle des lois par le juge du référé-liberté ne tient pas au hasard. Elle n'a pas la portée ponctuelle de l'anecdote. De fortes influences extérieures et considérations utilitaristes peuvent être décelées et avancées dans le sens de son ancrage au sein de son office. Les influences extérieures concernent celles du contrôle concret exercé par les juridictions concurrentes du référé-liberté (a). Les considérations utilitaristes reposent quant à elles sur la complémentarité du contrôle concret des lois par rapport au contrôle abstrait (b).

a) L'influence du contrôle concret exercé par les juridictions concurrentes

624. La concrétisation du contrôle des lois par le juge du référé-liberté semble s'inscrire dans un jeu d'influences, voire de concurrences, qui s'observe de manière déterminante avec la Cour européenne des droits de l'Homme (α) et, dans une moindre mesure, avec la Cour de cassation (β).

a) L'influence déterminante de la Cour européenne des droits de l'Homme

625. Déjà sous les affaires dites *Commune de Palavas et Babas et Belgacem*, les conclusions des rapporteurs publics attestaient du fait que le juge administratif statuant au fond cherchait dans les exigences de la Conv. EDH la justification de l'exercice d'un contrôle concret de la conventionnalité des lois. Par exemple, il importait, selon Rony Abraham, que le Conseil d'État « ne s'en tienne pas à l'exercice d'un contrôle moindre que celui du juge européen, sur des questions analogues »¹³⁸⁶.

626. Les conclusions du rapporteur public Aurélie Bretonneau sous l'arrêt *Gonzalez-*

¹³⁸⁵ Voir notamment : concernant une loi de validation : CE, 10 novembre 2010, *Communes de Palavas-les-Flots et de Lattes*, n° 314449 et 314580. Concernant une loi offrant à l'administration un pouvoir discrétionnaire pour agir largement étendu : CE, ass., 19 avril 1991, *M. Babas et Mme Naima Belgacem*, n° 107470 et 117680.

¹³⁸⁶ R. ABRAHAM, « La Convention européenne des droits de l'homme et les mesures d'éloignement d'étrangers. Concl. sous CE, ass., 19 avril 1991, *M. Babas et Mme Naima Belgacem*, n° 107470 et 117680 », *RFDA*, 1991, n° 3, p. 497. Soulevant le même argument en faveur d'un contrôle concret de la conventionnalité des lois inspiré de celui exercé par la Cour EDH : N. BOULOUIS, « La double notion d'"inconventionnalité" de la loi. Concl. sous CE, 10 novembre 2010, *Communes de Palavas-les-Flots et de Lattes*, n° 314449 et 314580 », *RFDA*, 2011, n° 1, p. 124.

Gomez s'inscrivent dans cette même démarche. Il est en effet clairement fait référence aux exigences du droit de la Conv. EDH et spécialement à l'office de la Cour. EDH tel qu'il est notamment précisé dans l'arrêt *Kismoun c. France*¹³⁸⁷ et confirmé dans une affaire plus récente¹³⁸⁸. Aurélie Bretonneau rappelle d'ailleurs à la formation de jugement que la Conv. EDH l'invite « à ne pas [se] voiler la face sur les conséquences concrètes de la législation »¹³⁸⁹ en cause, c'est-à-dire à ne pas se détourner des conséquences concrètes de l'application de la législation dans le chef des droits conventionnels de la requérante. La Cour EDH exige en effet des juridictions internes qu'elles examinent « avec rigueur les moyens ayant trait aux "droits et libertés" garantis par la Convention »¹³⁹⁰ dont elles sont saisies. Cela laisse entendre qu'elle demande au juge national d'intégrer les situations particulières dans l'examen des affaires portées devant son prétoire et des moyens dont il a à connaître. En atteste un arrêt rendu le 5 décembre 2013, dans lequel la Cour EDH condamne pour violation du droit d'accès effectif à un tribunal garanti par l'article 6 § 1 de la Conv. EDH, une juridiction qui aurait interprété avec un excès de formalisme les règles d'accès à son prétoire et qui n'aurait donc pas suffisamment pris en compte les données concrètes relatives à la violation des droits conventionnels du requérant¹³⁹¹.

627. Puisqu'en France, le contrôle juridictionnel de la conventionnalité des lois, tout comme celui de leur constitutionnalité, est principalement abstrait, l'on peut estimer qu'au regard des rapports concurrentiels entre juridictions, la consécration d'un contrôle concret de la conventionnalité des lois a pour effet d'éviter la saisine éventuelle et future de la Cour EDH d'un recours individuel par un justiciable en cas de violation persistante des droits qu'il tire de la Conv. EDH. Cette dernière juridiction exerçant au contraire, à titre principal, un contrôle concret de la conventionnalité des lois, il est possible que le seul exercice d'un contrôle abstrait de la conventionnalité des lois soit porteur d'un risque de condamnation de la France. Cette facette concurrentielle entre la Cour EDH et le juge du référé-liberté ressort expressément des conclusions sous l'arrêt *Gonzalez-Gomez*, puisqu'à défaut de mise en œuvre d'un contrôle

¹³⁸⁷ CEDH, 5 décembre 2013, *Henry Kismoun c. France*, n° 32265/10, § 28.

¹³⁸⁸ CEDH, 16 janvier 2018, *Charron et Merle-Montet c. France*, n° 22612/15.

¹³⁸⁹ A. BRETONNEAU, « Droits subjectifs contre interdit législatif. Concl. sous CE, ass., 31 mai 2016, n° 396848, *M^{me} Gonzalez-Gomez* », *RFDA*, 2016, n° 4, p. 740. *A contrario*, dans ses conclusions sous l'arrêt *Communes de Palavas-les-Flots et de Lattes*, le rapporteur public Nicolas Boulouis excluait toute influence de la CEDH dans son invitation adressée au Conseil d'État d'opérer un contrôle concret de la conventionnalité d'une loi applicable au litige : N. BOULOUIS, « La double notion d' "inconventionnalité" de la loi. Concl. sous CE, 10 novembre 2010, *Communes de Palavas-les-Flots et de Lattes*, n° 314449 et 314580 », *RFDA*, 2011, n° 1, p. 124.

¹³⁹⁰ CEDH, 7 février 2013, *Fabris c. France*, n° 16574/08, § 72.

¹³⁹¹ CEDH, 5 novembre 2015, *Henrioud c. France*, n° 21444/11, §§ 66-67.

concret de conventionnalité de la loi, le rapporteur public met en garde la formation de jugement du risque que la Cour strasbourgeoise soit portée à exercer ce contrôle à sa place¹³⁹². Il y a là la marque d'une volonté marquée, à l'image de ce qui, notamment, motivait la création de la QPC, de « renationalisation » de la protection juridictionnelle des droits fondamentaux.

628. De nombreux auteurs s'accordent à dire que les exigences de la Convention européenne des droits de l'Homme ont été « directement » ou « en grande partie »¹³⁹³ à l'origine de la consécration par le juge du référé-liberté d'un contrôle concret de la conventionnalité des lois en complément du traditionnel contrôle abstrait. De l'aveu du Conseiller d'État Mathias Guyomar, fait lors d'une intervention prononcée au nom de la Cour administrative suprême du Palais Royal, la concrétisation du contrôle de la conventionnalité des lois initié dans l'arrêt *Gonzalez-Gomez* est la traduction de l'« appropriation spontanée »¹³⁹⁴ du mode de raisonnement de la Cour EDH par le juge du référé-liberté.

Pour sa part, Moustapha Afroukh réfute l'influence de la Cour EDH car, ainsi qu'il a pu le démontrer dans de nombreux articles cités, le mouvement jurisprudentiel de la Cour serait plutôt celui de l'abstractisation de son opération de contrôle¹³⁹⁵. Mais, si ce mouvement semble indéniable, celui-ci ne concerne que l'office de la Cour EDH et il est limité à certaines hypothèses contentieuses¹³⁹⁶ sans pour autant constituer une nouvelle exigence à l'adresse des juridictions nationales.

¹³⁹² A. BRETONNEAU, « Droits subjectifs contre interdit législatif. Concl. sous CE, ass., 31 mai 2016, n° 396848, *Mme Gonzalez-Gomez* », *RFDA*, 2016, n° 4, p. 740.

¹³⁹³ L. DUTHEILLET DE LAMOTHE et G. ODINET, « Contrôle de conventionnalité : *in concreto veritas* ? », *AJDA*, 2016, n° 25, p. 1398 ; P. DEUMIER, « Contrôle concret de conventionnalité : l'esprit et la méthode », *RTD civ.*, 2016, n° 3, p. 578 ; D. GIRARD, « Le contrôle concret de conventionnalité de la loi enfin admis par le juge administratif des référés, Note sous CE, ass., 31 mai 2016, *Gonzalez-Gomez*, n° 396848 », *Revue générale du droit*, 2016 (en ligne : www.revuegeneraledudroit.eu/?p=24295) ; L. MILANO et X. DUPRÉ DE BOULOIS, « Jurisprudence administrative et Convention européenne des droits de l'homme », *RFDA*, 2017, n° 4, p. 762 ; F. SUDRE, « Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme. De quoi est-il question ? », *JCP G*, 2017, n° 11, doct. 289 ; X. DUPRÉ DE BOULOIS, « Contrôle de conventionnalité *in concreto* : À quoi joue le Conseil d'État ? Note sous, CE, 26 décembre 2017, *Molénat* », *RDLF*, 2018, chron. n° 4 ; J. BONNET et A. ROBLOT-TROIZIER, « La concrétisation des contrôles de la loi », *RFDA*, 2017, n° 5, p. 821 ; C. GAUTHIER, « L'entrée en vigueur du Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, entre espérances et questionnements... », *RTDH*, 2019, n° 117, pp. 51-52. Voir également : A. BRETONNEAU, « Droits subjectifs contre interdit législatif. Concl. sous CE, ass., 31 mai 2016, n° 396848, *Mme Gonzalez-Gomez* », *RFDA*, 2016, n° 4, p. 740.

¹³⁹⁴ M. GUYOMAR, « Les rapports entre les cours nationales et la Cour européenne des droits de l'homme », Conférence des chefs des cours suprêmes des États membres du Conseil de l'Europe, Paris, 12 et 13 septembre 2019, p. 2 (en ligne : <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/>).

¹³⁹⁵ M. AFROUKH, « Le contrôle de conventionnalité *in concreto* est-il vraiment "dicté" par la Convention européenne des droits de l'homme ? », *RDLF*, 2019, chron. n° 04 (en ligne : <http://www.revuedlf.com>).

¹³⁹⁶ Voir *supra* : Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, Paragraphe 1, B), 1).

629. Quoi qu'il en soit, l'influence de la Cour EDH fut déterminante dans la précision par le juge du référé-liberté de la nature de contrôle de la conventionnalité des lois qu'il peut être amené à exercer. D'une manière plus sous-jacente, il est possible de déceler, du côté de la Cour de cassation, une source d'influence à la concrétisation du contrôle des lois en référé-liberté.

β) L'influence supplémentaire de la Cour de cassation

630. Dans une moindre mesure, certes, l'on peut raisonnablement évoquer l'influence concurrentielle en matière de garantie des droits fondamentaux du développement du contrôle concret de la conventionnalité des lois par le juge judiciaire des référés¹³⁹⁷. En effet, c'est encore sur ce genre de considérations, qu'à de nombreuses occurrences, le rapporteur public Aurélie Bretonneau fait référence à la montée en puissance, largement commentée en doctrine, du contrôle concret de la conventionnalité des lois exercé par le juge judiciaire¹³⁹⁸. Cette importance prise par le contrôle concret devant le juge judiciaire est assurément source d'enjeux concurrentiels. Cela l'est particulièrement dès lors que l'on sait pertinemment qu'au titre de la théorie de la voie de fait, le juge judiciaire est le concurrent direct du juge du référé-liberté dans le cadre de la protection urgente de la liberté individuelle contre les agissements de l'administration constitutifs d'une voie de fait¹³⁹⁹.

631. Mais, si la comparaison avec le contrôle de la conventionnalité des lois opéré par le juge judiciaire est encore avancée, c'est aussi pour s'en démarquer. En effet, dans les affaires témoignant de la concrétisation du contrôle de la conventionnalité des lois, la Cour de cassation n'exerce pas préalablement de contrôle abstrait. C'est sur ce point que le juge du référé-liberté a entendu les recommandations du rapporteur public d'exercer un contrôle de conventionnalité des lois en deux temps : le premier s'exerce dans l'abstrait tandis que le second s'exerce en complément de manière concrète.

¹³⁹⁷ La Cour de cassation ne le mentionne pas *expressis verbis*, mais il nous semble que dans un arrêt, elle consacre l'exercice d'un contrôle *in concreto* de la conventionnalité des lois par le juge des référés statuant sur le fondement de l'article 809 du CPC : C. cass., civ. 3^e, 22 octobre 2015, n° 14-11.776.

¹³⁹⁸ C. cass., 1^{ère} civ., 4 décembre 2013, n° 12-26.066 ; C. cass. ; C. cass., civ. 1^{ère}, 10 juin 2015, n° 14-20.790 ; C. cass., civ. 3^e, 17 décembre 2015, n° 14-22.095 ; C. cass., civ. 1^{ère}, 15 mai 2015, n° 13-27.391.

¹³⁹⁹ Selon l'ordonnance *Commune de Chirongui*, quand bien même le juge judiciaire serait compétent en matière de voie de fait, le juge du référé-liberté l'est également : CE, ord., 23 janvier 2013, *Commune de Chirongui*, n° 365262, consid. 6.

b) La complémentarité du contrôle concret des lois par rapport au contrôle abstrait

632. Le constat de la compatibilité abstraite d'une loi avec le droit international *lato sensu* ouvre facultativement l'office du juge du référé-liberté à l'examen *in concreto* de sa conventionnalité. C'est ainsi qu'il a été expressément jugé que :

« la compatibilité de la loi avec les stipulations de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ne fait pas obstacle à ce que, dans certaines circonstances particulières, l'application de dispositions législatives puisse constituer une ingérence disproportionnée dans les droits garantis par cette convention. Il appartient par conséquent au juge d'apprécier concrètement si, au regard des finalités des dispositions législatives en cause, l'atteinte aux droits et libertés protégés par la convention qui résulte de la mise en œuvre de dispositions, par elles-mêmes compatibles avec celle-ci, n'est pas excessive »¹⁴⁰⁰.

Du point de vue de son utilité, lorsqu'il est mis en œuvre, le contrôle concret ne s'avère pas moins complémentaire au contrôle abstrait des lois rendu aussi bien sur renvoi (α) que rendu en premier lieu par voie d'exception (β).

a) Un contrôle complémentaire par rapport au contrôle abstrait des lois rendu sur renvoi

633. Le contrôle concret de la conventionnalité internationale des lois exercé par le juge du référé-liberté peut s'avérer être un « bon complément »¹⁴⁰¹ aux mécanismes permettant le contrôle abstrait des lois sur renvoi préalable tels que notamment la QPC ou la procédure de demande d'avis contentieux au Conseil d'État¹⁴⁰².

En jugeant que « l'autorité qui s'attache aux décisions du Conseil constitutionnel en vertu de l'article 62 de la Constitution ne limite pas la compétence des juridictions administratives et judiciaires pour faire prévaloir ces engagements [internationaux] sur une disposition législative incompatible avec eux, même lorsque cette dernière a été déclarée conforme à la

¹⁴⁰⁰ CE, ass., 31 mai 2016, *Gonzalez-Gomez*, n° 396848, pt. 9.

¹⁴⁰¹ P. DEUMIER, « Contrôle concret de conventionnalité : l'esprit et la méthode », *RTD civ.*, 2016, n° 3, p. 578 ; Concernant également le contrôle concret des lois exercé par le juge administratif statuant au fond : É. GEFFRAY, « Les suites tirées par le Conseil d'État des décisions du Conseil constitutionnel. Concl. sous CE, ass., 13 mai 2011, *Mme. M'Rida*, n° 316734 », *RFDA*, 2011, n° 4, p. 789.

¹⁴⁰² Sur la nature du contrôle abstrait des lois rendu sur renvoi par le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État voir *infra* : Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, Paragraphe 2.

Constitution »¹⁴⁰³, le Conseil constitutionnel ne désapprouve d'ailleurs aucunement la complémentarité du contrôle abstrait et/ou concret de la conventionnalité des lois exercé par les juges ordinaires.

La Cour de Strasbourg soutient la même idée en précisant que le contrôle abstrait de la constitutionnalité d'une loi n'empêche pas qu'il soit procédé ensuite à un contrôle concret de sa conventionnalité¹⁴⁰⁴.

β) Un contrôle complémentaire par rapport au contrôle abstrait des lois rendu en premier lieu par voie d'exception

634. Plusieurs arrêts illustrent la mise en œuvre successive d'un contrôle abstrait puis concret des lois par le juge administratif statuant au fond¹⁴⁰⁵. Il ne fait peu de doutes que l'intervention dans un second temps du contrôle concret de la conventionnalité internationale des lois peut s'avérer utilement complémentaire à la technique du contrôle abstrait de la conventionnalité des lois.

Les conclusions d'Aurélie Bretonneau confirment expressément que la consécration de ce double contrôle en référé-liberté se justifie par les « limites inhérentes à un contrôle abstrait » des lois qui empêchent le juge du référé-liberté de se « saisir de conséquences inconventionnelles de l'application de la loi »¹⁴⁰⁶. Ce dédoublement permet donc, selon l'expression du rapporteur public, qu'une « soupape de contrôle concret » succède à l'opération de contrôle abstrait de la conventionnalité des lois¹⁴⁰⁷.

635. Le contrôle concret de la conventionnalité d'une loi par le juge du référé-liberté n'est

¹⁴⁰³ CC, décision n° 2010-605 DC, 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard*, consid. 13.

¹⁴⁰⁴ La Cour juge qu'une « mesure prise en application d'une loi dont la conformité aux dispositions constitutionnelles protectrices des droits fondamentaux est établie peut-être jugée incompatible avec ces mêmes droits tels qu'ils se trouvent garantis par la Convention à raison par exemple de son caractère disproportionné *dans les circonstances de la cause* » : CEDH, 16 janvier 2018, *Charron e. a. c. France*, n° 22612/15, § 28. Nous soulignons.

¹⁴⁰⁵ CE, 6 février 2006, *Wessang*, n° 268192 ; CE, 10 novembre 2010, *Commune de Palavas-les-Flots et commune de Lattes*, n° 314449 et 314583 ; CE, 12 mars 2014, *Société GSD Gestion*, n° 360642 ; CAA Versailles, 5 juillet 2016, n° 14VE03371.

¹⁴⁰⁶ A. BRETONNEAU, « Droits subjectifs contre interdit législatif. Concl. sous CE, ass., 31 mai 2016, n° 396848, *M^{me} Gonzalez-Gomez* », *RFDA*, 2016, n° 4, p. 740.

¹⁴⁰⁷ L'ordre procédural d'examen de la conventionnalité abstraite puis concrète de la loi par le juge du référé-liberté semble pouvoir être inversé : P. DEUMIER, « Contrôle concret de conventionnalité : l'esprit et la méthode », *RTD civ.*, 2016, n° 3, p. 578 ; M. GUYOMAR, « Contrôle *in concreto* : beaucoup de bruit pour rien de nouveau », in *Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre. Les droits de l'homme à la croisée des droits*, *LexisNexis*, 2018, p. 330.

toutefois pas systématique après le constat de sa compatibilité abstraite. Ainsi que le précise le Conseil d'État, il dépend de l'existence de « certaines circonstances particulières »¹⁴⁰⁸. En ce sens, il est arrivé que le juge de l'article L. 521-2 du CJA se borne à l'exercice d'un seul contrôle abstrait de la conventionnalité d'une disposition législative¹⁴⁰⁹. Pour l'heure, il n'est pas possible de tirer les traits caractéristiques et généraux des « circonstances particulières » de nature à justifier l'exercice d'un contrôle concret de la conventionnalité d'une loi. L'on peut simplement retenir qu'elles renvoient potentiellement à toutes les données de l'espèce tels que le but poursuivi par les requérants, leur « bonne foi » caractérisée par l'absence de fraude à la loi française, la nationalité du requérant, ou encore l'appréciation du droit étranger. Dans le cas d'espèce de l'affaire *Gonzalez-Gomez*, les « circonstances particulières » étaient constituées par le fait que le projet parental de la requérante et de son défunt mari était conduit de bonne foi et sans volonté de contournement ou de fraude à la loi française¹⁴¹⁰.

636. Les avantages de ce double contrôle pour le caractère effectif de la protection des droits fondamentaux ont conduit le juge judiciaire à faire sienne cette solution en faisant succéder un contrôle concret au constat, le cas échéant, de la conventionnalité abstraite d'une loi¹⁴¹¹.

637. Après avoir déterminé la nature du contrôle de la conventionnalité des lois par le juge du provisoire, il y a lieu d'étudier l'intensité selon laquelle ce contrôle est opéré.

II) L'intensité du contrôle des lois

638. En principe, et selon une distinction chère à l'enseignement du droit processuel relatif au contentieux des normes, le contrôle de conventionnalité est un contrôle de compatibilité et celui de constitutionnalité est un contrôle plus strict de conformité. Au vu des raisons de ne pas employer cette classification des contrôles¹⁴¹², nous préférons opposer le contrôle minimal au contrôle entier de la conventionnalité des lois.

¹⁴⁰⁸ CE, ass., 31 mai 2016, *Gonzalez-Gomez*, n° 396848, pt. 9.

¹⁴⁰⁹ CE, ord., 6 février 2019, n° 427612.

¹⁴¹⁰ CE, ass., 31 mai 2016, *Gonzalez-Gomez*, n° 396848, pt. 11.

¹⁴¹¹ C. cass., civ. 1^{ère}, 7 novembre 2018, n° 17-25.938.

¹⁴¹² Voir *supra* : Introduction générale, Section 1, Paragraphe 2, A), 1) et Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, Paragraphe 1, B), 1).

639. Eu égard à son office fondamentalement modelé pour répondre à l'urgence et avec les contraintes d'une instruction sommaire de l'affaire, le contrôle de la conventionnalité des lois par le juge du provisoire est, en principe, minimal (A). C'est ainsi que l'article L. 521-2 du CJA borne expressément l'office du juge du référé-liberté au contrôle des illégalités manifestes et que le juge du provisoire de la Cour EDH limite son office à un contrôle des illégalités qui s'opère *prima facie*. Faut-il pour autant, qu'en toutes circonstances, le juge du provisoire demeure un juge des atteintes législatives manifestes aux droits fondamentaux ? En pratique, au regard de certaines circonstances, il lui est possible d'aller au-delà du contrôle de l'évidence pour le remplacer par un contrôle entier de la conventionnalité des lois (B).

A) Un contrôle minimal de principe

640. La limitation de l'office du juge du provisoire au contrôle des inconstitutionnalités manifestes de la loi fut initialement source de difficultés relatives à la consécration de la compétence du juge du référé-liberté de connaître d'un tel contentieux (1). Pourtant, l'exercice d'un contrôle minimal de la conventionnalité des lois paraît être de nature à soutenir la compétence du juge du provisoire de connaître du contentieux des lois en ce qu'il s'avère finalement compatible avec son office (2).

1) Les conflits entre *compétence* et *intensité* du contrôle de la conventionnalité des lois

641. La limitation au caractère manifeste des illégalités susceptibles d'être retenues par le juge du référé-liberté pose des difficultés à deux niveaux. Le premier a trait au blocage qu'il a pu créer quant à sa compétence même de connaître du contentieux des lois au motif que la sanction des inconstitutionnalités manifestes était prétendument incompatible avec la nature des lois (a). Par un revirement partiel, le juge du référé-liberté a finalement reconnu sa compétence de connaître des moyens tirés de l'incompatibilité manifeste des lois avec le droit de l'UE. Si l'on ne peut que saluer ce pas en avant, l'extension de cette solution au juge du référé-suspension s'est en revanche avérée résolument incompatible avec la détermination de son office prévu à l'article L. 521-1 du CJA (b).

a) Une intensité minimale de contrôle de conventionnalité

642. Initialement et de manière répétée, il a été soutenu que le fait que le juge du référé-liberté soit un juge de l'évidence constituait une barrière à sa compétence de connaître du contentieux des lois. C'est par exemple ainsi qu'il a pu être soutenu qu'« écarter une loi n'est jamais une opération évidente »¹⁴¹³. Plus précisément, selon ce point de vue, le contrôle de la conventionnalité des lois ne saurait relever de la compétence du juge du référé-liberté puisque son office consiste à répondre aux demandes « ne souffrant aucun doute majeur »¹⁴¹⁴. C'est ainsi qu'une hiérarchisation des offices entre le juge du référé-suspension et celui du référé-liberté qui ne peut juger que des illégalités manifestes a également pu être avancée pour justifier que le second ne puisse contrôler la conventionnalité d'une loi¹⁴¹⁵. Sans que cela soit généralement dit, cette thèse suppose donc qu'une loi ne saurait être de toute évidence inconventionnelle. Elle laisse aussi entendre, qu'au regard de la nature des lois, la compétence d'un juge de pouvoir la remettre en question dépendrait de l'intensité du contrôle qu'il est habilité à exercer. L'argument ainsi défendu revient à conférer au juge statuant au fond la compétence exclusive de contrôler la compatibilité des lois et donc de la dénier au juge du provisoire statuant en urgence¹⁴¹⁶. Sans plus entrer, pour l'instant, dans la critique, relevons déjà que cette thèse souffre d'une confusion évidente et inopportune entre *compétence* juridictionnelle et *intensité* de contrôle. La détermination de la première n'a pourtant aucun lien avec cette seconde donnée.

643. Alors qu'il exerce pourtant un contrôle plus approfondi, il en irait de même devant le juge du référé-suspension. C'est en ce sens que, dans sa note sous l'ordonnance *Carminati*, le professeur Olivier Le Bot considérait que l'éventuel contrôle de la conventionnalité des lois par le juge du référé-suspension le conduirait à examiner de manière « trop approfondie »¹⁴¹⁷ la légalité des décisions administratives attaquées devant son prétoire. Si tel était le cas, l'examen de la conventionnalité des lois serait « incompatible »¹⁴¹⁸ avec son office prévu aux articles

¹⁴¹³ L. DUTHEILLET DE LAMOTHE et G. ODINET, « L'urgence dans tous ses états », *AJDA*, 2016, n° 5, p. 247. Nous soulignons.

¹⁴¹⁴ J.-P. MARKUS, « L'appréciation de la conventionnalité d'une loi par le juge des référés. Note sous TA Lyon, ord., 23 mai 2003, n° 031752 », *AJDA*, 2003, n° 33, p. 1786.

¹⁴¹⁵ J. VUITTON et X. VUITTON, *Les référés. Procédure civile. Contentieux administratif. Procédure pénale*, LexisNexis, 2018, 4^e éd., p. 293.

¹⁴¹⁶ Voir *supra* : Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, Paragraphe 1, B), 2).

¹⁴¹⁷ O. LE BOT, « Contrôle de conventionnalité et référé-suspension : quelques précisions sur l'office du juge des référés et l'étendue du contrôle de cassation », *AJDA*, 2003, n° 20, p. 1066.

¹⁴¹⁸ *Ibid.*

L. 511-1 et L. 521-1 du CJA. Or, l'on ne voit pas bien en quoi ces dispositions limitent l'office du juge du référé-suspension à l'examen des seuls doutes sérieux relatifs à la légalité *stricto sensu* des décisions administratives et non pas à celui de la conventionnalité de la base légale des actes de l'administration. Cette interprétation stricte de l'office du juge du référé-suspension, et plus précisément, du champ des moyens susceptibles de constituer un « doute sérieux » quant à la légalité d'une décision administrative, n'avait en effet pas lieu d'être. En revanche, il en va différemment concernant l'extension du contrôle des inunionités manifestes à la procédure du référé-suspension qui apparaît pour sa part incompatible.

b) L'extension résolument incompatible du contrôle des inunionités manifestes au référé-suspension

644. La compatibilité avec le droit de l'UE de la compétence du juge du référé-liberté de contrôler la méconnaissance manifeste du droit de l'UE par les lois. Depuis la jurisprudence *Diakité* du 16 juin 2010¹⁴¹⁹, le juge du référé-liberté examine tout moyen tiré de la méconnaissance manifeste du droit de l'UE par une loi. Cette intensité de contrôle de la compatibilité des lois avec le droit de l'UE pouvait de prime abord sembler contraire aux exigences posées par la Cour luxembourgeoise en matière de protection juridictionnelle provisoire des droits que les particuliers tirent du droit de l'UE. Les arrêts *Zuckerfabrick* et *Atlanta* exigent en effet du juge national qui entend suspendre l'application d'une loi, de simplement devoir faire état d'un doute sérieux quant à son incompatibilité et non pas de retenir, de manière plus restrictive, les seules contrariétés manifestes. Or, l'arrêt *Unibet* du 13 mars 2007 de la Cour de justice de l'UE accorde au juge des référés le pouvoir de suspendre provisoirement l'application d'une disposition législative supposée contraire au droit de l'UE suivant les « critères fixés par le droit national applicable devant cette juridiction ». La seule condition étant que ces critères ne soient pas « moins favorables que ceux concernant les demandes similaires de nature interne (principe d'équivalence) » et qu'ils ne rendent pas « pratiquement impossible ou excessivement difficile la protection juridictionnelle provisoire des droits conférés par l'ordre juridique communautaire (principe d'effectivité) »¹⁴²⁰. L'on retrouve la consécration de ce principe d'équivalence dans une jurisprudence antérieure à l'arrêt *Unibet* dans lequel la Cour de justice de l'UE avait en effet jugé de manière similaire que « tout

¹⁴¹⁹ CE, ord., 16 juin 2010, *Diakité*, n° 340250.

¹⁴²⁰ CJCE, 13 mars 2007, *Unibet (London) Ltd et Unibet (International) Ltd c. Justitiekanslern*, C-432/05, pts. 80-81.

type d'action prévu par le droit national doit pouvoir être utilisé pour assurer le respect des règles communautaires d'effet direct dans les mêmes conditions de recevabilité et de procédure que s'il s'agissait d'assurer le respect du droit national »¹⁴²¹. En référé-liberté, l'exercice d'un contrôle de la méconnaissance manifeste du droit de l'UE par les lois est donc parfaitement compatible avec les exigences posées par la Cour de Luxembourg puisqu'il s'opère dans les mêmes conditions d'intensité de contrôle que lorsqu'il s'agit d'examiner la « légalité nationale » d'une décision administrative.

645. Cette démonstration ne se vérifie toutefois pas lorsque l'on se penche sur l'extension de la jurisprudence *Diakité* à la procédure du référé-suspension.

646. L'incompatibilité avec le droit de l'UE de l'extension de la jurisprudence *Diakité* dégagée en référé-liberté à la procédure du référé-suspension. Par une ordonnance *GISTI* du 12 mai 2011¹⁴²², la solution permettant au juge du référé-liberté de contrôler la violation manifeste du droit de l'UE par une loi a été étendue à l'office du juge du référé-suspension. Cette jurisprudence viole toutefois le principe d'équivalence mobilisé dans la jurisprudence *Unibet* précitée. En effet, le contrôle de la compatibilité des lois avec le droit de l'UE par le juge du référé-suspension est limité à sa méconnaissance manifeste quand bien même, un simple « doute sérieux » sur la conformité d'un acte administratif à une norme interne suffise à ce que le juge du référé-suspension exerce son office et suspende l'acte contesté. L'intensité du contrôle d'unionité des lois par le juge du référé-suspension repose donc sur des conditions moins favorables que celles pour les litiges de nature purement interne qui lui sont présentés.

647. L'incompatibilité de l'extension de la jurisprudence *Diakité* à la procédure du référé-suspension avec l'article L. 521-1 du CJA. La jurisprudence *Diakité* étendue au juge du référé-suspension à l'occasion d'une ordonnance *GISTI* a peut-être été fondée sur une conception erronée de l'office du juge administratif des référés d'urgence des articles L. 521-1 à L. 521-3 du CJA qui consiste à le considérer sans distinction comme un juge de l'évidence. C'est pour cela que l'extension de la compétence du contrôle de la méconnaissance manifeste

¹⁴²¹ CJCE, 7 juillet 1981, *Rewe-Handelsgesellschaft Nord mbH et Rewe-Markt Steffen c. Hauptzollamt Kiel*, C-158/80, pt. 44.

¹⁴²² CE, ord., 12 mai 2011, *Groupe d'information et de soutien des immigrés (GISTI)*, n° 348774 ; CE, ord., 27 août 2012, *Groupe d'information et de soutien des immigrés (GISTI) e. a.*, n° 361402 ; CE, ord., 14 février 2013, *Lailier*, n° 365459, pts. 4-6.

des lois au droit de l'UE à la procédure du référé-suspension est en contradiction avec l'office de son juge déterminé par les prescriptions de l'article L. 521-1 du CJA. Aux termes de cette disposition, le juge du référé-suspension ne saurait être contraint de ne pouvoir retenir un moyen d'illégalité qu'à la condition qu'il soit manifestement sérieux. Cela entrerait en contradiction avec les prescriptions de l'article L. 521-1 du CJA qui prévoient que seul un « doute sérieux » permet la suspension provisoire d'une décision administrative. Pourtant, dans l'absolu, cette jurisprudence est praticable car, si la base légale d'une décision administrative est manifestement contraire au droit de l'UE, alors il y a forcément un doute sérieux sur sa légalité. Mais l'esprit du référé-suspension n'est pas celui-là ; son office est nettement moins restreint.

648. Il est fort souhaitable et probable que l'extension de la jurisprudence *Gonzalez-Gomez* reconnaissant la compétence du juge du référé-liberté d'accueillir les moyens tirés de l'inconventionnalité *lato sensu* manifeste des lois au juge du référé-suspension prenne en compte ce problème et le résolve en adaptant cette compétence à l'intensité de son office prévu par l'article L. 521-1 du CJA. Le juge du référé-suspension serait, dès lors, compétent pour examiner tout moyen tiré de l'exception d'inconventionnalité d'une loi démontrant l'existence d'un doute sérieux quant à la légalité de la décision administrative attaquée.

649. Finalement, il est aisé de constater que l'intensité minimale de contrôle qu'il revient au juge du référé-liberté d'exercer n'est qu'un faux obstacle à la reconnaissance de sa compétence de connaître du contentieux de la conventionnalité des lois. Elle est en réalité parfaitement compatible avec ce type de contentieux devant le juge du provisoire.

2) Un contrôle des inconventionnalités manifestes des lois finalement compatible avec le contentieux des lois devant le juge du provisoire

650. Aux termes de la jurisprudence *Gonzalez-Gomez* et en cohérence avec les prescriptions de l'article L. 521-2 du CJA, le juge du référé-liberté restreint son examen à l'« incompatibilité *manifeste* des dispositions législatives avec les engagements européens ou internationaux » pour le contrôle abstrait et aux « conséquences *manifestement* contraires aux exigences nées de ces engagements » pour leur contrôle concret. L'intensité minimale du contrôle de conventionnalité n'est pas incompatible avec la nature des lois (a). De plus, parce qu'elle est source de rapidité, elle appuie la compétence du juge du provisoire de connaître de

ce type de contentieux (b).

- a) Une intensité de contrôle de conventionnalité compatible avec la nature des lois

651. Une loi peut manifestement porter atteinte aux droits fondamentaux. Le législateur et l'administration ne sont pas des acteurs normatifs infaillibles. Il n'est donc pas impossible, même si l'on doit bien admettre que cela est faiblement récurrent, qu'ils soient les auteurs de normes manifestement contraires aux droits fondamentaux. Il n'est donc pas exagéré de considérer que les hypothèses dans lesquelles le contrôle du juge du provisoire conclurait à l'inconventionnalité manifeste d'une loi soient possibles même s'il ne s'agit que d'une faible probabilité. La crainte évoquée par certains auteurs selon laquelle le juge du provisoire n'ait jamais à censurer l'œuvre du législateur est infondée car les cas d'inconventionnalité manifeste de la loi existent même s'ils sont rares. Seule une « dose de pensée magique »¹⁴²³ pourrait pousser à croire qu'une loi ne saurait être manifestement incompatible avec les droits fondamentaux et ainsi justifier que le juge du référé-liberté ne puisse connaître du contentieux des lois. Il est d'ailleurs à noter que dans de nombreuses hypothèses, le Conseil constitutionnel sanctionne également les vues manifestement inconstitutionnelles du législateur¹⁴²⁴.

652. Cette intensité minimale d'examen des lois est aussi louable en ce qu'elle permet de préserver une part du pouvoir discrétionnaire de l'auteur de l'acte contesté sans pour autant le soustraire à toute espèce de contrôle juridictionnel. Il s'agit là d'une règle contentieuse bien connue et partagée par le juge administratif et le Conseil constitutionnel dans toutes les matières où l'administration et le législateur disposent d'un large pouvoir discrétionnaire. En ces cas, ces juridictions bornent leur contrôle de légalité et de constitutionnalité aux « erreurs manifestes d'appréciation ».

653. Le juge du référé-liberté sanctionne souvent l'inconventionnalité manifeste d'un acte administratif. De manière générale, aucun fondement juridique n'empêche que l'inconventionnalité manifeste d'un acte administratif puisse être sanctionnée par un juge statuant au fond. Le même constat peut être fait concernant la condamnation de

¹⁴²³ A. BRETONNEAU, « Droits subjectifs contre interdit législatif. Concl. sous CE, ass., 31 mai 2016, n° 396848, *Mme Gonzalez-Gomez* », *RFDA*, 2016, n° 4, p. 740.

¹⁴²⁴ Voir *infra* : Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, Paragraphe 2, B).

l'inconventionnalité manifeste des lois. Rien ne permet donc de soutenir juridiquement qu'il soit permis au juge du référé-liberté de sanctionner l'inconventionnalité manifeste d'un acte administratif et interdit d'en faire autant concernant les lois. S'il parvient en pratique à le faire conformément à son office prévu par l'article L. 521-2 du CJA pour les actes administratifs, pourquoi n'y parviendrait-il pas concernant une loi ?

654. Le contrôle juridictionnel d'une loi n'implique pas qu'il s'opère selon une intensité particulière. À supposer vrai que l'opération de contrôle des lois imposerait « un degré de certitude plus élevé » que celui des actes administratifs ou plus précisément qu'il impliquerait de la part du juge « un *fort doute*, proche de la certitude »¹⁴²⁵, alors la seule sanction des inconventionnalités législatives manifestes, c'est-à-dire de celles qui sont certaines, consacrée par l'arrêt *Gonzalez-Gomez* est en parfaite adéquation avec les dispositions de l'article L. 521-2 du CJA faisant du juge du référé-liberté un juge de l'évidence. La limitation de son office à l'examen des illégalités manifestes est en effet, pour un juge devant statuer en urgence et avec une connaissance sommaire de l'affaire, une obligation pour lui de ne retenir que les moyens qui lui permettent d'avoir une « certitude »¹⁴²⁶ quant à l'inconventionnalité d'une loi. Quoi qu'il en soit, la prémisse de ce raisonnement ne tient pas. Aucune règle contentieuse générale n'impose que le contrôle juridictionnel d'une loi, ou même de toute autre norme, s'opère selon une intensité prédéterminée. En effet, ce postulat de départ n'a aucun fondement juridique, et ceux qui le défendent ne le font que sur la base de considérations d'ordre politique quant au statut de la loi dans l'ordre juridique français. L'on peut ainsi conclure qu'une intensité minimale de contrôle des lois est parfaitement compatible avec l'office du juge du provisoire.

b) Une intensité de contrôle des lois compatible avec l'office du juge du provisoire

655. L'intensité minimale de contrôle est de nature à légitimer et asseoir la compétence du juge du provisoire de sanctionner l'inconventionnalité des lois. En effet, c'est parce qu'il est un juge unique pouvant être confronté à la nécessité d'écarter une loi dans l'urgence et au terme

¹⁴²⁵ L. DESFONDS, *Langage et conceptualisation du contentieux provisoire des décisions administratives. Réflexions sur la procédure de suspension des décisions administratives*, PUAM, 2006, pp. 242 et 243.

¹⁴²⁶ C. BROUELLE, « Le juge et l'évidence », in G. DARCY, M. DOAT et V. LABROT (dir.), *L'office du juge*, 2006, p. 279.

d'une instruction sommaire conduite selon un respect partiel des exigences fondamentales du procès équitable, que l'exercice d'un contrôle restreint conforte à plus forte raison sa légitimité de connaître de ce type de contentieux.

656. Si la seule réception des moyens tirés de la transgression manifeste des lois aux droits fondamentaux laisse un champ de manœuvre rétréci pour les contestations des justiciables, elle ne traduit que le respect de la volonté du législateur qui a mis en place ce genre de procédure. Lors de la création du référé-liberté, il était bien entendu de faire en sorte que les pouvoirs de son juge « s'arrêtent au moment précis où commencent les affres de l'incertitude »¹⁴²⁷. C'est par exemple en conformité avec l'esprit de cette procédure que l'« ambiguïté » sur l'interprétation d'une disposition législative ne satisfait pas le caractère manifeste d'une illégalité susceptible de permettre au juge du référé-liberté de faire usage des pouvoirs qu'il tire de l'article L. 521-2 du CJA¹⁴²⁸.

657. Finalement l'intensité minimale de contrôle bornée aux illégalités manifestes présente deux vertus. La première tient à ce qu'elle appuie la compétence du juge du provisoire à contrôler les lois¹⁴²⁹. La seconde est celle qui lui permet de juger en urgence en respectant les limites propres à l'étendue de son office.

B) Un contrôle entier possible

658. Le contrôle entier, autrement nommé « plein contrôle », est, théoriquement, étranger à l'office du juge du provisoire. Pourtant, en pratique, cette intensité renforcée de contrôle serait possible dans certaines situations. Cette entorse à l'intensité naturelle de l'office du juge du provisoire semble dépendre du degré de gravité ou d'irréversibilité de l'atteinte législative aux droits fondamentaux (1) ou du degré d'importance des droits fondamentaux dont la violation est alléguée (2). Sans affaiblir la pertinence de cette distinction, il est clair que, dans bien des cas, ces deux hypothèses se recourent l'une avec l'autre puisque, notamment, la violation d'une liberté fondamentale absolue est forcément très grave.

¹⁴²⁷ O. LE BOT, *La protection des libertés fondamentales par la procédure du référé-liberté. Étude de l'article L. 521-2 du Code de la justice administrative*, LGDJ, 2007, p. 285 et 355.

¹⁴²⁸ CE, ord., 18 mars 2002, *GIE Sport libre*, n° 244081 : « eu égard à cette ambiguïté, l'illégalité qui serait susceptible d'entacher la décision de la Ligue Nationale de football n'est, en tout cas, pas "manifeste" ».

¹⁴²⁹ C. BROUELLE, « Le juge et l'évidence », in G. DARCY, M. DOAT et V. LABROT (dir.), *L'office du juge*, 2006, p. 281.

- 1) Un contrôle entier de la conventionnalité des lois conditionné par le degré de gravité ou d'irréversibilité de l'atteinte aux droits fondamentaux

659. La pratique d'un contrôle entier de la conventionnalité des lois conditionné par le degré de gravité ou d'irréversibilité de l'atteinte à une liberté fondamentale mise en application dans le cadre de l'affaire *Gonzalez-Gomez* (b) n'est pas nouvelle puisqu'on la retrouve dans le contentieux de la légalité *lato sensu* des actes administratifs (a).

- a) Le modèle du contrôle entier de la légalité des actes administratifs

660. Comme on le sait, la lettre de l'article L. 521-2 du CJA cantonne l'office du juge du référé-liberté à l'examen des illégalités manifestes. C'est à ce titre que le Conseil constitutionnel a déclaré contraire au droit constitutionnel à un recours effectif le renvoi à cette procédure par la deuxième phrase de l'avant-dernier alinéa de l'article L. 228-2 du code de la sécurité intérieure prévoyant la contestation des mesures d'assignation à résidence aux fins de lutte contre le terrorisme¹⁴³⁰. D'un point de vue juridique, l'interprétation littérale de l'article L. 521-2 du CJA donne raison au Conseil constitutionnel. Mais, en considération de la pratique, l'examen de la jurisprudence du juge du référé-liberté laisse entrevoir le contraire. L'on a par exemple pu voir, notamment durant la période de l'état d'urgence sécuritaire, se développer un souci croissant du juge du référé-liberté de garantir effectivement les libertés fondamentales contre les atteintes causées par les mesures d'assignation à résidence¹⁴³¹. C'est ainsi qu'il s'est écarté de l'intensité habituelle de contrôle correspondant à son office pour exercer un contrôle plus approfondi des décisions administratives portées devant son prétoire. D'éminents membres du Conseil d'État ont bien relevé les raisons de cet écart du juge. Ils notent avec justesse qu'« en référé-liberté,

¹⁴³⁰ CC, décision n° 2017-691 QPC, 16 février 2018, *M. Farouk B. [Mesure administrative d'assignation à résidence aux fins de lutte contre le terrorisme]*, pt. 19 : le contrôle opéré par le juge du référé-liberté « est limité aux atteintes graves et manifestement illégales. En permettant que la mesure contestée soit renouvelée au-delà de trois mois sans qu'un juge ait préalablement statué, à la demande de la personne en cause, sur la régularité et le bien-fondé de la décision de renouvellement, le législateur a opéré une conciliation manifestement déséquilibrée entre les exigences constitutionnelles précitées et l'objectif de valeur constitutionnelle de prévention des atteintes à l'ordre public. Dès lors, les mots "sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative" figurant à la deuxième phrase de l'avant-dernier alinéa de l'article L. 228-2 du code de la sécurité intérieure doivent être déclarés contraires à la Constitution ».

¹⁴³¹ Voir notamment : CE, 11 décembre 2015, *M. Doumenjoud*, n° 395009.

plus l'atteinte à la liberté est grave, moins l'illégalité doit être manifeste pour que le juge intervienne » et que « même si l'on ne peut établir ni gradation précise, ni principe général, [la jurisprudence] tend à inviter le juge du référé-liberté, auquel l'adverbe "manifestement" laisse une assez grande liberté, à être sensible, dans le maniement de ce critère, à l'importance des restrictions aux libertés qui résultent de la décision ou de l'agissement en cause devant lui »¹⁴³². Il est vrai que l'on peut aussi considérer que, du fait de sa vague détermination, le contrôle des illégalités manifestes est une méthode souple et subjective laissée au pouvoir d'interprétation du juge.

Ainsi que cela fut observé par Paul Cassia, cette modulation de l'intensité du contrôle trouve sa justification dans la perception réaliste qu'a le juge du référé-liberté de son office. Selon l'auteur, le juge du référé-liberté « adopte une attitude très pragmatique, afin de protéger les libertés fondamentales, qui le conduit parfois, sous couvert d'une identification d'une "illégalité manifeste", à exercer une appréciation de la légalité [des actes administratifs] identique à celle du juge du principal »¹⁴³³. C'est cette attitude qui pourrait avoir inspiré l'exercice par le juge du référé-liberté d'un contrôle entier, autrement dit de proportionnalité, dans l'application de la jurisprudence *Gonzalez-Gomez*.

b) L'application de la jurisprudence *Gonzalez-Gomez*

661. En dépit du considérant de principe selon lequel le juge du référé-liberté est compétent pour connaître des moyens faisant état d'une atteinte à une liberté fondamentale qui résulterait de « l'application de dispositions législatives qui sont *manifestement* incompatibles avec les engagements européens ou internationaux de la France, ou dont la mise en œuvre entraînerait des conséquences *manifestement* contraires aux exigences nées de ces engagements »¹⁴³⁴, la motivation des décisions rendues en application de cette jurisprudence trahit cette intensité minimale de contrôle. En effet, au moment de présenter l'issue du contrôle de conventionnalité de la loi, le juge du référé-liberté énonce que les dispositions contestées « ne sont pas incompatibles » avec les stipulations de la Conv. EDH. Le juge semble dépasser l'intensité de son office puisqu'il ne spécifie pas le caractère « manifeste » de l'absence d'incompatibilité de la loi avec la Conv. EDH. C'est donc au terme d'un plein contrôle de

¹⁴³² L. DUTHEILLET DE LAMOTHE et G. ODINET, « L'urgence dans tous ses états », *AJDA*, 2016, n° 5, p. 247. Nous soulignons. Voir également : C. ALONSO, « Le référé-liberté, la police administrative et l'état d'urgence : contexte actuel », *AJDA*, n° 11, p. 552.

¹⁴³³ P. CASSIA, « L'examen de la légalité en référé-suspension et en référé-liberté », *RFDA*, 2007, n° 1, p. 45.

¹⁴³⁴ CE, ass., 31 mai 2016, *M^{me} Gonzalez-Gomez*, n° 396848, pt. 2. Nous soulignons.

proportionnalité *in abstracto*, qu'il précise que la loi « ne porte pas, par elle-même, une atteinte *disproportionnée* au droit au respect de la vie privée et familiale »¹⁴³⁵.

662. Concernant l'intensité du contrôle concret de la loi, ainsi que le souligne justement le professeur Pierre Delvolvé, « le caractère manifeste n'est pas évident puisqu'il a fallu une longue analyse, dans la formation la plus solennelle du Conseil d'État, pour aboutir à la conclusion de la violation de l'article 8 de la Convention européenne »¹⁴³⁶. Vu la motivation du contrôle effectué, cet auteur va même jusqu'à légitimement se demander comment le juge du référé-liberté d'un tribunal administratif, statuant à juge unique et dans l'urgence, aurait « pu l'entreprendre lui-même »¹⁴³⁷. Quoique les solutions aient pu être critiquées, notamment au regard de la réception et de la mise en œuvre du double contrôle abstrait puis concret de la conventionnalité des lois¹⁴³⁸, le juge du référé-liberté des tribunaux administratifs a prouvé à plusieurs reprises sa capacité à exercer ce contrôle¹⁴³⁹.

663. L'exercice d'un contrôle entier de la conventionnalité des lois dans l'affaire *Gonzalez-Gomez* et dans celles similaires jugées ensuite par des tribunaux administratifs, paraît justifié par l'existence d'un risque de préjudice irréversible pour les requérants. En effet, il s'agissait dans ces espèces, du transfert à l'étranger des gamètes d'un homme décédé en vue de l'insémination *post-mortem* de son épouse. Dans le cas de l'affaire *Gonzalez-Gomez*, l'irréversibilité de l'atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale de la requérante était constituée par le fait que l'État dans lequel le transfert et l'insémination *post-mortem* devaient être effectués, ne permet cette pratique que dans le délai d'un an suivant la mort du mari.

664. À la prise en compte du degré de gravité ou d'irréversibilité de l'atteinte aux droits fondamentaux pour l'exercice d'un contrôle entier de la conventionnalité des lois s'ajoute, de manière alternative ou complémentaire, la considération qui est portée à l'endroit de l'importance de la liberté fondamentale dont la sauvegarde est en jeu.

¹⁴³⁵ CE, ass., 31 mai 2016, *M^{me} Gonzalez-Gomez*, *op. cit.*, pt. 8. Nous soulignons.

¹⁴³⁶ P. DELVOLVÉ, « Droits subjectifs contre interdit législatif », *RFDA*, 2016, n° 4, p. 754. Du même avis : J. BONNET et A. ROBLLOT-TROIZIER, « La concrétisation des contrôles de la loi », *RFDA*, 2017, n° 5, p. 821.

¹⁴³⁷ P. DELVOLVÉ, « Droits subjectifs contre interdit législatif », *op. cit.*, p. 754.

¹⁴³⁸ J. PRÉVOST-GELLA, « Contrôle abstrait et contrôle concret : les juges confrontés à l'application de la jurisprudence *Gonzalez-Gomez* », *RFDA*, 2017, n° 5, p. 855.

¹⁴³⁹ TA Rennes, ord., 11 octobre 2016, *Mme Monnerais*, n° 1604451 ; TA Toulouse, ord., 13 octobre 2016, *Mme Emilie F*, n° 1405903.

2) Un contrôle entier de la conventionnalité des lois conditionné par l'importance de la liberté fondamentale atteinte

665. L'exercice d'un contrôle entier de la conventionnalité des lois par le juge du référé-liberté semble encore conditionné par l'importance de la liberté fondamentale atteinte. Cette intensité renforcée de contrôle juridictionnel semble tirée des exigences du droit de la Conv. EDH (a). En pratique, cette thèse se vérifie parfaitement par le traitement de l'affaire *Lambert* par le juge du référé-liberté du Conseil d'État dans laquelle était en suspens la poursuite de traitements médicaux maintenant artificiellement en vie un patient (b).

a) Une intensité de contrôle tirée des exigences de la Conv. EDH.

666. La détermination par la Cour EDH des exigences générales relatives au contrôle de proportionnalité. La jurisprudence de la Cour EDH, très marquée par la pratique du contrôle de proportionnalité, laisse entrevoir une exigence de mise en œuvre par les juridictions nationales, dans certaines circonstances, d'un contrôle de pareille intensité. La Cour strasbourgeoise exige en effet, au nom du principe de subsidiarité et du droit à un recours effectif, que les juridictions nationales examinent « *avec rigueur* les moyens ayant trait aux "droits et libertés" garantis par la Convention dont ils sont saisis »¹⁴⁴⁰.

Pour ne s'en tenir qu'au droit à la vie, afin d'établir ensuite un lien avec la pratique du juge du référé-liberté en matière de contrôle de proportionnalité des atteintes aux libertés fondamentales les plus importantes, la Cour EDH examine de manière combinée le droit à la vie prévu à l'article 2 de la Conv. EDH avec les garanties procédurales d'un recours effectif qui doivent l'accompagner. C'est donc au titre de ses obligations procédurales inhérentes au droit à la vie que tout juge interne est tenu, en matière d'examen d'une atteinte à ce droit, de renforcer l'intensité de son contrôle de conventionnalité afin de garantir son caractère effectif.

667. S'il n'avait bien entendu pas été suivi sans ses conclusions sous l'arrêt *Carminati*, il est à ce stade cocasse de noter rétrospectivement que le Commissaire du gouvernement,

¹⁴⁴⁰ CEDH, 7 février 2013, *Fabris c. France*, n° 16574/08, § 72. Nous soulignons.

Mattias Guyomar, soutenait l'exercice d'un contrôle normal de la conventionnalité des lois inspiré des exigences de la Cour EDH¹⁴⁴¹.

668. L'ordonnance *Section française de l'Observatoire international des prisons*, prémices d'une réception par le juge du référé-liberté des exigences du contrôle de proportionnalité selon l'importance des libertés fondamentales atteintes ? Une ordonnance rendue le 30 juillet 2015 par le Conseil d'État a pu laisser croire que les « conditions d'intervention » du juge du référé-liberté pourraient être différentes selon le caractère absolu ou relatif d'une liberté fondamentale atteinte :

« les conditions d'intervention du juge des référés, sur le fondement de l'article L. 521-2 du CJA, diffèrent selon qu'il s'agit d'assurer la sauvegarde des droits protégés par les articles 2 et 3 de la Conv. EDH, d'une part, et du droit protégé par l'article 8 de la même convention, d'autre part, le paragraphe 2 de ce dernier article prévoyant expressément, sous certaines conditions, que des restrictions puissent être apportées à son exercice »¹⁴⁴².

Au terme d'une interprétation littérale de cette ordonnance et selon toute vraisemblance, la formule relative aux « conditions d'intervention » du juge du référé-liberté semble renvoyer aux conditions substantielles de fond prévues par l'article L. 521-2 du CJA que sont l'urgence et notamment le caractère manifestement illégal d'une atteinte portée à l'encontre d'une liberté fondamentale. L'on comprendrait ainsi que des atteintes aux libertés fondamentales aussi importantes que le droit à la vie, à l'interdiction des traitements inhumains et dégradants ainsi qu'au droit au respect de la vie privée et familiale garantis par les articles 2, 3 et 8 de la Conv. EDH soient de nature à assouplir les conditions d'intervention du juge du référé-liberté. En ce sens, l'intensité de son office pourrait alors ne plus se borner à l'examen minimal des illégalités manifestes.

Or, cette interprétation de l'ordonnance *Section française de l'Observatoire international des prisons* doit être écartée. En effet, par une lecture plus attentive de l'ordonnance, cette solution ne concerne finalement que l'étendue de son pouvoir d'ordonner « toutes mesures nécessaires » à la sauvegarde d'une liberté fondamentale¹⁴⁴³.

¹⁴⁴¹ M. GUYOMAR, « Quel contrôle peut opérer le juge des référés sur une décision de rejet d'un retrait d'une association communale de chasse agréée ? Concl. sous CE, 6^e et 4^e SSR, 30 décembre 2002, *Ministre de l'aménagement du territoire et de l'environnement c/ Carminati* », *BJCL*, 2003, n° 7, p. 488.

¹⁴⁴² CE, ord, 30 juillet 2015, *Section française de l'Observatoire international des prisons*, n° 392043, consid. 9.

¹⁴⁴³ Voir en ce sens : O. LE BOT, « Référé-liberté à la Maison d'arrêt de Nîmes. Note sous CE, ord, 30 juillet 2015, *Section française de l'Observatoire international des prisons*, n° 392043 », *AJDA*, 2015, n° 39, p. 2216.

b) Le traitement de l'affaire *Lambert*

669. Le constat de l'exercice d'un plein contrôle de conventionnalité des lois. C'est au regard de la nature de la décision attaquée¹⁴⁴⁴ devant lui, et des effets de son exécution sur le droit à la vie d'une personne¹⁴⁴⁵ que le juge du référé-liberté a modulé, dans l'affaire *Lambert*, l'intensité du contrôle de la base légale de la décision médicale attaquée. Dans le premier arrêt avant dire droit du Conseil d'État, le juge du référé-liberté a en effet précisé son office en prévoyant qu'il lui revenait de faire usage de ses pouvoirs pour protéger le droit à la vie du patient lorsque la décision médicale d'arrêt des traitements « pourrait ne pas relever des hypothèses prévues par la loi »¹⁴⁴⁶. Puis, dans le second arrêt du 24 juin 2014, le juge du référé-liberté estime que cette décision d'arrêt des traitements du patient ne peut « être tenue pour illégale »¹⁴⁴⁷. Au sein de ces deux décisions, l'on constate que la détermination de l'intensité de son contrôle général de légalité ne fait pas mention de l'adverbe « manifestement ».

Concernant spécifiquement le contrôle de la compatibilité des dispositions législatives du code de la santé publique avec les stipulations de la Conv. EDH, le juge du référé-liberté consacre, dans cette hypothèse contentieuse, sa compétence d' « examiner un moyen tiré de l'incompatibilité des dispositions législatives dont il a été fait application avec les stipulations de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales »¹⁴⁴⁸. Une fois encore, le qualificatif « manifeste » est absent du considérant de principe. Dans l'arrêt du 24 juin 2014, le juge du référé-liberté du Conseil d'État n'a donc pas cantonné l'intensité de son contrôle à celle que prévoit l'article L. 521-2 du CJA. Il a en revanche procédé à un contrôle entier de la conventionnalité des dispositions législatives du code de la santé publique en concluant qu'elles « ne peuvent être regardées comme incompatibles »¹⁴⁴⁹ avec le droit à la vie garanti par l'article 2 de la Conv. EDH.

¹⁴⁴⁴ Il s'agit d'une « décision, prise par un médecin sur le fondement du code de la santé publique et conduisant à interrompre ou à ne pas entreprendre un traitement au motif que ce dernier traduirait une obstination déraisonnable ».

¹⁴⁴⁵ Il s'agit d'une décision dont l'exécution aurait pour effet de porter « de manière irréversible une atteinte à la vie ».

¹⁴⁴⁶ CE, ass., 14 février 2014, *M^{me} Lambert e. a.*, n° 375081, 375090, 375091, consid. 5.

¹⁴⁴⁷ CE, ass., 24 juin 2014, *M^{me} Lambert e. a.*, n° 375081, 375090, 375091, consid. 32.

¹⁴⁴⁸ CE, ass., 24 juin 2014, *op. cit.*, consid. 12.

¹⁴⁴⁹ CE, ass., 24 juin 2014, *op. cit.*, consid. 14. Voir également : CE, ord., 5 janvier 2018, n° 416689, pt. 9.

670. Il y a désormais lieu de considérer, lorsque le juge du référé-liberté est porté à juger de la mise en application d'une loi permettant d'interrompre ou non un traitement caractérisant une obstination déraisonnable et dont l'application pourrait porter une atteinte irréversible à la vie, qu'il « se transforme en un juge de droit commun »¹⁴⁵⁰ exerçant l'office d'un « plein juge de plein contentieux »¹⁴⁵¹. Si, au regard des circonstances de l'espèce, cette règle paraît opportune, sa conformité à l'article L. 521-2 du CJA et sa compatibilité avec les exigences de la Conv. EDH en matière de garantie du droit à la vie n'en sont pas moins douteuses.

671. Discussion sur la légalité *stricto sensu* et la conventionnalité d'un plein contrôle des lois par le juge du référé-liberté. Selon le point de vue de référence auquel l'on se place, l'exercice d'un plein contrôle de conventionnalité de la loi dans le cadre de l'affaire *Lambert* peut apparaître juridiquement fondé ou erroné.

672. Du point de vue du respect des exigences de la Cour. EDH en matière de contrôle de proportionnalité des atteintes au droit à la vie, le juge du référé-liberté semble avoir parfaitement respecté ses obligations procédurales conventionnelles. Il y a en effet peu de doute que l'effectivité de la garantie juridictionnelle du droit à la vie protégé par la Conv. EDH a influencé l'intensité du contrôle dans l'affaire *Lambert*¹⁴⁵². Cette modulation par le juge du référé-liberté de l'intensité de son office a d'ailleurs aussitôt et largement été félicitée tant par la doctrine¹⁴⁵³ que par le vice-président du Conseil d'État¹⁴⁵⁴. Cette intensité de contrôle a même été saluée par la Cour de Strasbourg qui a reconnu que l'affaire *Lambert* avait bénéficié de la part du juge du référé-liberté du Conseil d'État d'un « contrôle de légalité *complet* »¹⁴⁵⁵ et d'un examen « approfondi »¹⁴⁵⁶.

¹⁴⁵⁰ P. DELVOLVÉ, « Glissement », *RFDA*, 2014, n° 4, p. 702.

¹⁴⁵¹ *Ibid.*

¹⁴⁵² A. BRETONNEAU et J. LESSI, « Référés : l'irrésistible ascension », *AJDA*, 2014, n° 26, p. 1484 ; M. AFROUKH, « Référé-liberté et Convention européenne des droits de l'homme », *RFDA*, 2016, n° 4, p. 685.

¹⁴⁵³ F. SUDRE, « La fin de vie devant la Cour EDH : un brevet de conventionnalité délivré à la loi Leonetti. Note sous CEDH, gr. ch., 5 juin 2015, n° 46043/14, *Lambert et a. c/ France* », *JCP G*, 2015, n° 27, p. 805.

¹⁴⁵⁴ J.-M. SAUVÉ, « Bilan de quinze années d'urgence devant le juge administratif », in *L'urgence devant le juge administratif*, 5^{ème} édition des Etats généraux du droit administratif, colloque organisé par le Conseil d'Etat et le Conseil national des Barreaux, 26 juin 2015.

¹⁴⁵⁵ CEDH, GC, 5 juin 2015, *Lambert e. a. c. France*, n° 46043/14, § 171. Nous soulignons. Par l'expression « complet », la Cour entend souligner que le juge du référé-liberté ne s'est pas borné à un contrôle de l'illégalité manifeste.

¹⁴⁵⁶ CEDH, GC, 5 juin 2015, *Lambert e. a. c. France*, *op.cit.*, § 181. Voir également sur l'exigence d'un contrôle de proportionnalité attentif en matière d'atteinte au droit à la vie dans le cadre d'un recours à la force pour une

673. Du point de vue du respect des prescriptions législatives de l'article L. 521-2 du CJA, l'exercice d'un plein contrôle de la conventionnalité des lois doit supporter une critique nuancée.

Face à ce cas, le professeur Paul Cassia s'est pour sa part positionné de manière dubitative en se demandant, de manière peut-être exagérée, s'il était nécessaire de « saborder l'unité et l'intelligibilité du régime du référé-liberté, en procédant à un contrôle au fond, en statuant sur des questions juridiques complexes et inédites, en annihilant la condition législative d'illégalité manifeste »¹⁴⁵⁷. Il y a bien lieu de préciser qu'exceptée toute considération axiologiquement partielle sur le fond de l'affaire, la critique est juridiquement tout à fait fondée au regard d'une interprétation littérale des dispositions de l'article L. 521-2 du CJA.

En revanche, si l'on met en balance l'entorse faite à l'intensité légale du contrôle de légalité qu'il revient au juge du référé-liberté de mettre en œuvre avec l'esprit de la procédure, une position inverse peut être soutenue. C'est au titre de la mission qui lui est confiée de protéger de manière effective et efficace les libertés fondamentales, que pourrait être fondée sa compétence de moduler, dans certaines circonstances particulières, l'intensité de son contrôle de légalité. C'est ce qu'un auteur a pu suggérer par un aphorisme interrogateur : « À situation exceptionnelle, procédure exceptionnelle ? »¹⁴⁵⁸.

674. L'examen des modalités de contrôle des lois ne saurait se limiter aux méthodes que cette opération implique. Elles doivent aussi s'appréhender à l'aune des techniques auxquelles le juge a recours pour traiter ce type de contentieux.

SECTION 2 : Les techniques de contrôle des lois

675. Le contrôle d'une norme peut s'exercer selon différentes « techniques ». Nous employons ici ce terme par renvoi aux finalités possibles de ce type d'opération. Si le juge du provisoire ne peut, par définition, prononcer la validité ou l'invalidité d'une norme, il peut en revanche, d'une manière positive, établir son interprétation conforme aux droits fondamentaux

arrestation : CEDH, 10 juin 2010, *Vasil Sashov Petrov c. Bulgarie*, n° 63106/00, § 60 ; CEDH, 27 septembre 1995, *Mc Cann e. a. c. Royaume-Uni*, n° 18984/91, § 194.

¹⁴⁵⁷ P. CASSIA, « Arrêt de traitement médical : un bien étrange référé-liberté », *AJDA*, n° 22, 2014, p. 1225.

¹⁴⁵⁸ M. TOUZEIL-DIVINA, « *Ultima necat* ? Quatrième décision "Lambert" en six mois : non à l'acharnement ? », *JCP A.*, 2014, n° 26, act. 539, p. 13.

ou, d'une manière négative, prononcer son inapplicabilité dans le cadre du litige qui lui est soumis.

En premier lieu, l'application du droit pour la résolution d'un litige implique la recherche, par le juge, de son interprétation conforme aux normes supérieures¹⁴⁵⁹. Spécialement par rapport au droit de l'UE, la recherche privilégiée de l'application conforme des lois jouit d'ailleurs d'une « *priorité technique* »¹⁴⁶⁰ par rapport à celle de l'exception d'inuionité. La Cour de justice impose, dans le cas où le juge souhaite déclarer une loi inapplicable au motif de son incompatibilité avec le droit de l'UE, de tenter préalablement de trouver une interprétation conforme de la loi contestée avec le droit de l'UE¹⁴⁶¹. La Cour luxembourgeoise a d'ailleurs pu préciser ce caractère prioritaire en termes parfaitement clairs : « la question de savoir si une disposition nationale, dans la mesure où elle est contraire au droit de l'Union, doit être laissée inappliquée ne se pose que si aucune interprétation conforme de cette disposition ne s'avère possible »¹⁴⁶². Cet ordonnancement des techniques de contrôle des lois par rapport au droit de l'UE est d'ailleurs parfaitement reçu par le Conseil d'État¹⁴⁶³.

En outre, c'est en référence à l'adage *actus interpretendus est potius ut valeat quam ut pereat*¹⁴⁶⁴ que la recherche de l'applicabilité d'une loi pour la résolution d'un litige est privilégiée. C'est donc principalement pour ces raisons que tout juge, et spécialement celui du provisoire, recherche prioritairement à appliquer les lois conformément aux textes qui leur sont supérieurs (I). S'il s'avérait irréductiblement impossible pour le juge du provisoire d'en donner une interprétation conforme, il serait inévitablement amené à déclarer l'inconventionnalité ou l'inconstitutionnalité de la loi et, par conséquent, à écarter son application dans le cadre du litige en cours¹⁴⁶⁵. Si le pouvoir de prononcer l'inapplicabilité d'une loi par le biais de la technique de l'exception d'inconventionnalité n'implique pas d'entreprendre des développements

¹⁴⁵⁹ Voir *supra*.

¹⁴⁶⁰ D. SIMON, « Directive », *Rep. Dr. Eur.*, 2018 (actualisation juillet 2019). Nous soulignons.

¹⁴⁶¹ CJCE, 10 avril 1984, *Sabine von Colson et Elisabeth Kamann c. Land Nordrhein-Westfalen*, C-14/83, pt. 26 et 28 ; CJCE, 4 février 1988, *Mary Murphy e. a. c. An Bord Telecom Eireann*, C-157/86, pt. 11 : « Il appartient à la juridiction nationale de donner à la loi interne, dans toute la mesure où une marge d'appréciation lui est accordée par son droit national, une interprétation et une application conformes aux exigences du droit communautaire et de laisser, pour autant qu'une telle interprétation conforme n'est pas possible, inappliquée toute règle nationale contraire ».

¹⁴⁶² CJUE, GC, 24 janvier 2012, *Maribel Dominguez c. Centre informatique du Centre Ouest Atlantique et Préfet de la région Centre*, C-282/10, pt. 23 ; CJUE, 24 mai 2012, *Amia SpA, en liquidation c. Provincia Regionale di Palermo*, C-97/11, pt. 27.

¹⁴⁶³ CE, 22 décembre 1989, *Cercle militaire de la caserne Mortier*, n° 86113 ; CE, 14 mai 2010, *Senad Rujovic*, n° 312305.

¹⁴⁶⁴ L'acte doit être interprété de façon à lui donner vie plutôt que de le laisser sans effet.

¹⁴⁶⁵ Voir par exemple devant le juge administratif statuant au fond : CE, ass., 30 octobre 1996, *SA Cabinet Revert et Badelon*, n° 45126.

spécifiques lorsqu'il est exercé par le juge du provisoire, il est en revanche intéressant de formuler un plaidoyer pour la reconnaissance du caractère opérant, devant le juge du référé-liberté, des exceptions tirées de la contrariété d'une disposition législative aux droits et libertés que la Constitution garantit (II).

I) La recherche privilégiée de l'applicabilité des lois

676. Parce qu'il est des obligations inhérentes à toute fonction juridictionnelle, le juge du provisoire, à l'instar de tout juge, recherche de manière privilégiée l'applicabilité des lois au litige qu'il est appelé à trancher. L'on décèle, en plus des raisons évoquées en annonce de cette section, des finalités particulières poursuivies par le juge du provisoire lors de sa recherche de l'applicabilité conforme des lois.

Parce qu'il est un juge de l'urgence et qu'il doit rendre rapidement une décision, le juge du provisoire s'accommode mal des lourdeurs et lenteurs procédurales. Mais encore, parce qu'il statue au terme d'une instruction sommaire dépouillée dans une proportion non négligeable des garanties processuelles fondamentales, sa compétence de connaître du contentieux des lois souffre d'incertitudes et, pour certains, d'un manque de légitimité. C'est au regard de ces raisons, que le juge du provisoire peut être tenté d'avoir recours à la mise en œuvre positive de sa compétence de contrôler les lois en modulant leur contenu, voire en créant de nouvelles normes en étendant, complétant ou en restreignant leur champ d'application pour éviter les techniques classiques de contrôle direct des lois et celles opérées sur renvoi. C'est pour cette raison qu'il tente de maintenir dans le giron de son office le contentieux des lois, soit en excluant la saisine du juge *ad quem* des procédures de renvoi préalable (A), soit en travestissant une exception d'inconventionnalité par la technique de l'applicabilité conforme d'une loi (B).

A) La neutralisation du recours aux procédures de renvois préalables

677. Un souci plane en permanence sur le juge du provisoire : celui, pour faire face à l'urgence, de rendre sa décision le plus rapidement possible. Pourtant, il est évident que la mise en œuvre d'un renvoi préalable est un choix qui retarde le rendu d'une réponse aux demandes du requérant. Puisque la mise en œuvre des renvois s'apparente à une lourdeur supplémentaire source de ralentissements peu compatibles avec l'urgence, le juge du référé-liberté semble tenté de vouloir les contourner. Alors même qu'il y aurait un doute sur une loi et qu'un renvoi serait

nécessaire, par différentes techniques, dans un souci de célérité, le juge est en mesure de contourner la mise en œuvre d'un renvoi. Ces différentes techniques consistent dans le recours aux théories de l'interprétation conforme ou de l'acte clair. Parce qu'elles constituent le pendant du doute ou de la difficulté sérieuse propre aux renvois, ces techniques sont un moyen d'éviter de mettre en œuvre un renvoi. Conformément à l'adage *interpretatio cessat in claris*¹⁴⁶⁶, le juge du référé-liberté examine prioritairement la possibilité de recourir à la théorie de l'acte (loi ou disposition garantissant un droit fondamental) clair (1). À défaut d'acte clair, le juge s'efforce de conférer aux lois douteuses une interprétation conforme aux droits fondamentaux (2).

1) La théorie de l'acte clair

678. Le contournement de la nécessité de saisir la Cour de justice de l'UE d'un renvoi préjudiciel par le recours à la théorie de l'acte clair. La Cour de justice de l'UE permet au juge national dont les décisions sont insusceptibles de recours de se délier de l'obligation de renvoi prévue à l'article 267 du TFUE lorsque « l'application correcte du droit communautaire s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable »¹⁴⁶⁷. À propos de cette technique, l'ancien avocat général près la Cour de justice de l'UE, Maurice Lagrange, souligne avec raison que la théorie de l'acte clair n'est finalement qu'un « élément du contrôle de pertinence que le juge doit exercer avant de prononcer, s'il y a lieu, le renvoi préjudiciel »¹⁴⁶⁸.

679. C'est ainsi que très tôt, et à plusieurs reprises, la théorie de l'acte clair fut avancée par le Conseil d'État statuant au fond, pour éviter d'avoir à procéder à la saisine sur renvoi préjudiciel de la Cour luxembourgeoise¹⁴⁶⁹.

Tandis que l'invocation de la théorie de l'acte clair traduisait principalement les réticences du

¹⁴⁶⁶ L'interprétation cesse quand les choses sont claires. Voir B. FRYDMAN, *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, Bruylant, 2011, 2^e éd., p. 302.

¹⁴⁶⁷ CJCE, 6 octobre 1982, *Srl CILFIT et Lanificio di Gavardo SpA c. Ministère de la santé*, C-283/81, pts. 16 et 21.

¹⁴⁶⁸ M. LAGRANGE, « La théorie de l'acte clair : pomme de discorde ou trait d'union ? », *Gaz. Pal.*, 1971, p. 131. Dans le même sens : J.-F. COUZINET, « Le renvoi en appréciation de validité devant la CJCE », *RTDE*, 1976, pp. 657-662 ; L. COUTRON, *La contestation incidente des actes de l'Union européenne*, Bruylant, 2008, pp. 335-341.

¹⁴⁶⁹ Voir par exemple : CE, ass., 19 juin 1964, *Société des pétroles Shell-Berre*, n° 47007, 47008, 47028, 47029, 47030, 48961, 48692, 49019 ; CE, 10 février 1967, *SA des établissements Petitjean e. a.*, n° 59125, 59126 et 59329 ; CE, ass., 27 juillet 1979, *Syndicat national des fabricants de spiritueux consommés à l'eau*, n° 09664 ; CE, 12 octobre 1979, *Syndicat des importateurs de vêtements et produits artisanaux*, n° 08788 ; CE, 6 janvier 1997, *Société Euralair international*, n° 163524.

Conseil d'État à mettre en œuvre la procédure du renvoi préjudiciel, son utilisation éventuelle dans le cadre de la procédure du référé-liberté n'aurait plus aujourd'hui cette saveur. Il y a tout lieu de croire qu'à l'époque d'un dialogue apaisé, les considérations politiques sont mises de côté au profit des difficultés d'articulation procédurale des deux procédures¹⁴⁷⁰. Quoiqu'il en soit, la théorie de l'acte clair pourrait potentiellement être avancée par le juge du référé-liberté en vue de contourner la mise en œuvre chronophage et lourde d'un renvoi préjudiciel à la Cour de Luxembourg. Cela semble d'autant plus envisageable que le recours à la théorie de l'acte clair intègre parfaitement l'office du juge du référé-liberté puisqu'il peut y être fait recours lorsque l'application du droit de l'UE s'impose avec une « *évidence* telle qu'elle ne laisse place à *aucun doute raisonnable* »¹⁴⁷¹.

680. Le contournement de la nécessité de saisir le Conseil constitutionnel d'une question prioritaire de constitutionnalité par le recours à la théorie de l'acte clair. Peu de temps avant l'entrée en vigueur de la QPC, la professeure Lauréline Fontaine envisageait déjà certaines difficultés liées à son application aux référés administratifs d'urgence. Voyant poindre quelques difficultés, l'auteure venait à espérer que le juge de l'urgence prenne l'habitude d'éviter le renvoi des QPC en invoquant la théorie de l'acte clair¹⁴⁷².

En pratique, cette théorie n'a toutefois jamais été mobilisée par le juge du référé-liberté pour justifier le non-renvoi d'une QPC. En revanche, il est à noter que l'argument de la clarté des dispositions législatives attaquées a déjà été soulevé en défense par l'administration au soutien de conclusions exhortant le juge du référé-suspension à ne pas renvoyer une QPC soulevée par la partie requérante¹⁴⁷³. Le juge du référé-liberté pourrait être disposé à invoquer cette théorie dans le cas où, pour le besoin du traitement urgent d'une affaire pouvant facilement être résolue, il motiverait un éventuel refus de renvoi d'une QPC par la mobilisation de la théorie de la « disposition législative claire » ou de celle du « droit ou d'une liberté que la Constitution garantit clair ». C'est ainsi qu'afin de refuser de reconnaître le caractère sérieux d'une QPC soulevée, le Conseil d'État statuant au fond et en dehors de toute pression liée à des délais de

¹⁴⁷⁰ Voir *supra* : Partie 1, Titre 1.

¹⁴⁷¹ CJCE, 6 octobre 1982, *Srl CILFIT et Lanificio di Gavardo SpA c. Ministère de la Santé*, C-283/81, pt. 16. Nous soulignons.

¹⁴⁷² L. FONTAINE, « Le contrôle de constitutionnalité par voie préjudicielle en France : quelles pratiques ? », *Compte-rendu analytique, critique... et pédagogique du colloque du 16 février 2009, organisé à Paris par le Ministère de la Justice, l'UMR 6201, Institut Louis Favoreu, GEREC, CDPC, IEIA et l'AFDC*, p. 7.

¹⁴⁷³ CE, 21 octobre 2010, *Conférence nationale des présidents des unions régionales des médecins libéraux*, n° 343527.

jugement urgents, a pu à de nombreuses reprises invoquer la théorie de la « Constitution claire » pour éviter le renvoi d'une QPC¹⁴⁷⁴.

681. Le contournement de la nécessité de saisir le juge administratif d'une question préjudicielle par le recours à la théorie de l'acte clair. Sur le fondement de considérations liées à la bonne administration de justice et au jugement dans des délais raisonnables, la Cour de cassation justifie la compétence du juge judiciaire de connaître du contentieux de la légalité des actes administratifs individuels lorsque ces derniers sont pour le moins « *clairs* et qu'il *n'est pas nécessaire de les interpréter* »¹⁴⁷⁵. Il y a tout lieu d'imaginer que cette solution pourrait se voir reprise par le juge du référé-liberté confronté à la nécessité de saisir le juge judiciaire d'une question préjudicielle.

682. Le contournement de la nécessité de saisir le ministre des Affaires étrangères d'une question préjudicielle par le recours à la théorie de l'acte clair. Dans ses conclusions sous l'arrêt *Karl et Toto Samé*¹⁴⁷⁶ du 3 juillet 1931, le Commissaire du gouvernement, Charles Etori, estimait que la clarté évidente des stipulations d'un traité international commandait de ne pas saisir le ministre des Affaires étrangères d'une question préjudicielle relative à leur interprétation¹⁴⁷⁷. C'est dans un arrêt *Jabin-Dudognon*¹⁴⁷⁸, rendu sept ans plus tard, que le Conseil d'État eut recours pour la première fois à la théorie de l'acte clair pour justifier l'absence de saisine du ministre des Affaires étrangères pour l'interprétation d'une stipulation d'un traité international. Retraçant l'historique des questions préjudicielles au ministre des Affaires étrangères, le Commissaire du gouvernement, Rony Abraham, dans ses conclusions sous l'arrêt *GISTI* du 29 juin 1990, avait d'ailleurs pu faire état du « large usage »¹⁴⁷⁹ par le Conseil d'État de la théorie de l'acte clair pour contourner la nécessité de se dessaisir au profit du ministre des Affaires étrangères. Cet exemple illustre l'absence de réticence de principe du Conseil d'État de consacrer explicitement le recours à la théorie de l'acte clair afin de contourner la mise en œuvre d'une procédure de renvoi.

¹⁴⁷⁴ CE, 25 juin 2010, *Région Lorraine*, n° 339842 ; CE, 25 juillet 2010, *Région Lorraine*, n° 340492 ; CE, 15 septembre 2010, *Thalineau*, n° 330734 ; CE, 2 mars 2011, *Société d'exploitation Marinys*, n° 345288 ; CE, 21 septembre 2012, n° 361632 et n° 360602 ; CE, 3 novembre 2010, *Mme Christine*, n° 342502 ; CE, 23 décembre 2010, *Association Arab Women's Solidarity Association France*, n° 337899.

¹⁴⁷⁵ C. cass., crim., 21 décembre 1961, *Dame LeRoux*, *Dalloz*, 1962, p. 102. Nous soulignons.

¹⁴⁷⁶ CE, ass., 3 juillet 1931, *Karl et Toto Samé*, *Rec. Leb.*, p. 722.

¹⁴⁷⁷ C. ETTORI, « Concl. sous CE, ass., 3 juillet 1931, *Karl et Toto Samé* », *S.*, 1931, n° 3, p. 133.

¹⁴⁷⁸ CE, ass., 1^{er} juillet 1938, *Jabin-Dudognon*, *Rec. Leb.*, p. 607.

¹⁴⁷⁹ R. ABRAHAM, « Contrôle par le juge de l'interprétation d'un traité international et de la conformité à celui-ci d'une circulaire ministérielle. Concl. sous CE, 26 juin 1990, *GISTI*, n° 78519 », *AJDA*, 1990, n° 9, p. 621.

683. Le recours à l'interprétation conforme semble retenu d'une manière plus prononcée que la mobilisation de la théorie de l'acte clair pour contourner la mise en œuvre d'un renvoi nécessaire à la résolution d'un conflit portant sur une loi attentatoire aux droits fondamentaux.

2) Le recours à l'interprétation conforme d'une loi

684. La technique de l'interprétation conforme consiste dans la « conciliation par la voie de l'interprétation de deux énoncés juridiques apparemment incompatibles »¹⁴⁸⁰. Cette technique, également connue sous le nom de « réserve conventionnelle »¹⁴⁸¹, se décline sous différentes appellations qui caractérisent de subtiles variantes : l'interprétation provisoire, l'interprétation neutralisante, ou encore l'interprétation conforme par référence à un précédent jurisprudentiel. Dès lors que le juge nourrit un doute sur la constitutionnalité ou la conventionnalité d'une loi dont il doit faire application et qui pourrait faire l'objet d'un renvoi, il peut être tentant pour ce juge de déclarer que ce texte ne soulève pas de difficultés d'interprétation insurmontables et de procéder lui-même à son interprétation « conforme » aux droits fondamentaux supra-législatifs.

685. L'interprétation conforme d'une loi par référence à un précédent jurisprudentiel comme moyen d'éviter la saisine sur renvoi du Conseil constitutionnel et de la Cour de justice de l'UE. Dans l'objectif d'évincer tout doute ou difficulté sérieux justifiant la mise en œuvre d'un renvoi, l'argument de l'interprétation conforme peut être mobilisé par le juge ou les parties par référence à deux types de précédent jurisprudentiel. Soit à celui dans lequel la loi contestée a fait l'objet d'un contrôle direct dans le cadre d'un précédent recours, soit à celui dans lequel la loi a été contrôlée sur renvoi dans le cadre d'une précédente affaire. Cette dernière hypothèse trouve particulièrement à s'appliquer dans le cadre de la

¹⁴⁸⁰ D. SIMON, « Repenser le raisonnement interprétatif : autonomie ou circulation des principes, des méthodes et des techniques, dans les rapports de systèmes », in B. BONNET (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, LGDJ, 2016, p. 611.

¹⁴⁸¹ A. BRETONNEAU, « Droits subjectifs contre interdit législatif. Concl. sous CE, ass., 31 mai 2016, n° 396848, *M^{me} Gonzalez-Gomez* », *RFDA*, 2016, n° 4, p. 740. Faisant référence à cette ordonnance, Édouard Crépey partageait l'idée qu'« il aurait été possible de parvenir à un constat de compatibilité du contenu sous réserve conventionnelle illustrée par le cas d'espèce, selon la logique qui avait été privilégiée dans l'affaire Bitouzet » : É. CRÉPEY, « Concl. sous CE, 28 décembre 2017, *Molénat*, n° 396571 » cité par X. DUPRÉ DE BOULOIS, « Contrôle de conventionnalité *in concreto* : À quoi joue le Conseil d'État ? Note sous CE, 26 décembre 2017, *Molénat* », *RDLF*, 2018, chron. n° 4. Cette technique a été mise en œuvre dans différents arrêts du Conseil d'État : CE, 11 février 2004, *Schiocchet*, n° 211510 ; CE, 22 septembre 2017, *SCI APS*, n° 400825.

possibilité pour le juge de contourner la saisine du Conseil constitutionnel d'une QPC¹⁴⁸², de la Cour de justice de l'UE d'un renvoi préjudiciel ou du juge judiciaire d'une question préjudicielle.

686. C'est ainsi que, dans l'optique d'éviter d'avoir à procéder au renvoi d'une QPC¹⁴⁸³, le Conseil d'État a mobilisé dans l'arrêt *Association Alcaly*¹⁴⁸⁴ la technique de l'interprétation conforme en se référant à l'arrêt *Sacilor Lormines* de la Cour EDH. De même, le juge administratif a pu justifier l'absence de caractère sérieux d'une QPC et donc son non-renvoi au Conseil constitutionnel en se fondant sur un contrôle de conventionnalité de la loi déjà exercé dans un arrêt antérieur du Conseil d'État¹⁴⁸⁵.

En ce sens, le professeur Bertrand De Lamy a pu soutenir une proposition permettant à tout juge ordinaire de ne pas renvoyer une QPC et d'examiner lui-même une exception d'inconstitutionnalité d'une disposition législative qui aurait un objet analogue à celui d'une disposition législative contrôlée par le Conseil constitutionnel dans une décision antérieure¹⁴⁸⁶. L'on peut d'ailleurs tirer de la jurisprudence du Conseil constitutionnel une invitation au recours à cette méthode. Il a en effet jugé que :

« si l'autorité attachée à une décision du Conseil constitutionnel déclarant inconstitutionnelles des dispositions d'une loi ne peut en principe être utilement invoquée à l'encontre d'une autre loi conçue en termes distincts, il n'en va pas ainsi lorsque les dispositions de cette loi, bien que rédigées sous une forme différente, ont, en substance, un objet analogue à celui des dispositions législatives déclarées contraires à la Constitution »¹⁴⁸⁷.

Dans un arrêt *Da Costa en Schaake*, la Cour de Luxembourg a construit une exception aux hypothèses dans lesquelles une juridiction est obligée de procéder à un renvoi préjudiciel lorsque la question à laquelle elle est confrontée « est matériellement identique à une question

¹⁴⁸² J. BONNET, « Le point de vue du constitutionnaliste sur le non-renvoi des QPC par les cours suprêmes », in N. DROIN et A. FAUTRE-ROBIN, *Le non-renvoi des QPC. Unité ou diversité des pratiques de la Cour de cassation et du Conseil d'État*, Institut Universitaire Varenne, 2018, pp. 24-25.

¹⁴⁸³ M. GROS, « Le recours à l'interprétation conforme implicite comme technique de non-renvoi dans les deux ordres juridictionnels », in E. CARTIER, L. GAY, et A. VIALA (dir.), *La QPC : vers une culture constitutionnelle partagée ?*, Institut Universitaire Varenne, 2015, p.

¹⁴⁸⁴ CE, 16 avril 2010, *Association Alcaly e. a.*, n° 320667.

¹⁴⁸⁵ CE, 25 juin 2010, *Mortagne*, n° 326363 ; CE, 16 juin 2010, *SCI La Saulaie*, n° 334665. Voir : M. AFROUKH, « L'autonomie du contrôle prioritaire de constitutionnalité » in R. TINIÈRE (dir.), *Question prioritaire de constitutionnalité et droit européen des droits de l'homme : entre autonomie et convergence*, Nemesis Anthemis, 2017, pp. 24 et s.

¹⁴⁸⁶ B. DE LAMY, « Les incidences, possibles et souhaitables, de l'avènement de la question préjudicielle de constitutionnalité (Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^e République) », *RSC*, 2009, n° 1, p. 154.

¹⁴⁸⁷ CC, n° 89-258 DC, 8 juillet 1989, *Loi portant amnistie*, consid. 13.

ayant déjà fait l'objet d'une décision à titre préjudiciel dans une affaire analogue »¹⁴⁸⁸. L'arrêt *Société des Établissements Petitjean*¹⁴⁸⁹ est la première affaire dans laquelle le Conseil d'État a fait référence à un précédent jurisprudentiel de la Cour de Luxembourg pour éviter d'avoir à mettre en œuvre un renvoi préjudiciel.

687. Saisi d'un recours pour excès de pouvoir, le Conseil d'État, dans une démarche d'accélération du jugement de l'affaire, a transposé au contentieux administratif la jurisprudence du Tribunal des conflits dite *du Chéneau*¹⁴⁹⁰. Il juge en conséquence « qu'eu égard à l'exigence de bonne administration de la justice et aux principes généraux qui gouvernent le fonctionnement des juridictions, en vertu desquels tout justiciable a droit à ce que sa demande soit jugée dans un délai raisonnable », il peut ne pas être procédé au renvoi d'une question préjudicielle au juge judiciaire s'il apparaît manifestement, « *au vu d'une jurisprudence établie*, que la contestation peut être accueillie par le juge saisi au principal »¹⁴⁹¹. Ce dernier exemple démontre que l'exigence de respect d'un « délai raisonnable » de jugement d'une affaire et *a fortiori* l'urgence peuvent fonder le recours par le juge du référé-liberté à l'interprétation conforme d'une loi par référence à un précédent jurisprudentiel pour éviter la mise en œuvre d'un renvoi préalable.

688. L'interprétation conforme d'une loi comme moyen de neutraliser la nécessité de mettre en œuvre un renvoi préjudiciel en interprétation à la Cour de justice de l'UE. Dans l'arrêt *Conseil national des barreaux*¹⁴⁹², la technique de l'interprétation conforme a clairement été mobilisée par le Conseil d'État pour contourner la nécessité de mettre en œuvre un renvoi préjudiciel en interprétation à la Cour de justice de l'UE. Dans ses conclusions, Mattias Guyomar expliquait ce contournement du recours à la procédure de l'article 267 du TFUE par une nécessité de statuer « sans tarder » sur l'affaire en cours. Le Commissaire du gouvernement fondait cette stratégie sur l'exigence de bonne administration de la justice « qui

¹⁴⁸⁸ CJCE, 27 mars 1963, *Da Costa en Schaake NV e. a. c. Administration fiscale néerlandaise*, aff. jtes. C-28/62 à 30/62.

¹⁴⁸⁹ CE, 10 février 1967, *Société des Établissements Petitjean e. a.*, n° 59125 ; Voir également : CE, 11 décembre 1987, *Jean X.*, n° 56645 ; CE, 11 décembre 1987, *Ministre du travail et de la Formation Professionnelle c. Heisch*, n° 73887 ; CE, 9 mai 1990, *Comité économique agricole fruits et légumes de la région Basse-Normandie*, n° 55171 ; CE, 24 septembre 1990, *Maurice X.*, n° 58657 ; CE, 7 décembre 1992, *Syndicat du commerce moderne de l'équipement de la maison*, n° 121441 ; CE, 15 avril 1996, *Transports Freymuth*, n° 142020.

¹⁴⁹⁰ TC, 17 octobre 2011, *Préfet de la Région Bretagne, Préfet d'Ille-et-Vilaine, SCEA du Chéneau c. Interprofession nationale porcine e. a.*, n° C3828-3829.

¹⁴⁹¹ CE, 23 mars 2012, *Fédération Sud Santé sociaux*, n° 331805. Nous soulignons.

¹⁴⁹² CE, 10 avril 2008, *Conseil national des barreaux*, n° 296845 et 296907.

milite en faveur de l'économie de procédure »¹⁴⁹³.

De même, confronté à une difficulté d'interprétation du droit de l'UE, le Commissaire du gouvernement, Henri Savoie, proposait à la formation de jugement, dans ses conclusions sous l'arrêt *Communauté de communes du Piémont de Barr*¹⁴⁹⁴, de ne pas actionner la procédure du renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'UE mais, et c'est ce que fit le Conseil d'État saisi en tant que juge de cassation d'un référé-précontractuel, de procéder lui-même à l'interprétation conforme de l'acte à la légalité douteuse. Les raisons justifiant cette position tenaient principalement à la nature du référé et la nécessité de juger rapidement. C'est en effet en ces termes qu'il se prononça :

« Nous vous aurions d'ailleurs proposé une telle solution si vous n'aviez pas été saisis de cette question dans le cadre d'un pourvoi en cassation engagé sur la base de la procédure de l'article L. 22 du code des TA et des CAA. Mais cette procédure de référé précontractuel nous paraît imposer au juge administratif, même au stade de la cassation, un jugement aussi rapide que possible de l'affaire. Or, la procédure de question préjudicielle est nécessairement longue et le risque que le contrat soit, pendant ce laps de temps, conclu sur la base des prescriptions fixées par l'ordonnance attaquée n'est pas mince. Dans ces conditions nous vous invitons à trancher vous-même la question de la portée exacte de l'article 6 de la directive 92/50 »¹⁴⁹⁵.

Une fois encore, l'exigence de juger rapidement une affaire justifie le recours à la technique de l'interprétation conforme pour contourner la mise en œuvre nécessaire d'un renvoi préjudiciel à la Cour luxembourgeoise. C'est en ce sens que le juge du référé-liberté a pu neutraliser la nécessité de mettre en œuvre un renvoi préjudiciel en interprétation en ayant recours à la technique dite de l'interprétation conforme à *titre provisoire*.

689. L'interprétation conforme à titre provisoire d'une loi comme moyen éprouvé de neutraliser la nécessité de mettre en œuvre un renvoi préjudiciel en interprétation à la Cour de justice de l'UE. Le juge du référé-liberté n'a jamais mis en œuvre la procédure prévue à l'article 267 du TFUE. Lorsqu'il a été confronté à la nécessité de devoir procéder à un renvoi préjudiciel, le juge du référé liberté a jugé ne pouvoir, au regard du cas d'espèce, « utilement » se dessaisir au profit de la Cour de justice de l'UE. Ce refus a néanmoins été « compensé » en estimant qu'il relevait de son office « de préciser, à titre provisoire, le sens et la portée des

¹⁴⁹³ M. GUYOMAR, « Les rapports entre droit communautaire, droit de la Convention européenne et droit interne. A propos du secret professionnel des avocats. Concl. sous CE, 10 avril 2008, *Conseil national des barreaux e. a.*, n° 296845 », *RFDA*, 2008, n° 3, p. 575.

¹⁴⁹⁴ CE, 20 mai 1998, *Communauté de communes du Piémont de Barr e. a.*, n° 188239.

¹⁴⁹⁵ H. SAVOIE, « L'application de la directive sur les marchés publics de services aux contrats entre personnes publiques. Concl. sous CE, 20 mai 1998, *Communauté de communes du Piémont de Barr e. a.*, n° 188239 », *RFDA*, 1998, n° 3, p. 609.

dispositions de droit dérivé dont il doit faire application »¹⁴⁹⁶. La justification de ce refus tient donc aux circonstances du cas d'espèce ainsi qu'à la possibilité d'avoir recours, de manière compensatoire à l'absence de saisine de la Cour de justice, à l'interprétation conforme au droit de l'UE à titre provisoire d'une loi.

690. L'interprétation conforme comme moyen de neutraliser le caractère sérieux d'une QPC et la nécessité de la renvoyer au Conseil constitutionnel. En dehors de toute situation d'urgence, c'est par l'établissement de l'interprétation conforme d'une disposition législative arguée de contrariété aux droits et libertés que la Constitution garantit, que le juge administratif statuant dans le cadre d'un recours en annulation a pu refuser de procéder au renvoi d'une QPC¹⁴⁹⁷. Pour des raisons liées à l'urgence, il n'est pas impossible que la recherche de l'interprétation conforme d'une disposition législative soit effectuée à plus forte raison par le juge du référé-liberté pour contourner la transmission ou le renvoi d'une QPC. Il y aurait là un rapprochement évident avec la décision de la Cour constitutionnelle italienne qui a érigé, dans une sentence n° 356 de 1996¹⁴⁹⁸, une condition préalable aux deux autres conditions classiques de la question incidente de constitutionnalité relatives au caractère pertinent et non manifestement infondé de la question soulevée. Désormais, le juge *a quo* italien a en effet l'obligation de tenter de dégager une interprétation conforme d'une disposition législative arguée d'inconstitutionnalité. C'est seulement à défaut de ne pouvoir y parvenir, que le renvoi d'une question incidente de constitutionnalité à la Cour constitutionnelle s'impose¹⁴⁹⁹.

Mais, si le recours à l'interprétation conforme d'une disposition législative, en vue d'écarter le caractère sérieux d'une QPC pour des questions de contraintes liées à l'urgence, peut *a priori*

¹⁴⁹⁶ CE, ord., 3 juin 2005, n° 281001 ; CE, ord., 18 octobre 2006, *Mme Djabrailova, épouse Mutsulkhanova.*, n° 298101. Cette affaire concernait l'interprétation provisoire d'un règlement européen ; CE, ord., 6 décembre 2006, *Taymuskhanov et M^{me} Terbulatova, épouse Taymuskhanov*, n° 299218.

¹⁴⁹⁷ CE, 19 mai 2010, *Théron*, n° 331025, consid. 2 : « l'article 728-1, qui établit un cadre général organisant le traitement des valeurs pécuniaires dont peuvent disposer les détenus, prévoit l'ouverture pour chacun d'un compte nominatif et renvoie à un décret le soin de fixer "les modalités de gestion du compte nominatif des détenus", n'a pas par lui-même pour objet et ne saurait avoir pour effet d'imposer aux personnes prévenues un prélèvement définitif de leurs avoirs au profit des parties civiles et des créanciers d'aliments, dès lors que cette mesure, dont il est excipé qu'elle méconnaîtrait le principe de la présomption d'innocence, a un caractère purement conservatoire ; que par suite, la question soulevée n'est pas nouvelle et ne présente pas un caractère sérieux ».

¹⁴⁹⁸ *Corte cost., sent. n° 356/1996*, 14 octobre 1993.

¹⁴⁹⁹ T. DI MANNO, « L'impossibilité de l'interprétation conforme de la loi à la Constitution, condition de recevabilité de la question incidente de constitutionnalité italienne », in L. GAY (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé*, Bruylant, 2014, p. 123 et s. ; J.-J. PARDINI, « Contrôle de constitutionnalité, interprétation conforme et décisions de justice en Italie : vers une nouvelle configuration des rapports entre la Cour constitutionnelle et les juges ordinaires », in (M. FATIN-ROUGE STEFANINI et C. SEVERINO (dir.), *Le contrôle de constitutionnalité des décisions de justice : une nouvelle étape après la QPC ?*, Confluence des droits, 2017, p. 217 et s.

être concevable, elle peut en revanche être regrettable pour le justiciable qui espère une saisine du Conseil constitutionnel et attend une décision d'abrogation ou une réserve d'interprétation avec l'autorité de chose jugée que lui confère l'article 62 de la Constitution.

Le Conseil constitutionnel a déjà pu se prononcer sur cette stratégie que pourrait adopter un juge *a quo*. Il ne la condamne pas, mais limite son utilisation à la seule interprétation conforme d'une disposition législative aux droits et libertés que la Constitution garantit. Expliqué de manière négative, il considère en effet que « le juge appelé à se prononcer sur le caractère sérieux d'une question prioritaire de constitutionnalité ne peut, pour réfuter ce caractère sérieux, se fonder sur l'interprétation de la disposition législative contestée qu'impose sa conformité aux engagements internationaux de la France, que cette interprétation soit formée simultanément à la décision qu'il rend ou l'ait été auparavant »¹⁵⁰⁰.

691. Parce qu'elles permettent d'éviter le recours à un renvoi, ces techniques apportent clairement le bénéfice d'accélérer l'opération d'examen des moyens tirés de la contrariété d'une loi avec les droits fondamentaux. Il ne faut toutefois pas négliger le désavantage qu'elles impliquent, consistant à laisser subsister dans l'ordre juridique une disposition législative contraire aux droits fondamentaux ou encore le risque de la permanence de difficultés ou d'erreurs d'interprétation.

Par ailleurs, l'abus du recours à ces techniques pour éviter la mise en œuvre de la procédure de l'article 267 du TFUE est de nature à encourir la condamnation de la France par la Cour de justice de l'UE à l'occasion d'un recours en manquement.

La recherche privilégiée de l'applicabilité des lois par le juge du référé-liberté n'a pas pour seule utilité d'éviter la mise en œuvre d'un renvoi préalable. Elle permet également, pour différentes raisons, de contourner la technique de l'exception d'inconventionnalité des lois.

B) Le contournement de la technique de l'exception d'inconventionnalité des lois

692. Parce qu'il s'est d'abord contraint à refuser de connaître des moyens tirés de l'exception d'inconventionnalité des lois, le juge du référé-liberté s'est passablement senti l'âme de contourner son incompétence en ayant recours à la technique de l'interprétation conforme (1). Alors qu'il s'est finalement auto-investi de la compétence de connaître de telles

¹⁵⁰⁰ CC, décision n° 2020-858/859 QPC, 2 octobre 2020, *M. Geoffrey F. et autre [Conditions d'incarcération des détenus]*, pt. 9.

exceptions, il est encore appelé à préférer la technique de l'interprétation conforme pour éviter les inconvénients prétendus de la technique de l'exception d'inconventionnalité concrète des lois (2).

1) Le contournement de l'incompétence du juge du référé-liberté de connaître des exceptions d'inconventionnalité des lois

693. L'interprétation conforme du droit applicable à un litige est une opération inhérente à toute fonction juridictionnelle et peut être rendue, y compris pour la première fois, par le juge du provisoire¹⁵⁰¹. Elle est de surcroît une exigence tirée du droit de l'UE, qui impose au juge national, « dans toute la mesure du possible »¹⁵⁰² et à titre prioritaire, d'interpréter le droit national et notamment les lois conformément au droit de l'UE¹⁵⁰³.

694. Initialement confiné dans un office étriqué en matière de connaissance du contentieux des lois, le juge du référé-liberté n'a pas manqué de se saisir de cette technique pour éviter d'avoir à examiner un moyen tiré de l'exception d'inconventionnalité d'une loi et d'en prononcer son inapplicabilité au litige en cours.

Antérieurement à la jurisprudence *Diakité*, dans deux ordonnances rendues en 2009 relatives au contentieux de l'asile¹⁵⁰⁴, le juge de l'article L. 521-2 du CJA opère une interprétation neutralisante d'une loi pour rendre son application « conforme aux objectifs » des directives européennes invoquées par les requérants¹⁵⁰⁵. La neutralisation de la portée d'une loi par la précision de son interprétation conforme aux objectifs d'une directive fut en l'espèce un subterfuge emprunté par le juge du référé-liberté pour contourner son refus de connaître des exceptions d'inconventionnalité des lois¹⁵⁰⁶.

De même, sans que l'on en saisisse bien la raison, dans une ordonnance *Chakraborty* de 2011,

¹⁵⁰¹ Voir *Supra* : Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, Paragraphe 2, A), 1), a), α).

¹⁵⁰² CJCE, 13 novembre 1990, *Marleasing SA c. La Comercial Internacional de Alimentacion SA*, C-106/89, pt. 8.

¹⁵⁰³ R. KOVAR, « L'interprétation des droits nationaux en conformité avec le droit communautaire », in *La France, l'Europe et le Monde, Mélanges en l'honneur de Jean Charpentier*, Pedone, 2008, p. 381 ; D. SIMON, « Directive », *Rep. Dr. Eur.*, 2018 (actualisation juillet 2019), pts. 129 et s.

¹⁵⁰⁴ CE, ord., 17 septembre 2009, *Ministre de l'Immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du développement solidaire c. Mlle Mahamad Imane Salah*, n° 331950 et CE, ord., 20 octobre 2009, *Ministre de l'Immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du développement solidaire c. Époux Mirzoian*, n° 332631.

¹⁵⁰⁵ Il s'agissait dans ces affaires de l'interprétation conforme aux objectifs de la directive 2003/9/CE du 27 janvier 2003 relative à l'accueil des demandeurs d'asile de diverses dispositions législatives prévoyant les conditions matérielles d'accueil des demandeurs d'asile.

¹⁵⁰⁶ S. SLAMA, « Droit de tous les demandeurs d'asile à des conditions matérielles d'accueil décentes dès leur accueil en préfecture », *AJDA*, 2010, n° 4, p. 202.

le juge du référé-liberté a fait un retour surprenant à sa jurisprudence *Carminati* alors qu'il avait, quelques mois plus tôt, opéré un revirement partiel de jurisprudence reconnaissant sa compétence de connaître des incompatibilités manifestes des lois avec le droit de l'UE¹⁵⁰⁷. Dans cette affaire, pour éviter d'avoir à constater l'incompatibilité d'une loi avec le droit de l'UE et donc en déclarer l'inapplicabilité pour la résolution du litige¹⁵⁰⁸, le juge du référé-liberté a encore préféré recourir à la technique de l'interprétation conforme de la loi au regard d'une directive de l'UE.

Le point commun entre ces trois affaires réside dans la contestation de dispositions législatives relatives au droit d'asile. Il est possible d'avancer l'hypothèse consistant à considérer que c'est le caractère sensible de ce domaine qui pourrait avoir conduit le juge du référé-liberté dans la voie de la recherche de l'applicabilité conforme de ces dispositions plutôt que dans celle de la censure par la déclaration de leur inapplicabilité à ces litiges.

695. La recherche par le juge du référé-liberté de l'applicabilité conforme des lois aux droits fondamentaux a premièrement eu pour fonction de contourner son incompétence de connaître des moyens tirés de l'exception d'inconventionnalité des lois. Une fois ce refus abandonné, le juge de l'article L. 521-2 du CJA demeure épris par la tentation de privilégier la recherche de l'applicabilité conforme des lois aux droits fondamentaux afin de contourner les inconvénients prétendus de la technique de l'exception d'inconventionnalité concrète des lois.

2) Le contournement des prétendus inconvénients de la technique de l'exception d'inconventionnalité concrète des lois

696. L'on retrouve dans le discours doctrinal et spécialement dans celui des juristes privatistes, une dénonciation croissante et simpliste des inconvénients de la technique de l'exception d'inconventionnalité concrète des lois. Réalimentée par l'affaire *Gonzalez-Gomez*, la défiance envers le recours à cette technique de contrôle des lois a pu faire émerger des invitations adressées au juge du référé-liberté de préférer le recours à la technique de l'interprétation conforme. Le registre de la critique se concentre sans surprise ni évolution dans la sempiternelle peur du « gouvernement des juges » liée au dogme de la sacralisation de la loi (a). C'est encore parce qu'elle fait craindre pour la sécurité juridique que l'exception

¹⁵⁰⁷ CE, ord., 16 juin 2010, *Diakité*, n° 340250.

¹⁵⁰⁸ CE, ord., 25 janvier 2011, *M. Debrata Chakraborty*, n° 345800.

d'inconventionnalité concrète des lois cède la place à la technique de l'interprétation conforme (b).

- a) L'interprétation conforme, une technique prétendument plus « respectueuse » de l'œuvre législative

697. La technique du contrôle concret de la conventionnalité des lois, catalyseur de la critique doctrinale de l'essor des droits fondamentaux. Ce qui a le plus été contesté par la doctrine dans la consécration, dans l'affaire *Gonzalez-Gomez*, de la compétence du juge du référé-liberté de contrôler la conventionnalité concrète des lois est l'atteinte portée à la souveraineté de la loi. En l'espèce, la loi contenait une interdiction stricte, parfaitement claire et univoque de l'insémination *post-mortem*. L'interdit législatif plaçait par conséquent l'administration dans une situation de compétence liée. Dès lors, il pouvait sembler, à première vue, légitime que soit critiqué le rendu d'un jugement *contra legem*. C'est spécialement au sein de la doctrine civiliste et très minoritairement au sein de celle publiciste¹⁵⁰⁹, que l'exercice du contrôle concret a le plus perturbé les sensibilités relatives au statut sanctuarisé de la loi. S'est alors enchaînée une série de critiques portant sur l'atteinte à la séparation des pouvoirs et à la démocratie, mais aussi sur le retour du « gouvernement des juges » au premier plan desquels figurerait celui de Strasbourg. D'autres encore fustigeaient une fraude à la loi, le règne des droits subjectifs et, bien entendu, la tyrannie des droits fondamentaux. Il faut dire que les « arguments » avaient pu être rodés et aiguisés depuis un arrêt du 4 décembre 2013¹⁵¹⁰ dans lequel la Cour de cassation avait décidé d'écarter une disposition législative du code civil prohibant le mariage entre alliés, au terme d'un contrôle concret de sa compatibilité avec le droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Conv. EDH. La solution et celles qui ont suivi sur ce modèle de contrôle avaient subi les assauts massifs d'une doctrine majoritairement critique¹⁵¹¹ face à l'affront qui aurait été fait à la loi, au bénéfice d'un cas d'espèce et sous couvert du respect des exigences de la Cour EDH. Si parmi la doctrine civiliste, l'exercice d'un contrôle concret de la conventionnalité des lois consacré par le juge du référé-

¹⁵⁰⁹ P. DELVOLVÉ, « Droits subjectifs contre interdit législatif », *RFDA*, 2016, n° 4, p. 754.

¹⁵¹⁰ C. cass., 1^{ère} civ., 4 décembre 2013, n° 12-26.066.

¹⁵¹¹ F. CHÉNEDÉ, « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *Rec. Dall.*, 2016, n° 14, p. 796 ; A. BÉNABENT, « Un culte de la proportionnalité... un brin disproportionné ? », *Rec. Dall.*, 2016, n° 3, p. 137 ; P. PUIG, « L'excès de proportionnalité (À propos de la réforme de la Cour de cassation et quelques décisions récentes) », *RTD civ.*, 2016, n° 1, p. 70 ; P.-Y. GAUTIER, « Contrôle de proportionnalité subjectif, profitant aux situations illicites : "l'anti-Daguesseau" », *JCP G*, 2016, n° 7, p. 189.

liberté fut parfois mal accepté, c'est aussi parce qu'il fut largement confondu avec le contrôle de proportionnalité¹⁵¹² et celui en équité¹⁵¹³. Il semble important de rappeler que le contrôle « concret » n'implique pas forcément et n'est pas non plus synonyme de la notion de contrôle de « proportionnalité ». Le premier qualificatif renvoie à la nature du contrôle, quant au second, il précise l'intensité du contrôle. Rien n'empêche donc que le contrôle concret de la conventionnalité des lois soit exercé selon une intensité minimale et que le contrôle abstrait de la conventionnalité des lois s'établisse selon les critères du contrôle de proportionnalité.

Faut-il encore rappeler que les droits fondamentaux permettent le règlement « en droit » d'un litige interne ? Faut-il encore rappeler qu'une décision juridictionnelle peut, en application de l'article 55 de la Constitution, être rendue au visa d'une stipulation conventionnelle internationale et fonder l'inapplication d'une loi interne contraire ?

698. L'invitation faite par la doctrine au juge du référé-liberté de préférer le recours à la technique de l'interprétation conforme. Parce qu'elle serait gage de « respect » de la loi, il a été suggéré que le juge du référé préfère le recours à la technique de l'interprétation conforme qui permet de reconnaître l'applicabilité d'une loi plutôt qu'à celle de l'exception d'inconventionnalité concrète qui emporte, le cas échéant, l'inapplicabilité d'une loi pour la résolution d'un litige. L'interprétation conforme a effectivement pour avantage de consister en une « opération de rectification normative » permettant « de gommer les "bavures" de la

¹⁵¹² On perçoit nettement une confusion faite par la doctrine principalement civiliste dans les commentaires de cette décision. Un nombre important de commentateurs ont en effet confondu ou assimilé à tort les méthodes de contrôle de conventionnalité *in concreto* et du contrôle de proportionnalité. Parmi quelques exemples : J.-R. BINET, « Insémination *post mortem* : quand le Conseil d'État s'affranchit de l'interdit légal ! », *Droit de la famille*, 2016, n° 9, étude 15 ; H. FULCHIRON, « Contrôle de proportionnalité ou décision en équité ? », *Rec. Dall.*, 2016, n° 25, p. 1472 ; B. HAFTEL, « Insémination *post mortem* internationale, contrôle de proportionnalité et méthodes du droit international privé », *Rec. Dall.*, 2016, n° 25, p. 1477 ; F. SUDRE, « Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme. De quoi est-il question ? », *JCP G*, 2017, n° 11, doctr. 289 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « Droit de la filiation. Janvier 2016 - février 2017 », *Rec. Dall.*, 2017, n° 23, p. 729 ; J.-P. MARGUÉNAUD, « Le refus de la procréation médicalement assistée à un couple d'homosexuelles mariées ou la subsidiarité otage de la proportionnalité », *RTD civ.*, 2018, n° 2, p. 349 ; H. FULCHIRON, « Cadrer le contrôle de proportionnalité : des règles « hors contrôle » ? », *Rec. Dall.*, 2018, n° 9, p. 467 ; H. FULCHIRON, « Le contrôle de proportionnalité au service du principe de subsidiarité », *Rec. Dall.*, 2018, n° 12, p. 649 ; H. FULCHIRON, « Vers un rééquilibrage des pouvoirs en matière de protection des droits et libertés fondamentaux ? Libre propos sur le rôle du juge judiciaire en tant qu'acteur du principe de subsidiarité », in *Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre. Les droits de l'homme à la croisée des droits*, LexisNexis, 2018, p. 251 et s. ; A. MARAIS, « La procréation *post-mortem* », *RDSS*, 2018, n° 3, p. 498.

¹⁵¹³ F. CHÉNEDÉ, « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *Rec. Dall.*, 2016, n° 14, p. 796 ; P. DELVOLVÉ, « Droits subjectifs contre interdit législatif », *RFDA*, 2016, n° 4, p. 754 ; F. ZENATI-CASTAING, « La juridictionnalisation de la cour de cassation », *RTD civ.*, 2016, n° 3, p. 511.

production normative »¹⁵¹⁴ et de « sauver la loi »¹⁵¹⁵ sans pour autant avoir à sanctionner formellement l'œuvre législative par une déclaration d'inapplicabilité dans le cadre d'un litige. C'est en ce sens que le professeur Xavier Dupré de Boulois reconnaît, à propos de la procédure de référé-liberté, que la technique de l'interprétation conforme « paraît moins traumatisante pour la loi et donc plus respectueuse de l'œuvre du législateur »¹⁵¹⁶. Cet auteur a d'ailleurs pu s'essayer à la rédaction d'une motivation qu'aurait pu adopter le juge du référé-liberté en ayant recours à l'interprétation conforme des dispositions du code de la santé publique utiles à la résolution du litige dont il était saisi¹⁵¹⁷.

699. Ajoutons enfin que le juge du référé-liberté aurait autrement pu être incité à préférer recourir à la théorie de l'acte clair pour éviter d'avoir recours à celle de l'exception d'inconventionnalité concrète des lois, eu égard au fait qu'elle est historiquement fondée sur celle de la séparation des pouvoirs¹⁵¹⁸ et donc du « respect » de la loi.

700. Critique des commentaires et propositions doctrinales. Il y a lieu de refuser parfaitement de croire l'argument consistant à reprocher à la technique de l'exception d'inconventionnalité concrète d'être trop intrusive dans le respect dû à la loi. À défaut d'argumentation suffisamment convaincante en droit, les auteurs qui critiquent cette technique de contrôle direct des lois semblent épris de considérations politiques conservatrices, souverainistes et légicentristes. C'est pourquoi, il est nécessaire de repositionner cette problématique dans celle qui pourrait être également posée avec le contrôle abstrait de la conventionnalité des lois. Dans ses commentaires, la doctrine n'a en effet rien trouvé de critiquable concernant la consécration explicite par le juge du référé-liberté de sa compétence de contrôler dans l'abstrait la conventionnalité des lois. Dès lors, l'on peut se demander ce qu'il y aurait de plus déplaisant pour le législateur : qu'un juge sanctionne ses visions abstraites et générales ou plutôt l'inconventionnalité strictement particulière et limitée à un cas d'espèce

¹⁵¹⁴ J.-C. BÉGUIN, « Le contrôle de la constitutionnalité des lois en république fédérale d'Allemagne », *Economica*, 1982, p. 207.

¹⁵¹⁵ A. MARKETOU, « Examen de proportionnalité et raisonnement par cas dans l'application de la Convention européenne des droits de l'homme », *RRJ*, 2018/5, n° 32, p. 1865.

¹⁵¹⁶ X. DUPRÉ DE BOULOIS, « Contrôle de conventionnalité *in concreto* : À quoi joue le Conseil d'État ? (CE, 26 dec. 2017, *Molénat*) », *RDLF*, 2018, chron. n° 4.

¹⁵¹⁷ *Ibid* : « Les dispositions du Code de la santé publique ne font pas obstacle à ce qu'une femme récupère les gamètes de son conjoint décédé en vue d'une insémination dans le cas exceptionnel où il résulterait de l'ensemble des conditions et circonstances de l'espèce que cette femme supporterait une atteinte excessive à son droit au respect de la vie privée, hors de proportion avec l'objectif d'intérêt général poursuivi ».

¹⁵¹⁸ M. LAGRANDE, « Cour de justice des communautés européennes et tribunaux nationaux, "la théorie de l'acte clair" : pomme de discorde ou trait d'union ? », *Gaz. Pal.*, 1971, p. 130.

spécifique et unique ? D'ailleurs, ainsi que le rappelle Aurélie Bretonneau dans ses conclusions sous l'arrêt *Gonzalez-Gomez*, la technique de l'interprétation conforme, autrement appelée « réserve conventionnelle », est une technique manifestant un contrôle *abstrait* de conventionnalité d'une loi « consistant à dire qu' [une loi] n'est compatible avec [un traité international] qu'à condition de n'être pas si absolue qu'elle n'y paraît »¹⁵¹⁹. La préférence donnée à cette technique serait donc une fausse solution à un faux problème. Il s'agirait tout d'abord d'une fausse solution puisque *in fine*, les conséquences pour la résolution du litige auraient été les mêmes : la requérante aurait vu son droit au respect de sa vie privée et familiale préservé par une mesure provisoire ordonnant le transfert en Espagne des gamètes de son défunt mari. De plus, étant donné qu'une loi peut être contrôlée et déclarée inapplicable à un litige du fait de son inconstitutionnalité, l'on ne sait à quelle échelle se référer pour mesurer le caractère plus ou moins « respectueux » de l'œuvre législative de telle ou telle technique de contrôle des lois. L'on doit donc se résoudre à admettre que cette dernière question n'a aucun intérêt et ne suscite pas le moindre problème.

Le professeur Xavier Dupré de Boulois nuance d'ailleurs la pertinence et l'utilité de recourir à la technique de l'interprétation conforme dont il a pu faire la proposition, plutôt qu'à celle de l'exception d'inconstitutionnalité concrète de la loi. En toute honnêteté, l'auteur reconnaît qu' « il convient de ne pas se laisser abuser par cet artifice : il est bien question d'une interprétation *contra legem* et d'écarter la prohibition inscrite dans la loi au regard des données d'un litige concret et afin de tenir compte des dispositions de la CEDH »¹⁵²⁰. L'on ne peut que se rallier à sa conclusion au terme de laquelle remplacer la technique de l'exception d'inconstitutionnalité concrète par celle de l'interprétation conforme « produit le même résultat, l'artifice en moins »¹⁵²¹.

701. Lorsqu'il recourt à la technique du contrôle concret de conventionnalité, le juge administratif est soucieux du respect de l'importance de la loi et, plus précisément, des objectifs poursuivis lors de son adoption. Dans le cadre de l'exercice d'un contrôle concret de la conventionnalité d'une loi, il peut en effet être amené à mettre en balance les circonstances particulières propres à un cas d'espèce avec les objectifs poursuivis par le législateur. Par

¹⁵¹⁹ A. BRETONNEAU, « Droits subjectifs contre interdit législatif. Concl. sous CE, ass., 31 mai 2016, n° 396848, *M^{me} Gonzalez-Gomez* », *RFDA*, 2016, n° 4, p. 740.

¹⁵²⁰ X. DUPRÉ DE BOULOIS, « Contrôle de conventionnalité *in concreto* : À quoi joue le Conseil d'État ? (CE, 26 dec. 2017, *Molénat*, », *RDLF*, 2018, chron. n° 4.

¹⁵²¹ *Ibid.*

exemple, dans l'arrêt *Molenat* du 27 décembre 2017, le Conseil d'État a jugé qu'eu égard à la finalité de la loi « qui traduit la conception française du respect du corps humain, aucune circonstance particulière propre à la situation d'un demandeur ne saurait conduire à regarder la mise en œuvre des dispositions législatives relatives à l'anonymat du don de gamètes, qui ne pouvait conduire qu'au rejet des demandes en litige, comme portant une atteinte excessive aux droits et libertés protégées par la convention »¹⁵²².

b) L'interprétation conforme, technique prétendument gage de sécurité juridique

702. Les accusations d'atteintes à la sécurité juridique proférées contre la technique du contrôle concret de la conventionnalité des lois. Selon le professeur François Chénéde, la technique de l'exception d'inconventionnalité concrète des lois présente en soi des risques « d'imprévisibilité »¹⁵²³ des solutions jurisprudentielles. De même, le professeur Paul Cassia reproche à l'arrêt *Gonzalez-Gomez* de faire partie des jurisprudences du Conseil d'État « attentatoires à la sécurité juridique »¹⁵²⁴. L'on ne voit cependant pas en quoi une décision qui, par définition, est dotée d'un effet *inter partes* et est dépourvue de l'autorité de la chose jugée trouble d'une quelconque manière la sécurité juridique.

En revanche, le risque d'affaiblissement de la sécurité juridique a plus justement été justifié non pas au regard de l'applicabilité de la loi, mais concernant le contentieux administratif. Plus précisément, ce n'est pas la technique en soi qui pose un problème, mais les conditions de son recours dans le cadre qui a été donné par le juge du référé-liberté. Il est en effet reproché un certain manque de lisibilité quant au *modus operandi* relatif à l'utilisation de la technique du contrôle concret de la conventionnalité des lois dégagé par le juge du référé-liberté du Conseil d'État et notamment des difficultés ou divergences que la mise en œuvre de cette méthode de contrôle peut poser au niveau du juge du référé-liberté des tribunaux administratifs¹⁵²⁵.

C'est pour ces raisons que la préférence pour la technique de l'interprétation conforme, prétendument gage d'une sécurité juridique renforcée, est soutenue par certains auteurs au

¹⁵²² CE, 28 décembre 2017, *Molénat*, n° 396571.

¹⁵²³ F. CHÉNEDÉ, « Nullité du mariage entre alliés - Regard rétro-prospectif sur le contrôle de conventionnalité *in concreto* », *Rec. Dall.*, 2017, n° 17, p. 953.

¹⁵²⁴ P. CASSIA, « Le Conseil d'Etat vu par son futur ex-vice-président », *Médiapart, Le blog de Paul Cassia*, 9 mai 2018. Voir également la critique d'un auteur civiliste : A. MARAIS, « La procréation *post-mortem* », *RDSS*, 2018, n° 3, p. 498.

¹⁵²⁵ J. PRÉVOST-GELLA, « Contrôle abstrait et contrôle concret : les juges confrontés à l'application de la jurisprudence *Gonzalez-Gomez* », *RFDA*, 2017, n° 5, p. 855.

détriment de celle du contrôle concret de la conventionnalité des lois.

703. La technique de l'interprétation conforme, gage d'une sécurité juridique renforcée. Dans l'optique de diminuer le risque d'atteinte à la sécurité juridique, le professeur François Chénéde suggère de faire usage de la technique des réserves d'interprétation conformes afin de sécuriser la prévisibilité des conditions permettant de ne pas faire application de la loi. C'est ainsi que, selon l'auteur, dans l'affaire *Gonzalez-Gomez*, il aurait été préférable que le juge du référé-liberté précise que « l'interdiction de l'exportation des gamètes doit être écartée, comme étant disproportionnée, lorsque la demande est formulée, non pas pour contourner la loi française, mais pour permettre l'application de la loi du pays dont le demandeur est ressortissant et résident »¹⁵²⁶. Exprimée simplement, l'idée consiste à ne plus « autoriser l'éviction de la loi au cas par cas, mais de limiter son empire par la formulation d'une réserve d'interprétation claire, générale et abstraite »¹⁵²⁷.

Une fois encore, le problème pointé par la doctrine ne semble pas justement en être un. Notamment du fait de cette erreur initiale d'appréciation, les solutions proposées n'en sont pas vraiment non plus.

704. Critique des commentaires et propositions doctrinales. Il est erroné de croire que le contrôle concret des exceptions d'inconventionnalité des lois est une technique de contrôle qui est en soi source d'insécurité juridique. De brèves considérations théoriques et un regard porté sur la pratique de la Cour EDH aident à en faire la démonstration.

La pratique traditionnelle d'un contrôle concret par la Cour EDH n'empêche aucunement l'établissement de critères abstraits déterminant le contenu et la portée des normes qu'elle examine. Par cette méthode, la Cour, dans le contrôle des normes qu'elle opère, pose ce qu'un auteur nomme une « logique directive »¹⁵²⁸. Elle parvient de ce fait à systématiser des types de cas concrets. En faisant de la casuistique, pour examiner les moyens soulevés par les requérants, le juge du provisoire de la Cour EDH peut aussi puiser dans son corpus jurisprudentiel afin d'estimer si le risque de violation allégué par le requérant « se situe manifestement en dehors des hypothèses dans lesquelles [il] conclut habituellement à une violation de la

¹⁵²⁶ F. CHÉNEDÉ, « Nullité du mariage entre alliés - Regard rétro-prospectif sur le contrôle de conventionnalité *in concreto* », *Rec. Dall.*, 2017, n° 17, p. 953.

¹⁵²⁷ *Ibid.*

¹⁵²⁸ J.-C. K. DUPONT, « Une reviviscence de la casuistique en droit ? Le raisonnement *in specie* de la Cour européenne des droits de l'homme », in S. BOARINI (dir.), *La casuistique classique : genèse, formes, devenir*, Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2009, p. 187.

Convention »¹⁵²⁹. En d'autres termes, juger un cas n'empêche pas de raisonner au regard des cas connus les plus proches afin de tendre vers un système de contrôle concret offrant davantage de sécurité juridique dans les conditions de sa mise en œuvre.

Il convient également de souligner que la mise en œuvre d'un contrôle concret implique, de fait, une motivation plus fournie que celui du contrôle abstrait¹⁵³⁰. Cette exigence d'une motivation suffisante a pour but de renforcer la prévisibilité de la jurisprudence¹⁵³¹. L'on peut d'ailleurs s'inquiéter de la compatibilité de cette exigence avec l'urgence dans laquelle elle doit être remplie. Quoiqu'il en soit, le juge du référé-liberté a remarquablement motivé sa décision dans l'affaire *Gonzalez-Gomez*. Cela semble traduire le souci d'inscrire son contrôle concret dans le cadre d'une méthode prenant en compte l'impératif de sécurité juridique. Il ressort en effet de la motivation du juge deux limites très claires à la satisfaction d'un moyen tiré de l'exception d'inconventionnalité concrète des dispositions contestées du code de la santé publique. Pour que la loi ait pu être écartée, le juge a dû retenir la bonne foi de la requérante, d'une part, ainsi que l'absence d'intention frauduleuse de se soustraire à la loi française, d'autre part. À celles-là s'ajoute la prise en compte détaillée d'un ensemble de circonstances particulières¹⁵³².

705. Il est enfin à noter que lorsqu'un litige concerne le droit de l'UE, l'obligation pour le juge national de s'efforcer de trouver prioritairement une interprétation conforme du droit applicable « ne peut servir de fondement à une interprétation *contra legem* du droit national »¹⁵³³. Il ne peut par conséquent pas invoquer la technique de l'interprétation conforme pour « aller à l'encontre du sens clair et incontestable des normes nationales »¹⁵³⁴. Le recours à

¹⁵²⁹ S. WATTHÉE, *Les mesures provisoires devant la Cour européenne des droits de l'homme. La protection préventive des droits conventionnels en puissance ?*, Nemesis-Anthémis, 2014, p. 217.

¹⁵³⁰ L. DUTHEILLET DE LAMOTHE et G. ODINET, « Contrôle de conventionnalité : *in concreto veritas* ? », *AJDA*, 2016, n° 25, p. 1398 ; Voir également : J. BONNET et A. ROBLOT-TROIZIER, « La concrétisation des contrôles de la loi », *RFDA*, 2017, n° 5, p. 821.

¹⁵³¹ P. DEUMIER, « Contrôle concret de conventionnalité : l'esprit et la méthode », *RTD civ.*, 2016, n° 3, p. 578.

¹⁵³² Le juge fait notamment référence au projet programmé du couple d'avoir un enfant, à l'accord explicite du mari à ce que son épouse puisse pratiquer, y compris de manière *post-mortem*, une insémination artificielle en Espagne avec ses gamètes, et à l'installation en Espagne de la requérante en vue d'y demeurer auprès de sa famille et de réaliser le projet parental initialement prévu.

¹⁵³³ CJCE, GC, 4 juillet 2006, *Konstantinos Adeneler e. a. c. Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG)*, C-212/04, pt. 110 ; CJCE, GC, 15 avril 2008, *Impact c. Minister for Agriculture and Food e. a.*, C-268/06, pt. 100 ; Voir également : CJCE, 27 octobre 1990, *H. Steenhorst-Neerings c. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Detailhandel, Ambachten en Huisvrouwen*, C-338/91, pt. 47.

¹⁵³⁴ R. KOVAR, « L'interprétation des droits nationaux en conformité avec le droit communautaire », in *La France, l'Europe et le Monde, Mélanges en l'honneur de Jean Charpentier*, Pedone, 2008, p. 386.

cette technique n'aurait donc pu valablement être fait si, dans le cas de l'affaire *Gonzalez-Gomez*, le contrôle des lois avait dû être opéré au regard du droit de l'UE.

706. Les critiques faites à l'endroit du contrôle concret de la conventionnalité des lois sont, dans une large mesure, infondées. Par conséquent, les propositions faites pour pallier les inconvénients prétendus de cette technique deviennent inopportunes. Il semble finalement se cacher, derrière ces contestations, une survivance d'une théorie de l'incompétence du juge du provisoire de connaître du contentieux des lois et d'une culture de sacralisation de la loi.

707. Au regard des bienfaits qu'elle apporterait à l'efficacité de la protection des libertés fondamentales, il apparaît justifiable de produire un plaidoyer pour la reconnaissance du caractère opérant devant le juge du référé-liberté des exceptions tirées de la contrariété d'une disposition législative aux droits et libertés que la Constitution garantit.

II) Plaidoyer pour la reconnaissance du caractère opérant devant le juge du référé-liberté des exceptions tirées de la contrariété d'une disposition législative aux droits et libertés que la Constitution garantit

708. Historiquement, le juge administratif s'est toujours déclaré incompétent en matière de contrôle des moyens tirés de l'exception d'inconstitutionnalité des lois¹⁵³⁵. L'avènement des référés administratifs d'urgence n'aura pas estompé ce refus. Le juge du référé-liberté¹⁵³⁶ et

¹⁵³⁵ CE, 6 novembre 1936, *Arrighi et dame Coudert* ; CE, ass., 28 janvier 1972, *Conseil transitoire de la faculté des lettres et des sciences humaines de Paris* ; CE, ass., 5 mars 1999, *Rouquette*, n° 194658 et 196116 ; CE, 8 décembre 2000, *Hoffer*, n° 199072, 199135 et 199761 ; CE, 26 février 2003, *Mekhantar*, n° 241385 ; CE, 5 janvier 2005, *Mlle Deprez et M. Baillard*, n° 257341 et 257534.

¹⁵³⁶ CE, 9 décembre 2005, *Allouache e. a.*, n° 287777 : « l'article 61 de la Constitution du 4 octobre 1958 a confié au Conseil constitutionnel le soin d'apprécier la conformité d'une loi à la Constitution ; que ce contrôle est susceptible de s'exercer après le vote de la loi et avant sa promulgation ; qu'il ressort des débats tant du comité consultatif constitutionnel que du Conseil d'Etat lors de l'élaboration de la Constitution que les modalités ainsi adoptées excluent un contrôle de constitutionnalité de la loi au stade de son application ; que cet état du droit n'est en tout état de cause pas contraire aux stipulations de l'article 13 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales relatives au droit au recours, qui n'exigent ni n'impliquent que les Etats parties instaurent un mécanisme de contrôle de constitutionnalité des lois ouvert aux particuliers » ; CE, ord., 27 janvier 2016, *Ligue des droits de l'homme e. a.*, n° 396220, consid. 6 : « qu'en dehors de la procédure de question prioritaire de constitutionnalité, la conformité de ces dispositions législatives à la Constitution ne peut être mise en cause devant le juge administratif » ; CE, ord., 28 juillet 2016, *Abdeslam*, n° 401800 : M. SZTULMAN, « La vidéosurveillance permanente des détenus n'implique aucune atteinte manifestement illégale aux libertés. Note sous CE, ord., 28 juillet 2016, *Abdeslam*, n° 401800 », *AJDA*, 2016, n° 36, p. 2052.

celui du référé-suspension¹⁵³⁷ perpétuent la théorie de la loi écran dégagée dans l'arrêt *Arrighi* par le juge administratif statuant au fond.

Si d'innombrables études se sont brillamment et solidement opposées à l'incompétence des juridictions ordinaires de connaître d'un tel contentieux, toutes portaient sur le juge ordinaire pris dans sa globalité¹⁵³⁸. Aucune ne questionne spécialement cette compétence en isolant le cas du juge du provisoire et spécialement celui du référé-liberté. C'est la démarche que nous proposons d'entreprendre : fonder le caractère opérant des moyens tirés de l'exception d'inconstitutionnalité des dispositions législatives devant le prétoire du juge du référé-liberté.

Alors qu'ils ont tendance à être considérés comme des obstacles à la compétence du juge du provisoire de connaître du contentieux des lois, la contrainte temporelle de l'*urgence* et le caractère *provisoire* du jugement des atteintes *évidentes* aux droits fondamentaux deviennent de solides arguments pour fonder la reconnaissance du caractère opérant, devant le prétoire du juge du référé-liberté, des exceptions d'inconstitutionnalité des dispositions législatives. En droit processuel général, l'*urgence* est une donnée qui ouvre l'office du juge du provisoire aux pouvoirs et compétences exclusifs des autres juridictions. La mise en avant des caractéristiques de l'office du juge du référé-liberté est d'autant plus pertinente pour fonder sa compétence et son pouvoir de traiter un tel moyen qu'elles permettent de ne pas empiéter sur les compétences et pouvoirs exclusifs du Conseil constitutionnel en matière de contentieux *a posteriori* de la constitutionnalité des dispositions législatives¹⁵³⁹.

Alors que le jugement *provisoire* de l'*évidence* fonde sa *compétence* de contrôler la conformité des dispositions législatives aux droits et libertés que la Constitution garantit (A), le jugement dans l'*urgence* fonde le *pouvoir* du juge du référé-liberté d'écarter l'application d'une disposition législative manifestement contraire aux droits et libertés que la Constitution garantit (B).

¹⁵³⁷ CE, ord., 15 mars 2005, *Feller*, n° 278294 ; CE, ord., 30 juillet 2008, *M. A.*, n° 318462.

¹⁵³⁸ Parmi une littérature abondante, s'il ne fallait retenir que deux références : D. DE BÉCHILLON, « Plaidoyer pour l'attribution aux juges ordinaires du pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois et la transformation du Conseil constitutionnel en Cour suprême », in *Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu. Renouveau du droit constitutionnel*, Dalloz, 2007, p. 123 ; J. BONNET, *Le juge ordinaire français et le contrôle de la constitutionnalité des lois. Analyse critique d'un refus*, Dalloz, 2009, 716 p. Nous renvoyons à la riche bibliographie de cette seconde référence.

¹⁵³⁹ Le caractère exclusif de la compétence ou du pouvoir d'un juge exclut par définition celle ou celui de tout autre juge. L'exclusivité des compétences et pouvoirs du Conseil constitutionnel s'explique par la nature particulière traditionnellement reconnue au contentieux de la constitutionnalité des lois ainsi que par l'existence même de cette juridiction.

A) Le jugement *provisoire* de l'*évidence*, fondement de la *compétence* du juge du référé-liberté de contrôler la conformité d'une disposition législative aux droits et libertés que la Constitution garantit

709. Les seules compétences exclusives du Conseil constitutionnel dans le contentieux de la QPC sont la concentration de la compétence de l'unification préjudicielle de l'interprétation des normes constitutionnelles et de celle du contrôle au fond de la conformité des dispositions législatives aux droits et libertés que la Constitution garantit.

710. Si le juge du référé-liberté peut contrôler la conformité d'une disposition législative aux droits et libertés que la Constitution garantit sans empiéter sur les compétences exclusives du juge de la rue de Montpensier, c'est parce que sa décision ne sera juridiquement que provisoire (1) et que le contrôle opéré n'aboutira que dans le cas où la contrariété constatée sera évidente (2).

À titre d'information comparative, l'on verra aussi, en soutien à cette proposition, mais sans faire de liste exhaustive, que le jugement provisoire de l'évidence qui caractérise l'office du juge des référés lui a souvent permis de s'attribuer la compétence de connaître d'un contentieux qui relève de celle exclusive d'une autre juridiction. En ces cas, ce sont directement les juges des référés qui, pour faire face à l'inefficacité des juridictions exclusivement compétentes pour connaître de certains contentieux, ont eux-mêmes élargi le champ de leurs propres compétences.

1) La compétence exclusive du contrôle au fond de la validité des lois préservée par la portée provisoire du contrôle des exceptions d'inconstitutionnalité des lois

711. La compétence exclusive du Conseil constitutionnel en matière de contrôle au fond de la constitutionnalité des lois. S'il est indéniable que le Conseil constitutionnel concentre, depuis sa naissance, la compétence exclusive de contrôler *a priori* et, depuis le 1^{er} mars 2010, *a posteriori* la constitutionnalité des lois, il doit être précisé qu'il ne s'agit que d'une compétence de contrôle *au fond*. Il n'existe en effet aucune procédure de référé permettant au Conseil constitutionnel de statuer provisoirement sur la constitutionnalité d'une loi.

712. Cette indication ouvre la possibilité d'un contrôle *au provisoire*, par le juge du

référé-liberté, de la conformité des dispositions législatives aux droits et libertés que la Constitution garantit (a). De nombreuses illustrations témoignent de cas d'extension des compétences d'un juge statuant au provisoire sur des questions relevant au fond de la compétence exclusive d'une autre juridiction (b).

- a) La possibilité d'un contrôle provisoire par le juge du référé-liberté de la conformité d'une disposition législative aux droits et libertés que la Constitution garantit

713. L'exercice avéré d'un contrôle *au fond* de la constitutionnalité des lois par le juge administratif. L'exercice d'un contrôle provisoire par le juge du référé-liberté de la conformité d'une disposition législative aux droits et libertés que la Constitution garantit respectueux de la compétence exclusive du Conseil constitutionnel semble d'autant plus faisable qu'il est possible de relever, dans certains cas, la compétence du juge administratif de contrôler au fond la constitutionnalité des lois. En effet, en dépit du refus obstiné du juge administratif de se saisir des exceptions d'inconstitutionnalité des lois, il est des cas dans lesquels, en méconnaissance de la théorie jurisprudentielle de la loi-écran, il opère quand même, par voie d'exception, à l'occasion d'un recours au fond, un contrôle de la constitutionnalité d'une loi¹⁵⁴⁰. Il lui est ainsi arrivé de procéder directement à l'interprétation conforme d'une loi à la Constitution¹⁵⁴¹ ou aux principes généraux du droit trouvant leur source dans des normes de valeur constitutionnelle¹⁵⁴². Par ailleurs, dans de nombreuses occurrences, le juge administratif opère un contrôle des lois au regard de droits fondamentaux conventionnels, matériellement identiques à ceux de valeur constitutionnelle¹⁵⁴³. Mais encore, par la technique

¹⁵⁴⁰ Voir par exemple : CE, 7 août 1909, *Winkell*, n° 37313 ; CE, 28 juin 1918, *Heyriès*, n° 63412 ; CE, 7 mars 1990, *Union nationale des associations familiales (UNAF)*, n° 47651 à 47654.

¹⁵⁴¹ CE, ass., 14 décembre 2007, *Département de la Charente maritime*, n° 286891 ; TA Versailles, 22 octobre 1987, *M. Hocine c. Ministre de l'Intérieur*, *AJDA*, 1988, p. 54 : lorsque le juge administratif applique une loi, il doit, « en interpréter les dispositions au regard de l'ensemble des règles et principes à valeur constitutionnelle qui régissent l'exercice du pouvoir législatif ».

¹⁵⁴² CE, 18 janvier 1884, *Belleau, S.*, 1885, III, p. 72 ; CE, 30 novembre 1906, *Jacquin*, *Rec. Leb.*, p. 880 ; CE, 3 juin 1908, *Marc*, n° 17365, *Rec. Leb.*, p. 623.

¹⁵⁴³ Voir par exemple, spécialement sur le principe d'égalité devant la loi : CE, avis, 2 mai 1996, *Mme Doukouré*, n° 176399. D. CHAUVVAUX et T.-X. GIRARDOT, « Il n'est pas possible d'invoquer les stipulations de l'article 26 du Pacte des Nations unies sur les droits civils et politiques à l'encontre de la législation française sur les pensions. Note sous CE, avis, 2 mai 1996, *Mme Doukouré*, n° 176399 », *AJDA*, 1996, n° 7-8, p. 512 ; J.-L. DE CORAIL, « Le Conseil d'État et l'interprétation de la loi. L'équilibre des pouvoirs » in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs, Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, 2003, p. 603. Sur cette théorie de l'équivalence matérielle des sources conventionnelles et constitutionnelles : P. CASSIA, « Le renvoi préjudiciel en appréciation de constitutionnalité : une question d'actualité », *RFDA*, 2008, n° 5, p. 890 ; S. PLATON, *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et européens dans l'ordre juridique français*, LGDJ, 2018, 719 p.

du constat de l'abrogation implicite d'une loi antérieure inconstitutionnelle, le juge administratif exerce expressément un contrôle de sa constitutionnalité¹⁵⁴⁴. Enfin, sans approfondir et trancher le débat, il est aujourd'hui courant de qualifier tout juge ordinaire, fût-il juge administratif des référés d'urgence, de juge constitutionnel lorsqu'il remplit son office de filtrage des QPC. Tout cela laisse penser qu'il est possible de conférer au juge du référé-liberté la compétence de contrôler *au provisoire* et par voie d'exception la constitutionnalité des lois.

714. L'exercice possible d'un contrôle *au provisoire* de la constitutionnalité des lois par le juge du référé-liberté. Le Conseil constitutionnel jouit d'une compétence exclusive en matière de contrôle de la constitutionnalité des lois. Mais, comme on l'a vu, il ne s'agit que d'une compétence de jugement au fond. Par conséquent, l'éventuelle compétence du juge du référé-liberté de contrôler la constitutionnalité des lois au provisoire n'entamerait et ne préjugerait en rien du contrôle de la constitutionnalité au fond des lois par le Conseil constitutionnel. En effet, en retenant une exception d'inconstitutionnalité législative, et donc en écartant provisoirement l'application d'une loi inconstitutionnelle dans un litige particulier par une décision non revêtue de l'autorité de chose jugée, le juge du référé-liberté n'empiéterait aucunement sur cette compétence exclusive du Conseil constitutionnel. Il est en effet un principe de droit processuel incontesté en doctrine et partagé par l'ensemble des juridictions voulant que les ordonnances du juge statuant au provisoire ne lient pas le juge statuant au fond. De surcroît, puisque le recours au pouvoir d'écarter provisoirement l'applicabilité d'une loi inconstitutionnelle manifestement contraire aux droits et libertés que la Constitution garantit ne préjuge nullement du fond de la question, il n'emporte aucunement pour effet corrélatif de rendre définitivement invalide l'acte législatif contesté.

Il est enfin marquant de noter que le juge administratif des référés d'urgence a déjà pu exercer un contrôle au fond de la constitutionnalité d'une loi au titre de la mise en œuvre de la théorie de l'abrogation implicite¹⁵⁴⁵.

¹⁵⁴⁴ CE, 12 février 1960, *Société Eky*, n° 46922 ; CE, ass., 16 décembre 2005, *Ministre des Affaires sociales, du travail et de la solidarité et Syndicat national des huissiers de justice*, n° 259584.

¹⁵⁴⁵ CE, ord., 21 novembre 2005, *Boisvert*, n° 287217 : le juge du référé-suspension reconnaît sa compétence pour « l'abrogation, fût-elle implicite, d'un texte de loi qui découle de ce que son contenu est inconciliable avec un texte qui lui est postérieur, que celui-ci ait valeur législative ou constitutionnelle ». Appliqué à l'espèce, selon le juge du référé-suspension, il n'existe aucune « incompatibilité de principe qui conduirait à regarder [la loi du 3 juin 1955 relative à l'état d'urgence] comme ayant été abrogée par le texte constitutionnel ».

715. L'étude de différentes procédures attestent de la possibilité, pour un juge des référés, d'élargir ses compétences au titre du jugement au provisoire de questions qui relèvent de la compétence exclusive d'un autre juge statuant au fond.

b) Les illustrations de compétences élargies au titre du jugement au provisoire

716. **Le renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'UE.** C'est le caractère provisoire des mesures pouvant être prononcées qui exempte un juge des référés de son obligation de coopération juridictionnelle avec la Cour de justice de l'UE par le biais de la procédure de renvoi préjudiciel¹⁵⁴⁶. Dans l'arrêt *Hoffman*, la Cour de justice avait pu infirmer l'obligation du juge des référés, y compris celui statuant en dernier ressort, de procéder à un renvoi préjudiciel. La Cour fondait sa position sur la possibilité ouverte au justiciable de saisir ultérieurement un juge statuant au fond et lui demander de saisir la Cour de Luxembourg¹⁵⁴⁷. Cette entorse au principe de coopération juridictionnelle fut ensuite confirmée par la jurisprudence *Foto-Frost*¹⁵⁴⁸. C'est notamment ainsi que, pour éviter le recours au renvoi préjudiciel, le juge du référé-liberté, a préféré rendre à deux reprises¹⁵⁴⁹ une interprétation du droit dérivé « "à titre provisoire" »¹⁵⁵⁰.

Il est aussi à noter que la Cour de justice de l'UE a entendu émettre une réserve concernant l'incompétence du juge national de contrôler la validité du droit dérivé. Elle juge en effet que « des aménagements à la règle selon laquelle les juridictions nationales ne sont pas compétentes pour constater elles-mêmes l'invalidité des actes communautaires peuvent s'imposer sous certaines conditions dans l'hypothèse du référé »¹⁵⁵¹. Cette compétence du juge des référés de suspendre l'exécution d'un acte communautaire implique toutefois la mise en œuvre immédiate d'un renvoi préjudiciel à la Cour de justice. Les conclusions de l'avocat général Mancini ajoutaient aux conditions prévues par l'arrêt *Hoffman*, permettant au juge des référés de

¹⁵⁴⁶ CJCE, 27 octobre 1982, *Morson et Jhanjan c. Pays-Bas*, C-35/82 et 36/82, pt. 10 ; F. CAPOTORTI, Concl. présentées le 5 mai 1977 sous CJCE, 24 mai 1977, *Hoffmann-La Roche AG/Centrafarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse mbH*, C-107/76, pt. 5 ; P. CASSIA, « La contribution du juge administratif français des référés au caractère complet des voies de droit communautaire. (À propos de l'ordonnance Sté Techna e. a., CE, 29 octobre 2003, n° 260768, 261033 et 261034) », *Europe*, 2004, n° 1, chron. 1.

¹⁵⁴⁷ CJCE, 24 mai 1977, *Hoffmann-La Roche AG/Centrafarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse mbH*, C-107/76, pt. 6.

¹⁵⁴⁸ CJCE, 22 octobre 1987, *Foto-Frost c. Hauptzollamt Lübeck-Ost*, C-314/85.

¹⁵⁴⁹ CE, ord., 3 juin 2005, n° 281001 ; CE, ord., 18 octobre 2006, *M^{me} Djabrailova, épouse Mutusullkanova*, n° 298101 ; CE, ord., 6 décembre 2006, *Taymuskhanov et M^{me} Terbulatova, épouse Taymuskhanov*, n° 299218.

¹⁵⁵⁰ B. GENEVOIS, « L'application du droit communautaire par le Conseil d'Etat », *RFDA*, 2009, n° 2, p. 201.

¹⁵⁵¹ CJCE, 22 octobre 1987, *Foto-Frost c. Hauptzollamt Lübeck-Ost*, C-314/85, pt. 19.

suspendre un acte de droit dérivé de l'UE dont la validité était douteuse, celle de l'impossibilité d'actionner d'autres voies de droit comme le recours en annulation prévu à l'article 263 du TFUE qui permet l'octroi de mesures provisoires¹⁵⁵². Cette exception jurisprudentielle répond à l'exigence « d'éviter que les délais exigés par le renvoi préjudiciel rendent vaine la protection provisoire »¹⁵⁵³ qu'un justiciable recherche en saisissant un juge des référés. Néanmoins, dans ses conclusions sous l'arrêt *Zuckerfabrick*¹⁵⁵⁴, suivies par la Cour¹⁵⁵⁵, l'avocat général Lenz a obtenu la fin de cet aménagement procédural en forme de passe-droit accordé au juge national des référés. Le but avoué étant qu'une suspension provisoire de l'application du droit de l'UE ne puisse perdurer et porter atteinte à l'application uniforme du droit de l'UE. Désormais, une « diminution de la durée de la procédure ne saurait être invoquée afin de justifier une atteinte à la compétence exclusive du juge communautaire pour statuer sur la validité du droit communautaire »¹⁵⁵⁶.

717. Le contentieux des clauses compromissoires. Le meilleur exemple d'extension de compétence d'un juge de connaître au provisoire d'un contentieux réservé à titre exclusif à une autre juridiction statuant au fond réside dans l'évocation des clauses compromissoires. En effet, par définition, ces clauses sont des règles stipulatives exclusives de compétences. Les parties à un ou plusieurs contrats y recourent, en vertu de l'article 1442 du code de procédure civile, pour s'obliger à « soumettre à l'arbitrage [interne ou international] les litiges qui pourraient naître relativement » à leurs relations contractuelles. Même si elles ne le prévoient pas ou l'interdisent, ces clauses compromissoires n'empêchent pas une partie de porter un litige devant le juge statuant au provisoire. La compétence du juge des référés des articles 808 et 809 alinéa 1¹⁵⁵⁷ et de l'article 145¹⁵⁵⁸ du CPC sur un litige régi par une convention d'arbitrage est clairement

¹⁵⁵² F. MANCINI, Concl. présentées le 19 mai 1987, sous CJCE, *Foto-Frost/Hauptzollamt Lubeck-Ost*, C-314/85, pt. 6.

¹⁵⁵³ *Ibid.*

¹⁵⁵⁴ C.O. LENZ, concl. présentées le 8 novembre 1990 sous CJCE, 21 février 1991, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen*, aff. jtes C-143/88 et C-92/89, pt. 40.

¹⁵⁵⁵ CJCE, 21 février 1991, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen*, aff. jtes C-143/88 et C-92/89, pt. 24.

¹⁵⁵⁶ CJCE, 6 décembre 2005, *Gaston Schul Douane-expediteur BV c. Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit*, C-461/03, pt. 23. Voir également D. RUIZ-JABARO COLOMER, concl. présentées le 30 juin 2005, sous CJCE, 6 décembre 2005, *Gaston Schul Douane-expediteur BV c. Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit*, C-461/03, pt. 72.

¹⁵⁵⁷ Voir par exemple : C. cass., com., 3 juillet 1951, *JCP*, 1951, n° 4, p. 1758 ; C. cass., civ 3^e, 20 décembre 1982, Bull n° 260 ; M.-A. BAHMAEL, *L'intervention du juge étatique des mesures provisoires et conservatoires en présence d'une convention d'arbitrage. Droit français, anglais et suisse*, LGDJ, 2002, pp. 31-34 et 41.

¹⁵⁵⁸ Voir par exemple : C. cass., civ 3^e, 20 décembre 1982, *Rev. arb.*, 1986, p. 233 ; C. cass., civ 2^e, 11 octobre 1995, *rev. arb.*, 1996, p. 228 : « l'existence d'une convention d'arbitrage ne fait pas obstacle au pouvoir du juge des référés d'ordonner, sur le fondement de l'article 145 NCPC, toutes les mesures d'instruction légalement

justifiée par le caractère provisoire des mesures qui peuvent être prononcées. Le juge judiciaire considère en effet constamment que « tant que le tribunal arbitral n'est pas saisi, l'existence d'une clause compromissoire n'est pas de nature à faire échec au pouvoir reconnu au juge des référés d'ordonner une mesure conservatoire ou même, en l'absence d'urgence, d'accorder une provision ou instituer une expertise sur le fondement de l'article 145 NCPC »¹⁵⁵⁹. L'article 1449 alinéa 1 du CPC¹⁵⁶⁰ confirme d'ailleurs désormais que la saisine du juge judiciaire des référés est possible en dépit d'une convention d'arbitrage tant que le tribunal arbitral n'est pas constitué¹⁵⁶¹.

- 2) La compétence exclusive de l'unification préjudicielle de l'interprétation de la Constitution préservée par le caractère évident du contrôle des exceptions d'inconstitutionnalité des lois

718. La compétence exclusive du Conseil constitutionnel en matière d'unification préjudicielle des droits et libertés que la Constitution garantit. Saisi d'une QPC, le Conseil constitutionnel a pour autre compétence exclusive d'unifier l'interprétation des normes constitutionnelles. C'est donc pour éviter le risque d'atteintes à l'unification de l'interprétation de la Constitution, et donc à la sécurité juridique, que le recours à la procédure de la QPC est rendu nécessaire si ses conditions de fond et de forme sont remplies.

719. Il semble envisageable de voir le juge du référé-liberté se déclarer compétent pour connaître du contentieux de la conformité d'une disposition législative aux droits et libertés que la Constitution garantit eu égard à sa qualité de juge de l'évidence (a). De nombreuses matières contentieuses attestent de cas de compétences d'un juge des référés élargies au titre du jugement de l'évidence (b).

- a) La possibilité du juge du référé-liberté de connaître des moyens tirés de la méconnaissance manifeste de droits et libertés que la

admissibles » ; M.-A. BAHMAEI, *L'intervention du juge étatique des mesures provisoires et conservatoires en présence d'une convention d'arbitrage. Droit français, anglais et suisse*, LGDJ, 2002, pp. 42-50.

¹⁵⁵⁹ CA Paris, 27 octobre 1995, *Consorts Forouzan e. a. c. SA Valhotel*, *Rev. arb.*, 1996, p. 275.

¹⁵⁶⁰ Article 1449 alinéa 1 du CPC : « L'existence d'une convention d'arbitrage ne fait pas obstacle, tant que le tribunal arbitral n'est pas constitué, à ce qu'une partie saisisse une juridiction de l'Etat aux fins d'obtenir une mesure d'instruction ou une mesure provisoire ou conservatoire ».

¹⁵⁶¹ Voir : C. CHAINAIS et C. JARROSSON, « L'urgence avant la constitution du tribunal arbitral », *in L'arbitre international et l'urgence*, Bruylant, 2014, pp. 61-92.

Constitution garantit par une disposition législative

720. Dans les situations d'urgence, lorsque l'inconstitutionnalité d'une disposition législative est évidente, n'y aurait-il pas lieu, au bénéfice du caractère immédiat et effectif de la protection juridictionnelle des droits et libertés que la Constitution garantit, de laisser au juge du référé-liberté le soin de faire prévaloir ces derniers dans le cadre du litige porté devant son prétoire ?

721. La fonction dérogoire de l'évidence. Monsieur Jean-François Cesaro soutient dans sa thèse de doctorat que la rareté de l'évidence pourrait lui conférer la fonction « de justifier des solutions dérogoires »¹⁵⁶² aux règles de compétences inter-juridictionnelles. Il pourra ci-après être attesté de cette thèse au travers de différentes constructions jurisprudentielles illustrant des cas dans lesquels un juge a vu ses compétences élargies au titre du jugement de l'évidence.

En matière de QPC, c'est sur le fondement de l'évidence que certains auteurs ont pu suggérer le recours aux exceptions d'inconstitutionnalité évidentes des lois pour éviter d'avoir recours à ce mécanisme de renvoi. Dans sa thèse de doctorat, monsieur Clovis Callet propose par exemple que l'abrogation d'une disposition législative par le Conseil constitutionnel intervienne seulement dans « *les cas douteux*, pour éviter les divergences d'appréciation » tandis que les exceptions d'inconstitutionnalités seraient retenues par les juges ordinaires dans « *les cas certains* » afin de permettre « un règlement rapide du litige sans que l'unité du droit et l'égalité devant la loi ne soit compromises »¹⁵⁶³.

De manière équivalente, le professeur Bertrand De Lamy estime également concevable que tout juge ordinaire puisse refuser de faire droit à une QPC pour examiner lui-même l'exception d'inconstitutionnalité d'une loi en l'absence de « difficulté particulière » et lorsque la solution « relève de l'évidence »¹⁵⁶⁴.

¹⁵⁶² J.-F. CESARO, *Le doute en droit privé*, LGDJ, 2003, p. 397 et p. 411 et s.

¹⁵⁶³ C. CALLET, *Le sérieux et le manifeste en droit judiciaire privé. Contribution à une étude de la certitude en droit*, Thèse dact., Université d'Aix-Marseille, 2015, p. 217. Nous soulignons.

¹⁵⁶⁴ B. DE LAMY, « Les incidences, possibles et souhaitables, de l'avènement de la question préjudicielle de constitutionnalité (Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^e République) », *RSC*, 2009, n° 1, p. 154 ; B. DE LAMY, « La question prioritaire de constitutionnalité : une nouveauté... lourde et inachevée. (Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution : Cons. Const. 3 décembre 2009, décision n° 2009-595 DC) », *RSC*, 2010, n° 1, p. 201.

722. Pour le recours à une théorie de l'acte manifestement non conforme. Ainsi que l'on a pu en faire la description, le recours à la théorie de l'acte clair peut intégrer une stratégie de justification de la décision d'un juge de ne pas recourir aux procédures de renvois préalables. Par extension, il peut être fait la proposition de l'usage d'une théorie de l'acte manifestement non conforme pour expliquer l'absence de recours par un juge à une procédure de renvoi préalable. Pourquoi ce qui serait évident pour l'un (le juge du référé-liberté) ne le serait pas pour l'autre (le Conseil constitutionnel) ? Pourquoi enclencher un mécanisme procédural lourd de renvoi pour obtenir un *constat* similaire qui peut s'atteindre directement et rapidement devant le juge du référé-liberté ? Il y a pourtant toujours urgence à suspendre, dans un procès, l'application d'une loi dont la contrariété aux droits fondamentaux ne fait aucun doute.

723. Une compétence du juge du référé-liberté de connaître des moyens tirés de la méconnaissance manifeste de droits et libertés que la Constitution garantit par une disposition législative compatible avec le régime procédural de la QPC. Cette compétence du juge du référé-liberté peut encore se justifier au regard du suivi d'une règle cardinale et propre aux mécanismes préjudiciels au terme de laquelle seuls un doute ou une difficulté sérieux justifient que soit mis en œuvre un renvoi préalable¹⁵⁶⁵. Etant donné que la clarté et la certitude de l'évidence suppriment les doutes et les difficultés, elles écartent par voie de conséquence toute nécessité d'un juge de se dessaisir au profit d'un autre par le recours à un renvoi préalable. Toutefois, afin de prévenir les différences d'interprétation et le risque d'insécurité juridique, le juge du référé-liberté continuerait d'avoir recours à la procédure de la QPC dans les cas présentant les doutes et difficultés les plus sérieux.

724. La compétence consacrée du juge administratif des référés d'urgence de contrôler les moyens tirés de l'inconstitutionnalité manifeste des lois. Lorsqu'il contrôle, en vertu de la théorie de l'abrogation implicite, la constitutionnalité d'une loi adoptée antérieurement à la Constitution du 4 octobre 1958, le juge administratif se borne à un examen minimal du rapport de conformité entre les deux normes. Cela veut dire qu'en ayant recours à cette technique de contrôle, le juge ne retient que l'inconstitutionnalité « manifeste »¹⁵⁶⁶,

¹⁵⁶⁵ Voir *supra* : Partie I, Titre 1, Chapitre 1, Section 1.

¹⁵⁶⁶ R. ODENT, *Contentieux administratif*, Dalloz, 2007, t. 1, p. 184.

« incontestable »¹⁵⁶⁷ ou « radicale »¹⁵⁶⁸ d'une disposition législative antérieure à la Constitution de la cinquième République.

Le juge du référé-suspension s'est déjà reconnu compétent pour constater l'abrogation implicite d'une loi antérieure entachée d'inconstitutionnalité¹⁵⁶⁹. Rien ne laisse penser qu'il puisse en aller différemment devant le juge du référé-liberté.

725. Il y a lieu de se pencher sur le cas de différentes procédures qui prouvent la possibilité, pour un juge des référés, d'élargir ses compétences au titre du jugement de l'évidence de questions qui relèvent de la compétence exclusive d'un autre juge statuant au fond.

b) Les illustrations de compétences élargies au titre du jugement de l'évidence

726. Le contrôle de la légalité des actes administratifs par le juge judiciaire. Devant le juge judiciaire, l'évidence déroge à la règle de la compétence exclusive du juge administratif en matière de contrôle de légalité des actes administratifs. C'est en effet au titre de la fonction dérogatoire de l'évidence que le juge judiciaire répressif s'est reconnu compétent pour juger la légalité des actes administratifs non réglementaires¹⁵⁷⁰.

En matière d'actes administratifs réglementaires, le Tribunal des conflits considère que le juge judiciaire peut lui-même constater l'illégalité de tels actes dès lors que leur illégalité « apparaît manifestement »¹⁵⁷¹.

C'est donc l'évidence de l'illégalité d'un acte administratif qui permet au juge judiciaire de déroger à l'obligation, dégagée dans l'arrêt *Septfonds*¹⁵⁷², de renvoyer une question préjudicielle au juge administratif.

¹⁵⁶⁷ R. ODENT, *Contentieux administratif, op. cit.*, p. 182 ; Voir en référé-suspension : CE, ord., 21 novembre 2005, *M. A.*, n° 287217.

¹⁵⁶⁸ D. LABETOULLE, « Concl. sous CE, 9 novembre 1979, *Ministre de l'Agriculture et société d'aménagement de la côte de Montes*, n° 04428 et 04548 », *AJDA*, 1980, n° 6, p. 362.

¹⁵⁶⁹ CE, ord., 21 novembre 2005, *Boisvert*, n° 287217.

¹⁵⁷⁰ C. cass., crim., 21 décembre 1961, *Dame LeRoux*, *Dalloz*, 1962, p. 102. Pour une explication des étapes et des raisons du revirement : D. TSEVAS, *Le contrôle de la légalité des actes administratifs individuels par le juge judiciaire*, LGDJ, 1995, pp. 110-128.

¹⁵⁷¹ TC, 17 octobre 2011, *Préfet de la Région Bretagne, Préfet d'Ille-et-Vilaine, SCEA du Chéneau c. Interprofession nationale porcine e. a.*, n° C3828 et 3829 ; TC, 16 juin 2014, n° C3953.

¹⁵⁷² TC, 16 juin 1923, *Septfonds c. Chemins de fer du Midi*, n° 0732 ; B. SEILLER, « Note sous T. confl., 17 oct. 2011, n° 3823 et 3829 », *RFDA*, 2011, n° 6, p. 1129 ; J.-F. STRUILLLOU, « L'appréciation par le juge civil du caractère manifestement illégal des décisions de préemption », *AJDA*, 2014, n° 29, p. 1658 ; F. MELLERAY, « Que reste-t-il de la jurisprudence *Septfonds* ? » *DA*, 2012, comm. 10.

727. Les questions préjudicielles du juge administratif au juge judiciaire. La solution dérogoire aux questions préjudicielles du juge judiciaire au juge administratif dégagée dans l'arrêt *SCEA du Chéneau* du Tribunal des conflits a été transposée aux cas dans lesquels le juge administratif est confronté à la nécessité de recourir à une question préjudicielle au juge judiciaire. En effet, le juge administratif peut désormais ne pas avoir recours à une question préjudicielle au juge judiciaire, « s'il apparaît *manifestement*, au vu d'une jurisprudence établie, que la contestation peut être accueillie par le juge saisi au principal »¹⁵⁷³.

728. La compétence du juge judiciaire en matière de voie de fait. Alors que l'article 13 de la loi des 16 et 24 août 1790 et le décret du 16 fructidor an III interdisent au juge civil de connaître des actes de l'administration, encore une fois, l'exception à la règle de la compétence exclusive du juge administratif pour contrôler l'activité administrative découle, notamment, de l'évidence des illégalités constitutives d'une voie de fait. La mobilisation du caractère manifeste de l'illégalité commise par l'administration fut toutefois absente de l'arrêt *Action française* du Tribunal des conflits de 1935 fondateur de la théorie. Il est à noter que le Commissaire du gouvernement, Pierre Josse, estimait pourtant, au vu du cas d'espèce, que « la saisie serait *manifestement* illégale » et « l'atteinte à la liberté de la presse *flagrante* »¹⁵⁷⁴. Le caractère manifeste de l'illégalité caractérisant la compétence du juge judiciaire pour connaître du contentieux de la voie de fait sera consacré cinq ans plus tard par l'arrêt *Société Schneider*¹⁵⁷⁵.

729. Le renvoi préjudiciel en interprétation de validité. Dans l'affaire *Gaston Schul*¹⁵⁷⁶, la Cour de justice de Luxembourg était interrogée sur le point de savoir si la théorie de l'acte clair, telle que définie dans l'arrêt *CILFIT*, s'appliquait dans le cadre d'un litige portant sur la validité d'un acte de droit dérivé de l'UE. Se posait la question de savoir si, confrontée à un acte de droit dérivé manifestement invalide, une juridiction nationale pouvait, en dépit de son obligation de saisir la Cour d'un renvoi préjudiciel en appréciation de validité dégagée dans l'arrêt *Foto-Frost*, constater son invalidité en vertu de la théorie de l'acte clair telle que déterminée dans l'arrêt *CILFIT* ? Sans avoir été ensuite suivi par la Cour, l'avocat général Colomer soutenait une position en faveur d'une limitation de l'obligation de saisine de la Cour

¹⁵⁷³ CE, 23 mars 2012, *Fédération Sud Santé sociaux*, n° 331805. Nous soulignons.

¹⁵⁷⁴ P. JOSSE, « Concl. sous TC, 8 avril 1935, *Action française* », *Dalloz*, 1935, n° 3, p. 30. Nous soulignons.

¹⁵⁷⁵ TC, 4 juin 1940, *Scté Schneider et Compagnie*, *Rec. Leb.*, p. 240.

¹⁵⁷⁶ CJCE, GC, 6 décembre 2005, *Gaston Schul Douane-expéditeur BV c. Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit*, C-461/03.

de justice d'un renvoi préjudiciel en appréciation de validité lorsque l'acte de droit dérivé apparaît « manifestement »¹⁵⁷⁷ nul. Même s'il n'a su convaincre la Cour, il est très important de relever que le caractère « manifeste » des constats d'invalidité faits par le juge national ne comporte, selon l'avocat général, « aucun risque » pour l'unité de l'interprétation du droit de l'UE¹⁵⁷⁸.

Il y a également lieu de mentionner la jurisprudence de la Cour de justice de l'UE permettant à un juge national dont les décisions sont insusceptibles de recours de se délier de son obligation de renvoi prévue à l'article 267 du TFUE lorsque « l'application correcte du droit communautaire s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable »¹⁵⁷⁹.

730. Les litiges relevant de la compétence des tribunaux arbitraux. Dans sa version en vigueur jusqu'au 1^{er} mai 2011, le deuxième alinéa de l'article 1458 du code de procédure civile prévoyait que lorsqu'une juridiction nationale était saisie d'un litige, en dépit de l'existence d'une convention d'arbitrage et tant qu'un tribunal arbitral n'était pas encore saisi, elle pouvait refuser de se déclarer incompétente si la convention conclue entre les parties était « manifestement nulle ».

731. L'absence de violation des compétences exclusives est donc possible grâce à la portée provisoire du constat de l'inconstitutionnalité, d'une part, et par la limitation de ce constat à celles qui sont manifestes, d'autre part. De façon similaire, le professeur Paul Cassia avait pu défendre, au regard de l'objectif poursuivi par la création de la QPC de donner un nouveau droit aux « citoyens », la compétence d'un juge unique des référés de connaître des exceptions d'inconstitutionnalité des lois soulevées devant son prétoire si le contrôle de ce dernier ne s'exerçait que « de manière superficielle et à titre provisoire »¹⁵⁸⁰.

732. Dans le cadre d'un recours direct comme la procédure du référé-liberté, la

¹⁵⁷⁷ D. RUIZ-JABARO COLOMER, Concl. présentées le 30 juin 2005, sous CJCE, GC, 6 décembre 2005, *Gaston Schul Douane-expéditeur BV c. Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit*, C-461/03, pt. 88. Du même avis, voir également : J.-F. COUZINET, « Le renvoi en appréciation de validité devant la Cour de justice des Communautés européennes », *RTDE*, 1976, p. 660 et s. spéc. p. 662.

¹⁵⁷⁸ D. RUIZ-JABARO COLOMER, Concl. présentées le 30 juin 2005, sous CJCE, GC, 6 décembre 2005, *Gaston Schul Douane-expéditeur BV c. Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit*, *op. cit.*, pt. 91.

¹⁵⁷⁹ CJCE, 6 octobre 1982, *Srl CILFIT et Lanificio di Gavardo SpA c. Ministère de la santé*, C-283/81, pts. 16 et 21. Nous soulignons.

¹⁵⁸⁰ P. CASSIA, « Le renvoi préjudiciel en appréciation de constitutionnalité, une "question" d'actualité », *RFDA*, 2008, n° 5, p. 877, pt. 17.

compétence d'un juge de contrôler une loi n'a que peu d'intérêt si elle n'est pas accompagnée du pouvoir d'en déclarer, pour le moins, son inapplicabilité au litige en cours. Après avoir fondé la compétence du juge du référé-liberté de contrôler la conformité d'une disposition législative aux droits et libertés que la Constitution garantit, il y a lieu de fonder son pouvoir d'en écarter l'application dans le cadre du litige qu'il est appelé à trancher.

B) Le jugement dans l'urgence, fondement du *pouvoir* du juge du référé-liberté d'écarter l'application d'une disposition législative contraire aux droits et libertés que la Constitution garantit

733. L'urgence est une notion dont la fonction principale, bien connue en droit administratif et en droit constitutionnel, est de déroger aux règles de droit commun en vue d'accroître les pouvoirs d'une autorité publique¹⁵⁸¹. En droit processuel, de manière positive, c'est parce que le juge du référé-liberté doit et peut juger en urgence qu'il peut se voir habilité du pouvoir de prononcer l'inapplicabilité provisoire d'une disposition législative manifestement contraire aux droits et libertés que la Constitution garantit (1). Sa compétence se voit également soutenue de manière négative eu égard à l'absence de procédure *de jure* permettant au Conseil constitutionnel de faire usage en urgence de son pouvoir d'abroger une disposition législative inconstitutionnelle (2).

1) Un fondement positif : le juge du référé-liberté peut et doit juger en urgence

734. C'est parce que le juge du référé-liberté peut et doit juger en urgence qu'il est possible, après avoir, le cas échéant, constaté l'inconstitutionnalité d'une loi, de lui reconnaître le pouvoir de prononcer lui-même l'inapplicabilité d'une disposition législative manifestement contraire aux droits et libertés que la Constitution garantit dans un litige en cours. C'est spécialement sur le fondement du principe de célérité de la procédure qu'il est possible d'envisager l'extension des pouvoirs du juge du référé-liberté et spécialement de celui de prononcer l'inapplicabilité d'une disposition législative manifestement contraire aux droits et libertés que la Constitution garantit (a). Tandis que le recours aux mécanismes préjudiciels est

¹⁵⁸¹ Voir notamment la théorie jurisprudentielle des circonstances exceptionnelles, le régime d'exception prévu par la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence ou encore l'article 16 de la Constitution.

parfois contraint, le principe de bonne administration de la justice de l'urgence permet de fonder le pouvoir du juge du référé-liberté de refuser de se dessaisir au profit du juge *ad quem* des QPC (b).

a) Le principe de célérité de la procédure, fondement de l'extension des pouvoirs du juge du référé-liberté

735. Dans sa thèse de doctorat, Didier Cholet soutient que le principe de célérité de la procédure peut fonder l'octroi à un juge d'un pouvoir qui ne lui revient ordinairement pas¹⁵⁸². En tant que notion « attributive de pouvoirs »¹⁵⁸³, l'urgence est de nature à permettre au juge du provisoire de s'attribuer des pouvoirs lui garantissant l'exercice prompt et efficace de son office.

C'est ainsi que la position jurisprudentielle de refus du juge du référé-liberté d'écarter l'application dans un litige d'une loi manifestement contraire aux droits et libertés que la Constitution garantit peut-être renversée. Le pouvoir exclusif du Conseil constitutionnel d'abroger explicitement une disposition législative avec effet *erga omnes* (α) se trouve donc préservé par l'octroi au juge du référé-liberté du pouvoir de déclarer une loi inapplicable avec effet *inter partes* (β).

a) Le pouvoir exclusif du Conseil constitutionnel d'abroger explicitement une disposition législative avec effet *erga omnes*

736. Dans son office de juge des QPC, à l'issue du contrôle au fond de la conformité d'une loi aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel est investi, le cas échéant, du pouvoir exclusif d'*abroger explicitement*, avec effet *erga omnes* immédiat ou différé, une disposition législative contraire aux droits et libertés que la Constitution garantit. C'est le premier alinéa de l'article 62 alinéa 2 de la Constitution qui octroie ce pouvoir au Conseil constitutionnel en prévoyant qu'une disposition législative « déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 [de la Constitution] est abrogée ». Le deuxième alinéa de cet article permet au juge de l'aile Montpensier du Palais Royal de moduler les effets dans le temps et dans les instances en cours de ses décisions de non-conformité.

¹⁵⁸² D. CHOLET, *La célérité de la procédure en droit processuel*, LGDJ, 2006, pp. 419-423.

¹⁵⁸³ C. BROYELLE, « Les mesures ordonnées en référé », *RFDA*, 2007, n° 1, p. 73.

737. La proposition qu'il nous revient de formuler doit avoir pour limite de ne pas supprimer ou partager ce pouvoir du Conseil constitutionnel. C'est en ce sens qu'en vue de la préservation de ce pouvoir exclusif du Conseil constitutionnel, il est envisageable de conférer au juge du référé-liberté le pouvoir de déclarer une loi inapplicable avec effet *inter partes*. L'abrogation explicite des lois demeurerait exclusivement réservée au Conseil constitutionnel et vivrait conjointement avec le pouvoir du juge de l'article L. 521-2 du CJA d'en prononcer la simple inapplication provisoire dans le cadre du règlement d'un litige particulier.

β) La préservation du pouvoir exclusif du Conseil constitutionnel par l'octroi au juge du référé-liberté du pouvoir de déclarer une loi inapplicable avec effet inter partes

738. Le juge du provisoire n'a incontestablement pas à jouir du pouvoir d'invalidier une loi. Il doit en revanche avoir le pouvoir d'en prononcer l'inapplicabilité lorsque son interprétation conforme aux droits fondamentaux constitutionnels est impossible. C'est d'ailleurs ce qu'il s'est reconnu le pouvoir de faire depuis l'arrêt *Gomez-Gonzalez* lorsqu'il constate l'inconventionnalité manifeste d'une loi.

La compétence du juge du référé-liberté de contrôler la constitutionnalité d'une loi implique nécessairement et consécutivement, si le constat de l'inconstitutionnalité s'avère évident, le pouvoir de déclarer la loi inapplicable au litige. Dans l'exercice naturel de sa fonction juridictionnelle de déterminer le droit applicable au litige, il semble logique que lui revienne le pouvoir de rendre seulement inapplicable dans le cas d'espèce qui lui est soumis une disposition législative manifestement contraire à une liberté fondamentale de source constitutionnelle.

L'on sait que le juge du référé-suspension s'est d'ailleurs déjà reconnu compétent pour constater l'abrogation implicite d'une loi antérieure entachée d'inconstitutionnalité¹⁵⁸⁴. De fait, ce pouvoir emporte les mêmes effets que l'abrogation explicite d'une loi prononcée par le Conseil constitutionnel. En effet, plus encore qu'une simple déclaration d'inapplicabilité d'une loi à un litige, la théorie de l'abrogation implicite emporte, de fait, l'inapplicabilité de la loi dans tous

¹⁵⁸⁴ CE, ord., 21 novembre 2005, *Boisvert*, n° 287217 : le juge du référé-suspension reconnaît sa compétence pour « l'abrogation, fût-elle implicite, d'un texte de loi qui découle de ce que son contenu est inconciliable avec un texte qui lui est postérieur, que celui-ci ait valeur législative ou constitutionnelle ». Appliqué à l'espèce, selon le juge du référé-suspension, il n'existe aucune « incompatibilité de principe qui conduirait à regarder [la loi du 3 juin 1955 relative à l'état d'urgence] comme ayant été abrogée par le texte constitutionnel ».

les litiges où son application est invoquée¹⁵⁸⁵, sans toutefois qu'elle ne disparaisse formellement de l'ordre juridique.

739. En plus du principe de célérité, le principe de bonne administration de la justice de l'urgence fonde le pouvoir du juge du référé-liberté de ne pas se dessaisir au profit du Conseil constitutionnel lorsqu'il constate la contrariété manifeste d'une loi aux droits et libertés que la Constitution garantit.

b) Le principe de bonne administration de la justice de l'urgence, fondement du pouvoir du juge du référé-liberté de ne pas se dessaisir au profit du Conseil constitutionnel

740. Le principe de bonne administration de la justice et spécialement de celle de l'urgence, est une notion fonctionnelle. Sa fonction permet notamment de fonder des règles contentieuses. C'est au titre du principe de bonne administration de la justice de l'urgence qu'il semble préférable, au vu de la gravité des situations auxquelles cette justice doit répondre, que les règles de répartition ordinaire des compétences juridictionnelles ne soient pas trop strictes afin de favoriser l'unicité de l'instance en cours. Dans les situations d'urgence et spécifiquement celles portées devant le juge du référé-liberté, que l'on peut d'ailleurs qualifier d'« extrême » urgence, ce principe peut être avancé pour fonder le pouvoir de ce juge de n'avoir à recourir ni aux questions préjudicielles (α) ni aux procédures de renvois préalables (β).

a) Le principe de bonne administration de la justice de l'urgence, fondement du non-recours aux questions préjudicielles

741. En principe, la compétence d'un juge *ad quem* statuant sur une question préjudicielle écarte, eu égard à son essence, la compétence par voie d'exception du juge *a quo* puisque, par définition, le mécanisme de la question préjudicielle vise à faire respecter les règles de compétences exclusives et le principe de séparation des juridictions administratives et judiciaires. Il peut toutefois être fait exception à ces règles au regard de « l'exigence de bonne

¹⁵⁸⁵ H.-M. CRUCIS, *Les combinaisons de normes dans la jurisprudence administrative française. Contribution à l'étude du pouvoir normatif du juge de l'excès de pouvoir*, LGDJ, 1991, p. 207.

administration de la justice » et de celle du jugement des demandes des justiciables dans un « délai raisonnable ». En ce sens, c'est sur le fondement de l'intérêt d'une bonne administration de la justice que l'ancien vice-président du Conseil d'État, Jean-Marc Sauvé, soutenait que lorsqu'il « faut répondre, en urgence, à de graves atteintes aux droits fondamentaux, certaines règles de compétence juridictionnelle doivent s'effacer, pour laisser le juge [administratif des référés d'urgence] saisi intervenir avec la plus grande diligence »¹⁵⁸⁶.

C'est en cela que le principe de bonne administration de la justice apparaît comme un fondement éprouvé du non-recours aux questions préjudicielles entre juges administratifs et judiciaires.

742. L'interprétation et le contrôle de la légalité des actes administratifs par le juge judiciaire au détriment de la mise en œuvre des questions préjudicielles au juge administratif. En contrariété avec le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, le juge judiciaire répressif s'est reconnu compétent pour statuer sur la légalité des actes administratifs non réglementaires¹⁵⁸⁷. Une intervention d'un ancien Président de la chambre criminelle de la Cour de cassation montre l'importance du principe de la bonne administration de la justice dans l'édification de la jurisprudence *Avranches et Desmarets*¹⁵⁸⁸. Ce magistrat justifiait le revirement de l'incompétence du juge pénal consacré par l'arrêt précité du Tribunal des conflits par le fait que le sursis à statuer inhérent à la question préjudicielle retardait l'intervention du juge répressif pour la sanction que « mérite une infraction patente et dont l'existence est indiscutable »¹⁵⁸⁹.

C'est sur le fondement de « l'exigence de bonne administration de la justice qu'avec les principes généraux qui gouvernent le fonctionnement des juridictions, en vertu desquels tout justiciable a droit à ce que sa demande soit jugée dans un délai raisonnable »¹⁵⁹⁰, que le Tribunal des conflits fonde la compétence du juge judiciaire de contrôler la légalité des actes administratifs réglementaires par exception à l'obligation de poser une question préjudicielle au juge administratif.

¹⁵⁸⁶ J.-M. SAUVÉ, « Bilan de quinze années d'urgence devant le juge administratif », in *L'urgence devant le juge administratif*, 5^{ème} édition des États généraux du droit administratif, colloque organisé par le Conseil d'État et le Conseil national des Barreaux, 26 juin 2015.

¹⁵⁸⁷ C. cass., crim., 21 décembre 1961, *Dame LeRoux*, *Dalloz*, 1962, p. 102.

¹⁵⁸⁸ TC, 5 juillet 1951, *Avranches et Desmarets*, n° 01187.

¹⁵⁸⁹ M. PATIN cité par A. PÉPY, « La séparation des autorités administratives et judiciaires et l'appréciation par le juge répressif de la légalité des actes administratifs individuels », in *Recueil d'études à la mémoire de Maurice Patin*, Cujas, 1965, p. 96.

¹⁵⁹⁰ TC, 17 octobre 2011, *Préfet de la Région Bretagne, Préfet d'Ille-et-Vilaine, SCEA du Chêneau c. Interprofession nationale porcine e. a.*, n° C3828 et 3829 ; M. GUYOMAR et X. DOMINO, « Renvois préjudiciels et bonne administration de la justice. Note sous TC, 17 octobre 2011, n° 3823 et 3829 », *AJDA*, 2012, n° 1, p. 27 ; TC, 12 décembre 2011, *Scté. Green Yellow c. Electricité de France*, n° 3841.

743. Le traitement des questions de droit privé par le juge administratif au détriment de la mise en œuvre des questions préjudicielles au juge judiciaire. La solution de l'arrêt *SCEA du Chéneau* du Tribunal des conflits a été transposée aux cas dans lesquels le juge administratif est confronté à la nécessité de recourir à une question préjudicielle au juge judiciaire. Sur le fondement de « l'exigence de bonne administration de la justice et aux principes généraux qui gouvernent le fonctionnement des juridictions, en vertu desquels tout justiciable a droit à ce que sa demande soit jugée dans un délai raisonnable »¹⁵⁹¹, le juge administratif peut ne pas avoir recours à une question préjudicielle au juge judiciaire. Avant cela, le juge administratif de l'urgence avait déjà pu refuser de renvoyer une question préjudicielle sur un point de droit relevant de la compétence exclusive du juge judiciaire¹⁵⁹².

744. L'exigence de jugement des demandes d'un requérant dans un « délai raisonnable » et, *a fortiori*, celle de jugement en urgence des demandes qui le méritent fondent la possibilité pour un juge administratif ou judiciaire de ne pas se dessaisir d'une question de droit au profit d'une juridiction de l'autre ordre juridictionnel par le biais du renvoi d'une question préjudicielle. La règle similaire s'applique également au mécanisme du renvoi préalable.

β) Le principe de bonne administration de la justice de l'urgence, fondement du non-recours aux renvois préalables

745. La Cour de justice de l'UE dispose d'un pouvoir analogue à celui du Conseil constitutionnel de prononcer expressément et avec effet *erga omnes* l'invalidité d'un acte de droit dérivé de l'UE. Ce pouvoir exclusif fonde l'interdiction, prononcée par la Cour dans l'arrêt *Frost-Frost* à l'attention des juridictions nationales, de prononcer elles-mêmes l'invalidité d'un acte de droit dérivé et l'obligation de procéder à un renvoi préjudiciel en cas de doute sérieux sur la validité d'un tel acte¹⁵⁹³. Sur le fondement du principe de bonne administration de la justice, l'avocat général Colomer avait pu proposer de soulager les juridictions nationales de leur obligation de saisir la Cour de justice d'un renvoi préjudiciel en validité. Le magistrat arguait en effet que « le maintien à outrance de l'obligation de saisir la Cour à titre préjudiciel [...], témoignerait d'un excès de formalisme s'accordant mal avec le principe de bonne

¹⁵⁹¹ CE, 23 mars 2012, *Fédération Sud Santé sociaux*, n° 331805.

¹⁵⁹² CE, 10 mars 1982, *Ministre de l'intérieur c. Zerdane*, n° 33322.

¹⁵⁹³ CJCE, 22 octobre 1987, *Foto-Frost c. Hauptzollamt Lübeck-Ost*, C-314/85, pts. 15-20.

administration de la justice »¹⁵⁹⁴.

746. Il ne fait nul doute que l'économie d'un renvoi permet un gain de temps favorable au respect par le juge du référé-liberté de l'esprit de son office de statuer en urgence. C'est notamment au regard de cette contrainte de devoir juger en urgence que le juge administratif de l'ancienne procédure du sursis à exécution a pu refuser de saisir la Cour de justice de l'UE d'un renvoi préjudiciel¹⁵⁹⁵. De même, c'est parce qu'il doit juger en urgence que le juge du référé-liberté a jugé qu'il ne pouvait saisir utilement la Cour luxembourgeoise d'un renvoi préjudiciel¹⁵⁹⁶.

Aussi, la doctrine civiliste soutient depuis longtemps que lorsque cela est possible, il apparaît préférable, eu égard aux délais de traitement des renvois préjudiciels, que le juge judiciaire des référés résolve seul et directement les difficultés posées par le droit de l'UE¹⁵⁹⁷.

747. Dans les situations d'urgence, lorsqu'un conflit normatif entre une disposition législative et les droits et libertés que la Constitution garantit ne suscite aucune contestation sérieuse et dont la solution relève à titre provisoire de l'évidence, il y a lieu d'épargner au justiciable, tout comme aux juges du filtrage, les longueurs et complexités supplémentaires inhérentes à la procédure de la QPC. En ce sens, soulignons enfin que l'article 61-1 alinéa 1 de la Constitution précise qu'une QPC « peut » et non pas « doit » être renvoyée au Conseil constitutionnel.

Concernant la procédure de référé-liberté, cette thèse se fonde, d'une part, sur la capacité et l'obligation de ce juge de statuer en urgence et, d'autre part, de manière négative, sur l'absence d'obligation du Conseil constitutionnel de juger en urgence certaines QPC qui mériteraient ce type de traitement.

2) Un fondement négatif : le Conseil constitutionnel peut mais ne doit pas juger en urgence les QPC

¹⁵⁹⁴ D. RUIZ-JABARO COLOMER, Concl. présentées le 30 juin 2005, sous CJCE, GC, 6 décembre 2005, *Gaston Schul Douane-expéditeur BV c. Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit*, C-461/03, pt. 88.

¹⁵⁹⁵ CE, 16 décembre 1992, *M^{me} Dubreuil*, n° 126699.

¹⁵⁹⁶ CE, ord., 18 octobre 2006, *Mme Djabrailova, épouse Mutsulkhanova.*, n° 298101 ; CE, ord., 6 décembre 2006, *Taymuskhanov et Mme Terbulatova épouse Taymuskhanov*, n° 299218.

¹⁵⁹⁷ G. PARLEANI, « Le juge des référés face au droit communautaire », *Rec. Dall.*, 1990, n° 11, chron. 65 ; J. CAVALLINI, *Le juge national du provisoire face au droit communautaire. Les contentieux français et anglais*, Bruylant, 1995, p. 143.

748. Aucune procédure ne permet au justiciable de bénéficier de la mise en œuvre d'une procédure d'urgence *de jure* pour le traitement d'une QPC qu'il a pu soulever dans une instance en référé-liberté. C'est donc parce qu'il n'existe aucune procédure obligeant le Conseil constitutionnel de censurer en urgence avec effet immédiat une disposition législative inconstitutionnelle, qu'il est possible de fonder le pouvoir du juge du référé-liberté de prononcer l'inapplicabilité d'une disposition législative contraire aux droits et libertés que la Constitution garantit dans le cadre d'une affaire dont il est saisi (a). Quelques exemples témoignent de l'extension des pouvoirs d'un juge des référés du fait de la carence d'un juge saisi au titre de sa compétence exclusive de faire usage de ses pouvoirs en urgence (b).

- a) L'absence de procédure obligeant le Conseil constitutionnel d'abroger en urgence et avec effet immédiat une disposition législative inconstitutionnelle

749. Il n'existe, au sein du système juridique français, qu'un seul juge spécial habilité par le droit à contrôler la constitutionnalité des lois en vigueur. Or, aucune procédure ne prévoit expressément la possibilité de rendre d'urgence inapplicable, dans une instance de référé-liberté, une disposition législative manifestement contraire aux droits et libertés que la Constitution garantit. Deux propositions peuvent toutefois être apportées en remède à cette carence. Il est tout d'abord envisageable de créer une procédure d'urgence d'examen des QPC par le juge *a quo* et de leur traitement par le Conseil constitutionnel. Cette première proposition fera l'office de développements à part entière au sein du dernier chapitre de notre thèse¹⁵⁹⁸. Il est autrement possible que le juge statuant dans le cadre d'une procédure d'urgence et devant lequel la contrariété d'une loi à la Constitution est soulevée devienne compétent pour connaître d'un tel contentieux et détienne le pouvoir de déclarer cette loi inapplicable à la résolution du litige dont il est saisi.

750. Une multitude de cas illustrent le caractère dérogoire d'une procédure d'urgence aux règles de pouvoirs et de compétences exclusifs. C'est en effet l'impuissance d'un juge à qui sont confiés une compétence et un pouvoir exclusif à faire face à l'urgence qui fonde la

¹⁵⁹⁸ Voir *infra* : Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 2.

compétence d'un juge des référés, statuant en application d'une procédure d'urgence, de faire usage de ses pouvoirs dans le champ de la compétence exclusive de ce premier juge.

b) Les illustrations de pouvoirs élargis au titre de l'absence de procédure d'urgence devant le juge compétent à titre exclusif

751. C'est en réponse à l'absence de procédures d'urgence applicables à des recours au fond dans lesquels le juge est doté de pouvoirs exclusifs que, dans plusieurs cas, le juge des référés statuant en urgence a étendu ses propres pouvoirs pour se les octroyer.

752. La théorie de la voie de fait. La compétence du juge judiciaire de connaître des voies de fait repose, principalement, sur le déficit chronique de pouvoirs du juge administratif permettant de faire cesser en urgence et efficacement les voies de fait commises par l'administration. C'est en effet, notamment, parce qu'il n'existait pas de procédure d'urgence suffisamment efficace qu'il est apparu nécessaire de confier au juge judiciaire des référés la compétence de trancher ce type de contentieux. S'il faut bien reconnaître l'existence au XX^e siècle de procédures de référés d'urgence devant la juridiction administrative, il y a lieu de souligner leur carence en matière de pouvoir d'injonction. Le juge judiciaire des référés était à l'époque le seul juge à disposer, dans le cadre d'une procédure d'urgence, de pouvoirs suffisants pour faire cesser une voie de fait. C'est ainsi que le juge civil des référés s'est vu reconnaître la compétence de contrôler et de faire cesser les actes de l'administration constitutifs d'une voie de fait¹⁵⁹⁹.

Le retour du contentieux de la voie de fait dans le giron du contentieux administratif prouve bien que ce sont les carences initiales des pouvoirs du juge administratif qui ont justifié l'entorse à l'article 13 de la loi des 16 et 24 août 1790 et au décret du 16 fructidor an III qui interdisent au juge judiciaire de connaître des actes de l'administration. Le recouvrement de la compétence du juge administratif en matière de voie de fait doit en effet beaucoup aux lois des années 1980 à 2000 octroyant au juge administratif des pouvoirs d'injonctions et d'astreintes, ainsi qu'à quelques créations jurisprudentielles qui ont élargi ses pouvoirs de contraintes sur les agissements de l'administration. Ce sont précisément les pouvoirs d'injonctions et d'astreintes, et plus encore la création du référé-liberté, qui auront été décisifs, toujours avec un décalage d'au moins une bonne décennie, pour le rendu de la décision du Tribunal des conflits de réduire

¹⁵⁹⁹ CE, 9 mai 1867, *Duc d'Aumale, Lebon* p. 472 ; TC, 8 avril 1935, *Action française*, n° 00822.

le champ de compétence du juge judiciaire¹⁶⁰⁰ et de celle du juge du référé-liberté de reconnaître sa compétence concurrente depuis la fameuse jurisprudence *Commune de Chirongui* du 23 janvier 2013¹⁶⁰¹.

753. Le contentieux des actions possessoires. L'article L. 211-4 5° du code de l'organisation judiciaire octroyait expressément une compétence exclusive au juge statuant au fond en matière d'action possessoire. À défaut de pouvoir faire usage en urgence de ses pouvoirs en matière de protection des possessions de biens immobiliers, une jurisprudence *contra legem* a admis que cette compétence exclusive reconnue au juge statuant au fond en matière d'actions possessoires ne pouvait plus s'opposer à celle du juge judiciaire des référés statuant au provisoire¹⁶⁰². Cette nouvelle compétence du juge civil des référés justifiée par sa capacité à faire urgemment usage de ses pouvoirs a récemment conduit à la disparition des actions possessoires proprement dites devant le juge civil statuant au fond¹⁶⁰³. En la matière, il ne subsiste aujourd'hui plus que la compétence du juge du civil des référés pour connaître de ce type de contentieux.

754. Le contentieux des actes préparatoires aux scrutins nationaux. En application des articles 58 et 60 de la Constitution, le Conseil constitutionnel jouit d'une compétence exclusive pour connaître des litiges relatifs à la régularité des scrutins nationaux¹⁶⁰⁴. En revanche, le contentieux des actes préparatoires à ces élections ne peut intervenir qu'après leur échéance. Par conséquent, aucune procédure d'urgence ne permet au Conseil constitutionnel d'en être saisi avant la tenue d'une élection. Il ne dispose en effet d'aucun pouvoir pour faire cesser urgemment des troubles liés à la préparation des scrutins nationaux.

C'est pourquoi, afin de faire cesser certains troubles manifestement illicites, le juge civil des référés, saisi sur le fondement de l'article 809 du CPC, s'est reconnu compétent en matière de contentieux des actes préparatoires aux scrutins nationaux¹⁶⁰⁵.

¹⁶⁰⁰ TC, 17 juin 2013, *M. Bergoend c. Société ERDF Annecy Léman*, n° 3911 ; TC, 12 février 2018, *M. N... c. Agent judiciaire de l'État*, n° 4110.

¹⁶⁰¹ CE, ord., 23 janvier 2013, *Commune de Chirongui*, n° 365262, consid. 6.

¹⁶⁰² Voir par exemple : C. cass., civ. 3°, 22 mars 1995, n° 92-21.269 ; C. cass., ass. plén., 28 juin 1996, n° 94-15.935 ; C. cass., civ. 3°, 21 novembre 2001, n° 99-21.841.

¹⁶⁰³ Article 9 de la loi n° 2015-177 du 16 février 2015.

¹⁶⁰⁴ Il s'agit des opérations référendaires et des élections présidentielles, législatives et sénatoriales.

¹⁶⁰⁵ TGI Carcassonne, ord., 2 novembre 1990, *JCP*, 1991, n° 2, p. 21601 : « constitue un trouble manifestement illicite l'apposition sauvage d'affiches dans la période prohibée, activité susceptible d'être pénalement sanctionnée, et il appartient au juge des référés, seul susceptible d'être saisi en temps utile, et sans empiéter sur le domaine du juge électoral, de faire cesser ce trouble » ; TGI Paris, 22 novembre 1989, *JCP*, 1990, n° 2, p. 21507 ; CA Versailles, 19 mars 1993, *Dalloz*, 1993, n° 16, p. 103. Constatant l'absence de procédure d'urgence devant le

Le Conseil constitutionnel¹⁶⁰⁶ et la Cour de cassation¹⁶⁰⁷ se sont rapidement opposés à cette extension du champ de la compétence matérielle du juge civil des référés.

Mais, à défaut de mieux, la Cour de cassation jugea plus tard, au terme d'une évolution jurisprudentielle, que « dès lors que les mesures ordonnées pour faire cesser un trouble manifestement illicite né d'une atteinte à des droits privés ne portaient pas sur les documents électoraux, ni ne remettaient en cause un acte administratif préparatoire à l'élection »¹⁶⁰⁸, le juge civil des référés pouvait connaître de telles contestations.

755. En définitive, tout porte à démontrer que le juge du référé-liberté peut être habilité à faire droit à une exception tirée de la contrariété d'une disposition législative aux droits et libertés que la Constitution garantit.

Conseil constitutionnel en matière de contentieux électoral, le professeur Mélin-Soucramanien défendait également la compétence du juge civil des référés : F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, « Le Conseil constitutionnel, juge électoral », *Pouvoirs*, 2003, n° 105, pp. 120-121.

¹⁶⁰⁶ Le Conseil constitutionnel estime cependant que la compétence du juge des référés « n'altère pas la sincérité du scrutin » : CC, décision n° 93-1192 et 1193 AN, 8 juin 1993, *A.N.*, *Yvelines (4^{ème} et 6^{ème} circ.)*, consid. 4.

¹⁶⁰⁷ C. cass., ass. plén., 8 mars 1996, Bull. ass. plén., n° 2, *Dalloz*, 1996, p. 373 : « Il n'appartient pas aux tribunaux de l'ordre judiciaire d'interférer dans les opérations électorales législatives dont le contentieux ressortit au Conseil constitutionnel ». De même, la cour d'appel de Reims a pu condamner cette jurisprudence en jugeant que la compétence du juge civil des référés « trouve sa limite dans les règles de la séparation des autorités et des juridictions reconnues par la Constitution et les lois de la République. Dès lors, la demande de deux candidats aux élections législatives s'inscrit dans le cadre des opérations électorales de nature politique et de leurs préliminaires, dont le contentieux échappe aux termes de l'article 59 de la Constitution à la compétence de l'ordre judiciaire » : CA Reims, 19 mars 1993, *Dalloz*, 1994, p. 368.

¹⁶⁰⁸ C. cass., civ. 1^{ère}, 9 juillet 2008, n° 07-19.664.

Conclusion du Chapitre 2

756. La systématisation des modalités du contrôle des lois par le juge du provisoire n'est pas aisée pour deux raisons. La première tient au fait que ces juges ont une forte capacité à adapter leur office à l'urgence des situations d'espèce qui leur sont soumises. La seconde raison est simplement liée au fait que l'exercice pleinement assumé de ce contrôle est tout à fait récent devant le juge du référé-liberté et qu'il ne peut pas être observé devant le juge des mesures provisoires de la Cour EDH.

757. La question de la compétence du juge du provisoire de contrôler les lois refait surface lorsque l'on s'intéresse aux modalités de cette opération. Tantôt l'intensité et la nature du contrôle des lois du juge du provisoire sont des éléments qui discréditent sa compétence, tantôt ils sont apportés comme argument à son soutien. Mais une fois encore, il s'avère finalement que les modalités du contrôle des lois n'ont aucune incidence sur la question de la compétence d'un juge de connaître de ce type de contentieux. Les lois ne sont pas des actes qui, par nature, nécessitent que leur contrôle soit opéré de manière plus ou moins approfondie ou détachée des faits de l'espèce.

758. L'étude du contrôle des lois par le juge du provisoire nécessite de penser conjointement leur contrôle direct par voie d'exception et leur contrôle par voie incidente sur renvoi préalable. Il est en effet frappant de voir à quel point la question des différentes techniques de contrôle des lois a son importance quant aux stratégies contentieuses des parties et à celles du juge du provisoire pour la résolution d'un litige. Il se joue en effet, derrière ces choix, des questions liées à l'efficacité et aux effets procéduraux de la mise en œuvre de ces techniques, mais aussi des questions de concurrences procédurales entre contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité et entre contrôle direct des lois par voie d'exception et contrôle des lois par voie incidente.

Si nous nous sommes uniquement penchés sur les problématiques qui relèvent du droit processuel, il doit être également dûment pris en considération, dans les stratégies contentieuses, la question de la concurrence matérielle entre le contenu des droits fondamentaux garantis par tel ou tel juge au titre de telle ou telle source textuelle.

Conclusion du Titre 2

759. L'« office » et la fonction du juge du provisoire, la nature de ses décisions, l'intensité, la nature et les techniques de contrôle : toutes ces considérations ont pu être aussi bien avancées pour justifier l'incompétence que la compétence du juge du provisoire de connaître du contentieux des lois. Or, aucun de ces éléments n'entre en compte de manière décisive pour répondre à cette question. Ça n'est ni parce qu'il est juge du provisoire, ni au regard des modalités et techniques du contrôle des lois, ni non plus eu égard à la nature des lois, qu'il ne peut pas les contrôler. Sa seule qualité de juge et le caractère justiciable des lois lui permettent de contrôler l'acte accusé d'être à l'origine d'une situation urgente de violation des droits fondamentaux. Loin de s'y opposer, son office lui permet assurément de connaître ce type de contentieux. Sans y faire obstacle, l'urgence modère simplement les modalités du contrôle des lois et peut même avoir pour effet, dans un but d'efficacité de la protection des droits fondamentaux, d'accroître le champ de sa compétence en matière de contentieux des lois.

Conclusion de la Partie 1

760. L'essor et le renforcement de la protection juridictionnelle des droits fondamentaux dans les situations d'urgence passent par le rôle croissant qui est donné au juge du provisoire aussi bien devant les juridictions internes que régionales ou internationales. L'efficacité des pouvoirs de ce juge en matière de protection provisoire des droits fondamentaux implique, notamment, qu'il ne soit pas limité dans son office pour agir contre les cas d'atteintes législatives aux droits fondamentaux. Le degré d'effectivité de la protection des droits fondamentaux et de respect de l'état de droit dépendent directement de sa capacité à connaître de ce contentieux. Quel est l'intérêt d'un juge du provisoire aux larges pouvoirs, mais qui serait doté d'une compétence limitée en matière de contrôle des lois ?

Alors que les garanties processuelles fondamentales et le formalisme des procédures sont allégés, ni la nature des lois, ni celle de son office ne peuvent encore justifier que le contentieux des lois devant le juge du provisoire soit à proscrire. Que ce soit par le recours aux techniques de contrôle direct des lois ou par leur pré-contrôle à l'occasion de la mise en œuvre d'un renvoi, le juge du provisoire est, à l'instar de tout autre juge, un juge des lois. Cet état du droit est assurément préférable à la solution qui consisterait à éviter le contrôle de ce type de normes et permettre la perpétuation des atteintes législatives aux droits fondamentaux jusqu'à la décision du juge statuant au fond.

761. Pour ce contentieux, il est à souligner que le droit de l'UE est celui qui influence et conditionne le plus le pré-contrôle et le contrôle des lois par le juge judiciaire¹⁶⁰⁹, le juge administratif¹⁶¹⁰ et, ainsi que le propose notre étude, le juge du référé-liberté. On peut en effet lire dans la jurisprudence de la Cour luxembourgeoise un net soutien à la compétence du juge

¹⁶⁰⁹ Pour Guy Canivet, « l'apport majeur du droit communautaire a été de libérer le juge judiciaire français d'une totale subordination à sa propre loi » : G. CANIVET, « Le droit communautaire et le juge national ou comment un demi-siècle d'application du droit communautaire a libéré le juge judiciaire français de deux siècles de soumission absolue à la loi interne », in D. SIMON (dir.), *Le droit communautaire et les métamorphoses du droit*, Presse universitaire de Strasbourg, 2003, p. 81.

¹⁶¹⁰ Parmi de nombreuses contributions sur l'influence du droit de l'UE en contentieux administratif, voir par exemple : J.-M. FÉVRIER, « La jurisprudence communautaire et le contentieux administratif du sursis à exécution », *AJDA*, 1995, n° 12, p. 867 ; B. LE BAUT-FERRARESE, « Arrêts récents de la Cour de justice des Communautés européennes en matière de mesures provisoires : réflexions sur l'effet de "modèle" des procédures issues de la Communauté européenne », *Rec. Dall.*, 1998, n° 32, chron. 306 ; Y. GAUDEMET, « Remarques sur l'évolution des sources du droit du contentieux administratif », in *Mélanges offerts à Pierre Drat. Le juge entre deux millénaires*, Dalloz, 2000, p. 329.

de l'urgence et du provisoire d'opérer directement le contrôle de la compatibilité des lois avec les droits fondamentaux de l'UE ainsi que, en cas de doute ou de difficulté sérieux, leur pré-contrôle pour la mise en œuvre d'un renvoi préjudiciel. Avec le professeur Rostane Mehdi, on ne saurait qu'abonder dans le sens d'une véritable « communautarisation » de la compétence du juge national du provisoire, juge de l'urgence¹⁶¹¹.

762. Il convient de noter que la nécessité pour le juge du référé-liberté de procéder à un renvoi pour le contrôle d'une loi par rapport aux droits fondamentaux peut être contrariée par les contraintes et délais supplémentaires qu'implique la mise en œuvre d'un tel mécanisme. Bien qu'il existe des moyens d'atténuer les effets de ces retards et lourdeurs procédurales, ces obstacles peuvent s'avérer difficilement conciliables, voire incompatibles avec l'urgence des situations auxquelles le juge de l'article L. 521-2 du CJA est confronté. C'est pourquoi, la prise en compte de l'urgence par les juridictions *ad quem* saisies d'un renvoi préalable apparaît de plus en plus marquante.

¹⁶¹¹ R. MEHDI, « Le droit communautaire et les pouvoirs du juge national de l'urgence (quelques enseignements d'une jurisprudence récente) », *RTDE*, 1996, n° 1, p. 91. Voir également : D. SIMON, « Les exigences de la primauté du droit communautaire : continuité ou métamorphose ? », *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Dalloz, 1991, p. 489 et s. ; J.-M. FÉVRIER, « La jurisprudence communautaire et le contentieux administratif du sursis à exécution », *AJDA*, 1995, n° 12, p. 867 ; G. LE CHATELLIER, « Les incidences du droit communautaire sur le droit du contentieux administratif », *AJDA*, 1996, n° spécial, p. 97 ; Y. GAUDEMET, « Remarques sur l'évolution des sources du droit du contentieux administratif », *in Mélanges offerts à Pierre Drai. Le juge entre deux millénaires*, Dalloz, 2000, p. 333 et s.

PARTIE 2 : L'URGENCE DANS LES PROCÉDURES DE JUGEMENT DES RENVOIS PRÉALABLES

763. Ayant pour fonction principale d'uniformiser l'interprétation et l'application du droit, le mécanisme du renvoi préalable apparaît, de prime abord, éloigné de la prise en compte de l'urgence dans l'opération de contrôle des lois ainsi que dans ses règles de procédure. De manière spécifique, l'on a par exemple pu soutenir que la procédure du renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne et l'urgence seraient « inconciliables »¹⁶¹² et que prétendre le contraire reviendrait à soutenir une idée « iconoclaste »¹⁶¹³.

764. **L'identification des procédures d'urgence et accélérées applicables aux renvois préalables.** D'emblée, par une première approche globale du droit positif, l'on constate que l'existence formelle de procédures d'urgence n'est pas répandue dans les procédures de renvoi préalable. L'on en trouve uniquement, et seulement depuis récemment, pour le traitement de renvois préjudiciels par la Cour de justice de l'UE. En outre, l'on peut également retenir la présence d'un cadre procédural de prise en compte de l'urgence intermédiaire entre une procédure ordinaire et une procédure d'urgence appelée « procédure accélérée » devant les deux cours européennes.

Il est en effet prévu devant la Cour de justice de l'UE une procédure préjudicielle accélérée¹⁶¹⁴ et une procédure préjudicielle d'urgence¹⁶¹⁵ pour le traitement urgent de certains renvois préjudiciels.

Aussi, l'article 91 du chapitre X du règlement de procédure de la Cour EDH relatif aux avis consultatifs prévoit que la Cour de Strasbourg applique les règles du protocole n° 16 à la Conv. EDH et « dans la mesure où elle le juge approprié, les autres dispositions du présent règlement ». L'on comprend donc qu'il est offert à la Cour le pouvoir d'appliquer l'article 41

¹⁶¹² L. COUTRON, « Urgence et renvoi préjudiciel », *RAE*, 2012, n° 2, p. 385.

¹⁶¹³ *Ibid.*

¹⁶¹⁴ Article 105 § 1 du RP CJUE.

¹⁶¹⁵ Article 107 § 1 du RP CJUE.

de son règlement. Celui-ci concerne initialement la possibilité de traitement prioritaire d'un recours individuel et voit donc son champ d'application s'étendre au traitement des demandes d'avis consultatifs dont la Cour peut nouvellement être saisie. De plus, le point 29 des lignes directrices concernant la mise en œuvre de la procédure d'avis consultatif, repris à l'article 93 § 2 du chapitre X du règlement de la Cour EDH, prévoit que les demandes d'avis consultatifs « doivent se voir réserver un traitement prioritaire au sens de l'article 41 du présent règlement ».

765. Il n'existe en revanche aucune procédure d'urgence, ni même accélérée, devant les juridictions *ad quem* du Palais Royal chargées du traitement des QPC et des demandes d'avis contentieux. Par conséquent, ces juridictions sont censées répondre à l'urgence de certains renvois par l'unique biais d'une procédure ordinaire.

C'est en partie pour cette raison qu'il y a un net déséquilibre et une faible quantité de matière juridique textuelle et jurisprudentielle observable entre les différentes procédures de renvoi. Cela ne peut toutefois empêcher de faire étude de la prise en compte et des effets de l'urgence aux différents stades de la procédure d'examen des renvois préalables par les juridictions *ad quem*. La procédure d'examen des renvois préalables s'étale depuis la réception de la demande du juge *a quo* jusqu'au rendu d'une décision par le juge *ad quem*. Le processus de prise de décision devra donc être décortiqué pour être intégralement confronté à l'urgence.

766. Qu'elle soit juridiquement traduite sous la forme de règles procédurales, ou qu'elle soit intégrée au procès de manière informelle et implicite, l'urgence est, à divers degrés, prise en compte par le juge des lois (TITRE 1). Cette percée de l'urgence au stade du jugement des renvois par les juridictions *ad quem* ne saurait toutefois être satisfaisante sans que soit observée une impérieuse et délicate nécessité de conciliation avec le respect des garanties processuelles fondamentales (TITRE 2).

TITRE 1 : La prise en compte de l'urgence par le juge des lois

767. L'urgence se distingue en deux types particuliers de faits¹⁶¹⁶. Le premier concerne des faits généraux, c'est-à-dire ceux qui sont extérieurs à l'affaire en cause soumise au juge et qui se rapportent au contexte factuel dans lequel une loi a été élaborée ; il reçoit la qualification de *legislative facts*. Le second qui intéresse spécifiquement le mécanisme du renvoi préalable est constitué des faits de l'espèce spécifiques au litige présentés à l'occasion d'une instance principale pendante ; ces derniers sont autrement appelés les *adjudicative facts*. Lorsque ces faits du litige principal sont constitutifs d'une situation d'urgence, ils peuvent se manifester sous deux aspects différents, mais étroitement liés, dans les procédures de contrôle des lois sur renvoi. C'est parce que le juge des lois est confronté à l'urgence matérielle des atteintes législatives aux droits fondamentaux que l'urgence devient un caractère, voire une condition de la procédure suivie devant lui. C'est donc à deux titres que l'urgence se répercute sur l'office du juge des lois. Le juge *ad quem* se trouve confronté dans un premier temps à la mesure de l'urgence de juger (Chapitre 1) avant de devoir en supporter le poids dans l'opération à proprement dite de jugement des lois (Chapitre 2).

¹⁶¹⁶ Selon la distinction établie par la doctrine américaine : K. CULP DAVIS, *Administrative Law Text*, West Pub Co., 1972, Sect. 7, 03. Voir *supra* : Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, Paragraphe 1 et *infra* : Partie 2, Titre 1, Section 1, Paragraphe 2, A).

Chapitre 1 : l'urgence à juger

768. En principe, le juge des lois traite les renvois dans l'ordre dans lequel il les reçoit¹⁶¹⁷. La présence d'une condition de mise en œuvre relative à l'urgence serait étrange dans le cadre d'un renvoi préalable, eu égard à sa nature. Il ne s'agit en effet pas de procédures de référés dont la finalité serait de faire cesser urgemment des atteintes législatives aux droits fondamentaux. Il n'est donc pas attendu du juge des lois que son intervention soit conditionnée par l'urgence¹⁶¹⁸.

Toutefois, quand bien même toutes les affaires doivent être jugées aussi rapidement que possible, il en est certaines qui doivent l'être urgemment. Il y a donc lieu de se pencher sur les modalités de prise en compte et d'appréciation de l'urgence à juger (SECTION 1). Il convient ensuite de déterminer la nature de l'urgence à juger susceptible d'être reconnue et retenue par le juge des lois (SECTION 2).

SECTION 1 : L'appréciation de l'urgence à juger

769. Le pouvoir d'appréciation de l'urgence à juger implique nécessairement et premièrement que la situation d'urgence puisse être portée à la connaissance du juge et que ce dernier soit compétent pour l'apprécier (I). Ce n'est qu'après avoir éclairé ce point qu'il devient opportun de s'intéresser aux caractéristiques de la mise en œuvre du pouvoir du juge des lois d'apprécier l'urgence à juger (II).

I) La compétence de connaître l'urgence à juger

770. Tout pouvoir (législatif, exécutif ou juridictionnel) suppose, pour pouvoir être exercé de manière licite, qu'il s'intègre dans un champ de compétence. Par conséquent, avant de déterminer l'origine de l'initiative de la demande de jugement en urgence d'un renvoi (B), il

¹⁶¹⁷ Aucune règle n'impose au juge *ad quem* d'inscrire systématiquement les renvois au rôle de son prétoire, dans l'ordre de leur réception. En revanche, c'est de cette manière qu'il procède généralement.

¹⁶¹⁸ Une certaine célérité est en revanche inhérente au fonctionnement de ce mécanisme, voir *infra* : Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, Paragraphe 1, A).

est nécessaire de confirmer préalablement la compétence du juge des lois de connaître les faits d'espèce relevant de l'instance principale susceptibles d'être considérés comme urgents (A).

A) La compétence de connaître les faits de l'instance principale constitutifs de l'urgence à juger

771. Toutes les juridictions *ad quem* ont, à différents degrés, connaissance des données factuelles de l'affaire en cours devant le juge *a quo* grâce aux éléments contenus dans le corps du renvoi. Certes, celui-ci n'a pas pour objet de trancher des questions de fait¹⁶¹⁹. Mais, il faut bien distinguer la prise en compte de l'urgence dans la décision de *juger d'urgence* une loi de celle de *juger une loi* au regard de l'urgence. Si cette seconde opération semble très marginale¹⁶²⁰, la première est en revanche tout à fait habituelle et compatible avec le mécanisme du renvoi préalable.

Il y a donc lieu de présenter les fondements (1), puis les modèles de manifestation (2) de la compétence du juge des lois de connaître des faits du litige principal et notamment ceux qui sont potentiellement constitutifs d'une situation d'urgence.

1) Les fondements de la compétence du juge des lois de connaître des faits urgents du litige principal

772. Une compétence tirée d'une condition de recevabilité des renvois aux cours européennes. Lorsqu'une juridiction nationale est habilitée à saisir une des cours européennes par la voie d'un renvoi préalable, celle-ci doit se conformer à une condition de recevabilité relative à la présentation des données factuelles « pertinentes » du litige en cours. La demande de renvoi constitue alors un vecteur de présentation des faits urgents du litige et donc de compétence du juge des lois de les connaître.

En effet, au risque d'être rejetée, une demande d'avis consultatif à la Cour EDH doit présenter les éléments « pertinents du contexte [...] factuel »¹⁶²¹.

De même, au titre de l'article 94 du règlement de procédure de la Cour de justice de l'UE, la production par les juridictions nationales d'un « exposé sommaire [...] des faits pertinents, tels qu'ils ont été constatés par la juridiction de renvoi ou, à tout le moins, un exposé des données

¹⁶¹⁹ Voir *infra* : Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, Paragraphe 2, A), 1), b).

¹⁶²⁰ Voir *infra* : Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, Paragraphe 2, A), 2), b).

¹⁶²¹ Article 1 alinéa 3 du protocole additionnel n° 16 à la Conv. EDH.

factuelles sur lesquelles les questions sont fondées » est un élément de recevabilité d'un renvoi préjudiciel dont le défaut constitue un motif de rejet pour irrecevabilité manifeste de la demande.

773. Une compétence tirée des exigences relatives au contenu des demandes de mise en œuvre des procédures accélérée et d'urgence par les cours européennes. Il existe devant les cours européennes des procédures dites « d'urgence » ou « accélérées » de traitement des renvois conditionnées par l'urgence. Il n'y a en revanche aucune procédure de traitement des QPC et des demandes d'avis contentieux par les juridictions du Palais Royal conditionnée par l'urgence. Il est toutefois intéressant de relever qu'initialement, dans l'article 10 alinéa 1 du projet de loi portant réforme du contentieux administratif, le Gouvernement envisageait qu' :

« Avant de statuer sur une requête qui pose à juger une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et *appelant une solution urgente*, le tribunal administratif ou la cour administrative d'appel peut, par un jugement qui n'est susceptible d'aucun recours, renvoyer au Conseil d'État le soin de se prononcer sur cette question »¹⁶²².

La mise en œuvre de ces procédures est essentiellement conditionnée à une présentation par la juridiction de renvoi des éléments, notamment de nature factuelle, prouvant l'existence d'une urgence¹⁶²³.

774. Une compétence implicite tirée du pouvoir de la juridiction *ad quem* d'inscrire par priorité une affaire au rôle de son prétoire. À défaut d'existence d'une procédure accélérée ou d'urgence de traitement des QPC, il subsiste une difficulté concernant la compétence du Conseil constitutionnel à connaître des faits urgents du litige principal dans le cadre du contentieux *a posteriori* de la constitutionnalité des lois. En effet, lorsqu'il reçoit une QPC, le Conseil constitutionnel n'est pas mis en mesure de connaître les faits de l'espèce de l'instance dans laquelle celle-ci a été soulevée. Cela tient principalement à la règle de présentation des QPC dans un mémoire « distinct »¹⁶²⁴ de celui ayant trait au fond du litige et,

¹⁶²² Nous soulignons.

¹⁶²³ Le détail des exigences relatives au contenu des demandes de mise en œuvre des procédures accélérée et d'urgence sera présenté après que la compétence du juge des lois de connaître des faits urgents du litige principal sera confirmée. Voir *infra* : Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, Paragraphe 1, B), 2).

¹⁶²⁴ Article 23-1 de l'ordonnance organique du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel. En Italie, l'article 23 alinéa 2 de la loi n° 87 de 1953 impose au juge *a quo* de transmettre à l'occasion du renvoi d'une question incidente de constitutionnalité à la *Corte costituzionale* le dossier du litige principal présentant les faits de l'affaire.

essentiellement, au caractère abstrait du contrôle de constitutionnalité auquel il s'est astreint¹⁶²⁵. Par conséquent, tant que l'audience n'a pas eu lieu, le Conseil constitutionnel n'est pas censé connaître la réalité de la situation concrète du justiciable qui a soulevé une QPC¹⁶²⁶.

Or, le Conseil constitutionnel a, à l'instar de chaque juridiction *ad quem*, le pouvoir d'inscrire une affaire au rôle de son prétoire¹⁶²⁷. La mise en œuvre de ce pouvoir implique donc nécessairement la compétence d'examiner l'urgence qu'il peut y avoir à statuer sur un renvoi. En effet, si le juge *ad quem* décide qu'une affaire doit être traitée en priorité, c'est bien qu'il a la compétence de connaître des faits constitutifs d'une situation justifiant qu'il y a urgence à juger.

775. S'il est bien établi que le juge *ad quem* des procédures de renvois préalables a la compétence, parfois implicite, de connaître de l'urgence à juger, il reste désormais à présenter les modèles par lesquels se manifeste la preuve de la prise en compte de l'urgence à juger.

2) Les modèles de manifestation de la connaissance de l'urgence à juger

776. Selon deux modèles, le juge *ad quem* est en mesure, au regard de l'urgence à juger un renvoi qui lui est soumis, de prioriser l'examen de telle ou telle affaire. Ainsi, l'urgence peut être un facteur *conditionnant* ou *favorisant* son intervention rapide. Dans le premier cas, le juge décide de retenir certains faits qu'il va *qualifier juridiquement* comme étant urgents et, dans le second, il va simplement les *considérer informellement* comme constitutifs d'une situation d'urgence. En ces deux hypothèses, un fait sera alors considéré comme la justification d'une nécessité pressante pour le juge de statuer urgemment. Le juge traduira ce constat dans la procédure contentieuse en inscrivant une affaire dans son rôle comme étant urgente ou, à tout le moins, prioritaire à juger.

777. La qualification juridique de l'urgence dans le cadre des procédures accélérée et d'urgence. Selon une première configuration contentieuse, l'urgence peut et doit être prise en compte au titre des règles de procédure ; l'urgence à juger est alors une condition

¹⁶²⁵ Voir *infra* : Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, Paragraphe 2, A), 1).

¹⁶²⁶ Sur le rôle de l'audience dans la mise à connaissance de l'urgence, voir *infra* : Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, Paragraphe 2, B).

¹⁶²⁷ Ce pouvoir s'exerce par l'intermédiaire du Président de la juridiction *ad quem* ou d'une formation collégiale spécialisée dans le jugement de l'urgence Voir *infra* : Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, Paragraphe 1.

substantielle de recevabilité d'une procédure juridictionnelle d'urgence ou accélérée. La manifestation de la connaissance de l'urgence à juger correspond dès lors à la qualification formelle d'un fait comme satisfaisant à une condition substantielle de mise en œuvre de telles procédures. Cette première situation englobe les procédures préjudicielles accélérée et d'urgence applicables aux renvois préjudiciels à la Cour de justice de l'UE ainsi qu'aux demandes d'avis consultatifs à la Cour EDH.

778. La prise en compte informelle de l'urgence dans le cadre des procédures ordinaires. Dans le cadre des procédures ordinaires de traitement des renvois, rien n'empêche que l'urgence soit prise en compte dans l'inscription au rôle d'une affaire. En ce cas, cette décision dépend d'une initiative discrétionnaire du juge¹⁶²⁸. Implicitement ou explicitement, le juge peut à cet effet spontanément décider, c'est-à-dire sans qu'il soit saisi d'une demande en ce sens ou contraint par des règles de procédure, de rendre sa décision toutes affaires cessantes. Selon cette seconde typologie, la prise en compte de ce fait urgent ne peut être que le résultat d'un acte de pure volonté de la part du juge, c'est-à-dire sans qu'elle soit érigée en une condition de recevabilité permettant son intervention imminente. En ce dernier cas, la systématisation de l'urgence contentieuse devient plus ardue puisque la décision de statuer d'urgence est informelle. En effet, le juge ne motive¹⁶²⁹ et ne publie en rien les raisons de son choix de précipiter son intervention. La décision de traiter urgemment un renvoi étant considérée comme un acte d'administration judiciaire¹⁶³⁰, celle-ci n'est soumise à aucune obligation de publicité. Rien, dans le corps des décisions QPC ou avis contentieux du Conseil d'État, ne mentionne la prise en compte d'une quelconque urgence à juger. Les décisions relatives à la prise en compte de l'urgence paraissent donc assez obscures et généralement empreintes de considérations tenant à la sensibilité politique des affaires. De plus, le délai dans lequel la consultation des délibérés des membres du Conseil constitutionnel est rendue possible étant de 25 ans¹⁶³¹, il est pour l'heure impossible d'exploiter cette source afin de déceler des preuves de prise en compte de l'urgence à juger. Ces documents auraient pourtant été bien utiles car, dans le cadre du contentieux *a priori* de la constitutionnalité des lois, la consultation de ces délibérés permet d'apporter la preuve de la prise en compte de l'urgence à juger¹⁶³². Il n'est toutefois pas

¹⁶²⁸ Sur cette question, voir *infra* : Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, Paragraphe 1, B), 2), b).

¹⁶²⁹ Concernant la motivation des décisions sur l'urgence, voir *infra* : Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, Paragraphe 1.

¹⁶³⁰ Voir *infra* : Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, Paragraphe 1.

¹⁶³¹ Article 58 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

¹⁶³² Voir *infra* : Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, Paragraphe 2, A), 2), a).

impossible de prouver l'existence d'une mise à connaissance du juge de l'urgence à juger un renvoi et d'une prise en compte informelle de celle-ci par ce dernier dans le cadre des procédures ordinaires de traitement des renvois.

À ce titre, une affaire laisse penser que les faits urgents du litige principal ne sont pas inconnus du Conseil constitutionnel et qu'il n'y est pas insensible. Il nous semble possible d'apporter la preuve que la juridiction de la rue de Montpensier connaît des éléments du litige principal de nature à justifier une urgence à juger au regard de sa décision avant-dire droit du 4 avril 2013 portant saisine de la Cour de justice de l'UE d'un renvoi préjudiciel en interprétation accompagné d'une demande de mise en œuvre de la procédure préjudicielle d'urgence. Dans le cadre de cette demande, le Conseil constitutionnel a nécessairement dû effectuer une appréciation de l'urgence à juger pour motiver sa demande de mise en œuvre de la PPU. En effet, le Conseil constitutionnel a notamment fait état de la « privation de liberté dont le requérant fait l'objet dans la procédure à l'origine de la présente question prioritaire de constitutionnalité »¹⁶³³.

779. Il ne fait donc plus aucun doute que le juge des lois a la compétence de connaître l'urgence qu'il peut y avoir à statuer sur un renvoi. Il est désormais utile de se demander d'où et comment provient l'initiative de la demande faite au juge des lois de statuer en urgence.

B) L'initiative de la demande de jugement en urgence d'un renvoi

780. L'étude de l'initiative de la demande de juger en urgence un renvoi ne doit pas susciter de confusion entre celui qui propose et celui qui décide. À ce stade de l'étude, il convient de se concentrer sur la question de savoir à qui revient l'initiative de la demande ayant pour objet qu'un renvoi soit jugé d'urgence. Ce ne sera qu'ensuite qu'il conviendra de déterminer le titulaire du pouvoir d'accepter ou non cette demande et, lorsqu'elles existent, de déclencher une procédure d'urgence ou accélérée de traitement des renvois¹⁶³⁴.

La demande de jugement en urgence d'un renvoi est le fruit d'une initiative partagée (1). De plus, afin qu'elle soit la plus utile possible au juge chargé de décider qu'il y a urgence à statuer, cette demande est encadrée (2).

¹⁶³³ CC, décision n° 2013-314P QPC, 4 avril 2013, *M. Jeremy F. [Absence de recours en cas d'extension des effets du mandat d'arrêt européen - question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne]*, consid. 8. Voir également : CJUE, 30 mai 2013, *Jeremy F. c. Premier ministre*, C-168/13 PPU, pt. 29.

¹⁶³⁴ Voir *infra* : Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, Paragraphe 1, A), 1).

1) Une initiative partagée

781. L'initiative de juger d'urgence un renvoi est partagée entre les acteurs principaux du mécanisme de renvoi préalable : la juridiction *a quo* et le Président de la juridiction *ad quem*. Parce qu'elle est par nature toujours à l'origine de la mise en œuvre d'un renvoi, la juridiction *a quo* joue un rôle premier dans la proposition tendant à ce que celui-ci soit jugé en urgence (a). En toute hypothèse, ce rôle premier de la juridiction de renvoi n'évince aucunement la voix complémentaire du Président de la juridiction *ad quem* dans l'initiative de demander qu'il soit statué en urgence sur un renvoi (b).

a) Le rôle premier de la juridiction de renvoi

782. Le renvoi préalable étant par définition un mécanisme de juge à juge, l'auteur premier d'une demande de jugement en urgence d'un renvoi est donc une juridiction *a quo*. C'est dans sa décision de renvoi que ce juge peut avoir à justifier l'urgence qu'il y a à juger le renvoi qu'il met en œuvre. Ce rôle de la juridiction *a quo* peut être qualifié de premier, parce qu'elle est la mieux informée et placée pour juger du degré d'urgence à juger le renvoi qu'elle met en œuvre.

783. Le rôle premier de l'initiative de la juridiction de renvoi consacré par les procédures d'urgence ou accélérée. De manière classique et en l'absence de présomption d'urgence, la preuve de l'urgence à juger incombe à celui qui la demande. Dans le cadre d'un recours juridictionnel et spécialement des procédures de référé, cette tâche revient au requérant qui, dans le corps de sa requête, doit justifier l'urgence à juger son affaire. Cette règle s'applique aussi aux procédures juridictionnelles d'urgence et accélérée prévues pour le traitement des renvois par une juridiction *ad quem*. En effet, lorsqu'une procédure d'urgence ou accélérée est expressément réglementée, comme c'est le cas pour les renvois préjudiciels à la Cour de justice de l'UE et les demandes d'avis consultatifs à la Cour EDH, la demande de juger en urgence un renvoi émane à titre principal du juge *a quo*.

À ce titre, lorsqu'une Haute juridiction interne considère que sa demande d'avis mérite d'être traitée d'urgence, « elle doit en informer la Cour »¹⁶³⁵.

¹⁶³⁵ CEDH, *Lignes directrices concernant la mise en œuvre de la procédure d'avis consultatif prévue par le*

De même, les articles 105 alinéa 1 et 107 alinéa 1 du règlement de procédure de la Cour de justice de l'UE prévoient que les procédures préjudicielles accélérée et d'urgence peuvent être enclenchées « à la demande de la juridiction de renvoi ».

Par conséquent, lorsqu'une procédure d'urgence ou accélérée est expressément prévue, l'initiative de la demande de leur mise en œuvre appartient à titre premier à la juridiction de renvoi. Il en va de même en cas d'absence d'une procédure formalisée d'urgence ou accélérée.

784. Le rôle premier de l'initiative de la juridiction de renvoi en cas d'absence d'une procédure formalisée d'urgence ou accélérée. Lorsque aucune procédure de traitement en urgence d'un renvoi n'est prévue, il n'est pas impossible pour le juge des lois de décider de statuer en urgence. Dans ce cas, l'initiative de la proposition de juger en urgence est formellement concentrée dans les mains du Président de la juridiction *ad quem*. Il n'empêche, en droit, rien n'interdit à la juridiction *a quo* de solliciter dans son renvoi qu'il soit traité en urgence.

Pourtant, puisque juridiquement il n'existe aucune procédure de traitement en urgence des QPC et des demandes d'avis contentieux respectivement par le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État, les juridictions *a quibus* n'adressent jamais aux deux juridictions du Palais Royal, dans leur saisine, une demande tendant à ce que leurs renvois soient jugés en urgence. En effet, à notre connaissance, les cours suprêmes n'ont jamais formellement invité le Conseil constitutionnel à statuer en urgence sur une QPC. Il est de même impossible de savoir si des tribunaux administratifs ou des cours administratives d'appel ont déjà sollicité du Conseil d'État qu'il statue en urgence puisque les demandes d'avis contentieux ne sont pas publiées. En outre, les décisions QPC et les avis contentieux ne mentionnent jamais l'existence d'une éventuelle demande d'une juridiction *a quo* tendant à ce que son renvoi soit jugé en urgence.

785. L'existence d'un canal informel avant renvoi de mise à connaissance du Conseil constitutionnel de l'urgence à juger une QPC. La QPC *Association En Marche !* du 31 mai 2017¹⁶³⁶ illustre l'existence d'un canal informel de connaissance de l'urgence à juger entre les deux juridictions voisines du Palais Royal. Celui-ci a visiblement fonctionné dans cette affaire. En effet, comme l'atteste le commentaire officiel du Conseil constitutionnel sous cette décision, « compte tenu des circonstances particulières de l'espèce, les parties au litige avaient en effet

Protocole n° 16 à la Convention, 18 septembre 2017, pt. 15.

¹⁶³⁶ CC, décision n° 2017-651 QPC, 31 mai 2017, *Association En Marche ! [Durée des émissions de la campagne électorale en vue des élections législatives]*.

été informées du calendrier prévisionnel d'examen de cette QPC dans l'hypothèse d'une transmission par le Conseil d'État »¹⁶³⁷. Le Conseil constitutionnel reconnaît donc l'existence d'une tractation officieuse avec le requérant à une instance en cours devant le juge du référé-liberté du Conseil d'État avant même que la QPC de ce dernier ne lui ait été renvoyée. Il semblerait donc qu'en l'espèce, le véritable initiateur d'une demande de jugement en urgence d'une QPC soit le justiciable qui entend en soulever une et qu'il existe un canal informel de mise à connaissance du Conseil constitutionnel de l'urgence à juger une QPC avant même l'édition de toute ordonnance de renvoi.

786. S'il est premier, le rôle des juridictions de renvoi n'évince pas celui dont dispose à titre subsidiaire le Président de la juridiction *ad quem*.

b) Le rôle préservé du Président de la juridiction *ad quem*

787. Le rôle prépondérant de l'initiative du Président de la juridiction *ad quem* en cas d'inexistence d'une procédure formalisée d'urgence ou accélérée. Lorsqu'aucune procédure accélérée ou d'urgence n'est formellement consacrée et à défaut d'une pratique de demande en ce sens par les juridictions *a quibus*, l'initiative de juger un renvoi en urgence a formellement pour seule origine la proposition pouvant être faite par le Président de la juridiction *ad quem*. Dans ce cas, le fondement de cette initiative coïncide avec celui qui octroie au Président de la juridiction le pouvoir de décider seul de statuer en urgence¹⁶³⁸.

Le Président de la Cour de justice de l'UE peut, sur le fondement de l'article 107 alinéa 3 du règlement de procédure de la Cour, lorsque l'application de la PPU semble justifiée et alors même qu'elle n'a pas été demandée par la juridiction nationale *a quo*, demander à la chambre de l'urgence de se prononcer sur la nécessité de traiter le renvoi préjudiciel en application de cette procédure.

Pareillement, l'ex-article 104 bis du même règlement précité précisait que le Président de la Cour de justice pouvait exceptionnellement décider de soumettre un renvoi préjudiciel à la procédure accélérée lorsque les circonstances invoquées établissaient l'« urgence extraordinaire » de statuer sur une question posée à titre préjudiciel. Depuis la réforme de la

¹⁶³⁷ CC, Commentaire de la décision n° 2017-651 QPC, 31 mai 2017, *Association En Marche ! [Durée des émissions de la campagne électorale en vue des élections législatives]*, p. 6. Le rapport explique que le Conseil constitutionnel s'est prononcé en deux jours « compte tenu de l'urgence » : CC, *Rapport d'activité 2017, 2018*, p. 53.

¹⁶³⁸ Voir *infra* : Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, Paragraphe 1, A), 1).

PPA, l'article 105 alinéa 1 du même règlement reprend cette règle en prévoyant que le Président de la Cour peut « d'office, à titre exceptionnel, lorsque la nature de l'affaire exige son traitement dans de brefs délais », la soumettre à la PPA¹⁶³⁹.

De même, « la Cour [EDH] peut décider d'office »¹⁶⁴⁰ de traiter une demande d'avis consultatif en urgence. Il convient toutefois, au vu de la pratique, d'entendre l'expression relative à « la Cour » comme renvoyant ce pouvoir d'initiative à une autorité déterminée de cette juridiction en la personne de son Président.

788. L'intérêt de confier au Président de la Cour de justice de l'UE le pouvoir de demander d'office la mise en œuvre des procédures préjudicielles accélérée et d'urgence.

L'article 107 alinéa 3 du règlement de procédure de la Cour de justice de l'UE conditionne la faculté de proposition du Président relative au traitement d'un renvoi préjudiciel selon la PPU au fait que « la juridiction de renvoi n'a pas présenté de demande visant à la mise en œuvre de la procédure d'urgence ». La faculté du Président de la Cour luxembourgeoise de demander d'office la mise en œuvre de la procédure préjudicielle d'urgence est donc supplétive de « l'ignorance »¹⁶⁴¹ ou la méconnaissance de l'existence de la PPU par les juridictions nationales. Au vu des chiffres, ces termes paraissent toutefois exagérés puisque le Président n'a eu à proposer d'office la mise en œuvre de la PPU qu'à seulement deux reprises. L'on peut donc conclure qu'il n'y a pas de véritable défaut de connaissance de cette procédure d'urgence, mais qu'il peut y avoir en revanche lieu pour le Président de la Cour de suppléer une carence volontaire ou non d'une juridiction de renvoi.

Pareillement, le pouvoir du Président de la Cour EDH de proposer le traitement en urgence d'une demande d'avis consultatif est ouvert « même en l'absence d'une demande spécifique à cet égard »¹⁶⁴².

Si ce pouvoir d'initiative présidentielle a une vocation supplétive, il se veut de surcroît exceptionnel.

789. Une initiative présidentielle exceptionnelle. Très rarement, le Président de la juridiction *ad quem* peut être l'initiateur d'une demande de jugement d'un renvoi selon la

¹⁶³⁹ Initialement, l'ex-article 104 bis du RP CJUE ne prévoyait pas ce pouvoir du Président de la Cour.

¹⁶⁴⁰ CEDH, *Lignes directrices concernant la mise en œuvre de la procédure d'avis consultatif prévue par le Protocole n° 16 à la Convention*, 18 septembre 2017, pt. 30.

¹⁶⁴¹ L. COUTRON, « Urgence et renvoi préjudiciel », *RAE*, 2012, n° 2, p. 395.

¹⁶⁴² CEDH, *Lignes directrices concernant la mise en œuvre de la procédure d'avis consultatif prévue par le Protocole n° 16 à la Convention*, *op. cit.*, pt. 30.

procédure d'urgence ou la procédure accélérée.

En ce sens, la Cour de justice de l'UE souligne que le déclenchement d'office de la PPU doit demeurer exceptionnel¹⁶⁴³. Il l'est effectivement puisqu'à l'initiative du Président de la Cour, l'on dénombre seulement deux renvois préjudiciels traités selon la PPA¹⁶⁴⁴ et autant selon la PPU¹⁶⁴⁵. C'est dire à quel point la Cour entend responsabiliser les juridictions nationales.

L'on perçoit cette même volonté de responsabilisation des juridictions nationales dans le cadre des sollicitations de traitement accéléré des demandes d'avis consultatifs à la Cour EDH. En effet, dans les lignes directrices concernant la mise en œuvre de la procédure d'avis consultatif, la Cour « recommande » aux juridictions de « se familiariser »¹⁶⁴⁶ avec les critères permettant le traitement urgent d'une demande d'avis.

790. Puisque la demande de renvoi émise par le juge *a quo* constitue le vecteur premier de connaissance par le juge *ad quem* de l'urgence à juger, il est nécessaire que celle-ci réponde à certains canons.

2) Une initiative encadrée

791. Lorsqu'une demande de jugement en urgence d'un renvoi provient de la juridiction *a quo*, des règles encadrent cette initiative. L'importance de ces règles ne doit pas être négligée par le juge de renvoi. En effet, du soin qu'il apporte à la justification précise et claire de l'urgence à juger dépend, dans une large mesure, l'acceptation par le juge *ad quem* de sa demande de juger en urgence son renvoi. Plus précisément, une demande de mise en œuvre d'une procédure accélérée ou d'urgence doit aussi bien respecter des conditions relatives à son contenu (a), d'une part, que se conformer à des recommandations relatives à sa forme (b), d'autre part.

a) Les conditions relatives au contenu de la demande

¹⁶⁴³ CJUE, *Rapport sur la mise en œuvre de la procédure préjudicielle d'urgence*, Rapport remis au Conseil conformément à la déclaration en annexe à sa décision du 20 décembre 2007, 31 janvier 2012, (JO L 24 du 29 janvier 2008, p. 44).

¹⁶⁴⁴ CJUE, ord., 6 mai 2014, *Procédure pénale c. G*, C-181/14 ; CJUE, ord., 3 juillet 2015, *Gogova*, C-215/15.

¹⁶⁴⁵ CJUE, ord., 19 octobre 2010, *Joseba Andoni Aguirre Zarraga c. Simone Pelz*, C-491/10 PPU ; CJUE, 10 avril 2018, *CV c. DU*, C-85/18 PPU.

¹⁶⁴⁶ CEDH, *Lignes directrices concernant la mise en œuvre de la procédure d'avis consultatif prévue par le Protocole n° 16 à la Convention*, 18 septembre 2017, pt. 29.

792. Les raisons de l'importance du soin apporté par le juge de renvoi à la motivation de l'urgence à juger. Afin que le juge des lois puisse apprécier l'urgence à juger, encore faut-il qu'il dispose des éléments factuels et juridiques du fond de l'affaire discutés devant le juge *a quo* qui en constituent la substance. Pour cela, la décision de renvoi est le support permettant au juge *a quo* de détailler la réalité de l'urgence de la situation individuelle du demandeur ou de la partie défenderesse dans une instance pénale par l'apport d'éléments juridiques et factuels. L'exposé des raisons qui conduisent le juge *a quo* à faire la demande d'un traitement en urgence d'un renvoi facilite l'acceptation de son traitement rapide par le juge des lois. Il faut pour cela que l'exposé des motifs de la demande soit à la fois suffisamment concis et clairement argumenté pour favoriser les chances de voir le juge des lois reconnaître l'urgence de la demande. L'importance de la qualité de la motivation est donc capitale. La présentation du cadre factuel et procédural de l'urgence permet à la juridiction *ad quem* de jauger le cadre temporel dans lequel il est souhaitable qu'elle intervienne pour être utile à la juridiction de renvoi. Par conséquent, en dépit du court laps de temps qui peut lui être imparti pour juger, le juge *a quo* doit impérativement porter toute l'attention nécessaire à l'argumentation en fait et en droit de sa demande de mise en œuvre d'une procédure accélérée ou d'urgence de traitement d'un renvoi.

Cette exigence de motivation est « la contrepartie des principes de solidarité et de coopération »¹⁶⁴⁷ qui régissent les relations entre les juridictions nationales et la Cour luxembourgeoise. Puisque le renvoi préalable est fondamentalement un mécanisme de juge à juge, son efficacité et son succès impliquent une certaine coopération et un volontarisme du juge auteur du renvoi et de celui qui le reçoit. C'est pourquoi l'avocate générale Eleanor Sharpston invite le juge national à ne « pas omettre des éléments qui sont pertinents pour l'appréciation par la Cour [de justice de l'UE] de la nécessité de soumettre son renvoi à cette procédure exceptionnelle »¹⁶⁴⁸. À défaut d'éléments étayant suffisamment l'urgence à juger, le risque de rejet des demandes de mise en œuvre de la PPA¹⁶⁴⁹ ou de la PPU est accru. En ce sens, l'article 107 alinéa 2 du règlement de procédure de la Cour de justice de l'UE impose au juge

¹⁶⁴⁷ E. SHARPSTON, Concl. présentées le 9 juillet 2012 sous CJUE, 19 juillet 2012, *Atiqullah Adil*, C-278/12, pt. 33.

¹⁶⁴⁸ *Ibid.*

¹⁶⁴⁹ CJCE, ord., 3 décembre 2008, *VEBIC*, C-439/08, pt. 7 : « la juridiction de renvoi n'a présenté aucun autre élément établissant une telle urgence » ; CJCE, ord., 4 décembre 2008, *Attanasio Group*, C-384/08, pt. 8 : « la juridiction de renvoi n'a pas fourni à la Cour d'éléments spécifiques destinés à lui permettre de constater l'urgence extraordinaire de statuer sur la question posée » ; CJCE, ord., 23 octobre 2009, *Lesoochranárske zoskupenie*, C-240/09, pt. 12 : « quant aux menaces d'ordre patrimonial ou pour la santé des personnes dont fait état la juridiction de renvoi, celle-ci n'en précise nullement la forme et l'ampleur ».

national qui demande la mise en œuvre de la PPU d'exposer dans sa décision de renvoi « les circonstances de droit et de fait qui établissent l'urgence et justifient l'application de cette procédure dérogatoire ». De plus, une note informative sur l'introduction de procédures préjudicielles par les juridictions nationales ajoute que la demande d'application de la PPU doit notamment évoquer « les risques encourus si le renvoi suit la procédure préjudicielle normale »¹⁶⁵⁰.

Suivant le même esprit, admettant la nécessité de traiter rapidement certaines demandes d'avis consultatifs, la Cour EDH précise que cet objectif ne peut être atteint sans la participation des acteurs concernés dont font partie au premier plan les Hautes juridictions internes demanderesse¹⁶⁵¹. C'est pourquoi, lorsqu'une juridiction estime que sa demande d'avis consultatif mérite d'être traitée d'urgence par la Cour, elle doit « expliquer les raisons qui lui paraissent justifier une procédure accélérée »¹⁶⁵². Il est également précisé que la juridiction de renvoi doit « indiquer, motifs à l'appui, si des circonstances spéciales appellent un examen d'urgence de la demande et une décision rapide de la Cour »¹⁶⁵³.

793. Le rôle de la juridiction *a quo* est donc prépondérant. La reconnaissance par le juge *ad quem* de l'urgence à juger repose et dépend en quasi-totalité de la responsabilité et de la diligence avec laquelle la juridiction de renvoi formule sa demande de jugement en urgence. Si elle doit apporter le plus grand soin à la motivation de l'urgence à juger, la juridiction *a quo* doit au surplus être attentive au respect de certaines recommandations relatives à la forme de sa demande.

b) Les recommandations relatives à la forme de la demande

¹⁶⁵⁰ CJUE, *Note informative sur l'introduction de procédures préjudicielles par les juridictions nationales. Complément suite à l'entrée en vigueur de la procédure préjudicielle d'urgence applicable aux renvois relatifs à l'espace de liberté, de sécurité et de justice*, JO/C 064, 8 mars 2008, pt. 8. Voir par exemple : CJCE, ord., 23 octobre 2009, *Lesoochranárske zoskupenie*, C-240/09, pt. 12 ; CJUE, ord., 24 octobre 2013, *N. F. Gielen e. a.*, C-369/13, pt. 16 : la juridiction de renvoi « n'indique pas en quoi une décision de la Cour intervenant dans un bref délai serait nécessaire afin d'éviter les risques qui seraient encourus si la procédure suivait un cours normal ».

¹⁶⁵¹ CEDH, *Avis de la Cour sur le projet de Protocole n° 16 à la Convention élargissant la compétence de la Cour afin de lui permettre de rendre des avis consultatifs sur l'interprétation de la Convention*, 6 mai 2013, § 13 : Le traitement rapide des avis par la Cour « implique pour la juridiction qui procède à la demande l'obligation de formuler sa demande de manière précise et complète. La Cour admet la nécessité de traiter les demandes avec célérité et se borne à rappeler que cela suppose la coopération de toutes les parties concernées ».

¹⁶⁵² CEDH, *Lignes directrices concernant la mise en œuvre de la procédure d'avis consultatif prévue par le Protocole n° 16 à la Convention*, 18 septembre 2017, pt. 15.

¹⁶⁵³ CEDH, *Lignes directrices concernant la mise en œuvre de la procédure d'avis consultatif prévue par le Protocole n° 16 à la Convention*, *op. cit.*, pt. 29.

794. La recommandation d'une formulation expresse par les juridictions de renvoi de la demande de jugement en urgence. Les demandes des juridictions de renvoi de mise en œuvre des procédures accélérée et d'urgence applicables devant les cours européennes ont en commun de devoir être expresses. Dans un souci d'efficacité, la juridiction *ad quem* doit être informée le plus rapidement et clairement possible de l'urgence qu'il y a à juger un renvoi. C'est pourquoi il est indiqué aux juridictions demanderesse de mentionner expressément et visiblement, c'est-à-dire par acte séparé de la question de droit, que la mise en œuvre d'une procédure d'urgence ou accélérée est nécessaire et justifiée.

En ce sens, les lignes directrices concernant la mise en œuvre de la procédure d'avis consultatif prévoient qu'il « importe que la Cour soit informée immédiatement du caractère urgent d'une demande d'avis consultatif. Aussi la juridiction demanderesse doit-elle indiquer clairement dans la lettre d'accompagnement son souhait de voir la demande traitée en urgence »¹⁶⁵⁴. Pour cela, il lui est recommandé d'insérer la phrase « **"URGENT : PROTOCOLE n° 16"** au haut de chaque page de la demande »¹⁶⁵⁵.

Cette mention expresse et visible de l'urgence à juger est aussi recommandée pour les demandes de mise en œuvre des procédures préjudicielles accélérée et d'urgence¹⁶⁵⁶. La juridiction de renvoi doit en effet « assortir sa demande de la mention de l'article pertinent du règlement de procédure (l'article 105, relatif à la procédure accélérée, ou l'article 107, relatif à la procédure d'urgence). Cette mention doit figurer à un endroit clairement identifiable de sa décision de renvoi (par exemple en en-tête ou par acte judiciaire séparé) »¹⁶⁵⁷.

795. Lorsqu'il n'existe pas de procédure dont la mise en œuvre est conditionnée par la présence d'une situation d'urgence, il serait opportun de prévoir cette même obligation pour les juridictions de renvoi de présenter formellement une demande de traitement prioritaire d'une QPC ou d'une demande d'avis contentieux dans un document distinct de celui portant sur l'objet du renvoi.

L'exigence de la présentation d'un mémoire écrit distinct de la requête principale pour le renvoi

¹⁶⁵⁴ CEDH, *Lignes directrices concernant la mise en œuvre de la procédure d'avis consultatif prévue par le Protocole n° 16 à la Convention*, 18 septembre 2017, pt. 15.

¹⁶⁵⁵ *Ibid.* C'est la Cour qui souligne en gras.

¹⁶⁵⁶ CJUE, *Note informative sur l'introduction de procédures préjudicielles par les juridictions nationales. Complément suite à l'entrée en vigueur de la procédure préjudicielle d'urgence applicable aux renvois relatifs à l'espace de liberté, de sécurité et de justice*, JO/C 064, 8 mars 2008, pt. 10 ; N. FENGER et M. BROBERG, *Le renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne*, Larcier, 2013, pp. 410-411.

¹⁶⁵⁷ CJUE, *Recommandations à l'attention des juridictions nationales, relatives à l'introduction de procédures préjudicielles*, JOUE 2016/C 439/01, 25 novembre 2016, pt. 35.

d'une QPC est d'ailleurs un formalisme considéré par le Conseil constitutionnel comme favorisant la célérité de la procédure au stade du filtrage. Il a en effet jugé qu'en exigeant que la QPC soit ainsi présentée, le législateur organique a entendu « permettre que la juridiction saisie puisse juger, dans le plus bref délai afin de ne pas retarder la procédure »¹⁶⁵⁸.

796. Le juge des lois a donc la compétence et les moyens de connaître l'urgence à juger. Il reste désormais à étudier les caractères de son pouvoir d'appréciation de cette urgence à juger.

II) Les caractères du pouvoir d'appréciation de l'urgence à juger

797. De manière commune à la plupart des procédures juridictionnelles d'urgence, le juge des lois jouit d'une large marge d'appréciation de l'urgence à statuer sur les affaires qui lui sont renvoyées (A). Cette large marge d'appréciation se traduit par une interprétation stricte de l'urgence à juger (B).

A) Un large pouvoir d'appréciation de l'urgence à juger

798. L'urgence est soit cadrée par des règles formelles de procédure puis précisée de manière prétorienne, soit elle est uniquement déterminée par le juge lui-même de manière informelle. Que les règles de procédure soient silencieuses ou peu expressives, en tous les cas, la détermination de l'urgence à statuer demeure principalement l'affaire du juge. Même lorsque la prise en compte de l'urgence est imposée par la procédure, le juge n'est pas dénué de liberté ; l'amplitude de mouvement est simplement fléchée.

En matière de renvoi préalable, une large marge d'appréciation de l'urgence à statuer est laissée au juge. Elle découle de sa faible détermination par les règles de procédure (1). Cette indétermination textuelle de l'urgence à juger n'est cependant pas le fruit du hasard et n'est par conséquent pas dénuée de raisons (2).

1) La faible détermination de l'urgence par les règles de procédure

799. Fondamentalement, la détermination de l'urgence relève d'un large pouvoir

¹⁶⁵⁸ CC, 3 décembre 2009, décision n° 2009-595 DC, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, consid. 8.

d'appréciation du juge. Elle est simplement cadrée par quelques incursions de bases textuelles lacunaires (a) précisées, de manière à peine plus approfondie, par des éléments de *soft law* (b).

a) Le silence des règles textuelles

800. Une détermination lacunaire de l'urgence par les règles constitutives des renvois aux cours européennes. Que l'on se penche sur les traités, les statuts des cours ou bien encore sur leurs règlements de procédure, les textes s'en tiennent globalement à la simple mention de la notion d'« urgence ». Il arrive, au mieux, que l'on retrouve une orientation de ce que recouvre la condition d'urgence dans une phrase.

Concernant les procédures préjudicielles accélérée et d'urgence, l'article 267 alinéa 4 du TFUE dispose que lorsqu'un renvoi préjudiciel est mis en œuvre dans une instance « *concernant une personne détenue*, la Cour statue dans les plus brefs délais »¹⁶⁵⁹. Le statut de la Cour est quant à lui absolument silencieux sur l'urgence conditionnant la mise en œuvre des procédures préjudicielles accélérée et d'urgence. Il y a donc lieu de se reporter au règlement de procédure afin de trouver de nouveau une simple référence à l'urgence.

Dans sa version initiale, la procédure préjudicielle accélérée n'était conditionnée que par l'existence d'une « urgence extraordinaire ». Désormais, l'article 105 du règlement de procédure évoque l'urgence à juger en termes tout aussi évasifs : il y a urgence « lorsque la nature de l'affaire exige son traitement dans de brefs délais ».

Concernant la définition de ce qui est susceptible de caractériser l'urgence conditionnant la PPU, le règlement de la Cour est en revanche parfaitement silencieux. Afin de détecter les affaires urgentes, la chambre chargée de traiter les PPU est seulement guidée par des critères objectifs imposés par les règles textuelles de procédure. Mais, en définitive, si l'on retrouve bien un champ d'application de la PPU, on ne perçoit aucunement de précisions quant à la condition « d'urgence ».

Concernant la condition d'urgence permettant le traitement prioritaire des demandes d'avis consultatifs, l'article 41 du règlement de la Cour. EDH prévoit sans aucune autre précision que pour le traitement prioritaire d'une affaire, il peut être notamment tenu compte de « l'importance et de l'urgence des questions soulevées ».

801. L'absence de consécration textuelle de l'urgence à juger des QPC ou des

¹⁶⁵⁹ Nous soulignons.

demandes d'avis contentieux au Conseil d'État. Aucune procédure conditionnée par l'urgence n'est instituée pour le traitement d'une QPC ou d'une demande d'avis contentieux par les deux juridictions du Palais Royal.

Si les règles de procédure prévoient que ces juridictions sont libres de traiter à leur guise de manière plus ou moins prioritaire, par exception au tour de rôle, un renvoi, rien ne conditionne ce traitement prioritaire à l'existence d'une quelconque urgence. Leur pouvoir d'appréciation de l'urgence est donc particulièrement large puisqu'elles peuvent discrétionnairement, voire arbitrairement¹⁶⁶⁰ décider de statuer plus ou moins urgemment sur tel ou tel renvoi.

b) Les précisions du *soft law*

802. Sur invitation du Conseil de l'Union européenne, la Cour de justice a fourni dans une note informative sur l'introduction des procédures préjudicielles par les juridictions nationales « les indications utiles pour ces juridictions en ce qui concerne les cas dans lesquels il y a lieu de demander la mise en œuvre de la procédure préjudicielle d'urgence »¹⁶⁶¹. De la seule mention de « l'urgence » dans les règles de procédure, l'on trouve dans le rapport sur la mise en œuvre de la procédure préjudicielle d'urgence et les différentes notes informatives sur l'introduction des renvois préjudiciels - et notamment le complément apporté à la suite de l'entrée en vigueur de la procédure préjudicielle d'urgence applicable aux renvois relatifs à l'Espace de liberté, de sécurité et de justice - une série de compléments d'informations sur la condition d'urgence. Une première note informative sur l'introduction de procédures préjudicielles par les juridictions nationales était particulièrement floue sur la mise en œuvre de la PPU puisqu'elle se bornait à indiquer que cette procédure « ne doit être demandée que dans des circonstances où il est absolument nécessaire que le Cour statue sur le renvoi dans les plus brefs délais »¹⁶⁶². Le rapport sur la mise en œuvre de la PPU par la Cour de justice est revanche plus explicite puisqu'il distingue concrètement deux types de situations susceptibles de satisfaire la condition d'urgence : il s'agit d'une part des cas dans lesquels « une personne se trouve en détention et que le maintien de celle-ci dépend de la réponse à apporter par la Cour » et, d'autre part, des cas dans lesquels il est « encouru le risque d'une détérioration irréparable de la relation

¹⁶⁶⁰ Aucune règle juridique n'interdit, n'oblige, ou ne cadre l'éventuelle décision des juridictions du Palais Royal de statuer en urgence sur saisine d'un renvoi.

¹⁶⁶¹ Conseil de l'UE, *Déclaration annexée à la décision 2008/79/CE, Euratom du Conseil du 20 décembre 2007 portant modification du statut de la Cour de justice*, (JOUE L 24/42, 29 janvier 2008), p. 44.

¹⁶⁶² CJUE, *Note Informative sur l'introduction de procédures préjudicielles par les juridictions nationales* (JOUE 2009/C 297/01, du 15 février 2009).

parent/enfant, par exemple lorsqu'est en jeu le retour d'un enfant privé de contact avec l'un de ses parents ou le regroupement familial »¹⁶⁶³.

803. Concernant la détermination de l'urgence conditionnant la mise en œuvre de la procédure préjudicielle accélérée, les recommandations formulées par la Cour à l'attention des juridictions nationales se contentent de paraphraser l'article 267 du TFUE puisqu'il est inscrit qu'elle est ouverte « lorsque des circonstances particulières établissent une situation d'urgence justifiant que la Cour se prononce rapidement sur les questions posées »¹⁶⁶⁴. Sans apporter de plus amples éléments définitoires, le document se borne à fournir quelques exemples d'affaires ayant justifié la mise en œuvre ou le rejet de la PPA.

Pour finir, il est à noter que le silence des règles constitutives et des documents de *soft law* successifs sur la définition de l'urgence a récemment conduit la Cour à publier une « fiche thématique » sur les procédures préjudicielles d'urgence et accélérée. Mais, là encore, ce document se borne à simplement présenter, de manière casuistique, les « affaires représentatives »¹⁶⁶⁵ justifiant la mise en œuvre de ces procédures. Le champ demeure donc assez libre pour la Cour de justice de déterminer quelles urgences sont susceptibles d'ouvrir droit aux procédures préjudicielles d'urgence et accélérée.

804. Bien avant l'entrée en vigueur du Protocole n° 16 à la Conv. EDH, de nombreux documents sont venus présenter quelques pistes prévisionnelles sur les cas d'urgence pouvant justifier le traitement prioritaire d'une demande d'avis consultatif. À ce titre, la priorisation du traitement d'une demande d'avis dépendrait de « la nature de l'affaire »¹⁶⁶⁶ ou encore « de l'objet de la demande »¹⁶⁶⁷. Par une première conclusion, l'on perçoit que les documents de *soft law* spécifiques à la procédure consacrée par le Protocole n° 16 sont évasifs voire silencieux sur la définition de l'urgence à statuer. Pour en connaître la teneur, il convient de se reporter au document de référence relatif à la politique de la Cour de priorisation des affaires. Cette politique a été formée à la suite de l'introduction de l'article 41 du règlement de procédure de

¹⁶⁶³ CJUE, *Rapport sur la mise en œuvre de la procédure préjudicielle d'urgence par la Cour de justice*, (JOUE L 24 du 29 janvier 2008), pp. 39-43.

¹⁶⁶⁴ CJUE, *Recommandations à l'attention des juridictions nationales, relatives à l'introduction de procédures préjudicielles*, pt. 34, (JOUE 2019/C 380/01 du 8 novembre 2019).

¹⁶⁶⁵ CJUE, *Fiche thématique. Procédure préjudicielle d'urgence et procédure accélérée*, avril 2019, 24 p.

¹⁶⁶⁶ Comité d'experts sur la réforme de la Cour, *Rapport préliminaire sur la proposition d'étendre la compétence de la Cour en matière d'avis consultatifs*, Strasbourg, 1 juillet 2011, DH-GDR(2011)015 FINAL, pt. 15.

¹⁶⁶⁷ CEDH, *Document de réflexion sur la proposition d'élargissement de la compétence consultative de la Cour*, non daté, § 39.

la Cour en juin 2009 prévoyant la possibilité de traitement prioritaire de certains recours. Dans une communication datée du 9 novembre 2010, la Cour strasbourgeoise a détaillé sept catégories d'affaires correspondant à différents degrés d'urgence¹⁶⁶⁸. Le 30 mai 2017, la Cour a établi une nouvelle politique de priorisation distinguant un même nombre de degrés d'urgence¹⁶⁶⁹.

805. Pas plus qu'il n'existe de règles textuelles conditionnant le traitement urgent d'une QPC ou d'une demande d'avis contentieux, aucune directive n'est formulée sur les motifs favorisant l'inscription prioritaire, voire urgente, de l'un de ces renvois au rôle du Conseil constitutionnel ou du Conseil d'État.

Le rapport d'activité pour l'année 2017 explique que le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur la QPC *Association En Marche !* en deux jours « compte tenu de l'urgence »¹⁶⁷⁰. Il existerait donc, à l'image d'une procédure d'urgence ou accélérée, de manière informelle, une condition d'« urgence » permettant le traitement en priorité absolue d'une QPC par le Conseil constitutionnel. Aucune précision n'est toutefois apportée sur ce qui constitue matériellement une situation d'urgence.

806. Le caractère faiblement déterminé et même franchement indéterminé de l'urgence à juger n'est pas involontaire. Il a ses raisons qu'il convient de comprendre.

2) Les raisons de l'indétermination textuelle et jurisprudentielle de l'urgence à juger

807. Sans originalité, les raisons de l'indétermination textuelle et jurisprudentielle de l'urgence à juger un renvoi sont identiques à celles qui ont cours dans le cadre des procédures d'urgence applicables aux recours juridictionnels. La prédétermination textuelle de l'urgence est infaisable (a) et sa détermination jurisprudentielle est volontairement limitée (b).

a) Une prédétermination textuelle impossible

¹⁶⁶⁸ CEDH, *La politique de priorisation de la Cour*, 9 novembre 2010, 1 p. ; N. HERVIEU, « Politique de "priorisation" », *La Revue des droits de l'homme*, 15 novembre 2010 (en ligne : <http://journals.openedition.org/revdh/3606>).

¹⁶⁶⁹ CEDH, *La politique de priorisation de la Cour*, 30 mai 2017, 1 p.

¹⁶⁷⁰ CC, *Rapport d'activité 2017*, 2018, p. 53.

808. Est-il véritablement possible de prédéterminer de manière abstraite des critères clairs permettant d'appréhender une situation d'urgence ? La nature de l'urgence semble s'y opposer. L'urgence à juger se prête en effet difficilement à la systématisation par la présentation de critères clairement déterminés¹⁶⁷¹. L'urgence est un standard qui par nature se caractérise par son imprécision et son « indétermination *a priori* »¹⁶⁷². Elle est par conséquent une notion « vague »¹⁶⁷³, « floue »¹⁶⁷⁴, extensive, contingente¹⁶⁷⁵ et donc textuellement indéterminable¹⁶⁷⁶. Elle est intrinsèquement une notion dont la détermination est remise entre les mains du juge. C'est notamment pour ces raisons que l'on a pu constater qu'il n'existait aucune véritable précision de ce qu'est une situation d'urgence dans les règles constitutives des procédures de renvoi. En tant que standard jurisprudentiel, la détermination de l'urgence est donc une tâche déléguée à l'appréciation du juge. Le but étant de laisser ce dernier ériger une politique jurisprudentielle sur l'urgence à traiter certaines affaires.

En ce sens, l'article 41 du règlement de la Cour. EDH prévoit expressément que l'appréciation de l'urgence pour le traitement prioritaire des requêtes s'effectue « sur la base de critères définis par [la Cour] ». Cette disposition prévoit de plus que la Cour peut « déroger à ces critères et réserver un traitement prioritaire à une requête particulière ». La liberté de la Cour en la matière est donc totale. De même, un document interne de réflexion sur la proposition de création de la procédure de demande d'avis consultatif prévoyait qu'il « appartient à la Cour de définir ses priorités »¹⁶⁷⁷.

Pareillement, peu de temps après la création de la procédure préjudicielle d'urgence, le Conseil de l'UE a invité la Cour de justice à indiquer, dans une note informative sur l'introduction des procédures préjudicielles par les juridictions nationales, de quelle manière elle entendait la condition d'urgence permettant la mise œuvre de la nouvelle procédure d'urgence¹⁶⁷⁸. La Cour a fait suite à cette demande à l'occasion de la production de ses régulières recommandations

¹⁶⁷¹ Voir *supra* : Introduction générale, Section 1, Paragraphe 1.

¹⁶⁷² S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, LGDJ, 1981, p. 43

¹⁶⁷³ « Par définition, le standard s'exprime en des termes généraux et vagues » : P. ORIANNE, « Les standards et les pouvoirs du juge », *RRJ*, 1988, n° 4, p. 1041.

¹⁶⁷⁴ Le standard renvoi à des notions « floues » : D. PINARD, « Le droit et le fait dans l'application des standards et la clause limitative de la charte canadienne des droits et libertés », *RRJ*, 1988, n° 4, p. 1072.

¹⁶⁷⁵ Le standard « laisse une grande place au "sentiment intime", à l'appréciation consciencieuse du juge » : G. MARTY, *La distinction du droit et du fait. Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, Sirey, 1929, p. 211.

¹⁶⁷⁶ Voir *supra* : Introduction générale, Section 1, Paragraphe 1.

¹⁶⁷⁷ CEDH, *Document de réflexion sur la proposition d'élargissement de la compétence consultative de la Cour*, non daté, § 39.

¹⁶⁷⁸ Conseil de l'UE, Déclaration annexée à la décision 2008/79/CE, Euratom du Conseil du 20 décembre 2007 portant modification du statut de la Cour de justice (JO L 24/42, 29 janvier 2008), p. 44.

faites à l'attention des juridictions nationales, mais aussi et surtout lors des prises de positions des avocats généraux et des arrêts qu'elle a elle rendus.

809. La détermination de l'urgence est donc bien dévolue au juge. Pourtant, ce dernier semble réfractaire à toute véritable entreprise de définition de la notion d'urgence à laquelle il a pourtant recours. Par conséquent, à défaut de critères clairs, la détermination de l'urgence à juger apparaît dès lors largement empirique et volontairement limitée.

b) Une détermination jurisprudentielle volontairement limitée

810. L'absence de détermination textuelle de l'urgence confère un large pouvoir au juge. Mais ce dernier semble, dans un dessein stratégique, s'inscrire volontairement dans une politique de détermination restrictive et peu précise de l'urgence. Il y a derrière cette tendance une intention assumée du juge de ne pas se lier pour l'avenir afin de pouvoir se garder une marge de manœuvre lui permettant de choisir à son gré les affaires qui méritent objectivement ou parfois opportunément d'être jugées urgemment. L'indétermination textuelle et jurisprudentielle a pour conséquence d'instaurer une certaine souplesse qui permet au juge de s'adapter aux circonstances particulières des cas d'espèce qui lui sont soumis. L'entretien d'un certain flou permet donc de ne pas se lier afin de maintenir une certaine souplesse et autonomie dans la décision de juger en urgence au cas par cas et en fonction du nombre et de l'importance du reste du stock d'affaires à traiter. En effet, cela permet de pouvoir adapter avec souplesse le flux des renvois qui méritent d'être traités urgemment en fonction du degré plus ou moins important d'encombrement du prétoire du juge.

Le caractère volontairement limité de la détermination de l'urgence à juger se prouve parfaitement par la matérialisation de sa prise en compte. Cette matérialisation correspond à la motivation apportée par le juge des lois à son éventuelle décision de statuer urgemment. Or, la motivation de l'urgence est largement insuffisante, voire, concernant les juridictions du Palais Royal et celle de Strasbourg, totalement absente¹⁶⁷⁹. En effet, à l'exception de la Cour de justice de l'UE, aucune des trois autres juridictions saisies sur renvoi n'a explicitement fait état d'une quelconque urgence à statuer.

811. En matière de contrôle *a priori* urgent de la constitutionnalité des lois, l'étude du

¹⁶⁷⁹ Concernant spécifiquement cette question, voir *infra* : Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, Paragraphe 1.

délibéré des Sages relatif à une séance portant sur une saisine accompagnée par une demande gouvernementale tendant à ce que le Conseil constitutionnel statue dans un délai inférieur à huit jours fait état de la volonté de la juridiction de ne pas se lier par une détermination de ce que recouvre la notion d'urgence. Lors d'une séance de délibéré du 11 février 1982, le Doyen Vedel avait en ce sens tenu à exprimer que la simple mention en en-tête de la décision DC qu'elle avait été rendue en urgence « ne donne aucune indication quant à l'appréciation qui peut être donnée sur son bien-fondé »¹⁶⁸⁰. Cette précision prouve qu'il y avait un véritable souci de ne pas apporter de précisions quant aux raisons pouvant fonder le recours, par le Gouvernement, à l'article 61 alinéa 3 de la Constitution qui prévoit qu'à sa demande, « s'il y a urgence », le délai dans lequel le Conseil constitutionnel doit statuer est ramené à huit jours.

À défaut de procédure formalisée de traitement en urgence des QPC, le Conseil constitutionnel ne fait part d'aucune espèce de détermination d'une quelconque urgence à statuer quand bien même en aurait-il pourtant fait preuve en pratique et à plusieurs reprises. La volonté de ne pas se lier et de ne pouvoir se voir opposer aucun reproche en la matière ne peut être radicalement exclue. L'on verra par exemple que dans des affaires présentant des questions de constitutionnalité similaires, la temporalité du traitement des QPC a pu être radicalement différente¹⁶⁸¹. Le cas par cas, le pragmatisme et les considérations politiques ne semblent donc jamais éloignés de la surface de l'urgence à juger.

812. En ce qui concerne la procédure préjudicielle d'urgence, l'on perçoit une volonté plus marquée d'établir une certaine cohérence dans les éléments de nature à justifier l'urgence à juger certains renvois préjudiciels. La Cour de justice de l'UE est effectivement assez précise sur les conditions de mise en œuvre de la PPU. Cela semble correspondre à la raison spécifique pour laquelle elle a été conçue qui est liée à la nécessité particulière de répondre urgemment, d'une part, aux questions de droit relevant de l'ELSJ et, d'autre part, aux situations matérielles de privation de la liberté par des mesures de détention¹⁶⁸².

En revanche concernant la procédure préjudicielle accélérée, l'indétermination de la notion de « nature particulière de l'affaire » semble « voulue et utile »¹⁶⁸³. Cela semble s'expliquer par

¹⁶⁸⁰ CC, Compte-rendu de la séance du 11 février 1982, p. 11.

¹⁶⁸¹ Voir *infra* sur le contentieux de la constitutionnalité des dispositions législatives autorisant l'administration à prononcer des mesures d'assignation à résidence.

¹⁶⁸² Sur la nature de l'urgence à juger dans le cadre de la mise en œuvre de la PPU, voir *infra* : Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2.

¹⁶⁸³ J. PAMART, *Le temps dans la procédure préjudicielle devant la Cour de justice de l'Union européenne*, Thèse dact., Université Paris 2 Panthéon-Assas, 2018, p. 586.

une intention de la Cour de maintenir une certaine souplesse favorisant une capacité accrue d'adaptation aux différents cas qui peuvent lui être soumis ainsi qu'à leur nombre¹⁶⁸⁴.

813. En définitive, dans les procédures d'urgence, « et peut-être là plus qu'ailleurs parce qu'il faut juger rapidement, il est certainement bon de délivrer le juge des carcans trop rigides »¹⁶⁸⁵. Sans aucune contradiction, la volonté de ne pas se lier afin de garder une certaine souplesse semble par ailleurs aller de pair avec une appréciation de l'urgence à juger que l'on peut sans hésiter qualifier comme étant stricte.

B) L'appréciation stricte de l'urgence à juger

814. Afin de ne pas faire dépendre la qualification de l'appréciation de l'urgence comme étant stricte d'une seule appréciation subjective, il convient d'exposer les manifestations de ce qui semble être une politique partagée par l'ensemble des quatre juridictions *ad quem* (1). Les raisons de l'appréciation stricte de l'urgence à juger pourront ensuite être appréhendées (2).

1) Les manifestations de l'appréciation stricte de l'urgence à juger

815. L'appréciation stricte de l'urgence à juger se manifeste tout d'abord par rapport à la lettre des bases textuelles de référence (a). Elle peut également être étayée par la faible quantité d'acceptation des demandes de jugement en urgence (b).

a) Une appréciation stricte de l'urgence par rapport aux bases textuelles de référence

816. Dès lors qu'il y a quelques bribes de précisions sur l'urgence à juger contenues dans les règles constitutives, le juge des lois semble plus enclin à les assouplir, voire à s'en démarquer. Cela est typiquement le cas de l'appréciation par la Cour de justice de l'UE de l'urgence conditionnant la mise en œuvre de la PPU (α). Mais, en dépit de quelques « îlots » de souplesse relatifs à l'interprétation de l'urgence conditionnant la mise en œuvre de la PPU, l'on peut constater que cette condition partagée par les procédures préjudicielles accélérée et

¹⁶⁸⁴ J. PAMART, *Le temps dans la procédure préjudicielle devant la Cour de justice de l'Union européenne*, op. cit., pp. 586-587.

¹⁶⁸⁵ B. LE BAUT-FERRARÈSE, « Les procédures d'urgence et le langage du droit », *RFDA*, 2002, n° 2, p. 296.

d'urgence demeure globalement appréciée plus strictement que ne le laissent penser les règles de procédure (β).

a) *L'existence de cas d'appréciation souple de la condition d'urgence de la PPU*

817. Les affaires relatives au déplacement d'un enfant. L'urgence qui frappe certains litiges relatifs à la coopération en matière civile intégrant le domaine du titre V du TFUE est appréciée plus soupement que les autres. En effet, la jurisprudence des chambres chargées de la PPU dévoile des critères « moins restrictifs »¹⁶⁸⁶ pour les affaires intéressant le déplacement d'enfants et l'éloignement parent/enfant. Cette simple situation d'éloignement prolongé causée par un déplacement qui peut être aussi bien licite¹⁶⁸⁷ qu'illicite¹⁶⁸⁸ suffit en principe à satisfaire la condition d'urgence de la PPU¹⁶⁸⁹. Les situations de violences et d'enlèvement à l'égard d'enfants semblent en effet marquées par la consécration d'une quasi-présomption d'urgence.

818. L'extension de l'appréciation de la notion de personne « détenue ». L'article 267 alinéa 4 du TFUE prévoit que la Cour statue « dans les plus brefs délais » lorsqu'elle est saisie d'une affaire concernant une personne « détenue ». À titre premier, la notion de personne détenue renvoie à celle qui se trouve en détention provisoire dans l'attente d'un procès pénal ou à celle détenue après avoir été condamnée par une juridiction pénale. Or, la jurisprudence tend à ouvrir cette catégorie à celle des personnes placées en rétention administrative et potentiellement à celle visée par une mesure d'assignation à résidence.

819. L'extension de l'appréciation de la notion de personne « détenue » aux ressortissants étrangers placés en rétention administrative. Si le rapport établi par la Cour de justice de l'UE sur la mise en œuvre de la PPU n'évoque que le cas des personnes en

¹⁶⁸⁶ A. TIZZANO et P. IANNUCELLI, « La procédure préjudicielle d'urgence devant la Cour de justice : Premier bilan et nouvelles questions », in L. WEITZEL (dir.), *L'Europe des droits fondamentaux : Mélanges en l'hommage à Albert Weitzel*, Pedone, 2013, p. 215 ; L. COUTRON, « Chronique Droit du contentieux de l'Union européenne - Réforme de la Cour de justice de l'Union européenne : d'abord l'accessoire, l'urgent peut attendre ! », *RDTE*, 2013, n° 2, p. 293.

¹⁶⁸⁷ CJUE, 5 octobre 2010, *J. McB*, C-400/10 PPU ; CJUE, 22 décembre 2010, *Aguirre Zarraga*, C-491/10 PPU ; CJUE, 22 décembre 2010, *Mercredi*, C-497/10 PPU.

¹⁶⁸⁸ CJCE, 11 juillet 2008, *Inga Rinau*, C-195/08 PPU ; CJCE, 23 décembre 2009, *Detiček*, C-403/09 PPU ; CJUE, 1 juillet 2010, *Povse*, C-221/10 PPU.

¹⁶⁸⁹ A. TIZZANO et P. IANNUCELLI, « La procédure préjudicielle d'urgence devant la Cour de justice : Premier bilan et nouvelles questions », in L. WEITZEL (dir.), *L'Europe des droits fondamentaux : Mélanges en l'hommage à Albert Weitzel*, A. Pedone, 2013, p. 209 ; CJUE, *Note informative sur l'introduction de procédures préjudicielles par les juridictions nationales*, JO C 160, 28 mai 2011, p. 1.

détention¹⁶⁹⁰, c'est-à-dire celui des personnes détenues dans le cadre d'une procédure pénale en cours ou au titre d'une condamnation pénale, il n'exclut pas le cas des personnes placées en rétention. La rétention administrative est en effet une hypothèse justifiant la mise en œuvre de la PPU¹⁶⁹¹ parce que cette procédure s'applique non seulement aux cas dans lesquels une personne est détenue mais aussi et plus généralement à ceux dans lesquels une personne est « privée de sa liberté »¹⁶⁹².

Dans un arrêt *Kadzoev*, la Grande chambre de la Cour a ainsi décidé d'intégrer le cas des personnes placées en rétention administrative dans le champ d'application de la PPU¹⁶⁹³. Mieux encore, la Cour a incorporé dans le champ de la PPU le cas de ressortissants étrangers en situation de rétention de fait. Plus précisément, il s'agissait en l'espèce de personnes concentrées dans le secteur d'une zone de transit réservée aux ressortissants de pays tiers dont la demande d'asile a été rejetée¹⁶⁹⁴.

820. Vers une extension du champ d'application de la PPU aux personnes assignées à résidence ? Les mesures d'assignation à résidence prises à l'encontre d'une personne sont-elles susceptibles de justifier la mise en œuvre de la PPU ? Au regard d'une affaire dans laquelle la Cour a rendu une interprétation autonome au droit de l'UE de la notion de « détention » prévue par une décision-cadre relevant du domaine de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice, il y a tout lieu de le croire. Dans un arrêt *JZ*, la Cour a donné une interprétation de l'article 26 § 1 de la décision-cadre 2002/584 du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres¹⁶⁹⁵ telle que modifiée par la décision-cadre 2009/299/JAI du Conseil du 26 février 2009¹⁶⁹⁶. Au titre de cette interprétation, une mesure d'assignation à résidence « d'une durée de neuf heures pendant la nuit, assortie d'une surveillance de la personne concernée au moyen d'un bracelet électronique, d'une

¹⁶⁹⁰ CJUE, *Rapport sur la mise en œuvre de la procédure préjudicielle d'urgence*, Rapport remis au Conseil conformément à la déclaration en annexe à sa décision du 20 décembre 2007 (JO L 24 du 29 janvier 2008, p. 44), 31 janvier 2012, p. 7.

¹⁶⁹¹ CJUE, *Recommandations à l'attention des juridictions nationales, relatives à l'introduction de procédures préjudicielles*, JOUE 2012/C 338/01, 6 novembre 2012, pt. 33

¹⁶⁹² *Ibid.*

¹⁶⁹³ CJCE, GC, 30 novembre 2009, *Said Shamilovich Kadzoev (Huchbarov)*, C-357/09 PPU, pt. 32 ; CJUE, 19 juillet 2012, *Atiqullah Adil*, C-278/12, pt. 34 ; CJUE, 10 septembre 2013, *G. et R.*, C-383/13 PPU, pts. 23 et 25 ; CJUE, 15 février 2016, *N.*, C-601/15 PPU, pts. 40 et 41 ; CJUE, 17 mars 2016, *Mirza*, C-695/15 PPU, pts. 31 et 35 ; CJUE, ord., 5 juillet 2018, *C e. a.*, C-269/18 PPU, pts. 35 et 37 ; CJUE, *Ministerio Fiscal (Autorité susceptible de recevoir une demande de protection internationale)*, C-36/20 PPU.

¹⁶⁹⁴ CJUE, GC, 14 mai 2020, *FMS et FNZ c. Országos Idegenrendészeti Figazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság et Országos Idegenrendészeti Figazgatóság*, aff. jtes. C-924/19 PPU et C-925/19 PPU, pts. 95 et s.

¹⁶⁹⁵ JO 2002, L 190, p. 1.

¹⁶⁹⁶ JO 2009, L 81, p. 24.

obligation de se présenter quotidiennement ou plusieurs fois par semaine à un commissariat de police à des heures fixes ainsi que d'une interdiction de solliciter la délivrance de documents permettant de voyager à l'étranger » peut recevoir la qualification de mesure de « détention »¹⁶⁹⁷. Dans cette affaire, la mesure d'assignation à résidence de la personne a permis de satisfaire la condition d'engagement de la PPU relative à ce que le maintien en détention de la personne défenderesse à l'instance principale dépende de la solution de la Cour luxembourgeoise¹⁶⁹⁸.

β) L'appréciation globalement stricte de l'urgence des procédures préjudicielles accélérées et d'urgence

821. Le maintien d'une politique d'appréciation stricte de l'urgence sous couvert d'un assouplissement des conditions de la PPA. Sous sa formulation initiale, la notion d' « urgence extraordinaire » de la PPA était interprétée par le Président de la Cour avec « sévérité »¹⁶⁹⁹. C'est pourquoi l'on a généralement considéré qu'une demande de mise en œuvre de cette procédure « n'a que très peu de chance d'être accueillie »¹⁷⁰⁰, eu égard, notamment, aux conditions « drastiques »¹⁷⁰¹ que sa mise en application doit recueillir. Le passage, en 2012, de la condition d' « urgence extraordinaire » à celle d'affaire exigeant d'être jugée dans un « bref délai » a pu sembler marquer une volonté d'assouplir les conditions de recours à cette procédure¹⁷⁰². En effet, d'un simple point de vue sémantique, la condition semble plus large puisqu'elle ne s'attache plus aux affaires « extraordinaires » qui, par définition, demeurent exceptionnelles. Toutefois, l'abandon de la notion d' « urgence extraordinaire » au profit de la référence aux affaires nécessitant d'être jugées « dans un bref

¹⁶⁹⁷ CJUE, 28 juillet 2016, *JZ c. Prokuratura Rejonowa Łódź – Śródmieście*, C-294/16 PPU, pt. 31.

¹⁶⁹⁸ CJUE, 28 juillet 2016, *JZ c. Prokuratura Rejonowa Łódź – Śródmieście*, *op. cit.*, pt. 29.

¹⁶⁹⁹ V. SKOURIS, « L'urgence dans la procédure applicable aux renvois préjudiciels », in *Liber amicorum en l'honneur de Bo Vesterdorf*, Bruylant, 2007, p. 67 ; C. NAÔME, *Le renvoi préjudiciel en droit européen : guide pratique*, Larcier, 2010, 2^e éd., pp. 209-210 ; N. FENGER et M. BROBERG, *Le renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne*, Larcier, 2013, p. 506.

¹⁷⁰⁰ G. VANDERSANDEN, *La procédure préjudicielle devant la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruylant, 2011, p. 86, § 87.

¹⁷⁰¹ M.-A. GAUDISSERT, « La refonte du Règlement de procédure de la Cour de justice », *CDE*, 2012, n° 3, p. 639 ; L. COUTRON, « Urgence et renvoi préjudiciel », *RAE*, 2012, n° 2, p. 398.

¹⁷⁰² N. FENGER et M. BROBERG, *Le renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne*, Larcier, 2013, p. 506 ; F. PICOD, « Cour de justice : procédure », *Rep. Dr. Eur.*, mai 2016 (actualisation : février 2020), pt. 263.

délai » n'en fait pas moins une procédure affectée au traitement des affaires urgentes¹⁷⁰³. Or, depuis la réforme de la PPA en 2012, en pratique, c'est un raisonnement inverse qui prévaut. Cette notion est finalement appréciée plus strictement puisque, depuis le passage de la condition d' « urgence extraordinaire » à celle de la nécessité de juger « dans un bref délai », il y a eu une augmentation des demandes de mise en œuvre de la PPA mais pas de leur admission par la Cour, ce qui a mécaniquement fait chuter leur taux d'admission¹⁷⁰⁴.

822. L'ajout d'une condition relative à l'incidence de la décision sur la situation de la personne détenue pour la mise en œuvre de la PPU. La doctrine et des membres de la Cour de justice de l'UE partagent le constat selon lequel au regard de la jurisprudence, le critère de l'urgence de la PPU est apprécié strictement¹⁷⁰⁵. La Cour luxembourgeoise est en effet très réticente quant à l'application de cette procédure. Cette politique se vérifie par l'ajout d'une condition relative à l'incidence de la décision sur la situation de la personne détenue pour la mise en œuvre de la PPU. La Cour exige, pour mettre en œuvre cette procédure préjudicielle, que la décision qu'elle est appelée à rendre ait une incidence sur la mesure privative de liberté dont la personne détenue fait l'objet dans le cadre de l'instance principale. Or, ni l'article 267 alinéa 4 du TFUE, ni le statut, ni même le règlement de procédure de la Cour, ne prévoit une telle condition. C'est donc de manière prétorienne qu'elle a été introduite. L'on a ensuite pu retrouver la consécration de cette condition dans le rapport sur la mise en œuvre de la procédure préjudicielle d'urgence¹⁷⁰⁶ ainsi que dans les différentes recommandations formulées à l'attention des juridictions nationales, relatives à l'introduction de renvois préjudiciels.

823. Formellement, les jurisprudences du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État ne laisse transparaître aucune reconnaissance de l'urgence à juger. D'un point de vue qualitatif, il est donc impossible d'estimer le caractère plus ou moins strict de l'appréciation de l'urgence à

¹⁷⁰³ J. A. GUTIERREZ-FONS, « Le nouveau règlement de procédure de la Cour de justice au regard du contentieux de l'Union européenne », in S. MAHIEU (dir.), *Contentieux de l'Union européenne. Questions choisies*, Larcier, 2014, p. 49.

¹⁷⁰⁴ Voir les chiffres présentés dans le titre suivant.

¹⁷⁰⁵ A. TIZZANO et B. GENCARELLI, « La procédure préjudicielle d'urgence devant la Cour de justice de l'Union européenne », in *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Dalloz, 2010, p. 646. La jurisprudence est « tellement restrictive » dans le domaine des mesures privatives de liberté : A. TIZZANO et P. IANNUCELLI, « La procédure préjudicielle d'urgence devant la Cour de justice : Premier bilan et nouvelles questions », in L. WEITZEL (dir.), *L'Europe des droits fondamentaux : Mélanges en l'hommage à Albert WEITZEL*, Pedone, 2013, p. 209.

¹⁷⁰⁶ CJUE, *Rapport sur la mise en œuvre de la procédure préjudicielle d'urgence*, Rapport remis au Conseil conformément à la déclaration en annexe à sa décision du 20 décembre 2007 (JO L 24 du 29 janvier 2008, p. 44), 31 janvier 2012, p. 7.

juger. Seule la production de quelques données chiffrées permet d'en prendre la réelle mesure.

b) Une appréciation stricte de l'urgence étayée par un faible taux d'acceptation des demandes de jugement en urgence

824. De manière générale, les données statistiques laissent supposer que l'urgence est appréciée strictement. Si elles ne peuvent, à elles seules, constituer une preuve suffisante de la sévérité avec laquelle l'urgence à juger est appréciée, elles constituent toutefois un indice pertinent et tout de même révélateur.

825. La création de deux procédures préjudicielles distinctes chargées de répondre aux situations d'urgence traduit la volonté de différencier le traitement préférentiel de l'urgence selon deux degrés différents. Formellement, l'urgence de la PPU apparaît plus stricte que celle de la PPA. La première a donc vocation à être admise de manière plus exceptionnelle que la seconde. Pourtant, les taux d'admission respectifs de ces deux procédures tendent indiscutablement à prouver qu'en pratique, c'est la PPA qui est mise en œuvre de manière largement plus rare que la PPU. Puisque les conditions de mise en œuvre de la PPU sont plus précisément détaillées par rapport à celles de la PPA, il est possible de considérer que les juridictions nationales fondent plus justement leur demande d'application de la PPU et que la Cour est ainsi plus encline à les accepter.

826. Le nombre très limité de procédures préjudicielles accélérées qui ont été déclenchées constitue un premier indice du caractère strict de l'appréciation de l'« urgence extraordinaire ». Au moment de la réforme du règlement de procédure de la Cour de justice de l'UE en 2012, le constat selon lequel la PPA n'était que très « rarement »¹⁷⁰⁷ accordée semblait évident. Il suffit de comparer le nombre d'acceptations de mise en œuvre de cette procédure par année (indépendamment de l'année d'introduction de la demande)¹⁷⁰⁸ avec le nombre des demandes émises par les juridictions nationales de renvoi¹⁷⁰⁹. Une première période courant depuis

¹⁷⁰⁷ M.-A. GAUDISSERT, « La refonte du Règlement de procédure de la Cour de justice », *CDE*, 2012, n° 3, p. 639 ; L. COUTRON, « Urgence et renvoi préjudiciel », *RAE*, 2012, n° 2, p. 401.

¹⁷⁰⁸ 0 admission (2000) ; 1 (2001) ; 0 (2002) ; 0 (2003) ; 0 (2004) ; 0 (2005) ; 0 (2006) ; 0 (2007) ; 2 (2008) ; 1 (2009) ; 4 (2010) ; 2 (2011) ; 1 (2012) ; 0 (2013) ; 2 (2014) ; 1 (2015) ; 4 (2016) ; 4 (2017) ; 6 (2018) ; 3 (2019). Total : 31 admissions de mise en œuvre de la PPA.

¹⁷⁰⁹ 6 demandes (2001) ; 1 (2002) ; 3 (2003) ; 10 (2004) ; 5 (2005) ; 5 (2006) ; 5 (2007) ; 8 (2008) ; 4 (2009) ; 11 (2010) ; 9 (2011) ; 6 (2012) ; 16 (2013) ; 17 (2014) ; 18 (2015) ; 20 (2016) ; 30 (2017) ; 33 (2018) ; 50 (2019). Total : 257 demandes de mise en œuvre de la PPA.

l'entrée en vigueur de la PPA en 2001 jusqu'à l'année 2006 est éclairante de la rareté de sa mise en œuvre avec une seule admission pour 31 demandes, soit un taux d'acceptation de 3%. Durant toute la période où cette procédure existait dans sa version initiale, c'est-à-dire lorsqu'elle était conditionnée par l'existence d'une « urgence extraordinaire » entre 2001 et la révision du règlement de procédure en 2012, le taux d'acceptation s'élevait à 15 % (soit 11 admissions pour 73 demandes).

À compter de la révision du règlement de procédure et donc du passage de la condition d' « urgence extraordinaire » à celle d'affaire nécessitant d'être jugée dans « un bref délai », l'on note une hausse significative des demandes de mise en œuvre de la PPA : une moyenne de 26 demandes par année de 2013 à 2019 contre une moyenne de 6 demandes par année de 2001 à 2012. Or, malgré cette attractivité, le taux d'admission des demandes de PPA est resté constant. Il n'y a en effet pas eu de hausse significative d'admission des PPA depuis le changement de sa condition de mise en œuvre. Le taux d'acceptation est en effet de seulement 12 % entre 2013 et 2019 (soit 23 admissions pour 184 demandes). L'on constate donc que le taux d'admission a chuté de trois points.

827. Le taux d'acceptation de la PPU témoigne d'une appréciation plus libérale de la condition d'urgence par rapport aux autres renvois. En effet, si l'on compare le nombre de demandes de mise en œuvre de la PPU par les juridictions nationales¹⁷¹⁰ par rapport au nombre d'acceptations de ces requêtes par année (indépendamment de l'année d'introduction de la demande)¹⁷¹¹, l'on constate un taux d'acceptation de 55 % depuis son entrée en vigueur le 1^{er} mars 2008 jusqu'à l'année 2019 (soit 60 admissions pour 109 demandes).

Quoique ce pourcentage d'acceptation d'une demande sur deux de mise en œuvre de la PPU puisse sembler satisfaisant, le professeur Laurent Coutron tirait inversement comme conclusion en 2012 que le « succès très relatif » de cette procédure permettait de la qualifier de « produit de luxe »¹⁷¹². Avec le temps, force est de constater que cette présentation s'est avérée injuste.

828. Formellement, la jurisprudence du Conseil constitutionnel et celle du Conseil d'État ne laissent transparaître aucune reconnaissance de l'urgence à juger. Cela complexifie l'évaluation du taux des décisions et avis rendus en urgence. Toutefois, eu égard à la rareté

¹⁷¹⁰ 6 demandes (depuis le 1^{er} mars 2008) ; 3 (2009) ; 6 (2010) ; 7 (2011) ; 5 (2012) ; 5 (2013) ; 6 (2014) ; 11 (2015) ; 12 (2016) ; 15 (2017) ; 19 (2018) ; 20 (2019). Total : 109 demandes de mise en œuvre de la PPU.

¹⁷¹¹ 3 admissions (depuis le 1^{er} mars 2008) ; 2 (2009) ; 5 (2010) ; 2 (2011) ; 4 (2012) ; 2 (2013) ; 4 (2014) ; 5 (2015) ; 9 (2016) ; 4 (2017) ; 12 (2018) ; 11 (2019). Total : 60 admissions de mise en œuvre de la PPU.

¹⁷¹² L. COUTRON, « Urgence et renvoi préjudiciel », *RAE*, 2012, n° 2, p. 401.

manifeste des décisions et avis rendus en urgence par les deux juridictions du Palais Royal, c'est-à-dire dans un délai très bref, il est possible de conclure, au regard des seules considérations quantitatives, que l'appréciation de l'urgence à juger est stricte. Si l'on postule, au regard des délais moyens de traitement des QPC par le Conseil constitutionnel¹⁷¹³, qu'un délai très bref pouvant correspondre à un jugement en urgence s'établit à hauteur d'une vingtaine de jours, l'on recense moins d'une dizaine de QPC sur un total de plus de 740 traitées depuis l'entrée en vigueur de cette procédure le 1^{er} mars 2010.

Ainsi que cela va être examiné plus en détail, les affaires qui auraient mérité d'être jugées en urgence ne manquaient pourtant pas. Plusieurs concernaient des situations d'atteintes législatives graves et/ou irréversibles aux droits fondamentaux de justiciables dont certaines furent renvoyées dans le cadre de procédures d'urgence. Reste désormais à savoir ce qui peut justifier une telle réticence à reconnaître l'urgence à statuer sur des renvois.

2) Les raisons de l'appréciation stricte de l'urgence à juger

829. L'appréciation stricte de l'urgence à juger résulte d'une volonté du juge des lois d'éviter le ralentissement du traitement des affaires non urgentes (a) ainsi que la dénaturation des renvois préalables (c) et des procédures d'urgence ou accélérées qui ont pu être mises en place pour le traitement efficace de certains d'entre eux (b).

a) Une volonté d'éviter le ralentissement du traitement des affaires non urgentes

830. Le traitement prioritaire ou urgent de certaines affaires peut retarder celles qui ne sont pas urgentes. L'application des procédures d'urgence et accélérée rallonge le traitement des autres affaires non considérées comme urgentes et donc traitées selon une procédure ordinaire. Cela se vérifie d'autant plus avec le cas particulier des procédures accélérées. Ces dernières comportent les mêmes étapes que celles de la procédure ordinaire. De ce fait, les affaires traitées selon une procédure accélérée bénéficient simplement d'un traitement prioritaire à chaque stade de son déroulement. Un renvoi jugé selon une procédure accélérée se résout donc au détriment des autres. Ces derniers sont en effet soumis à la règle du tour de rôle

¹⁷¹³ Voir *infra* : Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, Paragraphe 1, B).

puisque l'accélération des affaires urgentes est permise par le ralentissement du traitement de celles qui ne le sont pas.

À ce propos, en contentieux administratif, le Conseil d'État pointait le risque que le jugement des affaires urgentes puisse ralentir le traitement des affaires considérées comme non urgentes et augmenter par conséquent leur stock¹⁷¹⁴. C'est pourquoi il n'est pas anodin que l'on puisse dire que les affaires jugées au titre d'une procédure d'urgence ou accélérée doivent l'être « toutes affaires cessantes ».

831. En plus de pouvoir être saisies sur renvoi, les juridictions *ad quem* sont sollicitées concomitamment et par le biais des mêmes formations de jugement de très nombreux recours juridictionnels¹⁷¹⁵ qui, pour certains d'entre eux, sont également jugés selon une procédure d'urgence¹⁷¹⁶. Or, si l'appréciation de l'urgence à statuer sur les renvois est trop large, il y a un risque d'engorgement de la juridiction et donc de répercussions négatives sur les délais de jugement des autres renvois et recours. L'appréciation stricte de l'urgence à juger marque donc la volonté d'éviter que, d'un point de vue temporel, le traitement préférentiel de certains renvois n'ait de répercussions disproportionnées sur l'examen des affaires pendantes ordinaires, dont les délais de jugement sont généralement suffisamment longs.

832. Un risque de ralentissement intégré par les acteurs de la mise en œuvre des procédures accélérée et d'urgence. Aussi bien dans le cadre de son application aux renvois préjudiciels qu'aux recours directs, l'ancien Président de la Cour de justice de l'UE Gil Carlos Rodríguez Iglesias¹⁷¹⁷ était conscient, dès la première année de mise en œuvre de la procédure accélérée, du risque de retard dans le traitement des affaires non urgentes. Il avait en ce sens exprimé sa vigilance à n'avoir recours à cette procédure qu'avec « prudence, lorsque cela apparaît dûment justifié en cas d'urgence particulière ou extraordinaire, et ce pour éviter de trop perturber le traitement des autres affaires, qui pourrait être ralenti en raison d'une multiplication

¹⁷¹⁴ CE, *Rapport public 2007*, La documentation française, 2007, n° 58, p. 173.

¹⁷¹⁵ La CJUE est notamment saisie de recours en manquement et de recours en annulation. Le Conseil constitutionnel est notamment saisi de recours relatifs aux élections nationales et au contrôle *a priori* de la constitutionnalité des lois. Le Conseil d'État est notamment saisi de pourvois en cassation et de recours pour excès de pouvoir en premier et dernier ressort. La Cour EDH est notamment saisie de recours individuels.

¹⁷¹⁶ Par exemple, le Conseil d'État peut être saisi de référés administratifs d'urgence ; la Cour européenne des droits de l'Homme est saisie de demandes de mesures provisoires ; la Cour de justice de l'UE est saisie de référés ; le Conseil constitutionnel doit notamment statuer sur le contentieux *a priori* de la constitutionnalité des lois dans un délai maximal d'un mois pouvant être réduit, sur demande du Gouvernement, à un délai maximal de huit jours.

¹⁷¹⁷ Président de la Cour de justice de 1994 à 2004.

des procédures accélérées »¹⁷¹⁸. Son successeur, le Président Vassilio Skouris¹⁷¹⁹, prônait la même précaution dans le recours à la procédure préjudicielle accélérée « tant les répercussions sur les affaires déjà pendantes sont négatives »¹⁷²⁰.

C'est en ce sens que la condition de la PPA relative à la présence d'une affaire dont le traitement exige qu'il se fasse dans de « brefs délais » a pu être qualifiée par le professeur Laurent Coutron d'« assez peu logique »¹⁷²¹, tant cette procédure pourrait être « néfaste »¹⁷²² pour le traitement des affaires qui relèvent de la procédure préjudicielle ordinaire.

833. Ce risque est le même concernant la procédure préjudicielle d'urgence. Ainsi que le rappelle la professeure Laure Clément-Wilz, l'application de la PPU se fait « au détriment des autres procédures puisqu'une chambre de cinq juges est momentanément monopolisée par le traitement d'une PPU et ne peut donc traiter les autres affaires »¹⁷²³. Ce danger a fait l'objet d'une mise en garde bien exprimée par l'avocate générale Eleanor Sharpston selon qui, si la PPU est « trop sollicitée, elle empiétera sur le traitement des autres affaires dont la Cour est saisie »¹⁷²⁴. De même, d'éminents auteurs ont nettement souligné le fait que la PPU exerce une « pression considérable »¹⁷²⁵ sur la Cour. C'est pourquoi, l'instance exécutive de l'UE insiste sur le fait que cette procédure ne saurait « avoir pour effet de retarder le traitement des autres affaires pendantes devant la Cour »¹⁷²⁶.

¹⁷¹⁸ G. CARLOS RODRIGUEZ IGLESIAS, « L'activité de la Cour de justice » in *Rapport annuel 2001, 2002*, pt. 3.

¹⁷¹⁹ Président de la Cour de justice de 2004 à 2015.

¹⁷²⁰ V. SKOURIS, « L'urgence dans la procédure applicable aux renvois préjudiciels », in *Liber amicorum en l'honneur de Bo Vesterdorf*, Bruylant, 2007, p. 67.

¹⁷²¹ L. COUTRON, « Chronique Droit du contentieux de l'Union européenne - Réforme de la Cour de justice de l'Union européenne : d'abord l'accessoire, l'urgent peut attendre ! », *RDTE*, 2013, n° 2, p. 293.

¹⁷²² *Ibid.*

¹⁷²³ L. CLÉMENT-WILZ, « La procédure préjudicielle d'urgence, nouveau théâtre du procès européen », *CDE*, 2012, n° 1, p. 165 ; A. TIZZANO et B. GENCARELLI, « La procédure préjudicielle d'urgence devant la Cour de justice de l'Union européenne », in *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Dalloz, 2010, p. 650.

¹⁷²⁴ E. SHARPSTON, Concl. présentées le 9 juillet 2012 sous CJUE, 19 juillet 2012, *Atiqullah Adil*, C-278/12 PPU, pt. 32. Voir également : CJUE, *Rapport sur la mise en œuvre de la procédure préjudicielle d'urgence*, Rapport remis au Conseil conformément à la déclaration en annexe à sa décision du 20 décembre 2007 (JO L 24 du 29 janvier 2008, p. 44), 31 janvier 2012, p. 8 : « à ressources égales, une hausse sensible des demandes motivées requerrait des efforts considérables pour maintenir les objectifs fixés et ne resterait probablement pas sans répercussions sur le traitement des autres affaires ».

¹⁷²⁵ N. FENGER et M. BROBERG, *Le renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne*, Larcier, 2013, p. 511.

¹⁷²⁶ Commission des communautés européennes, *Avis sur la demande de modification du statut de la Cour de justice, présentée par la Cour au titre de l'article 245, deuxième alinéa, du traité CE, et ayant pour objet de permettre l'introduction, dans des domaines déterminés, d'une procédure préjudicielle d'urgence qui déroge à certaines dispositions du statut*, 20 novembre 2007, 2007/0812 (CNS), pt. 7.

834. Afin de définir le caractère prioritaire des demandes d'avis consultatifs, la Cour EDH s'astreint notamment à tenir compte « des autres affaires de Grande chambre pendantes devant elle »¹⁷²⁷. Ce rappel est bienvenu étant donné que les demandes d'avis sont également et systématiquement jugées par la Grande chambre de la Cour et qu'il y a donc tout lieu d'éviter que cette formation de jugement soit débordée, eu égard notamment à l'importance des affaires qu'elle a pour mission de trancher. C'est pourquoi, la Cour est pleinement consciente que la « rapidité de traitement est clairement tributaire du nombre d'affaires pendantes »¹⁷²⁸ devant la Grande chambre et que le traitement des demandes d'avis consultatifs « risque d'aggraver la pression »¹⁷²⁹. Force est toutefois de constater, deux ans après l'entrée en vigueur du protocole n° 16 à la Conv. EDH, que faute d'un véritable engouement des Hautes juridictions des États membres du Conseil de l'Europe l'ayant ratifié¹⁷³⁰, le poids de la nouvelle procédure ne pèse pas lourd dans la charge de travail de la Grande chambre.

835. En outre, ce serait un comble que les demandes d'avis au Conseil d'État et à la Cour EDH mettent un temps plus long à être traitées au regard du fait que ces procédures ont notamment été créées avec pour objectif de réduire l'encombrement du prétoire de ces juridictions.

Les procédures de demandes d'avis aux cours suprêmes françaises ont en effet été instituées dans un contexte d'encombrement du prétoire de ces juridictions. Leur naissance à la fin des années 1980 et au début de la décennie suivante est donc, au moins en partie, étroitement liée à la nécessité de répondre à ce problème.

La Cour de Strasbourg est d'ailleurs attentive au fait que l'état d'encombrement du rôle du prétoire d'une juridiction ne serve de motif justifiant d'éventuels retards pour le rendu d'une décision¹⁷³¹.

836. Le risque qui est ici pointé n'est pas hypothétique, notamment au regard de la hausse

¹⁷²⁷ CEDH, *Document de réflexion sur la proposition d'élargissement de la compétence consultative de la Cour*, non daté, § 39.

¹⁷²⁸ CEDH, *Réflexions sur le Protocole n° 16*, 2019, p. 16.

¹⁷²⁹ *Ibid.*

¹⁷³⁰ Au mois d'août 2021, 16 États membres du Conseil de l'Europe sur 47 ont ratifié le protocole n° 16 à la Conv. EDH.

¹⁷³¹ La Cour considère que « l'argument tiré de la surcharge de travail » d'une juridiction nationale ne saurait entrer en ligne de compte pour excuser une violation du droit à un délai raisonnable de jugement car l'article 6 § 1 de la Conv. EDH « oblige les États contractants à organiser leur système judiciaire de telle sorte que leurs juridictions puissent remplir chacune de ses exigences ».

CEDH, 23 mars 1994, *Muti c. Italie*, n° 14146/88, § 15.

constante du nombre des demandes à traiter de mise en œuvre de la PPA depuis 2012 et de la PPU depuis 2015, ainsi que de l'augmentation corrélative du nombre des affaires traitées par le biais de ces procédures. Ce risque est d'autant plus grand que, depuis la création de ces procédures, le nombre de renvois préjudiciels introduits devant la Cour de justice de l'UE est lui aussi en hausse constante¹⁷³².

b) Une volonté d'éviter la dénaturation des procédures d'urgence et accélérée

837. L'appréciation trop souple de l'urgence peut dénaturer les procédures d'urgence et accélérée de deux manières. La première est liée à leur saturation. En effet, si elles sont trop sollicitées et qu'elles se banalisent, elles ne pourront plus être en mesure d'être closes en urgence conformément à leur vocation (α). Par ailleurs, les juridictions *ad quem* ont tout intérêt à se méfier de la tentation d'avoir recours aux procédures accélérée et d'urgence afin de délester le stock des affaires non urgentes. En ce sens, elles marquent en effet leur volonté d'éviter de dénaturer les procédures accélérée et d'urgence (β).

α) Une volonté d'éviter le ralentissement des procédures accélérée et d'urgence

838. Une augmentation sensible de leur mise en œuvre pourrait faire perdre aux procédures d'urgence et accélérée leur raison d'être et l'esprit de leur fonctionnement. Comme leur nom l'indique, l'existence de ces procédures répond à la nécessité de permettre qu'un jugement soit, dans certains cas, rendu en urgence. Le risque de dénaturation de l'esprit de leur fonctionnement peut être expliqué au regard du fait qu'il s'agit de procédures dérogatoires au droit commun justifiant par cela même que leur application demeure strictement conditionnée et exceptionnelle. Il y a aussi tout lieu de souligner que ces procédures sont extrêmement contraignantes pour les juridictions chargées de les appliquer ainsi que pour les parties ou tiers invités ou autorisés à y intervenir. C'est en ce sens que l'Avocate générale près la Cour de justice de l'UE, Eleanor Sharpston, insistait sur le fait que la PPU est « une procédure exceptionnelle, qui a vocation à n'être déclenchée que pour les affaires qui ont *vraiment besoin*

¹⁷³² 237 renvois introduits (2001) ; 216 (2002) ; 210 (2003) ; 249 (2004) ; 221 (2005) ; 251 (2006) ; 265 (2007) ; 288 (2008) ; 302 (2009) ; 385 (2010) ; 423 (2011) ; 404 (2012) ; 450 (2013) ; 428 (2014) ; 436 (2015) ; 470 (2016) ; 533 (2017) ; 568 (2018) ; 641 (2019).

d'être résolues dans l'urgence »¹⁷³³. Leur application doit donc demeurer exceptionnelle¹⁷³⁴ et réservée aux affaires pour lesquelles le rendu rapide d'une décision est d'une « importance capitale »¹⁷³⁵. Il faut encore ajouter à cela que les vertus des procédures d'urgence et accélérée « ne peuvent valoir que si leur spécificité est préservée »¹⁷³⁶. La vertu première de ces procédures d'urgence est naturellement le rendu à bref délai d'une décision.

Le risque est donc celui de leur abus. C'est pourquoi, il faut prendre garde à ce que la célérité ne devienne « l'exigence subjective de consommateurs de justice impatientes, sans que des enjeux majeurs soient en cause »¹⁷³⁷.

839. À cette fin, l'interprétation de l'urgence joue un rôle essentiel. C'est de la façon dont elle est appréciée que dépend la saturation du prétoire du juge de l'urgence. Si elle est appréciée trop strictement, le risque est de fermer les bénéfices de la possibilité de traitement urgent d'un trop grand nombre de renvois qui le méritent. D'un autre côté, si elle l'est de manière trop souple, le juge se trouvera submergé et ne pourra plus être en bonne mesure de juger rapidement. Ce risque que l'on pointe n'est pas hypothétique. Ainsi que l'on a pu le démontrer, la Cour de justice de l'UE connaît une augmentation sensible du nombre des demandes et, de manière corrélative, des décisions d'acceptation de mise en œuvre des procédures préjudicielles accélérée et d'urgence. Sans que cela ne mérite pour l'instant d'être considéré comme alarmant, l'on constate un accroissement du délai de traitement des PPU¹⁷³⁸. En effet, pour la première fois depuis le 1^{er} mars 2008, le délai de jugement a dépassé la barre des trois mois pour s'établir à une moyenne de 3,1 mois en 2018 et en 2019. Au vu de l'augmentation des demandes, de leur acceptation et donc du délai de traitement des renvois, il n'est pas impossible que la PPU devienne « victime de son propre succès »¹⁷³⁹ et qu'elle ne puisse plus répondre efficacement à ce pourquoi elle a été instituée.

En cas d'afflux de renvois urgents, la Cour de justice de l'UE n'est toutefois pas sans moyen pour y faire face. Elle a en effet la possibilité de désigner plusieurs chambres chargées du

¹⁷³³ E. SHARPSTON, Concl. présentées le 9 juillet 2012 sous CJUE, 19 juillet 2012, *Atiqullah Adil*, C-278/12, pt. 32. Nous soulignons.

¹⁷³⁴ C. BLUMANN et L. DUBOUIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Litec, 2010, 4^e éd., p. 696.

¹⁷³⁵ N. FENGER et M. BROBERG, *Le renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne*, Larcier, 2013, p. 511.

¹⁷³⁶ E. CHEVALIER, « La promotion d'une justice rapide remet-elle en cause le droit au recours effectif ? Le cas de la Cour de justice de l'Union européenne », *RTDE*, 2013, n° 4, p. 710-1.

¹⁷³⁷ F. MALLOL, « "Veuillez patienter" : regard dubitatif sur la qualité et la célérité de la justice administrative », *RFAP*, 2016, n° 159, p. 777.

¹⁷³⁸ Voir *infra* : Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, Paragraphe 2.

¹⁷³⁹ A. TIZZANO et B. GENCARELLI, « La procédure préjudicielle d'urgence devant la Cour de justice de l'Union européenne », in *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Dalloz, 2010, p. 650.

traitement de ce type d'affaires. À défaut d'afflux important de demandes, la Cour n'a pour l'instant jamais eu recours à cette possibilité.

840. L'augmentation du nombre de demandes de mise en œuvre des procédures accélérée et d'urgence. Le nombre de demandes par les juridictions de renvoi de mise en œuvre des procédures préjudicielles accélérée et d'urgence se démarque en deux périodes. Une première est caractérisée par une faible quantité de demandes et une seconde se caractérise par au moins un triplement du nombre des demandes.

Entre l'entrée en vigueur de la PPA le 1^{er} février 2001 et la réforme du statut de la Cour de justice en 2012, les demandes de mise en œuvre de la PPA étaient rares¹⁷⁴⁰. Il y a eu durant ces douze années seulement 73 demandes, soit une moyenne de 6 par an. À compter de la réforme du règlement de procédure ayant abandonné la condition d'« urgence extraordinaire » au profit de celle de nécessité qu'un jugement intervienne « dans un bref délai », le nombre de demandes de PPA a sensiblement augmenté. Entre 2013 et la fin de l'année 2019, la Cour a en effet été saisie de 184 demandes, soit une moyenne de 26 par an. En nombre absolu, le nombre total de demandes reste effectivement peu important. En revanche, le taux de croissance peut pour sa part être qualifié de fort, puisqu'il s'élève à un pourcentage d'augmentation de plus de 400 %. Concernant la PPU, il existe un phénomène identique distinguant deux périodes radicalement opposées en termes de nombre de demandes de mise en œuvre. Au cours des premières années, il y a eu, entre le 1^{er} mars 2008 et la fin de l'année 2014, 38 demandes, soit 5,5 demandes par an. En revanche, au cours des années suivantes et jusqu'en 2019, l'on dénombre 77 demandes, soit 15,4 demandes par an. Ces chiffres attestent d'un quasi-triplement du nombre de demandes à traiter, soit une augmentation de quasiment 300 %.

841. L'explication de l'augmentation du nombre des demandes de mise en œuvre des procédures accélérée et d'urgence. Selon l'ancien Président Vassilio Skouris, le faible nombre de demandes de PPU ne peut se justifier par la méconnaissance de la procédure par les juridictions nationales. Il en veut pour preuve le fait que les demandes de PPU provenaient de juridictions de tous niveaux et étaient issues des divers États membres¹⁷⁴¹. Un élément supplémentaire permet de penser que la PPU n'est pas tant méconnue que l'on pourrait le

¹⁷⁴⁰ Ce constat fut déjà établi pour la période des années 2000 à 2008 : J. MOLINIER et J. LOTARSKI, *Droit du contentieux européen*, LGDJ, 2009, 2^e éd., p. 127.

¹⁷⁴¹ CJUE, *Rapport sur la mise en œuvre de la procédure préjudicielle d'urgence*, Rapport remis au Conseil conformément à la déclaration en annexe à sa décision du 20 décembre 2007 (JO L 24 du 29 janvier 2008, p. 44), 31 janvier 2012, p. 4, note 17.

supposer par les juridictions nationales. Il faut en effet savoir que la Cour examine attentivement et systématiquement si les renvois préjudiciels introduits relèvent ou non du champ de l'ELSJ, y compris ceux n'ayant pas été accompagnés d'une demande de mise en œuvre de la PPU. Dans l'hypothèse où un renvoi préjudiciel intégrerait le champ de l'ELSJ et qu'une demande d'application de la PPU n'aurait pas été faite par la juridiction de renvoi, le Président de la Cour peut se substituer à cette dernière et enclencher d'office la PPU si, bien sûr, ses autres conditions sont également remplies. Étant donné que seulement deux affaires ont été traitées au titre de la PPU sur demande du Président de la Cour¹⁷⁴², l'on peut penser que dans la majorité des cas, lorsqu'une affaire méritait son traitement au titre de la PPU, les juridictions de renvoi n'ont que très rarement manqué à cette diligence.

Soutenant une position radicalement inverse, le professeur Laurent Coutron déplore pour sa part « l'ignorance »¹⁷⁴³ qu'ont les juridictions nationales de cette procédure. Pareillement, un rapport du Parlement européen établi sur la base de consultations faites auprès de juridictions nationales faisait état, peu après l'entrée en vigueur de la PPU, d'une « relative absence de familiarité des juges »¹⁷⁴⁴ avec cette procédure. Ces positions peuvent se justifier par le fait qu'elles ont été défendues peu d'années après l'entrée en vigueur de la nouvelle procédure et qu'elles ont peut-être manqué de recul.

Ainsi que l'on a pu en faire état, l'année 2015 marque un rebond de la formulation de demandes de mise en œuvre de la PPU par les juridictions nationales. De plus, l'année 2019 a été celle d'un record quant au nombre de procédures préjudicielles accélérée et d'urgence enregistrées par la Cour au cours d'une seule année. Précisément, durant cette année 2019, sur un total de 641 renvois préjudiciels introduits, la procédure accélérée a été demandée dans 50 affaires et la procédure préjudicielle d'urgence l'a été dans 20 affaires. Ces données semblent coïncider avec une augmentation globale du nombre de renvois préjudiciels introduits la même année : entre 2017 et 2019, il y a eu une hausse de 20 % d'introduction de renvois préjudiciels. Cette augmentation n'explique toutefois qu'en partie celles des demandes de PPA, puisqu'il y a eu sur la même période une hausse des demandes de 66 %, ainsi que de celles des PPU, puisqu'il y a eu également sur la même période une hausse des demandes de 33 %. Cette augmentation peut donc encore s'expliquer par une meilleure connaissance de ces procédures par les

¹⁷⁴² Voir *supra* : Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, Paragraphe 1, B), 1), b).

¹⁷⁴³ L. COUTRON, « Urgence et renvoi préjudiciel », *RAE*, 2012, n° 2, p. 395.

¹⁷⁴⁴ Parlement européen, *Rapport sur le rôle du juge national dans le système judiciaire européen*, 4 juin 2008, 2007/2027 (INI), p. 4.

juridictions nationales liée à une jurisprudence plus fournie permettant la systématisation plus précise et complète des caractères de l'urgence à juger.

En outre, si l'on entend considérer comme faible le nombre des demandes d'application des procédures préjudicielles accélérée et d'urgence, cela ne saurait reposer à part entière sur le chef des juridictions nationales. En effet, l'on verra plus loin que différentes pratiques de la Cour peuvent avoir pour effet de décourager les juridictions nationales à se saisir du renvoi préjudiciel en l'accompagnant d'une demande de mise en œuvre des procédures préjudicielles accélérée ou d'urgence. L'on a déjà évoqué à ce sujet l'appréciation stricte de l'urgence faite par la Cour mais l'on tâchera également de démontrer le caractère trop elliptique de la motivation des décisions sur l'urgence qui ne favorise pas la maîtrise de cette condition par les juridictions nationales¹⁷⁴⁵ ou encore la prise en compte insuffisante des contraintes temporelles de jugement des procès au cours desquels un renvoi est effectué¹⁷⁴⁶.

β) Une volonté d'éviter le dévoiement des procédures d'urgence et accélérée

842. Il y a un risque d'instrumentalisation des procédures accélérée et d'urgence au service d'une cause qui n'est pas directement liée au caractère urgent des affaires qui peut justifier leur mise en œuvre : celui de la « bonne administration de la justice ». Ce danger peut provenir d'une volonté directe du juge ou, plus souvent, du législateur, lorsque le prétoire d'une juridiction devient encombré, de céder à la tentation d'apprécier l'urgence d'une manière plus libérale de sorte à pouvoir traiter un plus grand nombre d'affaires au rythme d'une procédure rapide et allégée et ainsi baisser mécaniquement le stock d'affaires pendantes. En ce qui concerne les procédures de renvois étudiées, celles-ci sont jusqu'à présent préservées d'une tendance croissante de la justice qui, pour désengorger les juridictions, transfère un nombre toujours plus important d'affaires à des procédures accélérées ou simplifiées telles que notamment les procédures à juge unique¹⁷⁴⁷.

Selon la Cour EDH, cette pratique n'est toutefois pas condamnable en soi. Pour que l'engorgement conjoncturel du prétoire d'une juridiction nationale n'entraîne pas l'engagement de la responsabilité de l'État dont elle relève, au titre du non-respect du droit à un délai raisonnable de jugement, la Cour de Strasbourg concède en effet que « parmi les moyens provisoires qui peuvent être pris figure le choix d'un certain ordre de traitement des affaires,

¹⁷⁴⁵ Voir *infra* : Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, Paragraphe 2.

¹⁷⁴⁶ Voir *infra* : Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, Paragraphe 3.

¹⁷⁴⁷ C. PARISI, « L'extension du système de juge unique en Europe », *RIDC*, 2007, n° 3, p. 647.

fondé non sur leur simple date d'introduction mais sur leur degré d'urgence et d'importance, en particulier sur l'enjeu pour les intéressés »¹⁷⁴⁸. En d'autres termes, dans les situations temporaires d'engorgement du prétoire d'une juridiction, au nom du respect du droit au procès équitable, le justiciable est en droit d'attendre de la juridiction encombrée la mise en place d'un traitement prioritaire d'une requête urgente qu'il aurait introduite.

843. Dans un sens inverse, l'appréciation trop stricte de l'urgence est susceptible de dénaturer la procédure dans la mesure où elle pourrait ne plus totalement être effective dans les situations auxquelles elle est censée répondre. Le professeur Fabrice Picod a par exemple pu soutenir, concernant la PPU, que la Cour de justice de l'UE « ne devrait pas se montrer trop restrictive » pour la mise en œuvre de cette procédure. L'auteur justifie sa position par le fait que le domaine d'application de cette procédure est « étroitement délimité et de surcroît vise des questions d'une grande sensibilité »¹⁷⁴⁹. En d'autres termes, et de manière générale, il ne faudrait pas que des affaires qui méritent d'être traitées en urgence ne le soient pas.

c) Une volonté d'éviter la dénaturation du mécanisme de renvoi préalable

844. L'excès d'urgence dans le traitement des renvois peut dénaturer l'essence du mécanisme de renvoi préalable. En effet, à l'instar de tout processus décisionnel, l'urgence affecte potentiellement la qualité des décisions. Cela est dû au fait que l'allègement des garanties processuelles fondamentales est source de précipitation et donc d'erreurs¹⁷⁵⁰. C'est pourquoi, en règle générale, la rapidité ne doit pas être le souci premier de la justice¹⁷⁵¹. La qualité doit être sa préoccupation majeure¹⁷⁵².

Concernant le mécanisme de renvoi préalable, l'unification préjudicielle de l'interprétation et

¹⁷⁴⁸ CEDH, 13 juillet 1983, *Zimmermann et Steiner c. Suisse*, n° 8737/79, § 29 ; CEDH, 10 juillet 1984, *Guincho c. Portugal*, n° 8990/80, § 40.

¹⁷⁴⁹ F. PICOD, « Cour de justice : procédure », *Rep. Dr. Eur.*, mai 2016 (actualisation : février 2020), pt. 268.

¹⁷⁵⁰ Le « défaut de temporisation conduit à l'adoption précipitée d'une décision qui risque alors d'être bâclée » : X. LAMEYRE, « Actualité et acte de juger : éthique d'une poétique du procès », *LPA*, 2005, n° 138, p. 17.

¹⁷⁵¹ J. NORMAND, « Le traitement de l'urgence : exception ou principe ? », in L. CADIET et L. RICHEL (dir.), *Réforme de la justice, réforme de l'État*, PUF, 2003, p. 159.

¹⁷⁵² La « célérité n'est qu'un élément parmi d'autres qui favorise une justice de qualité. Elle n'est pas une valeur en soi ; elle ne constitue pas un objectif en soi. C'est presque le contraire : la justice est rendue à l'issue d'un processus juridictionnel. Le procès est un processus qui réclame du temps. Ce temps est nécessaire » : J.-C. MAGENDIE, *Célérité et qualité de la justice. La gestion du temps dans le procès. Rapport remis au Garde des sceaux*, La documentation française, 2004, p. 19 ; S. AMRANI-MEKKI, « Le principe de célérité », *RFAP*, 2008, n° 125, p. 51 : la célérité est une « composante » de la qualité des décisions de justice.

de l'application du droit nécessite du temps. L'information complète du juge, notamment grâce à la qualité des échanges contradictoires, implique certains délais que l'urgence n'offre guère. Il convient par ailleurs de rappeler que la complexité des questions que le juge des lois est appelé à trancher et la portée des décisions à rendre ne sont que trop modérément compatibles avec toute sorte de précipitation.

845. En définitive, vu le faible taux de renvois traités toutes affaires cessantes, l'appréciation stricte de l'urgence ne se justifie pas vraiment. Les risques qui viennent d'être évoqués sont, en l'état de la réalité actuelle du contentieux, trop hypothétiques. En effet, rapporté à l'ensemble des renvois introduits devant une juridiction *ad quem*, le taux des affaires traitées en urgence est minime. Ce ne sont qu'en moyenne 2% des renvois préjudiciels introduits qui bénéficient d'un traitement au titre de la PPU et largement moins de 1% qui sont traités selon la PPA. De même, si l'on se base sur une durée de traitement d'environ 20 jours pour identifier une QPC jugée en urgence par le Conseil constitutionnel, ce sont également moins de 2% de celles-ci qui bénéficient de ce type de traitement. L'on frôle un taux nul lorsque l'on se penche sur le traitement urgent de certaines demandes d'avis contentieux formulées à l'attention du Conseil d'État.

846. Au terme de ces développements, il est acquis que le juge des lois a la compétence de connaître et le pouvoir d'apprécier l'urgence à juger un renvoi. Il reste désormais à savoir de quelle urgence l'on parle. À présent, il ne s'agit donc plus d'étudier la compétence et les caractères du pouvoir d'appréciation de l'urgence, mais d'en systématiser sa nature telle qu'elle est retenue par le juge des lois.

SECTION 2 : La nature de l'urgence à juger

847. Déterminer la nature de l'urgence à juger revient à savoir ce qu'elle est et ce qu'elle n'est pas. Mais, afin de mieux la cerner, il convient de confronter la nature de cette urgence à juger avec ce qu'est l'essence du mécanisme de renvoi préalable ainsi que, plus spécifiquement, avec les raisons pour lesquelles des procédures d'urgence et accélérée de traitement des renvois ont été créées.

La défense de l'intérêt objectif « du droit » et plus précisément de l'uniformisation de l'interprétation et de l'application du droit constitue la raison principale de l'urgence à juger.

Cette urgence « objective » à juger est par conséquent parfaitement conforme à ce qui constitue l'essence des renvois (I). De manière secondaire, et souvent à l'appui de cette facette dominante de l'urgence, le juge des lois est sensible aux intérêts subjectifs « des droits ». La protection des droits fondamentaux subjectifs des parties à l'instance principale est donc prise en compte (II). L'on constate à ce stade que la nature de l'urgence à juger répond parfaitement à l'essence et à la finalité du mécanisme de renvoi préalable. En revanche, en tant que mécanisme de juge à juge, le souci de bonne coopération juridictionnelle semble plutôt ignoré par le juge des lois. En ce sens, lorsqu'un renvoi émane d'un juge *a quo* de l'urgence, le temps « procédural » de la juridiction de renvoi n'est pas pris en compte à sa juste valeur, notamment au regard de la nature même du mécanisme de renvoi (III).

I) Une urgence à juger objective conforme à l'essence des renvois :
l'unification de l'interprétation et de l'application du droit

848. La détermination de l'urgence par le juge des lois n'affecte pas l'essence même des mécanismes de renvoi ; elle y est au contraire parfaitement conforme. L'essence des renvois étant l'unification préjudicielle de l'interprétation et de l'application du droit, l'urgence à juger est principalement objectivement tirée de la nécessité pressante de lever une incertitude sur l'interprétation ou la validité du droit (A). Elle est de plus renforcée selon la sensibilité de la matière du droit à interpréter (B).

A) L'urgence de lever une incertitude sur l'interprétation ou la validité du droit

849. L'urgence d'uniformiser l'interprétation et l'application du droit dépend du degré de l'incertitude qui justifie le déclenchement d'un renvoi. En d'autres termes, plus une incertitude est importante, plus elle est urgente à lever (1). Cette urgence est encore renforcée par la masse d'un contentieux causée par l'existence d'une incertitude juridique (2).

1) Le degré d'incertitude sur le droit comme élément principal de caractérisation d'une situation d'urgence

850. Une urgence à juger intimement liée à la condition essentielle de mise en œuvre des renvois : l'importance des difficultés sur l'interprétation ou l'application du droit.

L'office du juge des lois consiste à statuer sur des difficultés sérieuses relatives à l'interprétation ou l'application du droit. Plus une difficulté apparaît comme sérieuse, plus elle devient urgente à lever.

851. Pour le traitement des renvois préjudiciels par la Cour de justice de l'UE, la nature de l'urgence a parfaitement pu être résumée par Madame Émilie Chevalier. Selon cette auteure, l'impératif d'application uniforme du droit de l'Union en cas d'incertitude juridique est « décisif »¹⁷⁵³ et « prévaut »¹⁷⁵⁴ sur l'objectif de protection des droits fondamentaux subjectifs des justiciables à l'instance principale pour fonder l'application des procédures préjudicielles d'urgence. De même, l'urgence justifiant l'application de la PPA « s'inscrit ainsi dans la mission traditionnelle »¹⁷⁵⁵ de la Cour de justice de l'UE saisie d'un renvoi préjudiciel, à savoir l'uniformisation de l'application du droit de l'UE.

852. Il est intéressant de voir à quel point l'incertitude sur le droit peut influencer sur la décision de la Cour de justice de l'UE d'enclencher la procédure préjudicielle d'urgence. Dans une affaire relative à la garde d'un enfant par ses parents, la Cour a pu retenir, à titre exclusif, l'urgence de lever une incertitude juridique pour mettre en œuvre la PPU. Elle a en effet accepté d'engager cette procédure dans l'affaire *Detiček* au vu du seul caractère provisoire des mesures prononcées par le juge de renvoi : « le caractère provisoire de la mesure adoptée, dans le cadre de la mesure conservatoire sur la garde de l'enfant, *dicte à lui seul, afin de ne pas prolonger l'état d'insécurité juridique, l'intervention urgente de la Cour* »¹⁷⁵⁶.

853. Dans l'affaire *Alexandre Achughbabian*, la Cour fonde l'existence d'une urgence extraordinaire justifiant la mise en œuvre de la PPA par le risque important d'interprétations erronées et divergentes du droit de l'UE par les juridictions nationales, quand bien même la partie défenderesse à l'instance pénale principale ne faisait l'objet d'aucune mesure de détention, ni même de rétention¹⁷⁵⁷.

¹⁷⁵³ E. CHEVALIER, « La promotion d'une justice rapide remet-elle en cause le droit au recours effectif ? Le cas de la Cour de justice de l'Union européenne », *RTDE*, 2013, n° 4, p. 710-1.

¹⁷⁵⁴ *Ibid.*

¹⁷⁵⁵ *Ibid.*

¹⁷⁵⁶ CJUE, 23 décembre 2009, *Jasna Detiček c. Maurizio Sgueglia*, C-403/09 PPU, pt. 30. Nous soulignons.

¹⁷⁵⁷ CJUE, ord., 30 septembre 2011, *Alexandre Achughbabian c. Préfet du Val-de-Marne*, C-329/11, pts. 10 à 12 : « Or s'il est avéré que, dans l'affaire en cause au principal, il est certes mis fin à la rétention de M. Achughbabian, il n'en reste pas moins que certaines des personnes intéressées dans les affaires pendantes devant les juridictions françaises compétentes en la matière autres que la juridiction de renvoi sont, ainsi que le précise cette dernière, privées de leur liberté ou bien susceptibles de l'être et leur maintien ou leur mise en liberté

De même, c'est principalement parce que « les juridictions judiciaires françaises, chargées de contrôler la rétention administrative des étrangers en situation irrégulière en vue de leur éloignement du territoire national, *apprécient de manière divergente la compatibilité de l'article L. 621-1 du Ceseda avec la directive 2008/115* »¹⁷⁵⁸ que le Président de la Cour ordonne la mise en œuvre de cette procédure pour le traitement du renvoi préjudiciel transmis par la Cour d'appel de Paris. L'interprétation polymorphe de la compatibilité d'une loi avec le droit de l'UE par les juridictions est hautement constitutive d'une situation d'urgence. L'exigence d'une application uniforme du droit de l'UE est donc un élément permettant, dans le cadre des procédures de renvoi, de caractériser une urgence à juger.

Dans l'affaire *Thomas Pringle* relative au mécanisme de stabilité pour les États membres ayant adopté la monnaie commune, l'urgence à juger était notamment justifiée pour limiter l'afflux d'un contentieux futur et assurer l'application de nouvelles règles budgétaires. En effet, dans cette affaire, le Président de la Cour juge que la mise en œuvre de la PPA « est nécessaire pour lever dans les meilleurs délais cette incertitude préjudiciable à l'objectif visé par le traité MES, à savoir préserver la stabilité financière de la zone euro »¹⁷⁵⁹.

A contrario, lorsque la réponse à une question posée dans le cadre d'un renvoi préjudiciel peut être clairement déduite de la jurisprudence et justifier l'application de l'article 99 du règlement de procédure¹⁷⁶⁰ permettant à la Cour de statuer par voie d'ordonnance, cette circonstance fait qu'« il n'y a pas lieu de statuer sur la demande de la juridiction de renvoi de soumettre le traitement de cette affaire à la procédure accélérée »¹⁷⁶¹. L'on comprend de cette formule que moins une incertitude sur le droit est grande, moins la PPA a de chances d'être accordée.

854. Pareillement, dans le cadre des avis contentieux qu'il rend, le Conseil d'État est « sensible à l'importance de la question pour le droit administratif, plus encore qu'à son utilité

dépend de la réponse à apporter à la question posée par la juridiction de renvoi. Le recours à la procédure accélérée dans la présente affaire serait ainsi susceptible d'empêcher d'éventuelles privations de liberté illégales ou de réduire leur durée. Il est donc essentiel que, notamment, les juridictions françaises disposent dans les plus brefs délais de la réponse à la question posée par la juridiction de renvoi ».

¹⁷⁵⁸ CJUE, ord., 30 septembre 2011, *Alexandre Achughbabian c. Préfet du Val-de-Marne*, *op. cit.*, pt. 7. Nous soulignons.

¹⁷⁵⁹ CJUE, ord., 4 octobre 2012, *Thomas Pringle c. Gouvernement of Ireland, Ireland et The Attorney General*, C-370/12, pt. 7.

¹⁷⁶⁰ Article 99 du RP CJUE : « Lorsqu'une question posée à titre préjudiciel est identique à une question sur laquelle la Cour a déjà statué, lorsque la réponse à une telle question peut être clairement déduite de la jurisprudence ou lorsque la réponse à la question posée à titre préjudiciel ne laisse place à aucun doute raisonnable, la Cour peut à tout moment, sur proposition du juge rapporteur, l'avocat général entendu, décider de statuer par voie d'ordonnance motivée ».

¹⁷⁶¹ CJUE, ord., 13 décembre 2018, *Mennica Wroclawska sp. z o.o. c. Dyrektor Izby Administracji Skarbowej we Wroclawiu*, C-491/18, pts. 26-28.

pour la solution du litige »¹⁷⁶². Une fois encore, l'intérêt objectif d'unification de l'interprétation du droit prime sur la protection des droits fondamentaux subjectifs des parties à l'instance principale.

2) La masse des affaires concernées par l'incertitude sur le droit

855. Si la masse des affaires concernées par l'incertitude sur le droit n'est pas, en elle-même, constitutive d'une situation d'urgence, le juge des lois peut en revanche y être attentif dans certaines circonstances.

856. La masse des affaires concernées par l'incertitude sur le droit n'est pas, en elle-même, constitutive d'une situation d'urgence. Le traitement efficace des contentieux répétitifs est un impératif pour la satisfaction de l'exigence de bonne administration de la justice. La prise en compte de cette circonstance par le juge *ad quem* peut également être un marqueur de bonne coopération juridictionnelle avec les juges de renvoi.

Or, la confrontation du juge national à l'afflux d'un type de contentieux n'est pas, en elle-même, de nature à constituer une situation d'urgence justifiant que la procédure préjudicielle accélérée soit accordée¹⁷⁶³.

Le traitement d'un contentieux de masse ne saurait non plus satisfaire à la condition d'urgence de la PPU. Sous la réserve toutefois que les solutions attendues et susceptibles de s'appliquer à de nombreux litiges, voire à des contentieux de masse, n'entrent pas dans le champ de l'ELSJ et concernent des personnes détenues.

857. La quantité des affaires concernées par une incertitude sur le droit est constitutive d'une situation d'urgence s'il y a un risque important d'application ou d'interprétation divergente du droit. L'on remarque spécialement dans le champ du droit de l'UE que la masse que représente un contentieux national porté devant la Cour de Luxembourg, si elle ne constitue pas, en elle-même, une situation d'urgence, peut le devenir en fonction du risque plus ou moins important d'interprétation et d'application divergente du droit de l'UE¹⁷⁶⁴.

¹⁷⁶² D. POUYAUD, « Les avis contentieux du Conseil d'État et de la Cour de cassation. La pratique », in *Mouvement du droit public. Du droit administratif au droit constitutionnel. Du droit français aux autres droits. Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Dalloz, 2004, p. 349.

¹⁷⁶³ CJCE, ord., 21 novembre 2005, *CGT e. a. c. Premier ministre e. a.*, C-385/05, pt. 13.

¹⁷⁶⁴ E. CHEVALIER, « La promotion d'une justice rapide remet-elle en cause le droit au recours effectif ? Le cas de la Cour de justice de l'Union européenne », *RTDE*, 2013, n° 4, p. 710-1.

Par exemple, dans l'affaire dite *Tarrico*, l'ordonnance du Président de la Cour confirme que « les graves incertitudes que la juridiction de renvoi éprouve à l'égard de l'interprétation et de l'application du droit de l'Union dans un grand nombre de cas relevant du droit pénal »¹⁷⁶⁵ justifient le recours à la PPA. De même, alors que dans l'affaire *Achughbhabian*, la partie requérante n'était plus placée en rétention, la Cour a accepté d'enclencher la PPU au regard du fait que « certaines des personnes intéressées dans les affaires pendantes devant les juridictions françaises compétentes en la matière autres que la juridiction de renvoi sont, ainsi que le précise cette dernière, privées de leur liberté ou bien susceptibles de l'être et leur maintien ou leur mise en liberté dépend de la réponse à apporter à la question posée par la juridiction de renvoi »¹⁷⁶⁶.

858. La prise en compte de la masse d'un contentieux pour la détermination de l'urgence à juger dépend de la raison pour laquelle le renvoi a été créé. Parce que la procédure de renvoi a notamment été créée avec pour objectif de participer au désencombrement des institutions juridictionnelles, la circonstance que les juridictions de renvoi soient confrontées à un afflux de requêtes semble être plus sensiblement de nature à caractériser une situation d'urgence aux yeux du juge *ad quem*.

En ce sens, devant la Cour EDH, au vu des considérations qui ont commandé la création de la procédure d'avis consultatif, il y a fort à parier que les demandes qui peuvent avoir pour effet de prévenir un afflux de recours individuels bénéficieront d'un traitement prioritaire. La condition de recevabilité des demandes d'avis relatives à l'existence d'une « question de principe » semble coïncider avec la deuxième catégorie d'urgence du tableau de priorisation du traitement des affaires soumises à la Cour. Celle-ci concerne les affaires « soulevant des questions susceptibles d'avoir une **incidence sur l'efficacité du système de la Convention** (notamment problème structurel ou situation endémique que la Cour n'a pas encore eu l'occasion d'examiner, procédure de l'arrêt pilote) ou les affaires soulevant une **question importante d'intérêt général** (notamment une question grave susceptible d'avoir des répercussions majeures sur les systèmes juridiques nationaux ou sur le système européen) »¹⁷⁶⁷. Ainsi que le souligne le document de présentation de ces critères, « le but est clairement de faire en sorte que les affaires [...] révélant l'existence de problèmes à grande échelle de nature à générer un grand nombre de requêtes supplémentaires soient traitées plus rapidement »¹⁷⁶⁸. En

¹⁷⁶⁵ CJUE, ord., 28 février 2017, *M.A.S. et M.B.*, C-42/17, pt. 8.

¹⁷⁶⁶ CJUE, ord., 30 septembre 2011, *Alexandre Achughbhabian c. Préfet du Val-de-Marne*, C-329/11, pt. 10.

¹⁷⁶⁷ CEDH, *La politique de priorisation de la Cour*, 30 mai 2017, p. 1. C'est la Cour qui souligne.

¹⁷⁶⁸ CEDH, *La politique de priorisation de la Cour*, *op. cit.*, p. 1.

effet, selon la Cour, les questions d'ordre systémique ou structurel appellent « par définition » un traitement prioritaire¹⁷⁶⁹.

859. En application de l'article L. 113-1 du CJA, les demandes d'avis contentieux au Conseil d'État sont notamment conditionnées par la présence d'une incertitude sur l'interprétation du droit se présentant dans « de nombreux litiges » portés devant la juridiction de renvoi ou devant différentes juridictions administratives. L'on ne décèle toutefois aucune pratique du Conseil d'État visant à statuer plus ou moins urgemment selon l'importance du nombre des litiges concernés par la question de droit soulevée dans la demande d'avis contentieux.

860. L'urgence qu'il y a à uniformiser l'interprétation ou l'application du droit en raison de l'existence d'une incertitude juridique croît en fonction de la sensibilité de la matière du droit concernée par une incertitude.

B) La sensibilité de la matière du droit à interpréter

861. Lorsque le Conseil constitutionnel et la Cour de justice de l'UE sont respectivement saisis d'une QPC et d'une demande de mise en œuvre de la PPU, ces deux juridictions retiennent un champ juridique restreint comme justification à l'existence d'une urgence à statuer (1). *A contrario*, le champ d'application des procédures accélérées devant les cours européennes et de l'urgence à juger des demandes d'avis contentieux par le Conseil d'État est en revanche indéterminé, en ce sens qu'il est indifférent au type de contentieux concerné par la question de droit soulevée dans un renvoi (2).

1) La spécialisation du champ de l'urgence à juger

862. En rupture avec l'esprit « généraliste » du mécanisme de renvoi préalable, l'urgence à juger une QPC ou un renvoi préjudiciel au titre de la procédure préjudicielle d'urgence se concentre sur la résolution de questions de droit portant sur des domaines législatifs ciblés.

¹⁷⁶⁹ CEDH, *Document de réflexion sur la proposition d'élargissement de la compétence consultative de la Cour*, pt. 22 : « En ce qui concerne le délai de traitement des demandes, il a été observé que celles-ci ne pourraient porter que sur des affaires [...] révélant potentiellement un problème systémique ou structurel, qui par définition appellent un traitement prioritaire ».

Dans le cadre de ces procédures, l'urgence à juger repose donc essentiellement sur la matière juridique des actes dont la juridiction de renvoi demande l'interprétation ou l'appréciation de validité. Les situations urgentes d'atteintes législatives aux droits fondamentaux plaçant des justiciables dans des états de vulnérabilité particulièrement insoutenables ont d'ailleurs une plus forte propension à naître de l'application de lois intervenant dans des domaines juridiques sensibles pour la souveraineté des États. Il n'est donc pas tout à fait original que certaines matières juridiques guident objectivement l'urgence à statuer. Formellement, seule la PPU prévoit un champ juridique spécialisé conditionnant sa mise en œuvre (a). De manière particulièrement restrictive et, par conséquent, regrettable, le Conseil constitutionnel semble quant à lui suivre une politique informelle de traitement urgent des QPC relatives à la législation sur le droit électoral soulevées avant la tenue d'une élection imminente (b).

a) Le traitement urgent par la Cour de justice de l'UE des renvois préjudiciels relatifs à l'Espace de liberté, de sécurité et de justice

863. La stricte délimitation des dispositions du droit primaire concernées par la PPU.

Au titre de l'article 23 bis alinéa 1 du statut de la Cour, la PPU est la seule procédure à établir une condition de son application à un champ formellement limité du droit : celui de l'« Espace de liberté, de sécurité et de justice » (ELSJ), autrefois appelé domaine de la Justice et des Affaires Intérieures (JAI). Ce domaine de compétence de l'UE intéresse spécialement la libre circulation des personnes, le contrôle des frontières extérieures, l'asile, l'immigration (anciens articles 61 à 69 du titre IV de la troisième partie du traité CE), la coopération judiciaire et policière mais aussi les mesures de prévention et de lutte contre la criminalité (anciens articles 29 à 42 du titre VI du TUE). En somme, il s'agit des domaines prévus aux chapitres 2, 3, 4 et 5 du Titre V du TFUE relatifs à la coopération policière et judiciaire en matière pénale et civile ainsi qu'aux politiques relatives aux contrôles aux frontières, à l'asile et à l'immigration¹⁷⁷⁰. En effet, l'article 107 § 1 du règlement de procédure confirme qu'un renvoi préjudiciel peut être soumis à la PPU s'il concerne les « domaines visés au titre V de la troisième partie du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ». C'est pour cela que, dans le cadre de la PPU, les

¹⁷⁷⁰ Dès 2006, l'on trouvait dans un document de réflexion de la Cour de justice de l'UE relatif au traitement des questions préjudicielles relatives à l'espace de liberté, sécurité qu'il était souhaitable de traiter les affaires relatives à l'ELSJ, l'asile, l'immigration et/ou les matières matrimoniale et de responsabilité parentale selon une procédure particulière : CJCE, *Document de réflexion relatif au traitement des questions préjudicielles relatives à l'espace de liberté, sécurité et justice*, 25 septembre 2006, JUR 356, COUR 42, JUSTCIV 208, ASIM 66, 13272/06, p. 2 et s.

droits fondamentaux de la défense¹⁷⁷¹ et ceux de l'enfant¹⁷⁷² garantis respectivement par les articles 48 § 2 et 24 de la CDFUE servent principalement de paramètre de contrôle pour la résolution des questions posées à l'occasion des renvois préjudiciels.

La justification de cette limitation du champ d'application de la procédure préjudicielle d'urgence est double. Premièrement, la PPU a été créée compte tenu de la sensibilité particulière de ce domaine pour la souveraineté des États membres de l'UE. Il est d'ailleurs marquant que ce champ du droit de l'UE était initialement exclu de la compétence de la Cour de justice de l'UE dans le cadre de la procédure du renvoi préjudiciel¹⁷⁷³. Il s'agit, en outre, d'un domaine où « l'urgence matérielle et procédurale est peu compatible »¹⁷⁷⁴ avec les délais de la procédure préjudicielle ordinaire.

Or, cette stricte délimitation du champ d'application de la PPU n'est pas dénuée d'inconvénients. Si certains domaines du droit sont assurément plus susceptibles de favoriser des situations d'urgence lorsqu'ils sont la source de contentieux portés devant les juridictions, il est toutefois peu recommandable que l'urgence à juger doive dépendre d'un contentieux né d'un domaine particulier du droit. Il est notamment fort dommageable que des cas de privations de liberté d'une personne dans le cadre d'une affaire ne relevant pas de l'ELSJ et faisant l'objet d'un renvoi ne puissent pas bénéficier d'un traitement efficace au titre de la PPU. En effet, quand bien même une personne serait détenue dans le cadre de l'instance principale, du moment que l'acte dont l'interprétation est demandée ou la validité est contestée ne concerne pas les domaines visés au Titre V du TFUE, la PPU ne peut être accordée pour le traitement d'un renvoi préjudiciel. En revanche, le fait qu'une personne se trouve en détention dans le cadre de l'affaire principale permet à la Cour de déclencher la procédure préjudicielle accélérée¹⁷⁷⁵. Il est néanmoins regrettable qu'à situations matérielles identiques, il puisse y avoir un traitement

¹⁷⁷¹ Voir par exemple : CJUE, 10 septembre 2013, *G. et R.*, C-338/13 PPU.

¹⁷⁷² Voir par exemple : CJUE, 5 octobre 2010, *McB*, C-400/10 PPU.

¹⁷⁷³ Dès sa création par le traité de Maastricht, le domaine du « troisième pilier » relatif à la Justice et aux Affaires intérieures était exclu de la procédure du renvoi préjudiciel. Avec l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam en 1999 qui limite le champ de ce « pilier » à la Coopération policière et judiciaire en matière pénale (CPJP), le statut contentieux des actes qui relèvent de ce domaine va évoluer mais demeurer restreint. En effet, l'article 68 du TCE prévoyait que seules les juridictions nationales dont les décisions sont insusceptibles de recours pouvaient procéder à un renvoi préjudiciel. Ce n'est qu'avec le traité de Lisbonne et la création du domaine de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice (Titre V du TFUE) que ces matières qui relevaient initialement du pilier JAI sont tombées dans le giron de la compétence obligatoire de la Cour de justice pour toutes les juridictions nationales.

¹⁷⁷⁴ H. LABAYLE, « Le juge de l'Espace de liberté, sécurité et justice de l'Union européenne », in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois*, Dalloz, 2009, p. 611.

¹⁷⁷⁵ Voir par exemple : CJUE, 29 juin 2010, *Procédure pénale c. E et F*, C-550/09 ; CJUE, ord., 6 mai 2014, *Procédure pénale c. G*, C-181/14, pts. 8-9. En l'espèce, l'interprétation d'une disposition de la directive 2001/83/CE du Parlement européen et du Conseil, du 6 novembre 2001, instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain (JO L 311, p. 67) ne pouvait justifier la mise en œuvre de la PPU puisque cet acte ne relève pas du Titre V du TFUE.

procédural différent.

864. L'existence d'actes de droit dérivé de prédilection pour l'application de la PPU.

Au titre du domaine de l'ELSJ, les affaires traitées selon la PPU portent non pas exclusivement mais principalement sur l'interprétation ou la validité de trois actes de droit dérivé : le règlement du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants¹⁷⁷⁶, la directive du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier¹⁷⁷⁷ ainsi que la décision-cadre du conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres¹⁷⁷⁸. Le droit applicable au mécanisme du mandat d'arrêt européen constitue le domaine contentieux privilégié de la PPU. En effet, les deux tiers des renvois préjudiciels relatifs au mandat européen sont traités par la Cour de justice de l'UE selon la PPU (soit au mois d'octobre 2020 : 28 affaires sur 42)¹⁷⁷⁹ et un l'a été au titre de la PPA¹⁷⁸⁰. Toutes les affaires relatives au MAE ne sauraient bénéficier de ce traitement procédural car les personnes visées par ce type de mandat ne sont pas systématiquement privées de leur liberté au moment où un renvoi préjudiciel est initié par

¹⁷⁷⁶ Règlement du Conseil n° 2201/2003/CE, 27 novembre 2003, relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants, (JOUE L338, p. 1).

¹⁷⁷⁷ Directive n° 208/115/CE du Parlement européen et du Conseil, 16 décembre 2008, relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, JO L 348, p. 98.

¹⁷⁷⁸ Décision-cadre n° 2002/584/JAI du conseil, 13 juin 2002, relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, JO L 190, p. 1.

¹⁷⁷⁹ La Cour a statué sur trente-et-une affaires ayant trait au mandat d'arrêt européen et, pour dix-neuf d'entre elles, elle a été saisie en urgence : CJCE, 12 août 2008, *Ignacio Pedro Santesteban Goicoechea*, C-296/08 PPU ; CJCE, 1 décembre 2008, *Artur Leymann et Aleksei Pustovarov*, C-388/08 PPU ; CJUE, 28 juin 2012, *Melvin West*, C-192/12 PPU ; CJUE, 30 mai 2013, *Jeremy F. c. Premier ministre*, C-168/13 PPU ; CJUE, GC, 27 mai 2014, *Zoran Spasic*, C-129/14 PPU ; CJUE, GC, 16 juillet 2015, *Francis Lanigan*, C-237/15 PPU ; CJUE, GC, 5 avril 2016, *Pál Aranyosi et Robert Căldăraru*, aff. jtes. C-404/15 et C-659/15 PPU ; CJUE, 24 mai 2016, *Paweł Dworzecki*, C-108/16 PPU ; CJUE, 28 juillet 2016, *JZ c. Prokuratura Rejonowa Łódź - Śródmieście*, C-294/16 PPU ; CJUE, 10 novembre 2016, *Krzysztof Marek Poltorak*, C-452/16 PPU ; CJUE, 10 novembre 2016, *Ruslanas Kovalkovas*, C-477/16 PPU ; CJUE, 10 novembre 2016, *Halil Ibrahim Özçelik*, C-453/16 PPU ; CJUE, 10 août 2017, *Tadas Tupikas*, C-270/17 PPU ; CJUE, 10 août 2017, *Sławomir Andrzej Zdziaszek*, C-271/17 PPU ; CJUE, 22 décembre 2017, *Samet Ardic*, C-571/17 PPU ; CJUE, GC, 25 juillet 2018, *Minister for Justice and Equality (Défaillances du système judiciaire) c. LM*, C-216/18 PPU ; CJUE, 19 septembre 2018, *RO*, C-327/18 PPU ; CJUE, 6 décembre 2018, *IK.*, C-551/18 PPU ; CJUE, 12 février 2019, *TC*, C-492/18 PPU ; CJUE, GC, 27 mai 2019, *OG et PI*, aff. jtes. C-508/18 et C-82/19 PPU ; CJUE, 9 octobre 2019, *NJ*, C-489/19 PPU ; CJUE, 12 décembre 2019, *JR et YC*, aff. jtes. C-566/19 PPU et C/626/19 PPU ; CJUE, 12 décembre 2019, *XD*, C-625/19 PPU ; CJUE, 12 décembre 2019, *ZB*, C-627/19 PPU ; CJUE, ord., 21 janvier 2020, *MN*, C-813/19 PPU ; CJUE, 24 septembre 2020, *XC*, C-195/20 PPU.

¹⁷⁸⁰ CJCE, 17 juillet 2008, *Procédure relative à l'exécution d'un mandat d'arrêt européen émis à l'encontre de Szymon Kozłowski*, C-66/08, pt. 11.

une juridiction nationale.

865. De manière plus restreinte encore, mais sans toutefois se fonder sur une règle formelle de procédure, le Conseil constitutionnel semble avoir érigé une politique implicite de traitement urgent des QPC relatives au contentieux électoral avant la tenue d'une élection imminente.

b) Le traitement urgent des QPC relatives au contentieux électoral avant la tenue d'une élection imminente

866. La tradition contentieuse en droit public interne veut que le contentieux électoral administratif¹⁷⁸¹, judiciaire¹⁷⁸² et constitutionnel soit toujours, dans le cadre des contestations portant sur des opérations préalables aux scrutins, jugé en urgence. Si, lorsque ce contentieux est porté devant les juridictions ordinaires, le traitement urgent des affaires est formellement consacré par des règles de procédure, en revanche, dans le cadre des contentieux *a priori* et *a posteriori* du contrôle de la constitutionnalité de lois électorales portés devant le Conseil constitutionnel avant la tenue d'une élection imminente, l'urgence à juger relève d'une simple politique informelle de priorisation.

867. Dans le cadre du contrôle *a priori* de la constitutionnalité des lois, pour les besoins d'une élection régionale imminente, le Conseil constitutionnel a su juger de la constitutionnalité de la loi déferée devant lui dans un délai de trois jours¹⁷⁸³. Il a également jugé dans un délai de dix jours la constitutionnalité d'une loi organique adoptée pour les besoins pressants de l'organisation d'élections législatives et sénatoriales partielles¹⁷⁸⁴. Par ailleurs, à défaut de délai de jugement préfixé pour le contentieux des élections parlementaires, l'on peut s'accorder à penser que « l'urgence à juger n'en "transpire" pas moins des textes »¹⁷⁸⁵ de procédure. L'on

¹⁷⁸¹ Dans le cadre de la procédure de demande d'avis au Conseil d'État sur question du Gouvernement, la section de l'intérieur a pu rendre un avis dans le délai d'un jour suivant sa saisine par la ministre de l'Outre-mer de l'époque sur une question électorale soumise dans le contexte de la tenue d'une élection imminente : CE, avis, 28 mai 2002, *Disparition simultanée d'un candidat et de son suppléant*, n° 368084.

¹⁷⁸² Aux termes de l'article 996 du CPC, les pourvois en cassation portant sur le contentieux électoral bénéficient d'un traitement urgent.

¹⁷⁸³ CC, décision n° 98-397 DC, 6 mars 1998, *Loi relative au fonctionnement des conseils régionaux*.

¹⁷⁸⁴ CC, décision n° 2020-811 DC, 21 décembre 2020, *Loi organique relative aux délais d'organisation des élections législatives et sénatoriales partielles*.

¹⁷⁸⁵ G. DUMORTIER, « La procédure devant le Conseil constitutionnel, juge électoral : sous les pavés, la plage ? », *NCCC*, 2013/4, n° 41, p. 36.

peut également, sans exagérer, élargir ce constat aux décisions du Conseil constitutionnel relatives à la régularité des opérations référendaires et de l'élection du Président de la République.

868. Dans le cadre du contentieux *a posteriori* de la constitutionnalité des lois, le Conseil constitutionnel a maintenu cette politique de priorisation du contentieux relatif au droit électoral avant la tenue d'une élection imminente.

En 2012, le Conseil constitutionnel a par exemple statué dans un délai de 19 jours sur une QPC relative au recueil des « parrainages » soulevée par une candidate à l'élection présidentielle¹⁷⁸⁶. L'objectif était de juger de la constitutionnalité d'une disposition législative encadrant les modalités de ce recueil avant l'ouverture de la période qui lui était destinée.

La QPC portant sur le régime législatif régissant la répartition par le Conseil supérieur de l'audiovisuel de la durée des émissions de la campagne électorale entre les différents partis et groupements politiques en vue des élections législatives de 2017 constitue le délai record le plus bref de jugement d'une QPC puisqu'il a été rendu en seulement deux jours¹⁷⁸⁷.

Deux QPC relatives au contentieux du premier tour des élections municipales de 2020 traitées par le Conseil constitutionnel dans le contexte de l'entre-deux tours en période du régime législatif de l'état d'urgence sanitaire ont été traitées dans un délai de 22 jours¹⁷⁸⁸.

Ces différents exemples tendent à prouver que, dans le contentieux *a posteriori* de la constitutionnalité des lois, l'urgence à juger correspond aux hypothèses dans lesquelles une QPC est soulevée en matière électorale précisément avant la tenue d'une élection imminente. Les QPC soulevées à l'occasion de recours contre une élection passée ne présentent en revanche aucune urgence à juger¹⁷⁸⁹. De même, celles qui intéressent le droit pénal électoral ne bénéficient pas non plus d'un tel traitement¹⁷⁹⁰.

¹⁷⁸⁶ CC, décision n° 2012-233 QPC, 22 février 2012, *Mme Marine LE PEN [Publication du nom et de la qualité des citoyens élus habilités à présenter un candidat à l'élection présidentielle]*.

¹⁷⁸⁷ CC, décision n° 2017-651 QPC, 31 mai 2017, *Association En Marche ! [Durée des émissions de la campagne électorale en vue des élections législatives]*.

¹⁷⁸⁸ CC, décision n° 2020-849 QPC, *M. Daniel D. et autres [Modification du calendrier des élections municipales]* ; CC, décision n° 2020-850 QPC, 17 juin 2020, *Mme Patricia W. [Attribution des sièges au premier tour des élections municipales dans les communes de 1 000 habitants et plus]*.

¹⁷⁸⁹ CC, décision n° 2011-117 QPC, 8 avril 2011, *M. Jean-Paul H. [Financement des campagnes électorales et inéligibilité]* ; CC, décision n° 2012-230 QPC, 6 avril 2012, *M. Pierre G. [Inéligibilités au mandat de conseiller général]* ; CC, décision n° 2013-326 QPC, 5 juillet 2013, *M. Jean-Louis M. [Inéligibilités au mandat de conseiller municipal]* ; CC, décision n° 2014-432 QPC, 28 novembre 2014, *M. Dominique de L. [Incompatibilité des fonctions de militaire en activité avec un mandat électif local]*.

¹⁷⁹⁰ CC, décision n° 2010-6/7 QPC, 11 juin 2010, *M. Stéphane A. et autres [Article L. 7 du code électoral]* ; CC, décision n° 2017-639 QPC, *Mme Yamina B. [Amende sanctionnant le fait d'omettre sciemment de déclarer une part substantielle de son patrimoine]* ; CC, décision n° 2017-783 QPC, 17 mai 2019, *M. Nicolas S. [Cumul de*

869. Le traitement urgent des demandes d’avis contentieux et consultatifs, mais aussi des affaires entrant dans le champ de la PPA, concerne également majoritairement des pans sensibles du droit. Toutefois, à la différence de la PPU et de la procédure de la QPC, l’urgence à juger ces renvois ne contient aucune délimitation formelle ou informelle relative à un ou plusieurs domaines particuliers du droit.

2) Une urgence à juger généraliste

870. L’indétermination du champ d’appréciation de l’urgence à juger pour l’application de la PPA. L’application de la procédure préjudicielle accélérée ne dépend, à la différence de la procédure d’urgence, d’aucun champ particulier du droit. Néanmoins, dans une grande majorité de cas, cette procédure a été mise en œuvre dans des domaines sensibles du droit tels que le mandat d’arrêt européen, la lutte contre le terrorisme, l’immigration, le droit de séjour des étrangers, la protection des mineurs ou encore la liberté d’aller et venir des personnes. La Cour a d’ailleurs expressément reconnu que le déclenchement de la PPA pouvait être justifié par des questions de droit portant sur « un domaine sensible de l’activité du législateur »¹⁷⁹¹. Les domaines privilégiés d’intervention de la PPA sont donc sensiblement similaires à ceux de la PPU. Dans l’affaire *Melki*, la Cour exprime bien que la PPA concerne en grande partie des affaires soulevant des questions « fondamentales »¹⁷⁹² de droit constitutionnel national ou de droit de l’UE correspondant à des « domaines essentiels de l’activité de l’Union européenne »¹⁷⁹³.

On relève de manière plus occasionnelle des cas originaux de mise en œuvre de la PPA relatifs au mécanisme de stabilité¹⁷⁹⁴ ou au retrait d’un État membre de l’UE¹⁷⁹⁵. Il est heureux de constater que l’urgence de certaines crises sanitaires ou écologiques est également prise en compte. La PPA a, par exemple, été appliquée à l’occasion d’une affaire relative à la catastrophe écologique liée à la propagation aux oliviers de la bactérie *Xylella fastidiosa*¹⁷⁹⁶ ou à la lutte

poursuites et de sanctions en cas de dépassement du plafond de dépenses par un candidat à l’élection présidentielle].

¹⁷⁹¹ CJCE, ord., 22 février 2008, *Szymon Kozłowski*, C-66/08, pt. 11.

¹⁷⁹² CJUE, *Recommandations à l’attention des juridictions nationales, relatives à l’introduction de procédures préjudicielles*, JOUE 2019/C 380/01, 8 novembre 2019, pt. 34. Nous soulignons.

¹⁷⁹³ CJUE, ord., 12 mai 2010, *Melki et Abdeli*, C-188/10 et C-189/10. Nous soulignons.

¹⁷⁹⁴ CJUE, 27 novembre 2012, *Thomas Pringle c. Gouvernement of Ireland, Ireland et The Attorney General*, C-370/12.

¹⁷⁹⁵ CJUE, ord., 19 octobre 2018, *Wightman e. a.*, C-621/18.

¹⁷⁹⁶ CJUE, ord., 13 avril 2016, *Pesce e. a.*, aff. jtes. C-78/16 et C-79/16.

contre la fièvre aphteuse¹⁷⁹⁷.

871. L'indéfinition du champ d'appréciation de l'urgence à juger pour les demandes d'avis consultatifs et contentieux. Aucun champ du droit n'est formellement, ni même informellement, requis pour que le Conseil d'État ou la Cour EDH décident de statuer en urgence sur une demande d'avis.

Le document produit par la Cour EDH relatif à sa politique de priorisation ne présente aucune préférence sur tel ou tel domaine du droit dans sa décision de prioriser le traitement de telle ou telle affaire¹⁷⁹⁸. L'urgence à statuer s'attache principalement à l'importance¹⁷⁹⁹ des « questions de principe » posées et des droits fondamentaux potentiellement atteints.

Les demandes d'avis contentieux au Conseil d'État soulèvent généralement des questions de droit portant dans une large mesure sur l'interprétation de dispositions législatives en matière fiscale¹⁸⁰⁰ mais aussi de dispositions du code de l'entrée et du séjour des étrangers en France¹⁸⁰¹. Quoiqu'il en soit, aucun de ces domaines ne bénéficie d'un traitement particulièrement urgent, même si l'on pourrait pourtant s'attendre à ce que les demandes d'avis contentieux concernant le droit des étrangers soient traitées avec une particulière célérité.

872. Tandis que l'importance d'une difficulté d'interprétation du droit apparaît clairement décisive dans la décision du juge des lois de juger un renvoi en urgence, la protection des droits subjectifs fondamentaux n'est pour sa part pas dénuée d'incidence. C'est à titre accessoire qu'elle intervient au soutien de la décision du juge des lois de statuer urgemment.

II) Le caractère accessoire de la protection des droits subjectifs fondamentaux des particuliers dans la détermination de l'urgence à juger.

873. Le professeur Yves Gaudemet n'a pas manqué de relever que les questions préjudicielles, qui empruntent la même technique procédurale que les renvois préalables, ont un « coût » temporel pour les parties¹⁸⁰². Ce coût peut s'avérer d'autant plus insupportable que

¹⁷⁹⁷ CJCE, 12 juillet 2001, *Jippes e. a.*, C-189/01.

¹⁷⁹⁸ CEDH, *La politique de priorisation de la Cour*, 30 mai 2017, 1 p.

¹⁷⁹⁹ CEDH, *Document de réflexion sur la proposition d'élargissement de la compétence consultative de la Cour*, pt. 22.

¹⁸⁰⁰ V. DUSSART, « Les avis contentieux du Conseil d'État en matière fiscale », *LPA*, 2004, n° 210, p. 3.

¹⁸⁰¹ Notamment au regard du fait que le droit des étrangers subit régulièrement des changements : M. GUYOMAR et B. SEILLER, *Contentieux administratif*, Dalloz, 2019, 5^e éd, p. 1122.

¹⁸⁰² Y. GAUDEMET, « Les questions préjudicielles devant les deux ordres de juridiction », *RFDA*, 1990, n° 5,

la mise en œuvre d'un renvoi préalable comme d'une question préjudicielle relève d'un pouvoir discrétionnaire du juge. En effet, à l'instar des questions préjudicielles, s'il peut ou doit recueillir les observations et avis des parties, le juge n'a en revanche pas à recevoir leur consentement. Seule la QPC fait figure d'exception puisqu'elle ne peut être soulevée qu'à l'initiative des parties à l'instance principale¹⁸⁰³. Il serait de surcroît contestable que la protection des droits subjectifs fondamentaux des particuliers soit sans incidence dans la détermination de l'urgence à juger. Cela s'avère d'autant plus vrai que l'esprit des procédures de renvoi préalable implique que le caractère grave et/ou potentiellement irréversible d'une atteinte aux droits fondamentaux d'une partie à une instance principale influence la décision du juge *a quem* de statuer promptement.

Pourtant, la qualification d'« accessoire » de l'urgence à protéger les droits fondamentaux s'impose. Elle prend différentes formes selon qu'une procédure d'urgence ou accélérée a ou non été instituée pour le traitement des renvois par une juridiction *ad quem*. En effet, l'existence formelle de telles procédures devant les cours européennes érige l'impératif de protection des droits fondamentaux contre des atteintes graves et imminentes comme une donnée *complémentaire* de caractérisation de l'urgence à juger (A). *A contrario*, la seule existence d'une procédure ordinaire de traitement des QPC et des demandes d'avis contentieux par les deux juridictions du Palais Royal semble caractériser l'*absence* de détermination de l'urgence à juger au regard des situations subjectives de violation des droits fondamentaux des justiciables (B).

A) Le caractère complémentaire de la protection des droits fondamentaux subjectifs des justiciables dans la détermination de l'urgence à juger

874. Théoriquement, la prise en compte de la situation concrète de violation des droits fondamentaux des parties à l'instance principale est privilégiée dans la détermination de l'urgence à juger dans le cadre de la mise en œuvre des procédures accélérée et d'urgence de traitement des renvois préalables par les juridictions *ad quem* européennes (1). Il convient toutefois de préciser que la prise en compte de la situation concrète et personnelle des parties à l'instance dans laquelle un renvoi a été mis en œuvre est secondaire par rapport à l'urgence

p. 770 et pp. 773-775 ; Voir également : A. HEURTÉ, « Le recours sur renvoi des tribunaux judiciaires », *AJDA*, 1958, p. 119 ; M. GUYOMAR et X. DOMINO, « Renvois préjudiciels et bonne administration de la justice. Note sous TC, 17 octobre 2011, n° 3823 et 3829 », *AJDA*, 2012, n° 1, p. 27.

¹⁸⁰³ Il y a toutefois lieu de noter que le ministère public est considéré comme une partie habilitée à soulever une QPC. Il n'est en revanche jamais arrivé que cette autorité se saisisse de cette procédure.

objective d'uniformiser le droit, en ce sens que l'urgence tirée de la violation des droits fondamentaux n'est jamais suffisante en elle-même pour le déclenchement des procédures accélérée et d'urgence (2).

1) Un objectif théorique de protection des droits fondamentaux poursuivi pour la mise en œuvre des procédures accélérée et d'urgence

875. La mise en œuvre des procédures accélérée et d'urgence pour le traitement de certains renvois préjudiciels et demandes d'avis consultatifs est nettement conditionnée par l'existence d'une urgence qui doit largement être considérée comme remplie en cas de violation grave et ou irréversible des droits fondamentaux.

876. Sans ambiguïté, l'une des raisons d'être de la procédure préjudicielle d'urgence est de répondre aux situations subjectives de « grande vulnérabilité »¹⁸⁰⁴ des personnes physiques et ainsi « renforcer la protection des droits fondamentaux »¹⁸⁰⁵. Cette procédure est notamment conditionnée par l'existence d'une situation dans laquelle une personne est privée de sa liberté individuelle par une mesure de détention ou d'une situation de rupture du lien entre un parent et son enfant mettant en péril l'intérêt supérieur de ce dernier.

Dans une déclaration, le Conseil de l'UE suggérait à la Cour de justice de l'UE d'indiquer dans une note informative sur l'introduction des procédures préjudicielles par les juridictions nationales, les cas d'ouvertures de la PPU. Elle proposa par exemple de préciser qu'elle pourrait être admise dans les cas dans lesquels l'affaire en cours est susceptible d'avoir notamment des « implications graves pour la personne concernée » par des mesures « privatives de liberté »¹⁸⁰⁶. L'Avocate générale Eleanor Sharpston souligne à cet égard que « la PPU a été mise en place expressément, et exclusivement, pour répondre à la nécessité impérieuse de traiter certaines catégories d'affaires - notamment, celles où la légalité de la détention d'une personne dépend de

¹⁸⁰⁴ A. TIZZANO et B. GENCARELLI, « La procédure préjudicielle d'urgence devant la Cour de justice de l'Union européenne », in *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Dalloz, 2010, p. 642 ; L. CLÉMENT-WILZ, « La procédure préjudicielle d'urgence, nouveau théâtre du procès européen », *CDE*, 2012/1, p. 136.

¹⁸⁰⁵ E. CHEVALIER, « La promotion d'une justice rapide remet-elle en cause le droit au recours effectif ? Le cas de la Cour de justice de l'Union européenne », *RTDE*, 2013, n° 4, p. 710-1 ; Voir également : H. LABAYLE, « Le juge de l'Espace de liberté, sécurité et justice de l'Union européenne », in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois*, Dalloz, 2009, p. 591 et s.

¹⁸⁰⁶ Conseil de l'UE, Déclaration annexée à la décision 2008/79/CE, Euratom du Conseil du 20 décembre 2007 portant modification du statut de la Cour de justice, JO L 24/42, 29 janvier 2008, p. 44.

la réponse que la Cour donnera aux questions préjudicielles déférées - "dans les plus brefs délais" »¹⁸⁰⁷. La situation dans laquelle un justiciable est visé par une mesure privative de liberté a donc un « poids essentiel, sinon déterminant »¹⁸⁰⁸ dans le déclenchement de la PPU par la Cour de Luxembourg.

Les situations d'urgence nées du déplacement d'enfants¹⁸⁰⁹ constituent la seconde source de déclenchement de la PPU. Dans ces cas, la Cour est spécialement attentive aux atteintes à l'intérêt supérieur de l'enfant. L'intervention rapide de la Cour a généralement pour objectif de préserver le bien-être, la santé et le bon développement des enfants¹⁸¹⁰.

En matière d'asile et d'immigration, la Cour fait preuve d'une remarquable attention envers la protection du droit à la vie privée et familiale¹⁸¹¹ de ressortissants étrangers ainsi que de leurs proches vivant sur le territoire de l'UE.

Il y donc finalement un champ très restreint de droits fondamentaux qui sont protégés grâce à l'application de la PPU lorsque leur violation porte les caractères d'une situation d'urgence. À l'inverse, le champ des droits fondamentaux protégés dans le cadre de la PPA est bien plus vaste puisqu'il n'est pas limité.

877. Le panel des droits fondamentaux protégés grâce à la mise en œuvre de la PPA est vaste et divers puisqu'il concerne la totalité des droits fondamentaux de l'UE. La mention de quelques exemples suffit à se convaincre de l'importance de l'objectif de protection des droits fondamentaux dans la mise en œuvre de la procédure préjudicielle accélérée. Cette procédure a par exemple pu participer à la protection du droit à une vie privée et familiale normale¹⁸¹², du

¹⁸⁰⁷ E. SHARPSTON, Concl. présentées le 9 juillet 2012 sous CJUE, 19 juillet 2012, *Atiqullah Adil*, C-278/12, pt. 32.

¹⁸⁰⁸ A. TIZZANO et B. GENCARELLI, « La procédure préjudicielle d'urgence devant la Cour de justice de l'Union européenne », in *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Dalloz, 2010, p. 646.

¹⁸⁰⁹ CJUE, 11 juillet 2008, *Inga Rinau*, C-195/08 PPU ; CJUE, 23 décembre 2009, *Jasna Detiček c. Maurizio Sgueglia*, C-403/09 PPU.

¹⁸¹⁰ CJCE, 2 avril 2009, *M^{me} A. c. Commission*, C-523/07 : l'urgence est caractérisée lorsque des enfants « se trouvent dans une situation susceptible de nuire gravement à leur bien-être, y compris à leur santé ou leur développement ».

¹⁸¹¹ CJUE, ord., 10 juin 2011, *Bibi Mohammad Imran c. Minister van Buitenlandse Zaken*, C-155/11 PPU : refus de titre de séjour dans le cadre d'un regroupement familial.

¹⁸¹² CJCE, 11 juillet 2002, *Carpenter*, C-60/00, pt. 41 ; CJCE, 23 septembre 2003, *Akrich*, C-109/01, pts. 58 et 59 ; CJCE, ord. 17 avril 2008, *Blaise Baheten Metock e. a. c. Minister for Justice, Equality and Law Reform*, C-127/08, pts. 15 et 16 ; CJUE, ord., 9 septembre 2011, *Murat Dereci, e. a. c. Bundesministerium für Inneres*, C-256/11, pt. 15.

droit de propriété¹⁸¹³, du droit des personnes détenues ne relevant pas du domaine couvert par le titre V, partie III du TFUE¹⁸¹⁴, du droit à la protection des données à caractère personnel¹⁸¹⁵.

878. Dans la continuité de la pratique élaborée dans le cadre des recours individuels¹⁸¹⁶, l'appréciation du traitement prioritaire des demandes d'avis consultatifs en application de l'article 41 du règlement de la Cour EDH doit s'effectuer, à titre principal, sur les circonstances propres à l'espèce. Par conséquent, à titre premier, l'urgence à juger devrait dépendre de la gravité des atteintes aux droits fondamentaux d'une personne. De manière sensiblement similaire au champ de protection des droits fondamentaux par la voie de la procédure préjudicielle d'urgence, la première catégorie de la politique de priorisation de la Cour EDH concerne les affaires dans lesquelles des requérants sont dans une situation de vulnérabilité caractérisée par une mesure de privation de liberté ou par la séparation parent/enfant :

« Affaires **urgentes** (notamment risque pour la vie ou la santé du requérant, privation de liberté du requérant en conséquence directe de la violation alléguée de droits consacrés par la Convention, autres circonstances liées à la situation personnelle ou familiale du requérant, en particulier lorsque le bien-être des enfants est en jeu, application de l'article 39 du règlement) »¹⁸¹⁷.

Il est donc aussi clairement mentionné que la Cour se réfère à la notion d'urgence qu'elle a forgée dans le cadre de la mise en œuvre de l'article 39 du règlement de procédure lui permettant de prononcer des mesures provisoires. Pour l'application de cette procédure, la Cour fait principalement droit aux demandes de mesures provisoires dans les cas d'éloignements d'un étranger du territoire national au titre d'une mesure d'expulsion ou d'extradition, dans ceux relatifs à l'arrêt des traitements d'un patient entraînant sa mort ainsi que par exemple dans ceux portant sur les conditions de détention des personnes¹⁸¹⁸. L'on peut en conséquence raisonnablement supposer que la prise en compte de l'urgence puisse dépendre à titre premier des cas dans lesquels une partie à l'instance principale est par exemple « une personne privée

¹⁸¹³ CJUE, ord., 5 juin 2014, *Juan Carlos Sánchez Morcillo et María del Carmen Abril García c. Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA*, C-169/14, pt. 11.

¹⁸¹⁴ CJUE, ord., 6 mai 2014, *Procédure pénale c. G*, C-181/14.

¹⁸¹⁵ CJUE, ord., 1^{er} février 2016, *Secretary of State for the Home Department c. David Davis e. a.*, C-698/15, pt. 11.

¹⁸¹⁶ « La Cour tiendra compte de ses propres critères régissant l'ordre de traitement des requêtes introduites en vertu de l'article 34 de la Convention » pour le jugement urgent des demandes d'avis consultatif : CEDH, *Lignes directrices concernant la mise en œuvre de la procédure d'avis consultatif prévue par le Protocole n° 16 à la Convention*, 18 septembre 2017, pt. 29.

¹⁸¹⁷ CEDH, *La politique de priorisation de la Cour*, 30 mai 2017, p. 1. C'est la Cour qui souligne.

¹⁸¹⁸ Voir les références et la liste non exhaustive présentées dans : CEDH, « Fiche thématique – Les mesures provisoires », janvier 2013, 9 p.

de liberté ou un étranger sur le point d'être expulsé »¹⁸¹⁹.

Concernant la finalité de protection des droits fondamentaux, l'urgence peut également correspondre à la troisième catégorie de la politique de priorisation de la Cour. Celle-ci est relative aux affaires qui « comportent *prima facie* des griefs principaux portant sur les articles **2, 3, 4 ou 5 § 1** de la Convention (droits les plus fondamentaux, « *core rights* ») et qui ont donné lieu à des menaces directes pour l'intégrité physique et la dignité de la personne humaine »¹⁸²⁰. Cette catégorie implique donc que la prise en compte de l'urgence à statuer dépende de l'importance d'un droit fondamental ou de son caractère absolu.

879. Si elle intègre manifestement, devant les cours européennes, la détermination de l'urgence à juger, la prise en compte de l'impératif de protection des droits fondamentaux n'apparaît en revanche jamais comme suffisant en soi pour justifier qu'il y ait lieu de précipiter le rendu d'une décision. L'attention portée à la violation des droits fondamentaux est donc toujours complémentaire à l'existence d'une urgence de type objectif, c'est-à-dire à une urgence exempte de considérations subjectives liées à la situation concrète du justiciable durant l'instance principale.

2) Le caractère complémentaire de l'urgence à protéger les droits fondamentaux

880. Les violations, y compris les plus graves et les plus imminentes, des droits fondamentaux ne sont jamais un motif suffisant pour justifier le jugement urgent d'un renvoi. Cette circonstance n'intervient toujours qu'à titre complémentaire pour fonder le déclenchement d'une procédure accélérée ou d'urgence ou favoriser le traitement urgent d'un renvoi. Bien souvent, c'est donc un cumul de critères objectifs avec d'autres liés à la protection des droits fondamentaux subjectifs des parties à l'instance principale qui permettent la caractérisation d'une situation d'espèce justifiant le traitement urgent d'un renvoi.

881. Si l'esprit de la PPU était bien de répondre prioritairement aux situations dans lesquelles une personne est détenue, elle ne se limiterait pas au domaine de l'ELSJ et n'aurait pas été alourdie par l'exigence que le maintien en détention de la personne privée de liberté

¹⁸¹⁹ T. LARROUTUROU, « Le Protocole n° 16 à la CEDH, nouveau terrain de rencontre des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité », *RDJ*, 2018, n° 2, p. 475.

¹⁸²⁰ CEDH, *La politique de priorisation de la Cour*, 30 mai 2017, p. 1. C'est la Cour qui souligne.

dépende de la solution apportée par la Cour de justice de l'UE au renvoi préjudiciel. L'on comprend donc que l'impératif de protection des droits fondamentaux des détenus n'est jamais suffisant en soi, puisqu'il n'est qu'un critère parmi d'autres.

882. De nombreuses affaires démontrent que la prise en compte des violations des droits fondamentaux subjectifs des parties à une instance principale est toujours accompagnée de considérations liées à l'intérêt objectif de lever certaines incertitudes sur l'interprétation ou l'application du droit, spécialement dans des domaines juridiques sensibles ou dans des hypothèses de contentieux de masse.

Par exemple, dans l'affaire *E et F*, la demande de procédure accélérée ne fut pas acceptée sur le seul fondement de la détention préventive dans laquelle se trouvaient les défenseurs dans le cadre de l'instance pénale principale. La Cour n'a en effet pas manqué de mentionner l'importance de la sensibilité de la matière juridique (en l'espèce, la lutte contre le terrorisme) pour justifier la mise en œuvre de la PPA¹⁸²¹.

De même, dans l'affaire *Metock*, la nécessité de protéger urgemment une atteinte à la vie privée et familiale des requérants était combinée à l'existence d'une importante incertitude sur le droit propice à un contentieux de masse¹⁸²².

883. Le deuxième avis consultatif rendu par la Cour EDH concernait la situation de l'ancien président arménien, Robert Kocharian, poursuivi pénalement pour des faits de « renversement de l'ordre constitutionnel » et placé en détention provisoire. Dans cette affaire, la Cour strasbourgeoise avait précisé expressément qu'elle avait été informée que Monsieur Kocharian était toujours en détention provisoire durant le temps de la procédure¹⁸²³. Or, en dépit d'une annonce faite par le greffe indiquant que l'avis allait être traité en priorité¹⁸²⁴, la Cour n'a retenu aucune raison de traiter urgemment la demande d'avis consultatif et a rendu son avis 9

¹⁸²¹ CJUE, 29 juin 2010, *Procédure pénale c. E et F*, C-550/09.

¹⁸²² CJCE, ord. 17 avril 2008, *Blaise Baheten Metock e. a. c. Minister for Justice, Equality and Law Reform*, C-127/08, pts. 11 et s.

¹⁸²³ CEDH, avis, 29 mai 2020, *Utilisation de la technique de « législation par référence » pour la définition d'une infraction et aux critères à appliquer pour comparer la loi pénale telle qu'elle était en vigueur au moment de la commission de l'infraction et la loi pénale telle que modifiée*, n° P16-2019-001, § 22 : « Selon les informations dont la Cour dispose, M. Kocharyan est toujours en détention provisoire ».

¹⁸²⁴ Greffe de la CEDH, *La demande d'avis consultatif soumise par la Cour constitutionnelle d'Arménie en application du Protocole n° 16 a été acceptée*, Communiqué de presse, 11 novembre 2019, CEDH 343 (2019), p. 1 : Le Greffe reconnaît le « caractère prioritaire de cette demande d'avis consultatif ».

mois après avoir été saisie par la Cour constitutionnelle d'Arménie¹⁸²⁵. L'absence de prise en compte de la situation de vulnérabilité dans laquelle se trouve la personne placée en détention provisoire dans le cadre de l'instance principale semble être contestablement justifiée par la Cour au regard de son choix de limiter la prise en compte de données factuelles à l'aune du seul procès en cours devant la juridiction demanderesse, soit en l'espèce la Cour constitutionnelle, et donc de ne pas intégrer dans son examen les données de l'instance pénale principale¹⁸²⁶.

B) L'absence de prise en compte par les juridictions du Palais Royal de la violation des droits fondamentaux dans la détermination de l'urgence à juger

884. Après avoir démontré l'absence totale de prise en compte des atteintes législatives aux droits fondamentaux des justiciables (1), il convient de présenter ce qui en est à la fois la conséquence et la raison principale : la primauté donnée à l'urgence de la protection des intérêts étatiques par rapport à la protection des droits fondamentaux des particuliers (2).

1) Les manifestations de l'absence de prise en compte du caractère urgent des atteintes législatives aux droits fondamentaux

885. L'absence totale de prise en compte de l'urgence liée à la violation des droits fondamentaux par le Conseil constitutionnel. Tandis que la QPC a notamment pour fonction de protéger les droits et libertés que la Constitution garantit, la gravité ou l'imminence d'une atteinte législative à ces droits ne constitue pas, aux yeux du Conseil constitutionnel, une circonstance de nature à favoriser le jugement urgent d'une question de constitutionnalité. Quand bien même toute mesure privative de liberté prise à l'encontre d'une personne est constitutive d'une situation d'urgence au sens des procédures accélérées et d'urgence applicables aux procédures de renvoi devant les cours européennes, les moyennes de délai de jugement établies sur les QPC relatives aux contentieux du régime de la détention provisoire, de la rétention administrative d'un étranger, de la procédure d'extradition, des personnes

¹⁸²⁵ Soit, dans un délai supérieur à trois mois par rapport au premier avis portant sur le droit à l'identité de l'enfant et le droit à une vie privée et familiale normale. Pourtant, dans ce dernier cas, la partie à l'instance principale n'était pas dans une situation de vulnérabilité liée à une mesure de détention.

¹⁸²⁶ CEDH, avis, 29 mai 2020, *Utilisation de la technique de « législation par référence » pour la définition d'une infraction et aux critères à appliquer pour comparer la loi pénale telle qu'elle était en vigueur au moment de la commission de l'infraction et la loi pénale telle que modifiée*, n° P16-2019-001, § 49. Il convient de rappeler qu'en l'espèce, la demande d'avis consultatif formulée par la Cour constitutionnelle l'a été dans le cadre de sa propre saisine d'une question de constitutionnalité renvoyée par une juridiction pénale.

hospitalisées sans leur consentement, des mesures médicales relatives à la limitation ou à l'arrêt des traitements d'une personne hors d'état d'exprimer sa volonté ayant des effets potentiellement irréversibles sur sa vie manifestent sans nul doute possible l'absence évidente de prise en compte des situations graves et/ ou irréversibles d'atteintes législatives aux droits fondamentaux par le Conseil constitutionnel¹⁸²⁷. De même, les QPC à l'occasion desquelles il est fait grief à une disposition législative de porter atteinte à l'intérêt supérieur de l'enfant ne font l'objet d'aucune accélération de traitement puisque la moyenne de jugement des deux QPC relatives à ce contentieux est de 75 jours¹⁸²⁸. Enfin, une situation d'urgence manifeste liée aux conditions de détention dégradantes et indignes de la personne humaine de nombreux détenus a été portée devant le Conseil constitutionnel à l'occasion d'une QPC contestant le second alinéa de l'article 144-1 du code de procédure pénale¹⁸²⁹. Dans cette affaire, le Conseil constitutionnel a épuisé le délai de trois mois dans lequel il est tenu de statuer.

L'étude du contentieux de la constitutionnalité des bases légales des différentes mesures administratives d'assignation à résidence prouve également que la gravité des atteintes aux droits et libertés constitutionnels n'a pas d'influence sur l'urgence à statuer sur une QPC. En effet, qu'elles soient prononcées dans le cadre d'une interdiction du territoire ou d'un arrêté d'expulsion, de l'état d'urgence sécuritaire, ou bien encore du régime de droit commun de lutte contre la criminalité, ces mesures administratives ont concrètement les mêmes effets restrictifs sur l'exercice de la liberté d'aller et venir. Pourtant, lors de la contestation des bases légales de ces mesures, les justiciables se trouvaient dans la même situation d'urgence, mais l'examen par le Conseil constitutionnel des QPC qu'ils ont soulevées n'a pas bénéficié du même traitement en termes de temporalité de jugement. L'on constate un délai moyen de deux mois de jugement des QPC relatives aux assignations à résidence de longue durée applicables aux ressortissants étrangers faisant l'objet d'une interdiction du territoire ou d'un arrêté d'expulsion¹⁸³⁰, à celles de droit commun introduites dans le code de la sécurité intérieure¹⁸³¹ mais aussi à celles relatives aux mesures d'assignation à résidence dans le cadre de l'état d'urgence contestées pour la

¹⁸²⁷ Sur les délais moyens de jugement par le Conseil constitutionnel des QPC relatives à ces types de contentieux, voir *infra* : Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, Paragraphe 3.

¹⁸²⁸ Moyenne établie sur les décisions : CC, décision n° 2019-797 QPC, 26 juillet 2019, *Unicef France et autres [Création d'un fichier des ressortissants étrangers se déclarant mineurs non accompagnés]* (71 jours) ; CC, décision n° 2019-826 QPC, 7 février 2020, *M. Justin A. [Placement en vue de l'adoption d'un enfant né d'un accouchement sous le secret]* (79 jours).

¹⁸²⁹ CC, décision n° 2020-858/859 QPC, 2 octobre 2020, *M. Geoffrey F. et autre [Conditions d'incarcération des détenus]*.

¹⁸³⁰ CC, décision n° 2017-674 QPC, 30 novembre 2017, *M. Kamel D. [Assignation à résidence de l'étranger faisant l'objet d'une interdiction du territoire ou d'un arrêté d'expulsion]*.

¹⁸³¹ CC, décision n° 2017-691-QPC, 16 février 2018, *M. Farouk B. [Mesure administrative d'assignation à résidence aux fins de lutte contre le terrorisme]*.

seconde fois¹⁸³². C'est seulement à l'occasion de la première QPC ayant porté sur les mesures d'assignation à résidence prises sur le fondement du régime de l'état d'urgence que le Conseil constitutionnel a fait montre d'une remarquable célérité de jugement puisqu'il a rendu sa décision onze jours après avoir été saisi¹⁸³³. L'on peut donc penser que ce n'est pas la gravité de l'atteinte aux droits fondamentaux qui gouverne l'urgence à juger ni même la gravité et la sensibilité du régime d'exception de l'état d'urgence sécuritaire¹⁸³⁴. L'on verra en effet ci-après que le Conseil constitutionnel ne fait preuve d'aucune urgence à statuer sur les QPC portant sur les législations d'exception des états d'urgence sécuritaire et sanitaire¹⁸³⁵.

886. L'absence totale de prise en compte de l'urgence liée à la violation des droits fondamentaux par le Conseil d'État. L'étude des demandes d'avis contentieux concernant des affaires pouvant être considérées comme des cas d'atteintes graves aux droits fondamentaux constitutifs de situations d'urgence ne démontre aucune volonté particulière du Conseil d'État de raccourcir les délais de formulation de ses avis. Parmi ces cas, l'on relève ceux qui concernent le contentieux relatif aux mesures portant obligation de quitter le territoire français. Trois demandes d'avis renvoyées à l'occasion de recours en annulation contre une OQTF ont été traitées au bout de trois mois et demi¹⁸³⁶, cinq mois¹⁸³⁷ et six mois¹⁸³⁸ ; soit toujours au-delà du délai maximal de trois mois prévu par l'article L. 113-1 du CJA pour le traitement des demandes d'avis contentieux par le Conseil d'État. Une affaire sur une demande de droit au logement opposable reconnue comme prioritaire et urgente à l'occasion de laquelle le Conseil d'État a été saisi d'une demande d'avis contentieux a été traitée en cinq mois et demi¹⁸³⁹. La juridiction administrative suprême a mis un peu plus de quatre mois pour statuer sur une demande d'avis contentieux relative au régime et au contrôle des mesures de perquisitions

¹⁸³² CC, décision n° 2017-624 QPC, 16 mars 2017, *M. Sofiyan I. [Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence II]*.

¹⁸³³ CC, décision n° 2015-527 QPC, 22 décembre 2015, *M. Cédric D. [Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence]*.

¹⁸³⁴ Tout porte donc à refuser de croire que « le "temps du jugement" particulièrement bref est volontairement "hâté" par le Conseil constitutionnel en raison des faits à l'origine de la question prioritaire de constitutionnalité. Il en est ainsi de la décision n° 2015-527 QPC relative à une assignation à résidence prononcée dans le cadre de l'état d'urgence. La privation de liberté à l'origine du litige au principal, ainsi que la procédure de référé liberté à l'occasion de laquelle la question a été posée ont largement contribué à inciter le Conseil constitutionnel à statuer lui aussi en urgence » : M. KAMAL, *Le Conseil constitutionnel et le temps*, Thèse dact., Université de Montpellier, 2018, p. 276.

¹⁸³⁵ Voir *infra*.

¹⁸³⁶ CE, avis, 15 mars 2017, n° 405586.

¹⁸³⁷ CE, avis, 6 novembre 2019, n° 431585.

¹⁸³⁸ CE, avis, 28 juin 2019, n° 426666.

¹⁸³⁹ CE, avis, 21 juillet 2009, n° 324809.

administratives prises sous le régime de l'état d'urgence¹⁸⁴⁰. Saisi d'une demande d'avis contentieux, le Conseil d'État ne retient aucune urgence à juger une affaire portant sur la relation des parents dont le statut de réfugié fut refusé avec leur enfant mineure ayant le statut de réfugiée en raison de son appartenance à un groupe social d'enfants non mutilés et encourant des risques de mutilations sexuelles¹⁸⁴¹. Dans cette affaire le Conseil d'État a jugé dans un délai de six mois, soit un laps de temps deux fois supérieur à celui qui lui est légalement imparti. L'urgence des atteintes graves aux droits fondamentaux telles que celles qui ont pour origine le contentieux des mesures privatives ou restrictives de liberté ne saurait non plus être prise en compte par la Cour de cassation pour hâter le rendu d'un avis contentieux puisque la présence de telles situations est totalement exclue de cette procédure. En effet, l'article 706-64 du code de procédure pénale prévoit qu' « aucune demande d'avis ne peut être présentée lorsque, dans l'affaire concernée, une personne est placée en détention provisoire, sous assignation à résidence avec surveillance électronique ou sous contrôle judiciaire ».

887. Cette absence ou relégation de la prise en compte de la situation d'urgence de violation de droits fondamentaux s'explique, notamment et spécialement pour les QPC, par la prédominance de la détermination de l'urgence à juger au regard des intérêts étatiques.

2) L'urgence des intérêts étatiques

888. L'urgence du Gouvernement est celle du Conseil constitutionnel dans le cadre du contentieux *a priori* de la constitutionnalité des lois. Dans le cadre du contentieux *a priori* de la constitutionnalité des lois, le Gouvernement peut demander au Conseil constitutionnel, sur le fondement de l'article 61 alinéa 3 de la Constitution, de statuer en urgence dans un délai maximal de huit jours à compter de sa saisine. Quelques débats entre les membres du Conseil constitutionnel ont pu agiter les délibérés lors de séances relatives au contrôle *a priori* de la constitutionnalité d'une loi sur le point de savoir si le Conseil constitutionnel devait déférer à la demande du Gouvernement de statuer en urgence faite en application de cette disposition constitutionnelle et si la décision du Conseil constitutionnel devait formellement viser l'urgence.

Visiblement, le doyen Vedel fut le seul conseiller constitutionnel à soutenir, lors des délibérés,

¹⁸⁴⁰ CE, avis, 6 juillet 2016, n° 398234 et 399135.

¹⁸⁴¹ CE, avis, 20 novembre 2013, n° 368676.

que l'urgence à juger n'est pas celle du Gouvernement mais qu'elle est librement appréciée par le Conseil constitutionnel¹⁸⁴². La doctrine fut finalement celle de considérer que la déclaration d'urgence du Gouvernement liait le Conseil constitutionnel¹⁸⁴³ et que la décision rendue devait viser l'urgence à juger¹⁸⁴⁴. Le Conseil constitutionnel s'estime donc lié par la déclaration d'urgence du Gouvernement, sauf à ce que, selon la proposition du Doyen Vedel, la demande soit frappée d'un « abus manifeste »¹⁸⁴⁵.

Avec l'avènement du contentieux *a posteriori* de la constitutionnalité des lois et en l'absence de procédure de traitement en urgence des QPC, le Conseil constitutionnel est désormais totalement maître de décider de statuer ou non en urgence sur une affaire. Il n'en demeure toujours pas moins particulièrement sensible à l'urgence du Gouvernement.

889. La continuité de la nature de l'urgence à juger une QPC avec celle de l'urgence du contrôle *a priori* de la constitutionnalité des lois. De manière générale, le contentieux de la QPC s'inspire largement du contrôle *a priori* de la constitutionnalité des lois. Cela se vérifie en particulier concernant l'urgence à juger. Ainsi, à l'instar du contentieux de la constitutionnalité des lois par voie d'action, l'urgence du Gouvernement est celle du Conseil constitutionnel pour le jugement des QPC. Dire que l'urgence du Conseil constitutionnel est celle du Gouvernement correspond au fait que l'urgence à juger un texte adopté par le Parlement est calquée sur l'urgence du Gouvernement à ce qu'une loi entre en vigueur.

En introduction de la séance de délibéré du 8 juillet 1989, le Président Robert Badinter justifia le jugement en urgence d'une loi portant amnistie « compte tenu des impératifs

¹⁸⁴² Voir les positions du Doyen Georges Vedel présentées en qualité de rapporteur dans les affaires : CC, Compte-rendu de la séance du 8 juillet 1989, p. 3 ; CC, Compte-rendu de la séance du 23 août 1985, p. 9 : « c'est le Conseil qui apprécie l'urgence et non pas le Gouvernement ». Soutenant la même position : L. FAVOREU et L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 16^e éd., 2011, n° 38.

¹⁸⁴³ M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel*, Dalloz, 2016, p. 112 ; M. KAMAL, *Le Conseil constitutionnel et le temps*, Thèse dact., Université de Montpellier, 2018, p. 228 et s.

¹⁸⁴⁴ CC, décision n° 73-51 DC, 27 décembre 1973, *Loi de finances pour 1974* : « Vu la lettre du Premier Ministre, en date du 21 décembre 1973, demandant au Conseil constitutionnel de statuer selon la procédure d'urgence prévue à l'article 61, alinéa 3, de la Constitution ».

¹⁸⁴⁵ CC, Compte-rendu de la séance du 11 février 1982, p. 11 : « Si une demande d'urgence peut être appréciée, il est certain qu'elle ne pourrait l'être qu'en cas d'abus manifeste ». Madame Mathilde Kamal considère que le Conseil constitutionnel « s'est toujours tenu à une position passive quant à ce délai d'exception, ne recherchant jamais si le caractère "urgent" procédait d'une évaluation correcte de la situation par le Gouvernement » : M. KAMAL, *Le Conseil constitutionnel et le temps*, Thèse dact., Université de Montpellier, 2018, p. 231. L'auteur justifie cette position par l'absence de motivation par les rédacteurs de la Constitution du 4 octobre 1958 de l'adjonction de cette faculté gouvernementale à l'article 61 alinéa 3 que le Conseil constitutionnel aurait pu reprendre pour accepter ou non une telle demande. Madame Kamal ajoute que le Conseil constitutionnel ne bénéficie pas d'une légitimité suffisante pour s'opposer à une telle demande gouvernementale. Si tel était le cas, il serait en toute hypothèse compliqué pour le Conseil constitutionnel de s'opposer au Gouvernement puisque ce dernier n'a pas à apporter de motivation à sa demande.

[gouvernementaux] touchant au maintien de l'ordre public en Guadeloupe »¹⁸⁴⁶. De même, lors du délibéré portant sur le contrôle d'une loi de nationalisation, le doyen Vedel rapportait qu'« il s'agit d'une matière qui paraît essentielle à l'action du Gouvernement et dont il est difficilement niable qu'elle ait actuellement une urgence politique et même économique aux yeux du Gouvernement »¹⁸⁴⁷. Dans le premier exemple, la décision fut rendue en 5 jours¹⁸⁴⁸ et elle le fut en 6 jours dans le second¹⁸⁴⁹. Le professeur Michel Verpeaux explique que cette politique est encouragée par les modalités de fixation de la date du rendu d'une décision qui est négociée de manière informelle avec le Gouvernement par l'entremise des Secrétariats généraux du Gouvernement et du Conseil constitutionnel¹⁸⁵⁰.

En matière de finances publiques, le contrôle *a priori* de la constitutionnalité des lois de finances est toujours réalisé dans l'urgence. Encore une fois, cette urgence est celle du Gouvernement. Elle est justifiée par les contraintes constitutionnelles pesant sur la promulgation des lois de finances qui doit impérativement avoir lieu avant le 31 décembre de chaque année¹⁸⁵¹.

C'est encore l'urgence du pouvoir exécutif et plus précisément celle du Président de la République qui gouverna l'urgence du Conseil constitutionnel à rendre, le lendemain de sa saisine, un avis sur la décision du chef de l'État d'appliquer l'article 16 de la Constitution¹⁸⁵².

890. En matière de régimes législatifs d'exception, les délais d'examen de leur constitutionnalité reflètent le souci du Conseil constitutionnel de laisser au Gouvernement les moyens d'agir contre ce pour quoi les états d'urgence ont été déclenchés. En atteste dans le contentieux *a priori* de la constitutionnalité des lois, le contrôle dans un délai record de moins de 24 heures de la loi prorogeant l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie¹⁸⁵³. Puisque la saisine du Conseil constitutionnel suspend l'entrée en vigueur de la loi, le Conseil a pu estimer urgent de juger cette loi afin qu'elle puisse être promulguée. Ce qui est urgent dans le contentieux *a priori* ne l'est cependant plus dans le contentieux *a posteriori* de la conformité des lois aux droits fondamentaux constitutionnels. Le délai moyen de jugement des huit QPC portant sur

¹⁸⁴⁶ CC, Compte-rendu de la séance du 8 juillet 1989, p. 2.

¹⁸⁴⁷ CC, Compte-rendu de la séance du 11 février 1982, p. 3.

¹⁸⁴⁸ CC, décision n° 89-258 DC, 8 juillet 1989, *Loi portant amnistie*.

¹⁸⁴⁹ CC, décision n° 82-139 DC, 11 février 1982, *Loi de nationalisation*.

¹⁸⁵⁰ M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel*, Dalloz, 2016, p. 111.

¹⁸⁵¹ Délai de 7 jours : CC, décision n° 73-51 DC, 27 décembre 1973, *Loi de finances pour 1974*.

¹⁸⁵² CC, décision n° 61-1 AR16, 23 avril 1961, *Avis du 23 avril 1961 (réunion des conditions exigées par la Constitution pour l'application de son article 16)*.

¹⁸⁵³ CC, décision n° 85-187 DC, 25 janvier 1985, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances*.

des dispositions législatives de la loi de 1955 relative à l'état d'urgence sécuritaire est de 54 jours¹⁸⁵⁴.

De la même manière, il n'aura suffi que de deux¹⁸⁵⁵ et six¹⁸⁵⁶ jours au Conseil constitutionnel pour contrôler, avant leur promulgation, la constitutionnalité des lois de prorogation de l'état d'urgence sanitaire¹⁸⁵⁷. En revanche, lorsque des dispositions législatives relatives à l'état d'urgence sanitaire ont été portées devant le Conseil constitutionnel par la voie d'une QPC, le délai moyen de jugement passe à 50 jours¹⁸⁵⁸.

891. Le fait que l'urgence à juger dans le contrôle *a priori* de la constitutionnalité des lois soit celle du Gouvernement ou du législateur *lato sensu* se justifie notamment parce qu'il s'agit d'un contentieux objectif et non pas d'un contentieux subjectif portant sur des prétentions individuelles. Ce contentieux se joue en effet exclusivement entre les acteurs publics constitutionnels concernés par le travail législatif. Mais la reproduction de ce modèle d'appréciation de l'urgence à juger dans le cadre du contentieux *a posteriori* de la constitutionnalité des lois est plus critiquable dans le sens où le contentieux objectif concerne cette fois la protection de droits subjectifs constitutionnels concrètement atteints dans le cadre de l'application de dispositions législatives lors d'une instance en cours. *A fortiori* dans les

¹⁸⁵⁴ Moyenne établie sur les décisions : CC, décision n° 2015-527 QPC, 22 décembre 2015, *M. Cédric D. [Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence]* ; CC, n° 2016-535 QPC, 19 février 2016, *Ligue des droits de l'homme [Police des réunions et des lieux publics dans le cadre de l'état d'urgence]* ; CC, décision n° 2016-536 QPC, 19 février 2016, *Ligue des droits de l'homme [Perquisitions et saisies administratives dans le cadre de l'état d'urgence]* ; CC, décision n° 2016-600 QPC, 2 décembre 2016, *Perquisitions administratives dans le cadre de l'état d'urgence III* ; CC, décision, n° 2016-567/568 QPC, 23 septembre 2016, *M. George F. et autre [Perquisitions et saisies administratives dans le cadre de l'état d'urgence II]* ; CC, décision n° 2017-624 QPC, 16 mars 2017, *Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence II* ; CC, décision n° 2017-684 QPC, 11 janvier 2018.

¹⁸⁵⁵ CC, décision n° 2020-800 DC, 11 mai 2020, *Loi prorogeant l'état d'urgence et complétant ses dispositions*.

¹⁸⁵⁶ CC, décision n° 2020-808 DC, 13 novembre 2020, *Loi autorisant la prorogation de l'état d'urgence sanitaire et portant diverses mesures de gestion de la crise sanitaire*.

¹⁸⁵⁷ Notons par ailleurs qu'il aura suffi de trois jours seulement pour que le Conseil constitutionnel se prononce sur la constitutionnalité de la loi organique adoptée au début de l'épidémie de la covid-19 visant à suspendre le délai de trois mois dans lequel les cours suprêmes doivent se prononcer sur le renvoi d'une question prioritaire de constitutionnalité et celui identique dans lequel le Conseil constitutionnel doit lui-même statuer sur une telle question : CC, décision n° 2020-799 DC, 26 mars 2020, *Loi organique d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19*. Aussi, la loi relative à la gestion de la crise sanitaire légalisant notamment l'extension du « passe sanitaire » a été contrôlée seulement dix jours après avoir été déférée au Conseil constitutionnel : CC, décision n° 2021-824 DC, 5 août 2021, *Loi relative à la gestion de la crise sanitaire*.

¹⁸⁵⁸ Hors le cas des QPC relatives aux élections municipales, la moyenne est établie sur les décisions : CC, décision n° 2020-851/852, 3 juillet 2020, *M. Sofiane A. et autre [Habilitation à prolonger la durée des détentions provisoires dans un contexte d'urgence sanitaire]* (37 jours) ; CC, décision n° 2020-846/847/848 QPC, 26 juin 2020, *Oussman G. et autres [Violations réitérées du confinement]* (43 jours) ; CC, décision n° 2020-799 DC, 26 mars 2020, *Loi organique d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19* (55 jours). CC, décision n° 2020-869 QPC, 4 décembre 2020, *M. Pierre-Chanel T. et autres [Applicabilité en Nouvelle-Calédonie du dispositif national relatif à l'état d'urgence sanitaire]* (66 jours).

situations d'urgence, les violations des droits et libertés constitutionnels ne sont dès lors plus hypothétiques et leur protection effective implique la plus grande célérité de la part du juge constitutionnel¹⁸⁵⁹.

892. Étudier la protection des droits fondamentaux par le juge *ad quem* implique de s'intéresser au degré de coopération qu'il noue avec le juge de renvoi. Bien souvent, l'obligation d'un juge ordinaire de statuer en urgence découle de la nécessité de protéger urgemment les droits fondamentaux. Or, contrairement à l'esprit du renvoi préalable qui réside dans la bonne coopération entre juges, pour le traitement urgent des renvois, le juge *ad quem* ne se soucie pas particulièrement de l'urgence procédurale dans laquelle est placé le juge *a quo*.

III) Une urgence à juger globalement affranchie de l'urgence procédurale de la juridiction de renvoi

893. Pour affirmer que l'urgence à statuer sur un renvoi est globalement affranchie de l'urgence procédurale afférente à l'instance principale, il convient de comprendre les ressorts et les difficultés de la conciliation entre les délais de jugement de la juridiction *ad quem* et ceux auxquels sont astreintes les juridictions de renvoi (A). Il convient ensuite de présenter les différentes marques d'indépendance de l'urgence à juger du juge des lois par rapport aux contraintes temporelles auxquelles sont assujetties les juridictions *a quibus* (B).

A) Les ressorts d'une conciliation difficile

894. **La connaissance par le juge *ad quem* du caractère urgent de la procédure à l'origine de la mise en œuvre d'un renvoi.** L'ensemble des juridictions *ad quem* des procédures de renvoi préalable connaissent le contexte procédural et plus particulièrement l'éventuel caractère urgent de la procédure juridictionnelle à l'origine de la mise en œuvre d'un renvoi.

Le Conseil d'État a connaissance du caractère urgent de la procédure dans le cadre de laquelle une juridiction administrative l'a saisi d'une demande d'avis contentieux. En effet, la Haute juridiction administrative vise la procédure par laquelle un tribunal administratif ou une cour

¹⁸⁵⁹ Sur le rapport entre protection juridictionnelle effective des droits fondamentaux et procédure d'urgence de traitement des renvois, voir *infra* : Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 2.

administrative d'appel a, avant de statuer, en application des dispositions de l'article L. 113-1 du CJA, renvoyé une demande d'avis contentieux¹⁸⁶⁰.

Lorsqu'il est saisi, le Conseil constitutionnel connaît le type de procédure à l'origine du renvoi même s'il n'y est fait aucune référence dans le résumé de la saisine, les motifs ou le dispositif de ses décisions. Les décisions de renvoi du Conseil d'État, à la différence de celles de son homologue judiciaire, visent toujours la procédure au cours de laquelle la QPC a été soulevée. Il est enfin évident que les cours européennes connaissent le type de procédure interne à l'origine d'un renvoi puisque celle-ci est présentée, dans les premiers paragraphes des motifs des arrêts et des avis, soit avant même que les questions de droit soient examinées.

895. En dépit d'une volonté affichée et théorique de coopération entre juridictions *a quibus* de l'urgence et juridictions *ad quem* (1), il semblerait qu'en pratique celle-ci soit largement délaissée (2).

1) Une volonté affichée de coopération

896. Le renvoi préalable est fondamentalement un mécanisme de juge à juge qui implique de leur part un minimum de coopération juridictionnelle. Cette exigence de coopération, mais aussi celle de bonne administration de la justice de l'urgence, sont à double sens : la juridiction *a quo* doit renvoyer une question de droit recevable et la juridiction *ad quem* doit y répondre de manière qu'elle soit le plus utile possible pour la résolution du litige principal. Ce dernier point implique qu'en certains cas, une décision doit être rendue en urgence afin d'éviter qu'elle soit inutile pour la juridiction *a quo* du fait de l'extinction du litige ou de la disparition de son objet.

897. Au lendemain de la création de la procédure préjudicielle d'urgence, le Conseil de l'UE a invité la Cour à préciser, dans une note informative sur l'introduction des procédures préjudicielles par les juridictions nationales, les cas d'ouverture de cette procédure. Dans cette déclaration, le Conseil de l'UE suggère que la Cour admette l'application de la PPU notamment lorsque la juridiction de renvoi motive sa demande « du fait de délais brefs [de jugement] imposés par la législation nationale ou communautaire »¹⁸⁶¹. La Commission des communautés européennes était également d'avis, lorsqu'il s'est agi de créer cette nouvelle procédure, que la

¹⁸⁶⁰ Voir par exemple : CE, avis, 21 février 1992, *Orsane*, n° 120876.

¹⁸⁶¹ Conseil de l'UE, Déclaration annexée à la décision 2008/79/CE, Euratom du Conseil du 20 décembre 2007 portant modification du statut de la Cour de justice (JO L 24/42, 29 janvier 2008), p. 44.

PPU « doit être flexible pour pouvoir fonctionner dans les contextes les plus divers de procédure nationale, notamment en ce qui concerne les délais auxquels le juge de renvoi peut être soumis »¹⁸⁶² et que, par conséquent, la Cour « doit être mise à même de répondre très rapidement à des questions préjudicielles posées dans le cadre de procédures judiciaires nationales marquées par l'urgence »¹⁸⁶³. C'est pour ces raisons que la création de la PPU était initialement apparue comme une « avancée [dans] la collaboration préjudicielle »¹⁸⁶⁴ entre les juges nationaux et la Cour de justice. Il s'agissait de pouvoir répondre aux demandes des juridictions nationales devant elles-mêmes juger en urgence ou dans de brefs délais¹⁸⁶⁵.

898. De manière expresse, le Président de la Cour de justice semble particulièrement attentif à la bonne coopération avec les juridictions nationales de renvoi soumises à de brefs délais de jugement. Plusieurs ordonnances attestent sans ambiguïté de cette volonté.

En effet, sans constituer un élément justifiant à lui seul la mise en œuvre de la PPA, le Président de la Cour retient que « les impératifs de célérité dictés par le calendrier de la procédure au niveau national justifient, eu égard à l'esprit de coopération qui caractérise les relations entre les juridictions des États membres et la Cour, une réponse urgente de cette dernière aux questions posées par la juridiction de renvoi »¹⁸⁶⁶.

Concernant une demande d'application de la PPA émanant de la Cour de cassation appelée à examiner une QPC, la Cour de justice de l'UE a, dans l'affaire *Melki et Abdeli*, retenu le délai de trois mois dans lequel la juridiction suprême de l'ordre judiciaire était obligée de statuer sur le renvoi d'une QPC. En effet, selon la Cour :

« il importe de relever que le délai de trois mois prévu à l'article 23-4 de l'ordonnance n° 58-1067, telle que modifiée par la loi organique n° 2009-1523, pour que la Cour de cassation procède au renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel, délai qui, en l'espèce, court depuis le 29 mars 2010,

¹⁸⁶² Commission des communautés européennes, *Avis sur la demande de modification du statut de la Cour de justice, présentée par la Cour au titre de l'article 245, deuxième alinéa, du traité CE, et ayant pour objet de permettre l'introduction, dans des domaines déterminés, d'une procédure préjudicielle d'urgence qui déroge à certaines dispositions du statut*, 20 novembre 2007, 2007/0812 (CNS), pt. 7.

¹⁸⁶³ Commission des communautés européennes, *Avis sur la demande de modification du statut de la Cour de justice, présentée par la Cour au titre de l'article 245, deuxième alinéa, du traité CE, et ayant pour objet de permettre l'introduction, dans des domaines déterminés, d'une procédure préjudicielle d'urgence qui déroge à certaines dispositions du statut, op. cit.*, pt. 6.

¹⁸⁶⁴ H. LABAYLE, « Le juge de l'Espace de liberté, sécurité et justice de l'Union européenne », in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois*, Dalloz, 2009, p. 610.

¹⁸⁶⁵ CJCE, *Document de réflexion relatif au traitement des questions préjudicielles relatives à l'espace de liberté, sécurité et justice*, 25 septembre 2006, JUR 356, COUR 42, JUSTCIV 208, ASIM 66, 13272/06, p. 2 et s.

¹⁸⁶⁶ CJUE, ord., 1 mars 2010, *Procédure pénale c. E et F*, C-550/09, pt. 11 ; CJCE, ord., 22 février 2008, *Kozłowski*, C-66/08, pt. 8 ; CJUE, ord., 12 mai 2010, *Zoi Chatzi c. Ypourgos Oikonomikon*, C-149/10, pt. 12 ; CJUE, 10 octobre 2011, *ZZ c. Secretary of State*, C-300/11 ; CJUE, 21 décembre 2011, *N. S. c. Secretary of State for the Home Department*, C-411/10.

justifie, eu égard à *l'esprit de coopération* qui caractérise les relations entre les juridictions des États membres et la Cour, une réponse urgente de cette dernière aux questions posées par la juridiction de renvoi. Il est donc essentiel que la juridiction de renvoi obtienne, dans ledit délai de trois mois, les réponses aux questions qu'elle a posées »¹⁸⁶⁷.

Au regard de ce précédent, il n'est pas exclu que, dans l'hypothèse où une demande de renvoi préjudiciel émanerait du Conseil constitutionnel, l'argument du délai de jugement de trois mois puisse fonder une demande de mise en œuvre de la PPA¹⁸⁶⁸. De manière négative cette fois-ci, dans une autre ordonnance, le Président de la Cour de justice a refusé de faire droit à une demande de PPA notamment au regard du fait que la juridiction de renvoi n'était pas « tenue de statuer dans un délai déterminé »¹⁸⁶⁹.

Il est frappant de remarquer qu'à la différence de l'affaire *Melki Abdeli*, dans l'affaire *Jérémy F.*¹⁸⁷⁰, le Conseil constitutionnel fait expressément mention du délai de trois mois dans lequel il est tenu d'examiner la QPC qui lui a été renvoyée pour appuyer sa demande de mise en œuvre de la PPU. Or, l'acceptation de cette demande par la Cour¹⁸⁷¹ ne mentionne plus cet « esprit de coopération qui caractérise les relations entre les juridictions des États membres et la Cour ». Les conditions de déclenchement de la PPU sont en effet étrangères à toute prise en compte de l'urgence procédurale au niveau de la juridiction nationale de renvoi¹⁸⁷².

899. Il semble régner autour de la création de la procédure d'avis consultatif un réel souci de ne pas entraver avec excès les délais de jugement applicables aux recours portés devant les Hautes juridictions internes de renvoi. Le rapport explicatif sur le protocole n° 16 à la Conv. EDH, tout en rappelant le lien évident de cause à effet entre la durée pour le traitement des avis consultatifs par la Cour EDH et le rallongement des délais de jugement de l'affaire pendante devant la juridiction qui a formulé la demande et sursis à statuer, insiste sur le fait que les retards dans le prononcé des avis consultatifs devront être « évités »¹⁸⁷³. L'objectif indiqué dans le

¹⁸⁶⁷ CJUE, ord., 12 mai 2010, *Melki et Abdeli*, C-188/10 et C-189/10, pts. 15 et 16. Nous soulignons.

¹⁸⁶⁸ D. SIMON, « "Il y a toujours une première fois" – À propos de la décision 2013-314 QPC du Conseil constitutionnel du 4 avril 2013 », *Europe*, 2013, n° 5, p. 10.

¹⁸⁶⁹ CJUE, ord., 1 octobre 2010, *N. S. c. Secretary of State for the Home Department*, C-411/10, pt. 8.

¹⁸⁷⁰ CC, décision n° 2013-314P QPC, 4 avril 2013, *M. Jeremy F.* [*Absence de recours en cas d'extension des effets du mandat d'arrêt européen - question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne*], consid. 8.

¹⁸⁷¹ CJUE, 30 mai 2013, *Jeremy F. c. Premier Ministre*, C-168/13 PPU.

¹⁸⁷² Voir *supra* : Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, Paragraphe 3.

¹⁸⁷³ Conseil de l'Europe, *Rapport explicatif sur le protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, 2 octobre 2013, pt. 17. Voir également : Comité d'experts sur la réforme de la Cour, *Rapport préliminaire sur la proposition d'étendre la compétence de la Cour en matière d'avis consultatifs*, Strasbourg, 1 juillet 2011, DH-GDR(2011)015 FINAL, pts. 5 et 15. Voir également : CEDH, *Avis de*

préambule du Protocole n° 16 lors de la création de la procédure d'avis consultatif est le renforcement du dialogue entre la Cour EDH et les juridictions nationales et, par voie de conséquence, de leur coopération juridictionnelle.

De même, il y a lieu de noter qu'un sénateur justifiait, lors de débats parlementaires, l'opportunité de créer une procédure d'urgence de traitement des demandes d'avis contentieux par le Conseil d'État par la simple raison du recours par le juge *a quo* à la technique du sursis à statuer qu'implique le renvoi d'une telle demande¹⁸⁷⁴. En effet, le sénateur Daniel Hoeffel avançait que le « fait qu'il soit sursis à toute décision sur le fond jusqu'à ce que le Conseil d'État fasse connaître son avis justifie pleinement le recours à une procédure d'urgence »¹⁸⁷⁵.

Or, il y a lieu de relever que cela n'a rien d'original de considérer le fait que la procédure interne est suspendue tant que l'avis n'est pas rendu puisque cette caractéristique est commune à toutes les procédures de renvoi préalable et de questions préjudicielles. Cet argument ne saurait donc, en lui-même, être déterminant pour caractériser une urgence à juger puisque, par principe, et, à l'instar de toute procédure de renvoi, toute demande d'avis urgente ou non implique qu'il soit sursis à statuer sur le jugement de l'instance principale.

900. Il est enfin difficile d'apporter une quelconque preuve démontrant que l'esprit de la procédure de la QPC implique une volonté de coopération marquée par la prise en compte, par le Conseil constitutionnel, des contraintes temporelles de jugement applicables aux juridictions de renvoi.

L'on peut cependant souligner qu'à la lecture de l'exposé des motifs du projet de loi organique d'application de l'article 61-1 de la Constitution, le Gouvernement pointait une discordance entre le délai de traitement des QPC par le Conseil constitutionnel et « certaines règles de procédure qui imposent que le juge statue dans un délai déterminé. Il en va ainsi, par exemple, [...], devant le juge administratif, dans le cadre des référés, du contentieux électoral ou de certains recours touchant au droit des étrangers »¹⁸⁷⁶.

En dépit de cette crainte exprimée par le Gouvernement, aucune règle ou politique jurisprudentielle n'a été élaborée afin que les délais de jugement notamment imposés aux juges

la Cour sur le projet de Protocole n° 16 à la Convention élargissant la compétence de la Cour afin de lui permettre de rendre des avis consultatifs sur l'interprétation de la Convention, 6 mai 2013, § 13.

¹⁸⁷⁴ D. HOEFFEL, *Rapport sur le projet de loi portant réforme du contentieux administratif*, Sénat, octobre 1987, n° 67, p. 41.

¹⁸⁷⁵ *Ibid.*

¹⁸⁷⁶ Gouvernement, « Exposé des motifs », *Projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, p. 6.

des référés ou au juge de la reconduite à la frontière soient pris en compte dans les méthodes d'inscription d'une QPC au rôle du Conseil constitutionnel.

901. Le juge des lois ne s'astreint aucunement à faire coïncider le cadre temporel de son jugement avec celui que doit observer le juge de renvoi. La recherche souhaitable de correspondance entre les délais de jugement des juridictions *ad quem* et ceux des juridictions *a quo* apparaît donc largement délaissée.

2) Une recherche délaissée de correspondance entre les délais de jugement des juridictions *ad quem* et ceux des juridictions *a quibus*

902. Le caractère généralement indicatif des délais de jugement applicables aux procédures devant les juridictions *a quibus*. L'urgence ou la brièveté renforcée dans laquelle la plupart des juridictions doivent statuer correspond généralement à des délais indicatifs et incitatifs. Puisqu'ils ne sont pas de rigueur, leur dépassement n'engendre aucune extinction de l'instance principale. Il s'agit là potentiellement d'une raison qui permet au juge des lois de ne pas se sentir tenu de prendre en compte avec rigueur les brefs délais de jugement applicables aux instances en cours devant les juridictions de renvoi. C'est ainsi qu'une demande de mise en œuvre de la PPA a déjà été refusée au motif que « la juridiction de renvoi souligne elle-même que le délai de quinze jours dans lequel elle est tenue, en principe, de statuer sur la demande du requérant au principal n'est pas prescrit à peine de nullité »¹⁸⁷⁷.

L'allongement des délais de jugement de l'instance principale est de surcroît considéré comme inhérent au mécanisme du renvoi préalable et ne contraignant pas le juge *ad quem* à en tenir rigueur dans son appréciation de l'urgence à juger. Il serait par ailleurs incongru que le juge soit tenu par le respect des délais de jugement applicables à la procédure devant la juridiction *a quo* alors même que, bien souvent, rien ne contraint cette dernière à les respecter.

903. L'existence de délais incompressibles applicables au jugement des renvois. La prise en compte des délais de jugement applicables aux procédures devant les juridictions *a quibus* relève aussi d'une question de faisabilité matérielle et procédurale. Quand bien même est-il prévu des procédures accélérées et d'urgence de traitement des renvois aux cours européennes, celles-ci ne sont pas faites pour mettre en mesure ces juridictions de répondre à

¹⁸⁷⁷ CJUE, ord., 25 janvier 2017, *Adil Hassan c. Préfet du Pas-de-Calais*, C-647/16, pt. 13.

des délais de jugements allant de quelques heures à quelques jours. De plus, la procédure préjudicielle d'urgence prévoit des délais incompressibles en deçà desquels la Cour de justice de l'UE ne saurait rendre un arrêt. Il est en ce sens expressément exclu que la PPU puisse aboutir dans un délai inférieur à dix jours puisque le Conseil de l'UE a invité la Cour à ne pas enserrer la phase contradictoire de la PPU dans un délai aussi bref¹⁸⁷⁸.

904. Le juge *ad quem* n'est pas soumis à une obligation de résultat en matière de respect des délais de jugement applicables devant la juridiction *a quo*. L'explication de l'absence de coïncidence entre les délais de jugement réside aussi dans la « logique »¹⁸⁷⁹ et plus spécifiquement dans l'obligation qui pèse sur les procédures de renvoi préalable. Il s'agit en l'espèce d'une obligation de *moyen* qui consiste pour le juge *ad quem* à devoir tout mettre en œuvre pour juger le plus vite possible. Il ne saurait en revanche être tenu par une obligation de juger avant le terme du délai de jugement qui court devant la juridiction de renvoi. Ces procédures n'ont en effet pas été créées pour faire peser sur les épaules du juge *ad quem* une obligation de résultat, à savoir celle de statuer dans un délai compris dans celui au terme duquel le juge de renvoi doit lui-même statuer.

905. C'est au regard de toutes ces considérations que l'on constate qu'aucun des avis rendus par le Conseil d'État et aucune des décisions QPC prononcées par le Conseil constitutionnel sur saisine d'une juridiction devant statuer en urgence ou dans un bref délai n'ont bénéficié d'un traitement urgent ou, à tout le moins, d'un traitement prioritaire justifié par les contraintes des délais de procédure du procès *a quo*.

De même, il n'existe aucune espèce de prise en compte des délais de jugement ayant cours devant les Hautes juridictions internes de renvoi au sein des sept catégories de la politique de priorisation de la Cour EDH.

Par conséquent, l'urgence à juger un renvoi est indépendante de celle qui contraint la juridiction *a quo* pour statuer sur le litige principal dont elle est saisie.

B) Une urgence à juger indépendante de celle des juridictions de renvoi

¹⁸⁷⁸ Conseil de l'UE, *Déclaration annexée à la décision 2008/79/CE, Euratom du Conseil du 20 décembre 2007 portant modification du statut de la Cour de justice*, (JO L 24/42, 29 janvier 2008), p. 44.

¹⁸⁷⁹ M. BLANQUET et P. ESPLUGAS-LABATUT, « Quel(s) usage(s) de la question préjudicielle devant la Cour de justice par les Cours constitutionnelles ? » in P. ESPUGLAS-LABATUT, X. MAGNON, W. MASTOR et *alii*. (dir.), *L'office du juge constitutionnel face aux exigences supranationales*, Bruylant, 2015, p. 217.

906. L'urgence à juger un renvoi est indifférente à la nature de la procédure principale dans laquelle il a été mis en œuvre (1). De plus, il apparaît que l'urgence à juger est également indépendante de la valeur de la source (jurisprudentielle, législative, européenne ou constitutionnelle) de l'obligation pour la juridiction de renvoi de juger en urgence ou dans un bref délai (2).

1) L'indifférence de l'urgence à juger quant à la nature de la procédure en cours devant la juridiction de renvoi

907. L'urgence à juger un renvoi est largement indépendante du type de procédure qui en est à l'origine devant la juridiction *a quo* ainsi que de la position hiérarchique de cette dernière. En effet, il importe peu aux yeux du juge des lois qu'il soit saisi à titre incident au cours d'une instance pénale (a), d'une procédure de référé dont la mise en œuvre est conditionnée par l'urgence (b) ou encore d'une procédure qui impose au juge de statuer dans un bref délai (c).

a) Les renvois effectués dans le cadre d'une procédure pénale

908. À première vue, le contentieux pénal devant les juridictions de renvoi semble constituer une source importante de situations d'urgence. Il n'est en effet pas rare que la partie défenderesse à l'instance pénale se trouve en détention provisoire ou détenue au titre d'une condamnation pénale.

909. C'est en partie pour répondre à l'urgence qui caractérise généralement la matière pénale que la procédure préjudicielle d'urgence a été créée¹⁸⁸⁰. La nature pénale des instances en cours n'est pourtant pas, en elle-même, susceptible de justifier la mise en œuvre de la PPU, lorsqu'un renvoi préjudiciel est initié.

De jurisprudence constante, il en va de même pour la mise en œuvre de la procédure préjudicielle accélérée. En effet, le Président de la Cour considère que « la durée d'une procédure pénale pendante devant la juridiction de renvoi ne saurait constituer en soi une considération susceptible d'établir l'existence d'une urgence extraordinaire au sens de l'article

¹⁸⁸⁰ V. COVOLO, « Et la judiciarisation de l'espace pénal de l'Union fut... mais où se cache le juge pénal européen ? », *CDE*, 2011, n° 1, p. 121 et s.

104 bis, premier alinéa, du règlement de procédure de la Cour »¹⁸⁸¹ sauf si le défendeur à l'instance pénale est détenu pour le temps de la durée du procès ou fait l'objet d'une décision d'éloignement du territoire¹⁸⁸². Le fait qu'un renvoi préjudiciel affecte la durée d'une instance pénale n'est donc pas, en soi, suffisant pour que la PPA soit accordée¹⁸⁸³.

Deux explications peuvent être avancées au soutien de cette position. La première est recevable pour l'ensemble des mécanismes de renvoi. Elle réside simplement dans le fait que dans le cadre d'une instance pénale, la partie défenderesse n'est pas systématiquement détenue. Une seconde justification concerne spécifiquement la procédure du renvoi préjudiciel à la Cour de Luxembourg : ce qui relève de la matière pénale d'un État membre de l'UE ne relève pas forcément du droit pénal tel qu'il est considéré par la Cour de justice de l'UE. L'affaire *Pontini*¹⁸⁸⁴ illustre parfaitement cette situation. En l'espèce, le tribunal de Trévise était saisi d'une affaire pénale concernant des faits délictueux de fraude. Le juge italien avait accompagné sa saisine de la Cour luxembourgeoise d'un renvoi préjudiciel portant sur l'interprétation d'un règlement relatif au domaine agricole d'une demande de mise en œuvre de la PPU. Celle-ci fut, en dépit du caractère pénal de l'instance en cours devant le juge *a quo*, rejetée au motif que les dispositions à interpréter correspondaient au champ de la Politique Agricole Commune et non pas à celui de l'ELSJ.

910. La Cour constitutionnelle d'Arménie a procédé au renvoi d'une demande d'avis consultatif à la Cour EDH sur renvoi d'une question de constitutionnalité soulevée par une juridiction pénale dans le cadre d'un procès pendant dans lequel la partie défenderesse était en détention. Cependant, au vu du délai dans lequel l'avis a été rendu, ce contexte procédural n'a visiblement pas été pris en compte¹⁸⁸⁵.

911. Les procès devant les juridictions pénales constituent un vivier fourni d'instances au cours desquelles des QPC ont été soulevées et renvoyées au Conseil constitutionnel. Juste derrière la matière fiscale, le droit pénal est en effet à hauteur de 21% la deuxième branche du

¹⁸⁸¹ CJCE, ord., 29 septembre 2008, *Luigi Pontini e. a.*, C-375/08, pt. 10.

¹⁸⁸² CJUE, ord., 1 octobre 2010, *N. S. c. Secretary of State for the Home Department*, C-411/10, pt. 10.

¹⁸⁸³ CJUE, ord., 27 novembre 2014, *Kossowski*, C-486/14, pts. 13 et 14 ; CJUE, ord., 16 juillet 2015, *Paoletti e. a.*, C-218/15, pt. 10 ; CJUE, ord., 23 décembre 2015, *Vilkas*, C-640/15, pt. 10.

¹⁸⁸⁴ CJCE, ord., 29 septembre 2008, *Luigi Pontini e. a.*, *op. cit.*

¹⁸⁸⁵ CEDH, avis, 29 mai 2020, *Utilisation de la technique de « législation par référence » pour la définition d'une infraction et aux critères à appliquer pour comparer la loi pénale telle qu'elle était en vigueur au moment de la commission de l'infraction et la loi pénale telle que modifiée*, n° P16-2019-001.

droit la plus pourvoyeuse de QPC¹⁸⁸⁶. Pourtant, aucune de celles relatives à ce type de contentieux, y compris lorsque le justiciable faisait l'objet d'une mesure privative de liberté, n'a été traitée en urgence par le juge de la rue de Montpensier.

912. Il est enfin parfaitement impossible de traiter de la prise en compte de l'urgence afférente aux procédures pénales par le juge des avis contentieux du Conseil d'État puisque les juridictions pénales, en tant qu'elles relèvent de l'ordre juridictionnel judiciaire, sont par définition exclues du mécanisme prévu par l'article L. 113-1 du CJA.

Il est cependant intéressant de noter que l'examen parlementaire du projet de loi introduisant une procédure de demande d'avis contentieux à la Cour de cassation pointait le fait que les motifs de ce projet de loi suggéraient que la création de cette procédure n'était « pas adaptée à la procédure pénale du fait des retards que la saisine pour avis pourrait entraîner dans l'instruction des dossiers »¹⁸⁸⁷. C'est pourquoi, initialement, la loi du 15 mai 1991 qui créa la procédure de demande d'avis contentieux à la Cour de cassation évinça les juridictions pénales de ce mécanisme eu égard au court délai dans lequel une décision doit être rendue par le juge pénal¹⁸⁸⁸.

La loi organique n° 2001-539 du 25 juin 2001 relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature est venue, une décennie plus tard, supprimer cette exclusion. Les articles L. 151-1 à L. 151-3 du code de l'organisation judiciaire furent en effet modifiés par l'article 26 de cette loi. De plus, le code de procédure pénale fut complété, grâce à un amendement déposé par le Sénateur Hubert Haenel¹⁸⁸⁹, par les articles 706-64 à 706-70 qui régissent la saisine pour avis de la juridiction judiciaire suprême par les juridictions pénales. Toutefois, l'article 706-64 du CPP qui vient consacrer le pouvoir des juridictions pénales de saisir d'une demande d'avis contentieux la Cour de cassation émet quelques limitations à ce mariage. Il dispose que les juridictions pénales, « à l'exception des juridictions d'instruction et de la cour d'assises, peuvent solliciter l'avis de la Cour de cassation en application de l'article L. 151-1 du code de l'organisation judiciaire »¹⁸⁹⁰. L'on peut ainsi penser que le législateur a

¹⁸⁸⁶ CC, *Rapport d'activité 2020*, 2020, p. 19.

¹⁸⁸⁷ M. RUDLOFF, Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi *adopté par l'Assemblée Nationale, modifiant le code de l'organisation judiciaire* et instituant la *saisine pour avis de la Cour de cassation*, Sénat, n° 297, 1991, p. 8.

¹⁸⁸⁸ Assemblée Nationale, « Débats parlementaires », JORF, 18 avril 1991, p. 1341.

¹⁸⁸⁹ H. HAENEL, JO Sénat, 22 novembre 2000, pp. 6373-6374.

¹⁸⁹⁰ Nous soulignons.

entendu exclure les procédures qui lui ont paru « revêtir une certaine urgence »¹⁸⁹¹. Par conséquent, seules les juridictions de jugement, les juridictions de l'application des peines ainsi que la chambre de l'instruction lorsqu'elle ne statue pas comme juridiction d'instruction peuvent aujourd'hui saisir la Cour de cassation d'une demande d'avis contentieux.

b) Les renvois mis en œuvre dans le cadre d'une procédure de référé conditionnée par l'urgence

913. Le juge *ad quem* n'est pas tenu par l'appréciation de l'urgence qui est faite par la juridiction de renvoi. En toute hypothèse, la définition de l'urgence est propre à chaque procédure qui permet ou oblige sa prise en compte. C'est pour cela que le juge *ad quem* n'est jamais tenu par une demande de jugement en urgence formulée par un juge de renvoi. Ainsi que nous pourrions le développer plus loin, en matière de détermination de l'urgence, le juge des lois jouit d'un pouvoir discrétionnaire¹⁸⁹².

914. La nature différente de l'urgence à juger un renvoi de celles des procédures de référé conditionnées par l'urgence. À l'instar des procédures de référé conditionnées par l'urgence, les procédures de renvoi préalable sont aussi portées à connaître des contentieux urgents. Pourtant, afin de saisir la nature de l'urgence à juger un renvoi, la comparaison avec les procédures de référé n'a pas lieu d'être. La nature de l'urgence à statuer sur un renvoi diffère de celle conditionnant les procédures de référé. En effet, une différence fondamentale distingue les renvois préalables, ainsi que les procédures d'urgence ou accélérées qui peuvent être prévues, des procédures de référés : à la différence des référés, les mécanismes de renvoi ne sont pas conditionnés par l'existence d'une atteinte *personnelle* aux droits fondamentaux d'un justiciable¹⁸⁹³. Il est par conséquent nécessaire de bien distinguer, lorsque de telles procédures existent devant une juridiction *ad quem*, l'urgence conditionnant la mise œuvre d'une procédure de référé de celle permettant le jugement toutes affaires cessantes d'un renvoi.

Pour se convaincre de cette différence de nature entre l'urgence conditionnant la mise en œuvre d'un référé d'urgence et une procédure accélérée de traitement d'un renvoi, il est opportun d'évoquer le cas d'une même affaire ayant été portée successivement devant le juge des référés

¹⁸⁹¹ J. BORÉ et L. BORÉ, « Pourvoi en cassation », *Rep. Dt. Pen et de Proced. Pen.*, Avril 2013 (actualisation : avril 2020), pt. 666.

¹⁸⁹² Voir *infra* : Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, Paragraphe 1.

¹⁸⁹³ Seule la procédure de la QPC prévoit comme condition que la disposition législative attaquée porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit.

de la Cour de justice de l'UE puis soumise à la procédure accélérée similairement applicable à la procédure de pourvoi devant cette même Cour. Dans l'affaire *Artegodan*, la Cour de Luxembourg avait refusé de faire droit à une demande de sursis à exécution¹⁸⁹⁴ au motif de l'absence de risque de dommage grave et irréparable pour les droits du requérant permettant de considérer comme remplie la condition d'urgence de cette procédure de référé. Pourtant, lorsque cette même affaire fut l'objet d'un pourvoi, le Président de la Cour accepta la demande d'application de la procédure accélérée¹⁸⁹⁵. Ce fut en l'espèce la nécessité pressante et objective de mettre fin à une situation d'incertitude juridique qui servit de fondement à la reconnaissance d'une « urgence extraordinaire ». L'on comprend ainsi que la nature plus ou moins subjective ou objective de l'urgence à juger correspond à la finalité de la voie de droit juridictionnelle enclenchée.

915. Aucune des décisions dans lesquelles le Conseil constitutionnel a pu faire montre d'une célérité particulière ne l'a été au regard de l'urgence de la procédure de référé à l'origine du renvoi d'une QPC.

En effet, le Conseil constitutionnel a toujours quasiment épuisé le délai de trois mois qui lui est imparti pour statuer sur les deux QPC soulevées devant le juge judiciaire des référés¹⁸⁹⁶.

Sur les six QPC renvoyées par le juge du référé-liberté¹⁸⁹⁷, le délai moyen de traitement est de 56 jours. Deux d'entre elles épuisent même le délai de jugement de trois mois imposé au Conseil constitutionnel¹⁸⁹⁸. Le plus court délai de jugement correspond à l'affaire *Association En marche !* pour laquelle le juge de la rue de Montpensier a su statuer dans un délai de seulement deux jours. Toutefois, comme noté plus haut, c'est la matière du litige, à savoir le droit électoral, et les circonstances dans lesquelles il se pose, à savoir la tenue imminente d'une élection, qui ont justifié le traitement urgent de cette QPC et non pas la nature de la procédure à l'origine de laquelle elle a été soulevée¹⁸⁹⁹. À l'opposé, le plus long délai de jugement fut celui du traitement

¹⁸⁹⁴ CJCE, ord., 8 mai 2003, *Commission c. Artgodan GmbH e. a.*, C-39/03 P-R, pt. 52 : « Il ne saurait être question, dans ces circonstances, de l'existence d'un risque de dommage grave et irréparable en l'absence du sursis demandé ».

¹⁸⁹⁵ CJCE, ord., 26 février 2003 *Commission c. Artgodan GmbH e. a.*, C-39/03 P.

¹⁸⁹⁶ CC, décision n° 2013-311 QPC, 17 mai 2013, *Société ÉCOCERT [France Formalités de l'acte introductif d'instance en matière de presse]* (86 jours) ; CC, décision n° 2011-169 QPC, 30 septembre 2011, *Consorts M. et autres [Définition du droit de propriété]* (91 jours).

¹⁸⁹⁷ CE, 10^e et 9^e SSR, 10 juillet 2015, n° 390642 ; CE, sect., 11 décembre 2015, *Domejoub*, n° 395009 ; CE, ord., 16 janvier 2017, *M. A.*, n° 406614 ; CE, 29 mai 2017, *Association « En marche ! »*, n° 410833 ; CE, ord., 1 décembre 2017, n° 415740 ; CE, 2^e et 7^e CR, 28 décembre 2017, n° 415434, 415697.

¹⁸⁹⁸ CC, décision n° 2015-490 QPC, 14 octobre 2015, *M. Omar K. [Interdiction administrative de sortie du territoire]* ; CC, décision n° 2017-695 QPC, 29 mars 2018, *M. Rouchdi B. et autre [Mesures administratives de lutte contre le terrorisme]*.

¹⁸⁹⁹ Voir *supra* : Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, Paragraphe 1.

de la QPC relative aux interdictions administratives de sortie du territoire avec un délai de 96 jours¹⁹⁰⁰.

Le délai moyen de traitement des quatre QPC renvoyées par le juge du référé-suspension¹⁹⁰¹ est plus long que celui du juge du référé-liberté puisqu'il s'élève à 84 jours, soit quasiment trois mois complets. Deux QPC ont été jugées 1 jour avant l'épuisement du délai de trois mois imposé au Conseil constitutionnel pour statuer¹⁹⁰² et l'une l'a été après épuisement total de ce délai¹⁹⁰³.

916. Le juge des référés d'un tribunal administratif a déjà pu saisir le Conseil d'État d'une demande d'avis contentieux¹⁹⁰⁴. Dans cette affaire, la Haute juridiction administrative avait statué dans un délai de près de quatre mois, soit un délai parfaitement incompatible avec les prescriptions de l'article L. 113-1 du CJA, d'une part, et celui auquel le justiciable peut légitimement s'attendre pour le traitement de sa requête en référé, d'autre part. Il s'est toutefois avéré que la demande d'avis était irrecevable et que l'affaire n'était manifestement pas urgente. En effet, en l'espèce, le requérant avait saisi le Président du Tribunal administratif de Toulouse statuant en référé, afin qu'il renvoie au Conseil d'État, sur le fondement de l'article 12 de la loi du 31 décembre 1987, le dossier d'une affaire dont il avait saisi le même tribunal administratif. Même s'il est vrai que le référé-provision n'est pas conditionné par l'urgence¹⁹⁰⁵, il n'en demeure pas moins que le juge administratif est tenu, au titre de l'article L. 511-1 du CJA, de rendre son ordonnance « dans les meilleurs délais ». Saisi d'une demande d'avis contentieux par un juge d'appel du référé-provision¹⁹⁰⁶, le Conseil d'État a statué au terme d'un délai de quatre mois¹⁹⁰⁷, lequel ne permettait évidemment pas au juge du référé de respecter le standard temporel de jugement qui lui est imposé.

À trois reprises, la Cour de cassation a rendu un avis sur saisine d'un juge judiciaire des référés. Dans aucune de ces hypothèses, la juridiction du Quai de l'Horloge n'a statué en urgence

¹⁹⁰⁰ CC, décision n° 2015-490 QPC, 14 octobre 2015, *M. Omar K. [Interdiction administrative de sortie du territoire]*.

¹⁹⁰¹ CE, 3^e et 8^e SSR, 19 février 2014, *Commune de Thonon-les-Bains*, n° 373999 ; CE, 2^e et 7^e CR, 6 juillet 2016, n° 398371 ; CE, ord., 22 juillet 2016, *Schreuer*, n° 400913.

¹⁹⁰² CC, décision n° 2016-580 QPC, 5 octobre 2016, *M. Nabil F. [Expulsion en urgence absolue]* ; CC, décision n° 2016-591 QPC, 21 octobre 2016, *Mme Helen S. [Registre public des trusts]*.

¹⁹⁰³ CC, décision n° 2019-787 QPC, 7 juin 2019, *M. Taoufik B. [Absence de sursis à exécution du licenciement d'un salarié protégé]*.

¹⁹⁰⁴ CE, avis, 21 février 1992, *Orsane*, n° 120876.

¹⁹⁰⁵ CE, 20 décembre 2006, *SNC Cannes Esterel*, n° 283352.

¹⁹⁰⁶ CAA de Douai, 27 juin 2012, *Société Colas Nord Picardie*, n° 11DA01605.

¹⁹⁰⁷ CE, avis, 3 octobre 2012, *Société Colas Nord Picardie*, n° 360840.

puisqu'elle a toujours quasiment épuisé le délai de trois mois qui lui est imparti pour se prononcer¹⁹⁰⁸.

917. La mise en œuvre des procédures préjudicielles accélérées et d'urgence n'est en aucune manière conditionnée par l'existence d'une procédure en référé devant la juridiction nationale à l'origine d'un renvoi préjudiciel¹⁹⁰⁹.

Concernant la procédure préjudicielle accélérée, le fait qu'un renvoi préjudiciel soit introduit à l'initiative d'un juge des référés, « *n'est pas, à lui seul, de nature à établir l'existence d'une urgence extraordinaire au sens de l'article 104 bis [aujourd'hui 105 § 1], premier alinéa, du règlement de procédure* »¹⁹¹⁰.

Dans une affaire, la juridiction nationale initiatrice d'un renvoi préjudiciel avait pu justifier sa demande de mise en œuvre de la procédure préjudicielle d'urgence en invoquant notamment la nature spécifique de la procédure au titre de laquelle elle était appelée à statuer et, qu'à défaut d'enclenchement de la PPU par la Cour, celle-ci « serait privée de son effet utile ». Or, au moment de faire droit à cette demande, la Cour évoque la série des éléments qu'elle a retenus. Aucun de ceux-là ne reprend le contexte procédural évoqué par la juridiction nationale dans lequel le renvoi a été initié, à savoir une instance devant un juge des référés¹⁹¹¹.

918. Pour l'heure, la Cour EDH n'a jamais été saisie d'une demande d'avis consultatif émanant d'une Haute juridiction interne statuant au titre d'une procédure de référé. Si tel devait être le cas, il est tout de même très peu probable que la Cour strasbourgeoise tire de cette circonstance une quelconque justification de statuer elle-même en urgence. Cette circonstance n'étant aucunement considérée au sein de sa politique de priorisation des requêtes formulées devant elle.

¹⁹⁰⁸ C. cass., avis, 27 juin 1994, n° 0940008 P (3 mois) ; C. cass., avis, 16 février 2015, n° 14-70.011 (3 mois) ; C. cass., avis, 27 février 2017, n° 17-70.001 (2,5 mois).

¹⁹⁰⁹ F. PICOD et J. RIDEAU, « Renvoi préjudiciel », *Rep. Dr. Eur.*, 2006 (actualisation : octobre 2013), pt. 183.

¹⁹¹⁰ CJCE, 17 novembre 2004, *Michaniki AE, Tholos AE et Ypourgos Dimosion Ergon c. Syndesmos Technikon Etaireion Anoteron Taxeon*, aff. jtes. C-363/04, C-364/04 et C-365/04, pt. 7 (nous soulignons) ; voir aussi des refus de soumettre une demande préjudicielle à la procédure accélérée par le Président de la Cour pour des affaires pendantes dans le cadre de procédures de référé : CJCE, ord., 9 avril 2003, *CS Communications & Systems Austria GmbH c. Allgemeine Unfallversicherungsanstalt*, C-424/01, pt. 19 ; CJCE, 11 mars 2008, *Consel Gi. Emme Srl c. Sistema Logistico dell'Arco Ligure e Alessandrino Srl (SLALA)*, C-467/06, pt. 13 ; CJCE, 16 novembre 2007, *Autostrada dei Fiori SpA, Associazione Nazionale dei Gestori delle Autostrade (AISCAT) c. Governo della Repubblica italiana e. a.*, C-12/07, pt. 15.

¹⁹¹¹ CJUE, 19 septembre 2018, *Hampshire County Council c. C.E. et N.E.*, aff. jtes., C-325/18 PPU et C-375/18 PPU, pts. 39 à 44.

c) Les renvois mis en œuvre par un juge devant statuer dans un délai bref

919. Il est primordial que les caractéristiques de certaines procédures soient prises en compte par le juge *ad quem* pour décider de statuer en urgence. Ces contraintes qui pèsent au stade des juridictions ordinaires ne sont déjà pas propices à la mise en œuvre des renvois. Il est en effet des contentieux comme celui du droit des étrangers et spécialement celui relatif aux mesures d'éloignement du territoire qui se caractérisent par l'existence de recours juridictionnels d'urgence mais aussi de délais de recours très réduits¹⁹¹².

920. Plusieurs exemples attestent que, de jurisprudence constante, le Président de la Cour de justice de l'UE refuse d'accepter une demande d'application de la procédure préjudicielle accélérée motivée par le bref délai dans lequel la juridiction de renvoi doit statuer. Ainsi, selon une formule consacrée, l'urgence ne peut pas « découler du seul fait que la demande de décision préjudicielle a été introduite dans le cadre d'une procédure d'urgence » ou d'une procédure dans laquelle la juridiction de renvoi est « tenue de tout mettre en œuvre pour assurer un règlement rapide du litige »¹⁹¹³. Il importe donc peu que le délai imparti à la juridiction nationale pour statuer soit de cinq jours¹⁹¹⁴. Il en va de même du délai de quinze jours dans lequel le juge administratif doit statuer sur la légalité d'une décision administrative de transfert d'un demandeur d'asile¹⁹¹⁵.

921. Il y a fort à parier que, dans le cas où une juridiction suprême ou une Cour

¹⁹¹² Les recours contre les OQTF sans délai par départ volontaire doivent être déposés 48 heures après notification. Le recours doit être jugé dans un délai de 96 heures. Voir les articles L. 512-1 du CESEDA et L. 776-1 et suivants du CJA.

¹⁹¹³ CJUE, ord., 31 janvier 2011, *Sergiu Alexandru Micșa c. Administrația Finanțelor Publice Lugoj, Direcția Generală a Finanțelor Publice Timiș et Administrația Fondului pentru Mediu*, C-573/10, pt. 11 : « Le caractère extraordinaire de l'urgence ne peut pas non plus découler du seul fait que la juridiction de renvoi soit tenue de tout mettre en œuvre pour assurer un règlement rapide du litige ». Selon une jurisprudence constante du Président de la Cour de justice de l'UE : CJUE, ord., 23 décembre 2015, *Minister for Justice and Equality c. Tomas Vilkas*, C-640/15, pt. 8 ; CJUE, ord., 8 juin 2016, *José Rui Garrett Pontes Pedrosa c. Netjets Management Limited*, C-242/16, pt. 14 ; CJUE, ord., 7 octobre 2013, *Andrés Rabal Cañas c. Nexea Gestión Documental SA et Fondo de Garantía Salarial*, C-392/13, pt. 15 : « l'exigence du traitement d'un litige pendant devant la Cour dans de brefs délais ne saurait découler du seul fait que la demande de décision préjudicielle a été introduite dans le cadre d'une procédure ayant, dans le système national, un caractère urgent et que la juridiction de renvoi est tenue d'assurer un règlement rapide du litige ».

¹⁹¹⁴ CJUE, ord., 3 avril 2007, *Ministerul Administrației și Internelor - Direcția Generală de Pașapoarte București c. Gheorghe Jipa*, C-33/07, pt. 7.

¹⁹¹⁵ Article L. 742-4 1° du CESEDA. Voir en ce sens : CJUE, ord., 25 janvier 2017, *Adil Hassan c. Préfet du Pas-de-Calais*, C-647/16, pts. 12-13.

constitutionnelle appelée à statuer dans un délai bref ou en urgence renverrait une demande d'avis consultatif à la Cour EDH, celle-ci saurait tenir compte des contraintes de la juridiction de renvoi. Le professeur David Szymczak prévoit que dans l'hypothèse où la Cour EDH serait saisie d'une demande d'avis consultatif renvoyée par le Conseil constitutionnel devant statuer dans un délai de trois mois dans le cadre du contentieux *a posteriori* de la constitutionnalité des lois, la juridiction de Strasbourg « devrait être encline à mettre en place une procédure accélérée »¹⁹¹⁶, quoi qu'il soit « très peu probable »¹⁹¹⁷, comme le précise un autre auteur, que la Cour parvienne à respecter les délais imposés au Conseil constitutionnel par les dispositions organiques concernant la procédure de la QPC. Il en va de même pour toutes les procédures dans lesquelles une Haute juridiction serait tenue de se prononcer en urgence ou dans un délai court prédéterminé.

Sans que cela soit véritablement évocateur, l'on peut mentionner que le deuxième avis rendu par la Cour EDH l'a été dans un délai de 9 mois, soit l'équivalent de celui dans lequel la Cour constitutionnelle arménienne devait statuer¹⁹¹⁸. Si le délai de jugement imparti à la juridiction demanderesse était effectivement formellement déterminé, il ne peut en revanche être considéré comme « bref ».

922. Au titre de l'article L. 512-1 III° du CESEDA, en cas de contestation d'une mesure de placement en rétention administrative d'un étranger, le tribunal administratif saisi doit statuer dans un délai de 96 heures à compter de l'expiration du délai de recours qui est de 48 heures. Or, la moyenne du délai de jugement des QPC soulevées à l'occasion d'un contentieux portant sur la contestation d'une mesure de rétention administrative d'un étranger est de 73 jours¹⁹¹⁹. Tandis que cela était redouté par le Gouvernement lorsqu'il était question de motiver le projet de loi organique d'application de l'article 61-1 de la Constitution¹⁹²⁰, aucune règle

¹⁹¹⁶ D. SZYMCZAK, « Question prioritaire de constitutionnalité et exception d'inconventionnalité : "regard sélectif" sous l'angle de la CEDH » in B. BONNET (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, LGDJ, 2016, p. 989.

¹⁹¹⁷ T. LARROUTUROU, « Le Protocole n° 16 à la CEDH, nouveau terrain de rencontre des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité », *RDP*, 2018, n° 2, p. 475.

¹⁹¹⁸ Article 68 § 5 alinéas 1 et 2 de la loi de la République d'Arménie sur la Cour constitutionnelle : « Sur les affaires mentionnées au paragraphe 1 du présent article, la Cour constitutionnelle rend les décisions au plus tard, dans les six mois après l'enregistrement de la saisine. Avec une décision motivée de la Cour constitutionnelle le calendrier de l'examen de l'affaire peut être prolongé, mais pas plus de trois mois ».

¹⁹¹⁹ CC, décision n° 2011-120 QPC, 8 avril 2011, *M. Ismaël A. [Recours devant la Cour nationale du droit d'asile]* (60 jours) ; CC, décision n° 2019-807 QPC, 4 octobre 2019, *M. Lamin J. [Compétence du juge administratif en cas de contestation de l'arrêté de maintien en rétention faisant suite à une demande d'asile formulée en rétention]* (85 jours).

¹⁹²⁰ Gouvernement, « Exposé des motifs », Projet de loi organique *relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, p. 6. Le Gouvernement avançait que les délais d'examen des QPC par le Conseil constitutionnel « ne

procédurale ou jurisprudentielle n'a été édictée pour que les délais d'examen des QPC par le Conseil constitutionnel deviennent compatibles avec les procédures qui imposent aux juridictions ordinaires de statuer dans un bref délai déterminé.

923. L'exclusion des juridictions d'instruction de la procédure de demande d'avis contentieux à la Cour de cassation s'explique par le fait que le code de procédure pénale, notamment ses articles 82-1 et 194, impartit de brefs délais au juge d'instruction et à la chambre de l'instruction pour statuer. Or, l'observation rigoureuse de ces délais par les juridictions pénales d'instruction « ne semble guère compatible avec le recours à la saisine pour avis »¹⁹²¹. En ce sens la Cour de cassation considère que la procédure de demande d'avis contentieux est incompatible avec le délai de quarante-huit heures dans lequel le juge d'appel doit statuer en vertu des articles 35 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945 et 11 du décret du 12 novembre 1991¹⁹²². En plus de cette incompatibilité entre le délai de jugement de quarante-huit heures imparti à la juridiction de renvoi et celui de trois mois dans lequel la Cour de cassation doit statuer sur une demande d'avis, cette dernière ajoute que c'est également le caractère obligatoire de la règle prévoyant un délai de 48 heures pour se prononcer sous peine de dessaisissement qui la contraint à conclure au non-lieu à statuer.

924. Dans l'avis relatif à la soumission au droit de timbre des requêtes présentées devant les tribunaux administratifs lors de recours en annulation dirigés contre des arrêtés préfectoraux ordonnant la reconduite à la frontière de ressortissants étrangers, le Conseil d'État a été saisi par le Président d'un tribunal administratif devant juger dans un délai de 48 heures au titre de l'ex-article 22 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945. Tandis qu'il n'y avait pas de risque imminent de préjudice grave ou irréparable pour le requérant à l'instance principale grâce à l'effet suspensif de cette voie de recours, la juridiction administrative suprême a tout de même rendu son avis dans un délai record d'un mois et onze jours¹⁹²³. L'on ne peut en revanche

sont pas compatibles avec certaines règles de procédure qui imposent que le juge statue dans un délai déterminé ». Au titre des procédures dans lesquelles le juge statue dans un délai déterminé, le Gouvernement faisait référence aux procédures « devant le juge administratif, dans le cadre des référés, du contentieux électoral ou de certains recours touchant au droit des étrangers ».

¹⁹²¹ F. DESPORTES, « La procédure d'avis en matière pénale », *BICC*, 15 février 2002, n° 550, p. 24.

¹⁹²² C. cass., avis, 20 novembre 2000, n° 02020016 P : « Tenu de statuer dans les 48 heures, sous peine d'être dessaisi, sur l'appel dont il est saisi en application des articles 35 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945 et 11 du décret du 12 novembre 1991, le premier président ou son délégué ne peut utilement solliciter un avis de la Cour de cassation ».

¹⁹²³ CE, avis, 18 février 1994, *Mme. Zoubida Ahmed Fouatih, épouse Chatbi*, n° 155152.

affirmer avec assurance que de ce délai relativement court de jugement soit justifié par le bref délai dans lequel devait statuer la juridiction demanderesse.

925. Pas plus qu'il ne semble sensible à la nature urgente de la procédure en cours devant la juridiction demanderesse, le juge des lois ne semble pas tenir compte de la source et, notamment, de la valeur de la source de l'obligation pour la juridiction de renvoi de juger en urgence.

2) L'indifférence de l'urgence à juger quant à la valeur de la source de l'obligation pour la juridiction de renvoi de juger en urgence

926. Dans le cadre de certains contentieux, l'obligation de statuer en urgence ou dans un bref délai peut découler de règles ou d'exigences fondamentales tels que le droit constitutionnel à un recours effectif (a), le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme (b) ou encore celui de l'Union européenne (c). Or, dans aucune de ces trois hypothèses, le juge des lois ne retient une quelconque nécessité de statuer en urgence.

a) Le délai de jugement bref imposé par le droit constitutionnel à un recours effectif

927. Selon une jurisprudence constante, le droit au recours juridictionnel effectif garanti par l'article 16 de la DDHC impose qu'en matière de privation de la liberté individuelle, le *juge judiciaire* est tenu de statuer « dans les plus brefs délais »¹⁹²⁴. Or, lorsque le contentieux relatif à la base légale de ces mesures est porté devant le Conseil constitutionnel par la voie de la QPC, cette exigence de jugement « dans le plus court délai possible »¹⁹²⁵ ne semble plus guère concerner le juge de la constitutionnalité des lois. Divers exemples attestent de cette situation. En effet, il n'apparaît aucune volonté du Conseil constitutionnel de juger urgemment les QPC

¹⁹²⁴ CC, décision n° 2016-602 QPC du 9 décembre 2016, *M. Patrick H [Incarcération lors de l'exécution d'un mandat d'arrêt européen]*, consid. 20 ; CC, décision n° 2014-446 QPC, 29 janvier 2015, *M. Maxime T. [Détenue provisoire - examen par la chambre de l'instruction de renvoi]*, consid. 8 ; CC, 9 septembre 2016, décision n° 2016-561/562 QPC, *M. Mukhtar A. [Écrou extraditionnel]*, consid. 17 : Le Conseil constitutionnel a pu préciser que les délais de vingt jours ou quinze jours prévus à l'article 696-19 du code de procédure pénale dans lesquels le juge judiciaire doit statuer sur une mesure privative de liberté prise à l'encontre d'une personne en attente d'extradition ne sont pas incompatibles avec le droit à un recours juridictionnel effectif : CC, décision n° 2016-561/562 QPC, 9 septembre 2016, *M. Mukhtar A. [Écrou extraditionnel]*, consid. 18.

¹⁹²⁵ CC, décision n° 2020-800 DC, 11 mai 2020, *Loi prorogeant l'état d'urgence et complétant ses dispositions*, pt. 41.

relatives au contentieux de la détention provisoire puisque le délai moyen de jugement des QPC ayant pour objet une disposition législative relative au régime de la détention provisoire est de 83 jours¹⁹²⁶.

Au titre de la même exigence, le Conseil constitutionnel impose que le juge judiciaire soit en mesure de statuer dans « *le plus bref délai possible* »¹⁹²⁷ sur toute demande de sortie immédiate faite par une personne hospitalisée sur demande d'un tiers. Or, le délai moyen de jugement des QPC ayant pour objet une disposition législative relative aux mesures d'hospitalisation sans consentement est de 77 jours¹⁹²⁸.

En matière de contentieux médical relatif à la limitation ou à l'arrêt des traitements d'une personne hors d'état d'exprimer sa volonté ayant des effets potentiellement irréversibles sur sa vie, le Conseil constitutionnel juge que, pour être effectif, un recours juridictionnel doit « pouvoir être examiné dans les meilleurs délais ». La seule QPC relative à ce type de contentieux a été traitée par le Conseil constitutionnel dans un délai de 88 jours¹⁹²⁹.

En matière d'écrou extraditionnel, les délais de jugements de vingt ou quinze jours prévus à l'article 696-19 du code de procédure pénale dans lesquels le juge judiciaire doit statuer sur une mesure privative de liberté (en l'espèce, une demande de mise en liberté formée par une personne incarcérée dans le cadre d'une procédure d'extradition) n'ont pas été jugés excessifs

¹⁹²⁶ Moyenne établie sur les décisions : CC, décision n° 2010-62 QPC, 17 décembre 2010, *M. David M. [Détention provisoire : procédure devant le juge des libertés et de la détention]* (88 jours) ; CC, décision n° 2010-81 QPC, 17 décembre 2010, *M. Boubakar B. [Détention provisoire : réserve de compétence de la chambre de l'instruction]* (70 jours) ; CC, décision n° 2011-168 QPC, 30 septembre 2011, *M. Samir A. [Maintien en détention lors de la correctionnalisation en cours d'instruction]* (91 jours) ; CC, décision n° 2014-446 QPC, 29 janvier 2015, *M. Maxime T. [Détention provisoire - examen par la chambre de l'instruction de renvoi]* (77 jours) ; CC, décision n° 2019-802 QPC, 20 septembre 2019, *M. Abdelnour B. [Utilisation de la visioconférence sans accord du détenu dans le cadre d'audiences relatives au contentieux de la détention provisoire]* (86 jours) ; CC, décision n° 2020-836 QPC, 30 avril 2020, *M. Maxime O. [Utilisation de la visioconférence sans accord du détenu dans le cadre d'audiences relatives au contentieux de la détention provisoire II]* (85 jours).

¹⁹²⁷ CC, décision n° 2010-71 QPC, 26 novembre 2010, *Mlle Danielle S. [Hospitalisation sans consentement]*, consid. 25 et 39.

¹⁹²⁸ Moyenne établie sur les décisions : CC, décision n° 2010-71 QPC, 26 novembre 2010, *Mlle Danielle S. [Hospitalisation sans consentement]* (63 jours) ; CC, décision n° 2011-135/140 QPC, 9 juin 2011, *M. Abdellatif B. et autre [Hospitalisation d'office]*, (63 jours) ; CC, décision n° 2011-174 QPC, 6 octobre 2011, *Mme Oriette P. [Hospitalisation d'office en cas de péril imminent]*, (92 jours) ; CC, décision n° 2011-185 QPC, 21 octobre 2011, *M. Jean-Louis C. [Levée de l'hospitalisation d'office des personnes pénalement irresponsables]*, (87 jours) ; CC, décision n° 2011-202 QPC, 2 décembre 2011, *Mme Lucienne Q. [Hospitalisation sans consentement antérieure à la loi n° 90-527 du 27 juin 1990]*, (65 jours) ; CC, décision n° 2012-235 QPC, 20 avril 2012, *Association Cercle de réflexion et de proposition d'actions sur la psychiatrie [Dispositions relatives aux soins psychiatriques sans consentement]*, (72 jours) ; CC, décision n° 2013-367 QPC, 14 février 2014, *Consorts L. [Prise en charge en unité pour malades difficiles des personnes hospitalisées sans leur consentement]*, (72 jours) ; CC, décision n° 2020-844 QPC, 19 juin 2020, *M. Éric G. [Contrôle des mesures d'isolement ou de contention dans le cadre des soins psychiatriques sans consentement]* (105 jours).

¹⁹²⁹ CC, décision n° 2017-632 QPC, 2 juin 2017, *Union nationale des associations de familles de traumatisés crâniens et de cérébro-lésés [Procédure collégiale préalable à la décision de limitation ou d'arrêt des traitements d'une personne hors d'état d'exprimer sa volonté]*, (88 jours).

par le Conseil constitutionnel au regard du droit à un recours juridictionnel effectif¹⁹³⁰. Pourtant, lorsqu'il a été saisi de ce type de contentieux, il a lui-même rallongé de manière certainement excessive ce délai de jugement en rendant sa décision dans un délai de 87 jours. De manière générale, le délai moyen des QPC concernant la situation d'une personne en détention dans le cadre d'une procédure d'extradition est de 81 jours¹⁹³¹.

b) Le délai de jugement bref imposé par le droit de la Conv. EDH

928. L'article 5 § 4 de la Conv. EDH stipule que « toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à *bref délai* sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale »¹⁹³². En d'autres termes, cette stipulation prévoit une obligation d'observer une certaine diligence quant à la rapidité du déroulement d'une procédure portant sur une mesure de détention provisoire ou, de manière négative, que celle-ci ne souffre d'aucun retard excessif. Cette exigence de présenter toute personne suspectée d'avoir commis une infraction pénale « aussitôt » devant un juge vise notamment à contrôler la légalité de sa détention car cette mesure restrictive de liberté peut conduire à des altérations graves de la santé physique ou psychologique, voire au suicide du suspect. Elle peut par ailleurs entraîner des répercussions graves sur la vie familiale et professionnelle de celui-ci surtout dans l'hypothèse où le suspect présumé est reconnu innocent par un jugement définitif. En dépit de tout cela, dans l'affaire pendante au cours de laquelle la Cour EDH a été saisie pour la seconde fois d'une demande d'avis consultatif, la partie défenderesse à l'instance pénale principale était en détention provisoire. Pourtant, la Cour strasbourgeoise n'a aucunement mis en mesure la juridiction *a quo* de statuer dans un bref délai sur le cas de la personne placée en détention provisoire puisqu'elle-même n'a pas statué sur la demande d'avis consultatif dans un

¹⁹³⁰ CC, 9 septembre 2016, décision n° 2016-561/562 QPC, *M. Mukhtar A. [Écrou extraditionnel]*, consid. 18.

¹⁹³¹ CC, décision n° 2016-561/562 QPC, 9 septembre 2016, *M. Mukhtar A. [Écrou extraditionnel]* (87 jours) ; CC, décision n° 2016-602 QPC, 9 décembre 2016, *M. Patrick H [Incarcération lors de l'exécution d'un mandat d'arrêt européen]* (74 jours). À l'exclusion de la décision *Jérémy F.* dans laquelle le Conseil constitutionnel avait procédé à un renvoi préjudiciel à la CJUE : CC, décision n° 2013-314 QPC, 14 juin 2013, *M. Jeremy F. [Absence de recours en cas d'extension des effets du mandat d'arrêt européen]*. La Cour de justice de l'UE fait preuve d'un délai de jugement équivalent (80 jours) pour le jugement au titre de la PPU des renvois préjudiciels relatifs à la question des mesures d'écrou extraditionnel : CJCE, 12 août 2008, *Ignacio Pedro Santesteban Goicoechea*, C-296/08 PPU (40 jours) ; CJUE, 2 avril 2020, *I.N.*, C-897/19 (120 jours).

¹⁹³² Nous soulignons.

« bref délai ». Il lui a en effet fallu près de 9 mois pour rendre cet avis¹⁹³³, soit un délai qui ne saurait raisonnablement être qualifié comme étant « bref ».

c) Le délai de jugement bref imposé par le droit de l'UE

929. Dans de nombreuses hypothèses, le droit de l'UE impose aux juridictions nationales de trancher certains contentieux en urgence ou dans de brefs délais prédéterminés. Lorsqu'une telle obligation provient d'un acte intégrant le champ de l'ELSJ, cet élément est généralement pris en compte par la Cour de justice de l'UE pour accepter le traitement d'un renvoi préjudiciel selon la PPU (α). En revanche, la Cour de Luxembourg s'est placée dans une situation contradictoire dans laquelle elle juge d'une part, que les contraintes des délais procéduraux, parfois exigés par le droit de l'UE, ne sauraient exonérer un juge national de procéder à un renvoi préjudiciel¹⁹³⁴ et, d'autre part, montre son insensibilité à ces brefs délais pour décider de trancher un renvoi sur le fondement de la procédure préjudicielle accélérée (β).

α) La prise en compte de dispositions intégrant le champ de l'ELSJ imposant aux juridictions nationales de statuer en urgence pour la mise en œuvre de la PPU

930. Le contentieux relatif au retour d'un enfant enlevé par une personne titulaire du droit de garde. Dans l'arrêt *Rinau*¹⁹³⁵, la Cour de justice de l'UE a accepté de soumettre le traitement du renvoi dont elle était saisie à la procédure préjudicielle d'urgence notamment au regard de l'obligation faite à la juridiction nationale, en vertu de l'article 11 § 3 du règlement n° 2201/2003¹⁹³⁶, de statuer dans un délai maximal de six semaines sur toute demande de retour d'un enfant enlevé à l'initiative d'une personne étant titulaire du droit de garde de cet enfant. Ce cas fait toutefois figure d'exemple imparfait de la prise en compte des brefs délais de jugement imposés à la juridiction de renvoi puisqu'en l'espèce cet élément n'intervient qu'à

¹⁹³³ CEDH, avis, 29 mai 2020, *Utilisation de la technique de « législation par référence » pour la définition d'une infraction et aux critères à appliquer pour comparer la loi pénale telle qu'elle était en vigueur au moment de la commission de l'infraction et la loi pénale telle que modifiée*, n° P16-2019-001.

¹⁹³⁴ CJUE, 22 juin 2010, *Aziz Melki et Sélim Abdeli*, aff. jtes. C-188/10 et 189/10, pt. 56 : « l'encadrement dans un délai strict de la durée d'examen par les juridictions nationales ne saurait faire échec au renvoi préjudiciel ».

¹⁹³⁵ CJCE, 11 juillet 2008, *Inga Rinau*, C-195/08 PPU, pt. 44 : « La juridiction de renvoi a motivé cette demande en faisant référence au dix-septième considérant du règlement, qui vise le retour sans délai d'un enfant enlevé, et à l'article 11, paragraphe 3, du même règlement, qui fixe un délai de six semaines à la juridiction saisie d'une demande de retour pour rendre son jugement ».

¹⁹³⁶ Conseil de l'UE, Règlement CE, 27 novembre 2003, n° 2201/2203 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement CE n° 1347/2000, JOUE, 2001, n° L 338, p. 1.

titre supplémentaire dans la décision d'enclencher la PPU. En effet, sans cette donnée, le risque de dégradation potentiellement irréparable entre l'enfant et le parent avec lequel il n'habite pas et l'intégration de ce litige dans le champ de l'ELSJ, et particulièrement de la coopération judiciaire en matière civile, auraient suffi à justifier la mise en œuvre de la PPU.

931. La coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile et commerciale. L'article 10 § 1 du règlement du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile et commerciale impose à une juridiction sollicitée au titre de cette disposition de s'exécuter au plus tard dans les 90 jours¹⁹³⁷. La Cour de justice de l'UE a pu reconnaître qu'un litige portant sur l'interprétation et l'application de ce règlement par une juridiction était de nature à justifier la mise en œuvre de la PPU¹⁹³⁸.

932. Le contentieux de l'asile et de l'immigration. La directive 2008/1115/CE¹⁹³⁹ impose aux juridictions nationales un « contrôle juridictionnel accéléré » des décisions administratives de placement en rétention de ressortissants étrangers. Les renvois préjudiciels à l'origine desquels une personne est placée en rétention administrative le temps de l'examen de sa demande de protection internationale ou en vue de son éloignement est une situation qui, si elle intègre le domaine de l'ELSJ, entre dans le champ d'application de la PPU¹⁹⁴⁰.

933. Le contentieux du mandat d'arrêt européen. L'objectif premier de la décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen¹⁹⁴¹ est de ne pas retarder excessivement la remise d'une

¹⁹³⁷ Conseil de l'UE, Règlement CE, 28 mai 2001, n° 1206/2001, relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile et commerciale, (JOCE n° L 174, 27 juin 2001, p. 1).

¹⁹³⁸ CJUE, 9 janvier 2015, *RG c. SF*, C-498/14 PPU, pt. 36 : « Il convient de constater, en premier lieu, que le renvoi préjudiciel porte sur l'interprétation du règlement qui a été adopté en particulier sur le fondement de l'article 61, sous c), CE, désormais article 67 TFUE, qui figure au titre V de la troisième partie du traité FUE, relative à l'espace de liberté, de sécurité et de justice, de sorte que ledit renvoi relève du champ d'application de la procédure d'urgence défini à l'article 107 du règlement de procédure ».

¹⁹³⁹ Directive 2008/115/CE, 16 décembre 2008, relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, (JOUE 2008, n° L 348, p. 98).

¹⁹⁴⁰ CJCE, GC, 30 novembre 2009, *Said Shamilovich Kadzoev (Huchbarov)*, C-357/09 PPU, pt. 32 ; CJUE, 19 juillet 2012, *Atiqullah Adil*, C-278/12, pt. 34 ; CJUE, 10 septembre 2013, *G. et R.*, C-383/13 PPU, pts. 23 et 25 ; CJUE, 15 février 2016, *N.*, C-601/15 PPU, pts. 40 et 41 ; CJUE, 17 mars 2016, *Mirza*, C-695/15 PPU, pts. 31 et 35 ; CJUE, ord., 5 juillet 2018, *C e. a.*, C-269/18 PPU, pts. 35 et 37 ; CJUE, *Ministerio Fiscal (Autorité susceptible de recevoir une demande de protection internationale)*, C-36/20 PPU. Voir également : CJUE, *Recommandations à l'attention des juridictions nationales, relatives à l'introduction de procédures préjudicielles*, pt. 33, (JOUE 2012/C 338/01, 6 novembre 2012).

¹⁹⁴¹ 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, (JOCE, L 190, 18 juillet 2002, pp. 1-20).

personne concernée par ce mécanisme d'extradition entre États membres de l'UE. C'est pourquoi un mandat d'arrêt européen émis par un État de l'UE est à traiter « d'urgence »¹⁹⁴², notamment par les juridictions de l'État qui en est destinataire. Ainsi que l'on a pu largement en apporter la preuve, la PPU et le MAE entretiennent des liens très étroits¹⁹⁴³. Cette procédure préjudicielle est donc particulièrement attentive aux contraintes temporelles qui pèsent sur les juridictions de renvoi.

β) L'absence de prise en compte de dispositions du droit dérivé de l'UE imposant aux juridictions nationales de statuer en urgence pour la mise en œuvre de la PPA

934. Le contentieux des marchés publics. Différentes directives imposent aux juridictions nationales de juger en urgence certains contentieux relatifs aux marchés publics¹⁹⁴⁴. Pourtant, lorsqu'au titre de ces règles européennes, une juridiction nationale est tenue de statuer rapidement sur une affaire portant sur des litiges relatifs aux marchés publics et opère un renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'UE assortie d'une demande de mise en œuvre de la PPA, la Cour luxembourgeoise refuse constamment d'enclencher cette procédure préjudicielle¹⁹⁴⁵. Cette position peut donc sembler, du point de vue du droit de l'UE, paradoxale. D'un côté, le droit de l'UE oblige les juridictions nationales de juger en urgence certains contentieux relatifs aux marchés publics et de l'autre, il n'impose à la Cour de justice, lorsqu'elle est saisie par ces juridictions d'un renvoi, de tenir compte de cette contrainte procédurale liée à l'urgence pour accepter le déclenchement de la PPA. À la réflexion, l'on comprend que, par rapport au contentieux spécifique des droits fondamentaux, il n'est pas illégitime que le contentieux impliquant, en particulier, les intérêts des pouvoirs adjudicateurs et ceux des acteurs

¹⁹⁴² Article 17 § 1, 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, (JOCE, L 190, 18 juillet 2002, pp. 1-20).

¹⁹⁴³ Voir *supra* : Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, Paragraphe 1, B), 1) a).

¹⁹⁴⁴ Conseil des communautés européennes, Directive, 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, n° 89/665/CEE, (JOCE L 395 du 30 décembre 1989, p. 33). Cette directive prévoit notamment que la brièveté des procédures de passation des marchés publics « exige un traitement urgent » des recours juridictionnel ; Directive du Conseil n° 92/13 du 25 février 1992, (JOCE L 76 du 23 mars 1992, p. 14) ; La Directive 2007/66/CE du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics impose en son article 1^{er} § 1 alinéa 3 des recours « rapides ». L'article 2 § 1 a) prévoit que le juge doit pouvoir statuer sur une demande de mesure provisoire « dans les délais les plus brefs ».

¹⁹⁴⁵ CJCE, ord., 9 avril 2003, *CS Communications & Systems Austria GmbH c. Allgemeine Unfallversicherungsanstalt*, C-424/01, pts. 19-20 ; CJCE, 19 juin 2003, *GAT*, C-315/01, pt. 23 ; CJUE, ord., 25 juillet 2018, *Lombardi SRL c. Comune di Auletta e. a.*, C-333/18, pt. 9 ; CJUE, ord., 20 juin 2019, *Schiaffini Travel SpA c. Comune di Latina*, C-322/18, pts. 20-21.

économiques candidats aux contrats de la commande publique peut, devant la Cour de justice de l'UE, ne pas bénéficier de la célérité qu'offre la PPA.

Conclusion du Chapitre 1

935. Le premier effet de l'urgence devant les juridictions *ad quem* est la décision que le juge peut prendre de déclencher une procédure accélérée ou d'urgence ou, à défaut de l'existence d'une telle procédure, de traiter un renvoi par priorité par rapport aux autres. En effet, concernant ce dernier point, en dépit de l'inexistence de procédure d'urgence ou accélérée pour le traitement des demandes d'avis contentieux et des QPC, les deux juridictions du Palais Royal ont le pouvoir de prioriser le traitement d'un renvoi urgent.

936. Dans l'entreprise nécessaire de mise à connaissance du juge *ad quem* de l'urgence à juger, le rôle des juridictions *a quibus* est primordial et déterminant. C'est d'abord à elles que revient principalement l'initiative de solliciter le traitement urgent de leur renvoi. Ensuite, la décision du juge *ad quem* de statuer urgemment dépend dans une large mesure du soin apporté, par le juge *a quo*, dans sa décision de renvoi, à l'apport de la preuve et à la justification de l'urgence au vu des éléments pertinents du contexte factuel et juridique de l'instance principale.

937. Si le juge *ad quem* jouit d'un large pouvoir d'appréciation de l'urgence à juger, à l'analyse, il n'en demeure pas moins que son appréciation de l'urgence est particulièrement stricte. Il reste à tirer de tout cela ce qui, selon le juge *ad quem*, est constitutif d'une situation d'urgence.

938. La création de la question prioritaire de constitutionnalité, des procédures préjudicielles accélérées et d'urgence et de la procédure de demande d'avis consultatif à la Cour EDH ont, entre autres raisons, été motivées par le souci d'offrir de nouvelles voies de droit pour la garantie juridictionnelle des droits fondamentaux. Mais l'essence de ces procédures n'est pas la protection des droits fondamentaux : c'est l'unification préjudicielle de l'interprétation et de l'application du droit. Il est donc compréhensible, qu'à titre premier, les difficultés sérieuses d'interprétation du droit ou les doutes sérieux sur la validité du droit les plus importants puissent justifier à plus forte raison que le besoin d'uniformisation du droit constitue une urgence à laquelle le juge *ad quem* est particulièrement sensible. Toutefois, sans être un élément principal de la qualification de l'urgence à juger, la nature et la gravité des atteintes aux droits fondamentaux intervient à titre complémentaire et renforce la décision du juge *ad quem* de

statuer en urgence sur un renvoi. Il apparaît cependant étrange, pour un mécanisme de coopération de juge à juge tel que celui du renvoi préalable, que la juridiction *ad quem* ne prenne pas ou très peu en compte l'urgence procédurale à laquelle est soumise la juridiction *a quo*.

En définitive, l'on peut conclure que l'urgence à juger devant les juridictions *ad quem* est conforme à l'essence du mécanisme de renvoi préalable. En revanche, au vu de l'esprit et de la nature de ce type de mécanisme, l'urgence à statuer gagnerait à faire plus de place à la prise en compte des situations concrètes urgentes de violation des droits fondamentaux des justiciables et, cela est souvent lié, au caractère urgent des procédures au cours desquelles un renvoi a été effectué.

939. Une fois reconnue, l'urgence à statuer sur un renvoi se traduit dans sa facette strictement contentieuse. En d'autres termes, dans une recherche de célérité, l'urgence vient modeler la procédure de traitement des renvois en y apportant plus de souplesse.

Chapitre 2 : juger dans l'urgence

940. Par voie de conséquence logique, l'urgence à statuer sur un renvoi devrait se traduire dans les différentes ou, du moins, dans la plupart des facettes procédurales liées à son traitement. Ainsi, si elle est prise en compte par le juge *ad quem* dans son opération de traitement des renvois, l'urgence est susceptible de moduler les caractéristiques et les modalités dans lesquelles il exerce son office et rend sa décision ou son avis. En effet, l'urgence influe tant sur le jugement des renvois (SECTION 1) que, lorsqu'il en a la maîtrise, sur la détermination des effets de la décision nés de ce jugement (SECTION 2).

SECTION 1 : Les effets de l'urgence sur le jugement des renvois

941. Pour accélérer le procès, l'urgence bouleverse couramment les règles ordinaires d'organisation formelle du jugement (I) ainsi que les modalités d'exercice de l'office du juge. Il s'agit, concernant ce dernier point, de l'opération de contrôle des lois, c'est-à-dire de l'examen de leur rapport de conformité aux droits fondamentaux (II).

I) L'organisation formelle du jugement

942. De l'urgence d'une situation factuelle découle l'urgence procédurale nécessaire à son traitement contentieux. L'urgence procédurale correspond à un ensemble de règles prises pour adapter une procédure juridictionnelle au traitement d'un contentieux qui revêt les caractères de l'urgence. Celles-ci ont généralement pour effet de simplifier la procédure en vue de réduire le délai dans lequel le juge peut être mis en mesure de statuer sur le litige qui est porté devant son prétoire¹⁹⁴⁶. Il s'agit en particulier de l'adaptation des règles relatives à l'organisation formelle d'un procès. À ce propos, il est primordial de ne pas tomber dans un formalisme superflu au risque de ralentir la marche du procès, ni de trop l'évincer pour en accélérer la course, au risque de laisser place à l'arbitraire et à la mauvaise qualité des décisions juridictionnelles. Cela pourrait aller sans dire, mais l'urgence procédurale dépend de l'existence

¹⁹⁴⁶ L'urgence procédurale correspond également aux pouvoirs permettant au juge de protéger efficacement des droits ou intérêts gravement atteints. Sur ce point, voir *infra* : Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 1.

d'une procédure d'urgence formalisée. En d'autres termes, l'absence de procédure d'urgence empêche que l'organisation formelle du jugement des lois soit adaptée à l'urgence. C'est en effet de cette donnée que dépend l'adaptation, par rapport à la procédure ordinaire de traitement des renvois, des règles de procédure relatives à la formation de jugement (A) ainsi que de celles relatives aux délais dans lesquels celle-ci doit statuer (B).

A) La formation de jugement

943. L'on distingue deux étapes dans le procès urgent des lois. Celles-ci correspondent à l'existence de deux objets distincts de jugement. Le premier est essentiellement d'ordre factuel, même s'il peut être complété par un contexte juridique : il s'agit de l'urgence à juger ; le second est purement d'ordre juridique puisqu'il est constitué des questions de droit posées par le juge *a quo*. Étant donné que ces deux objets de jugement n'ont pas la même nature ni le même degré de complexité et qu'ils ne nécessitent pas la même implication du juge, il y a lieu de distinguer l'étude de la formation de jugement chargée de se prononcer sur l'urgence à juger (1) de celle de la formation à qui il revient de statuer au fond et dans l'urgence sur la ou les questions de droit formulées par la juridiction de renvoi (2).

1) La formation de jugement de l'urgence

944. Le jugement de l'urgence n'aboutit pas toujours à la prise d'une décision juridictionnelle formelle et distincte de celle portant sur le fond de la question de droit. Cette opération peut en effet se matérialiser par le simple enrôlement de l'affaire ainsi que la fixation d'une date imminente pour la tenue d'une audience. Seulement dans le cas de la procédure préjudicielle accélérée, l'acceptation ou le rejet d'une demande de mise œuvre de cette procédure aboutissent au prononcé d'une ordonnance présidentielle distincte de l'arrêt rendu sur le fond.

945. Le jugement efficace de l'urgence implique, d'une part, la spécialisation du juge chargé d'en connaître et, d'autre part, sa capacité à rapidement rendre une décision sur l'appréciation de son existence. Deux types de formation permettent de satisfaire à ces exigences pour le jugement de l'urgence. La première est la plus partagée par les différentes procédures de renvoi. Elle confie à un juge unique, qui se trouve être le Président de la

juridiction *ad quem*, le pouvoir d'apprécier et de prendre une décision sur l'urgence à juger un renvoi (a). Paradoxalement, c'est uniquement dans le cadre de la procédure préjudicielle d'urgence que l'on ne retrouve pas de juge unique chargé d'apprécier et de prendre une décision sur l'urgence à juger un renvoi préjudiciel. En effet, dans le cadre de cette procédure, cette tâche est confiée à une formation collégiale spécialisée dans le jugement de l'urgence (b).

a) Le jugement de l'urgence par le Président de la juridiction *ad quem*

946. Théoriquement, le meilleur moyen d'obtenir une décision rapide est d'en confier la charge à un juge unique. La préconisation de cette solution est d'ailleurs préférable et faisable car l'urgence est une donnée qui, en dépit de sa forte indétermination, apparaît généralement de manière manifeste. Toutefois, si l'*appréciation de l'urgence* se constate souvent ainsi, il ne faut pas minimiser la complexité de la *prise de décision de juger en urgence* un renvoi. Celle-ci appelle la conciliation épineuse d'intérêts et de logiques propres à différents acteurs¹⁹⁴⁷.

947. Le Président de la Cour de justice de l'UE a le pouvoir d'ordonner d'office le traitement d'une affaire sous le régime de la procédure préjudicielle accélérée, c'est-à-dire dans le cas où la juridiction n'en aurait pas fait la demande et que l'affaire satisfait à ses conditions. De plus, au titre de l'article 105 § 2 du RP CJUE, le Président de la Cour fixe la date de l'audience.

Si le pouvoir de décision est remis entre les mains du seul président, celui-ci n'est pas seul face à lui-même pour orienter le sens de sa décision de soumettre ou non un renvoi préjudiciel à la procédure préjudicielle accélérée. Les risques d'arbitraire et de confrontation à des situations complexes de détermination de l'urgence à juger sont compensés par le fait qu'au titre de l'article 105 § 1 du RP CJUE, à compter de la réception d'une demande de mise en œuvre de la procédure accélérée, le Président de la Cour désigne un juge rapporteur et un avocat général. Le juge rapporteur prépare un avant-projet et l'avocat général est entendu par le Président sur

¹⁹⁴⁷ « Le temps devient pour le juge la recherche du mariage de quatre logiques estimables, mais par essence peu compatibles : la logique judiciaire du plaideur, la logique économique de l'auxiliaire de justice, la logique juridique du juge et la logique d'administration judiciaire du gestionnaire » : J.-M. COULON, « Les solutions relatives à l'office du juge », in J.-M. COULON et M.-A. FRISON ROCHE (dir.), *Le temps dans la procédure*, Dalloz, 1996, p. 59.

la question de la mise en œuvre de la PPA¹⁹⁴⁸. Le président de la Cour décide ensuite d'accepter ou de rejeter la demande de procédure accélérée au visa des avis de ces deux magistrats.

948. En vertu de l'article 5 alinéa 1 du règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les QPC qui régit l'inscription d'une affaire à l'ordre du jour et la fixation de la date à laquelle elle sera audiencée, le pouvoir de décision sur l'urgence à juger est conféré au Président du Conseil constitutionnel¹⁹⁴⁹. C'est d'ailleurs cette même configuration qu'ont pu reprendre certains auteurs lorsqu'il s'est agi pour eux de faire la proposition de la création d'une procédure d'urgence, de confier au Président du Conseil constitutionnel ou à un membre à qui il serait délégué cette fonction, d'accepter ou non le jugement d'une QPC selon une procédure d'urgence dont l'instauration paraît souhaitable¹⁹⁵⁰.

949. L'article 41 du règlement de la Cour. EDH précise que c'est à la « Cour » qu'il revient de « déterminer l'ordre dans lequel les affaires doivent être traitées » en fonction de l'urgence qu'elles présentent. Cette disposition doit être précisée, en ce sens que, concrètement, ça n'est pas la « Cour », mais son Président qui possède le pouvoir de juger de l'urgence à statuer et de matérialiser cette décision par la détermination de l'ordre de traitement des demandes d'avis consultatifs.

950. Contrairement à ce à quoi l'on pourrait s'attendre, le jugement de la condition d'urgence de la procédure préjudicielle d'urgence ne relève pas du pouvoir du Président de la Cour de justice de l'UE mais d'une formation collégiale spécialisée.

b) Le jugement de la condition d'urgence de la PPU par une formation collégiale spécialisée

951. C'est la chambre chargée du traitement de la PPU, que la doctrine a d'ailleurs

¹⁹⁴⁸ Article 105 § 1 du RP CJUE : « [...] le président de la Cour peut, lorsque la nature de l'affaire exige son traitement dans de brefs délais, le juge rapporteur et l'avocat général entendus, décider de soumettre un renvoi préjudiciel à une procédure accélérée ».

¹⁹⁴⁹ Article 5 alinéa 1 du règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les QPC : « Le président inscrit l'affaire à l'ordre du jour du Conseil ».

¹⁹⁵⁰ S. SLAMA, « Plaidoyer pour l'instauration d'une procédure d'examen des questions prioritaires de constitutionnalité en urgence », *CRDF*, 2011, n° 9, p. 67. Pour une proposition de création d'une procédure d'urgence de traitement des QPC, voir *infra* : Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 2.

rapidement qualifié de « chambre de l'urgence »¹⁹⁵¹, qui a le pouvoir de décider de faire droit ou non à la demande de mise en œuvre de cette procédure faite par une juridiction de renvoi ou le Président de la Cour¹⁹⁵². La première réunion de la chambre désignée vise à rendre une décision sur l'acceptation ou le refus de mettre en œuvre la PPU. À cette occasion, il est procédé à un premier examen de l'affaire par les juges qui décident des mesures d'instruction urgentes à adopter. Il s'agit notamment et éventuellement de demander à la juridiction nationale de renvoi des compléments d'informations. Cette organisation a pour but d'éviter que la décision de statuer sur une affaire n'ait pas à être préalablement discutée lors d'une réunion générale de la Cour.

952. Le jugement de l'urgence par cette formation collégiale a prouvé que le choix de la collégialité ne nuisait pas nécessairement à la célérité puisque, pour ne citer que deux exemples, une décision d'acceptation de la PPU a pu être rendue dans le délai d'un jour¹⁹⁵³, ou de quatre jours¹⁹⁵⁴. Toutefois, la rapidité n'est pas la seule exigence qui pèse sur le jugement de l'urgence. Il est aussi primordial, spécialement lorsqu'il est formellement institué une procédure d'urgence ou accélérée, que cette tâche soit confiée à un juge spécialisé. En effet, lorsque l'urgence est une condition substantielle de mise en œuvre d'une procédure, il devient impérieux qu'un minimum de cohérence jurisprudentielle quant à l'urgence à juger soit instituée et suivie. Pour autant, la mise en place d'une chambre spécialisée pour le traitement de l'urgence n'est pas, en soi, du moins en théorie, le seul et le meilleur moyen de parvenir à la fixation d'une doctrine jurisprudentielle claire sur l'urgence. En ce qui concerne la PPU, l'on ne peut, sur ce point, pleinement considérer qu'il y ait une véritable spécialisation de la chambre chargée du traitement de cette procédure sur l'urgence puisque celle-ci s'en voit attribuer la charge à tour de rôle et pour une durée de seulement un an¹⁹⁵⁵. En effet, à la différence des mandats des présidents des juridictions *ad quem* qui se caractérisent par une certaine longévité¹⁹⁵⁶, la constitution d'une chambre de l'urgence chargée du traitement des PPU est faite pour une durée

¹⁹⁵¹ E. BERNARD, « La nouvelle procédure préjudicielle d'urgence applicable aux renvois relatifs à l'espace de liberté, de sécurité et de justice », *Europe*, 2008, n° 5, étude 5.

¹⁹⁵² Sur l'initiative des demandes de mise en œuvre de la PPU, voir *supra* : Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, Paragraphe 1.

¹⁹⁵³ CJCE, 11 juillet 2008, *Inga Rinau*, C-195/08 PPU.

¹⁹⁵⁴ CJCE, 12 août 2008, *Ignacio Pedro Santesteban Goicoechea*, C-296/08 PPU.

¹⁹⁵⁵ Article 11 § 2 du RP CJUE : la Cour « désigne les chambres à cinq juges qui, pour une période d'un an, sont chargées des affaires visées à l'article 107 ».

¹⁹⁵⁶ Le mandat du Président du Conseil constitutionnel est de neuf ans ; celui du Président de la Cour de justice de l'UE et celui de la Cour EDH sont de trois ans ; celui du Vice-Président du Conseil d'État est en moyenne de 8,1 ans.

de seulement un an. Le changement de chambre de l'urgence chaque année est donc potentiellement source de divergences dans la politique jurisprudentielle de détermination de l'urgence.

Pourtant, aucun élément dans la jurisprudence ne permet d'affirmer qu'il y ait une véritable instabilité et qu'elle serait, au surplus, engendrée par ce changement de chambre. L'on peut même soutenir le contraire puisqu'il n'y a, en toute apparence, aucune instabilité ou divergences d'appréciation de l'urgence à juger au fil des différentes années. Cette cohérence est notamment entretenue grâce à la règle selon laquelle la décision de soumettre un renvoi à la PPU est prise après que l'avocat général a été « entendu »¹⁹⁵⁷.

953. Si la décision sur l'urgence à juger peut-être confiée à un juge unique expérimenté en la personne du président d'une juridiction *ad quem*, en revanche, il n'est pas souhaitable qu'une décision ayant pour objet le jugement au fond d'une loi soit l'œuvre d'un juge statuant seul.

2) La formation de jugement des lois

954. Même dans les situations d'urgence, aucune des procédures de traitement des renvois par les juridictions *ad quem* ne prévoit qu'un juge unique en soit chargé. C'est pourquoi, après avoir abordé le choix unanime du jugement des renvois en formation collégiale (a), il conviendra de présenter les différents types de formations retenues pour le jugement des renvois (b).

a) Le choix unanime du jugement des renvois en formation collégiale

955. En dépit d'avantages évidents liés à la célérité de la procédure (α), de nombreuses raisons conduisent à radicalement refuser qu'un juge unique d'une juridiction *ad quem* puisse statuer sur le contrôle d'une loi et donc à préférer qu'une formation collégiale de jugement soit constituée (β).

¹⁹⁵⁷ Article 108 § 1 du RP CJUE : « La décision de soumettre un renvoi à la procédure d'urgence est prise par la chambre désignée, sur proposition du juge rapporteur, l'avocat général entendu ».

α) *La mise en place a priori souhaitable d'un juge unique dans les situations d'urgence*

956. L'urgence comme fondement du recours au juge unique. En tous contentieux, l'urgence est « un des premiers fondements du recours au juge unique »¹⁹⁵⁸. Cette règle qui s'applique particulièrement au contentieux administratif¹⁹⁵⁹ a aussi pleinement cours devant de nombreuses juridictions des différents États européens¹⁹⁶⁰ mais aussi devant les juridictions internationales. Concernant ces dernières, il en va par exemple ainsi devant le Tribunal de l'UE¹⁹⁶¹. Le professeur Jacques Normand estime en ce sens que le recours au juge unique est opportun « lorsqu'il n'y a pas de temps à perdre »¹⁹⁶² pour rendre un jugement. Mieux encore, le juge unique serait une « condition quasi fondamentale »¹⁹⁶³ et « indispensable »¹⁹⁶⁴ de la rapidité de la procédure et de sa capacité à faire face efficacement à l'urgence. La spécificité du contentieux des lois n'est d'ailleurs pas, en elle-même, un obstacle à ce qu'il puisse être confié à un juge unique dans les situations d'urgence¹⁹⁶⁵. Dans l'optique d'adapter les renvois aux situations d'urgence, il n'est donc *a priori* pas impensable d'envisager leur traitement par un juge unique, d'autant plus qu'il s'agit généralement d'un juge unique expérimenté.

957. L'urgence comme fondement du recours à un juge unique expérimenté. Lorsque le choix est fait de confier le traitement d'un contentieux à un juge unique, il s'agit généralement d'un juge expérimenté et plus spécialement du président d'une juridiction. C'est par exemple ainsi que, dans le cadre des procédures de référés administratifs d'urgence, un juge unique est formellement désigné : il s'agit du président de la juridiction ou d'un juge délégué

¹⁹⁵⁸ L. CADIET, « Le juge unique en question », in C. BOLZE et P. PEDROT (dir.), *Les juges uniques. Dispersion et réorganisation du contentieux ?*, Dalloz, XXI^e colloque des Instituts d'études judiciaires, 19 et 20 mai 1995, Toulon, 1996, p. 12.

¹⁹⁵⁹ C. BOITEAU, « Le juge unique en droit administratif », *RFDA*, 1996, n^o 1, p. 10 ; C. CHEVALLIER-GOVERS, « Le président du tribunal administratif au secours de la célérité de la justice administrative », *Gaz. Pal.*, 2000, p. 1030 ; A. WEBER, « Le juge administratif unique, nécessaire à l'efficacité de la justice ? », *RFAP*, 2008/1, n^o 125, p. 179.

¹⁹⁶⁰ Sur le recours de plus en plus fréquent au juge unique sur le fondement de l'urgence dans les États européens : C. PARISI, « L'extension du système de juge unique en Europe », *RIDC*, 2007, n^o 3, p. 647.

¹⁹⁶¹ L'article 29 du règlement de procédure du Tribunal prévoit notamment que certaines affaires peuvent être dévolues à un juge unique « compte tenu de l'absence de difficulté des questions de droit ou de fait soulevées, de l'importance limitée de l'affaire et de l'absence d'autres circonstances particulières ».

¹⁹⁶² J. NORMAND, « Dommage imminent et trouble manifestement illicite », *La justice civile au vingt et unième siècle, Mélanges Pierre Julien*, Paris, 2003, p. 324.

¹⁹⁶³ R. DRAGO, « La procédure de référé devant le Conseil d'État », *RDP*, 1953, p. 304.

¹⁹⁶⁴ O. LE BOT, *La protection des libertés fondamentales par la procédure du référé-liberté. Étude de l'article L. 521-2 du Code de la justice administrative*, LGDJ, 2007, p. 414.

¹⁹⁶⁵ Sur la compétence du juge unique et spécialement du juge du référé-liberté en matière de contrôle des lois, voir *supra* : Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, Paragraphe 1, A), 2), a).

expérimenté¹⁹⁶⁶. L'expérience vient en quelque sorte compenser les bienfaits de la délibération collective et la limitation du formalisme et des garanties procédurales fondamentales du droit à un procès équitable. Le dialogue informel sur la solution à apporter à une affaire entre le juge chargé de statuer sur une requête en référé et ses collègues est d'ailleurs fréquent dans les couloirs du Conseil d'État¹⁹⁶⁷. Cet échange informel sur la solution à apporter à certaines affaires urgentes est encore complété au sein de la Haute juridiction administrative par le travail de la « *troïka* »¹⁹⁶⁸ en matière de mise en cohérence de la jurisprudence du Conseil d'État.

958. En dépit des avantages liés à la rapidité de l'intervention d'un juge unique et des garanties apportées par son expérience, les procédures de renvoi préalable écartent unanimement cette option de jugement au bénéfice du maintien préférable de formations collégiales de jugement.

β) Les raisons de la préférence pour une formation collégiale de jugement des lois

959. L'urgence n'est pas une donnée qui impose, en elle-même, la mise en place d'un juge unique pour le jugement d'une affaire. D'autres considérations doivent être prises en compte. En effet, la nécessité de juger urgemment ne peut être le seul élément devant être observé pour le choix de recourir à un juge unique pour le traitement d'un renvoi. Le maintien d'une formation collégiale de jugement des renvois est préférable à plusieurs titres. Ce choix se justifie par la portée des décisions rendues et la complexité des questions à trancher. L'opportunité de cette option est enfin renforcée par la capacité du juge des lois à répondre urgemment à un renvoi en formation collégiale.

960. La complexité des questions de droit posées sur renvoi. Les juridictions *ad quem* sont quasi systématiquement saisies de questions de droit complexes. Cela tient à l'une des conditions de recevabilité des renvois préjudiciels en interprétation à la Cour de justice de l'UE et des demandes d'avis au Conseil d'État et à la Cour EDH qui exige l'existence d'une

¹⁹⁶⁶ Voir l'article L. 511-2 du CJA.

¹⁹⁶⁷ B. STIRN, « Juge des référés, un nouveau métier pour le juge administratif », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle. Juger l'administration, administrer la justice*, Dalloz, 2007, p. 798.

¹⁹⁶⁸ La « *troïka* » est composée du président de la section du contentieux et de ses trois présidents adjoints : D. LABETOULLE, « Une histoire de *troïka* », in *Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis. Au carrefour des droits*, 2003, p. 83.

« difficulté sérieuse »¹⁹⁶⁹ d'interprétation. Par conséquent, les réponses aux questions posées par le juge *a quo* relèvent rarement, voire « jamais »¹⁹⁷⁰ de l'évidence. De plus, l'urgence n'est pas nécessairement de nature à rendre des questions de droit moins complexes.

Le maintien du principe de collégialité suppose une délibération et une prise de décision par au moins trois juges. L'ensemble de ces garanties conforte l'aspect qualitatif de la décision rendue et amoindrit la présence d'erreurs d'appréciation. Il est par conséquent logique, eu égard à la complexité des questions de droit qu'ils posent, que les renvois soient tranchés par une formation collégiale de la juridiction *ad quem*. Cette qualité est d'autant plus renforcée qu'au prix de quelques adaptations, la participation du rapporteur public ou de l'avocat général n'est pas écartée d'office dans les situations d'urgence¹⁹⁷¹.

961. La capacité du juge des lois de statuer urgemment en formation collégiale. Il y a lieu de ne pas céder à la vision simpliste et automatique de joindre l'urgence d'une affaire à son jugement par un juge unique. La collégialité n'est pas par nature incompatible avec l'urgence. Par exemple, la procédure prévue à l'article 395 du code de procédure pénale de comparution immédiate d'un prévenu est une procédure pénale extrêmement rapide confiée à une formation collégiale de trois juges.

L'on constate à ce propos que le Conseil constitutionnel et la Cour de justice de l'UE sont en mesure de réunir d'urgence une formation collégiale (ordinaire pour le Conseil constitutionnel et spécialisée pour la Cour de justice) de jugement. La Cour de Luxembourg a même démontré sa capacité à réunir d'urgence sa formation de jugement la plus solennelle et élargie que constitue la Grande chambre pour le jugement urgent d'un renvoi préjudiciel¹⁹⁷². Les quinze juges de la Grande chambre sont en effet en mesure de juger un renvoi au titre de la PPU dans un délai moyen équivalent à celui qui a cours devant la Chambre de l'urgence composée de trois fois moins de juges. En revanche, il est à noter que lorsque des affaires soumises à la PPU sont jointes entre elles¹⁹⁷³ ou bien encore lorsqu'elles sont jointes avec une affaire qui n'est pas

¹⁹⁶⁹ Sur la notion de « difficulté sérieuse », voir *supra* : Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, Paragraphe 1.

¹⁹⁷⁰ G. CASU, *Le renvoi préalable. Essai sur l'unification préjudicielle de l'interprétation*, LGDJ, 2016, p. 223.

¹⁹⁷¹ Puisqu'il ne fait partie de la formation de jugement, nous faisons le choix de traiter de sa participation aux procédures de renvoi préalable au moment d'étudier l'intervention au procès des lois des « tiers intéressés » : voir *infra* : Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, Paragraphe 2.

¹⁹⁷² CJCE, GC, 30 novembre 2009, *Said Shamilovich Kadzoev (Huchbarov)*, C-357/09 PPU (84 jours) ; CJUE, GC, 16 juillet 2015, *Lanigan*, C-237/15 PPU (55 jours) ; CJUE, GC, 25 juillet 2018, *Minister for Justice and Equality (Défaillances du système judiciaire) c. LM*, C-216/18 PPU (120 jours).

¹⁹⁷³ CJUE, GC, 14 mai 2020, *FMS et FNZ c. Országos Idegenrendészeti Figazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság et Országos Idegenrendészeti Figazgatóság*, aff. jtes. C-924/19 PPU et C-925/19 PPU (5 mois).

urgente¹⁹⁷⁴, les délais de traitement par la Grande chambre dépassent en moyenne de deux fois le délai moyen de jugement des affaires traitées au titre de la PPU par la formation classique à cinq juges.

Le Conseil d'État a également fait preuve de sa capacité de réunir une de ses formations les plus solennelles pour le jugement urgent d'une demande d'avis contentieux. Par exemple, l'assemblée du contentieux réunie en formation de jugement est parvenue à statuer dans un délai de 74 jours¹⁹⁷⁵. Aussi, statuant en sous-sections réunies, le Conseil d'État est arrivé à rendre un avis contentieux dans un délai de seulement cinq semaines¹⁹⁷⁶.

Du côté de Strasbourg, la Cour EDH n'a en revanche pour l'heure pas apporté la preuve de la capacité de sa formation de jugement de Grande chambre à statuer urgemment sur une demande d'avis consultatif.

962. L'importance des pouvoirs du juge des lois. Les décisions de non-conformité prononcées par le Conseil constitutionnel emportent l'abrogation d'une disposition législative, autrement dit leur disparition pour l'avenir de l'ordre juridique. De plus, les décisions de conformité confèrent à la disposition législative attaquée un « brevet de constitutionnalité » empêchant celle-ci de faire à nouveau l'objet d'une QPC, sauf changement de circonstances de fait ou de droit¹⁹⁷⁷. Par ailleurs, de fait, une décision du juge des avis contentieux du Conseil d'État, de celui des avis consultatifs de la Cour EDH mais également de la Cour de justice de l'UE, peuvent avoir pour effet de rendre inapplicable une loi jugée *in abstracto* comme étant inconstitutionnelle.

L'importance des effets de ces décisions quant à l'existence des actes adoptés par la représentation nationale implique pour le moins qu'elles soient rendues au terme d'une délibération conduite par une formation composée de plusieurs juges. Cela s'avère d'autant plus compréhensible que c'est aussi l'importance des pouvoirs du juge administratif dans le cadre du recours pour excès de pouvoir qui justifie que la possibilité d'annuler un acte administratif soit confiée à une formation collégiale de jugement.

¹⁹⁷⁴ CJUE, GC, 27 mai 2019, *OG et PI*, aff. jtes. C-508/18 et C-82/19 PPU : Cette affaire PPU a été traitée dans un délai de 7,5 mois par la Grande Chambre de la Cour parce qu'elle avait des éléments de connexité avec une autre affaire ordinaire à laquelle elle a été jointe ; CJUE, GC, 5 avril 2016, *Pál Aranyosi et Robert Căldăraru*, aff. jtes. C-404/15 et C-659/15 PPU, (4 mois).

¹⁹⁷⁵ CE, ass., avis, 6 décembre 2002, *M. et Mme. B.*, n° 250167.

¹⁹⁷⁶ CE, 3^e et 5^e SSR, avis, 18 février 1994, *Mme. Zoubida Ahmed Fouatih, épouse Chatbi*, n° 155152.

¹⁹⁷⁷ Article 23-2 alinéa 1 de l'ordonnance organique sur le Conseil constitutionnel.

963. La portée *erga omnes* des décisions du juge des lois. Le rayonnement des décisions rendues par le juge des lois, même dans l'urgence, reste inchangé. Les avis rendus par la juridiction de Strasbourg et les arrêts rendus par celle du Luxembourg s'appliquent à l'ensemble des États membres du Conseil de l'Europe pour la première et à ceux de l'Union européenne pour la seconde. Les décisions rendues dans le cadre des mécanismes européens de renvoi rayonnent sur plusieurs dizaines d'États aux intérêts politiques et aux cultures juridiques parfois diamétralement opposés. Par ailleurs, l'interprétation délivrée par un avis contentieux du Conseil d'État est également destinée à l'ensemble des juridictions administratives françaises¹⁹⁷⁸. Enfin, l'article 62 alinéa 3 de la Constitution dispose que les décisions du Conseil constitutionnel « s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles ».

Une fois encore, au regard de la portée des décisions du juge des lois, leur légitimité dépend dans une large mesure du caractère collégial des formations chargées de répondre aux renvois.

964. Le renforcement de la portée facultative des avis. La collégialité la plus élargie est gage d'autorité surtout pour les avis dont la portée est juridiquement facultative. C'est notamment pour cela que les demandes d'avis consultatifs sont exclusivement, y compris lorsque la procédure accélérée est enclenchée, traitées par la Grande chambre de la Cour EDH¹⁹⁷⁹. Il y a également lieu de relever que le Conseil d'État a toujours la possibilité de statuer sur une demande d'avis contentieux en sa formation de jugement la plus solennelle¹⁹⁸⁰ ou en sous-sections réunies¹⁹⁸¹. Notons enfin que, du côté de l'ordre juridictionnel judiciaire, selon un conseiller à la Cour de cassation, « la composition de la formation de la Cour de cassation appelée à donner l'avis en matière pénale témoigne [...] du désir de conférer à celui-ci une portée normative éminente »¹⁹⁸².

965. Le renforcement de la légitimité des décisions eu égard à l'importance des actes attaqués et des parties défenderesses. Il est une crainte ancienne selon laquelle le juge unique « ne peut avoir lieu que dans le gouvernement despotique »¹⁹⁸³. La persistance d'attaques à

¹⁹⁷⁸ *Idem.*

¹⁹⁷⁹ Article 87 alinéa 1 du règlement de procédure de la Cour EDH.

¹⁹⁸⁰ Voir par exemple : CE, ass., avis, 6 décembre 2002, *M. et Mme. B.*, n° 250167.

¹⁹⁸¹ Voir par exemple : CE, 3^e et 5^e SSR, avis, 18 février 1994, *Mme. Zoubida Ahmed Fouatih, épouse Chatbi*, n° 155152.

¹⁹⁸² J. BORÉ et L. BORÉ, « Pourvoi en cassation », *Rep. Dt. Pen et de Proced. Pen.*, Avril 2013 (actualisation : avril 2020), pt. 679.

¹⁹⁸³ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, livre VI, chap. VII.

l'endroit de la légitimité du Conseil constitutionnel, du Conseil d'État et des cours européennes par des responsables politiques ou par des juristes publicistes¹⁹⁸⁴ ou privatistes¹⁹⁸⁵ commande d'observer avec le plus d'attention possible la qualité des règles d'organisation formelle des jugements.

La règle qui veut que la justice administrative soit rendue en formation collégiale trouve son fondement dans l'importance des actes attaqués (les actes administratifs) et de la partie défenderesse (l'administration). C'est donc à plus forte raison que, dans le cadre de la justice des lois, eu égard à la valeur hiérarchique supérieure des actes attaqués (les lois) et de la partie défenderesse (le Parlement qui dans le procès des lois est toujours représenté par le Gouvernement), il est une question de légitimité qui rend préférable que cette justice soit rendue par une formation de jugement élargie. Cela s'avère d'autant plus nécessaire que les affaires urgentes sont-elles mêmes souvent renvoyées par des juges *a quibus* uniques¹⁹⁸⁶. De plus, l'application du principe de collégialité a l'avantage de permettre de limiter les risques liés à l'impartialité subjective du juge. Ainsi que le résume Gatién Casu, la « décision prise sur renvoi n'est pas le fait d'un seul homme, car l'interprétation unitaire du droit est une fonction trop importante et délicate pour être laissée à la merci de l'arbitraire »¹⁹⁸⁷.

966. Le rejet d'un renvoi par une formation collégiale. Ayant pourtant une portée moins large et présentant nettement moins de difficultés, le rejet d'un renvoi demeure le fruit d'une décision collective.

En effet, les décisions de non-lieu à statuer sur une QPC sont rendues par la formation plénière ordinaire de jugement du Conseil constitutionnel¹⁹⁸⁸.

De même, c'est une formation de cinq juges qui décide de la recevabilité d'une demande d'avis consultatif et donc de son potentiel rejet. Mieux encore, la Grande chambre de la Cour peut également elle-même décider du rejet d'une demande d'avis pourtant jugée recevable par le comité des cinq juges. La Cour EDH n'a donc visiblement pas entendu étendre à la procédure

¹⁹⁸⁴ Voir notamment : A.-M. LE POURHIET, « La Cour européenne des droits de l'homme et la démocratie », *Constitutions*, 2018, p. 205.

¹⁹⁸⁵ Voir par exemple : J. FOYER, « Pour la suppression du Conseil constitutionnel », *RA*, 1998, n° 301, p. 97 ; J. FOYER, « Le droit civil dominé », in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle. Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2011, p. 13 ; F. TERRÉ, « Conclusions », in G. DRAGO et alii. (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, 1998, p. 401 ; Y. LEQUETTE, « Des juges littéralement irresponsables », in *Mélanges dédiés à la mémoire de Jacques Héron*, LGDJ, 2008 p. 309.

¹⁹⁸⁶ Voir *supra* : Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, Paragraphe 2.

¹⁹⁸⁷ G. CASU, *Le renvoi préalable. Essai sur l'unification préjudicielle de l'interprétation*, LGDJ, 2016, p. 275.

¹⁹⁸⁸ Voir par exemple : CC, décision n° 2012-252 QPC, 4 mai 2012, *SELARL Le Discorde Deleau [Droit de 150 euros dû par les parties à l'instance d'appel]*.

d'avis la possibilité pour un juge unique de déclarer une requête individuelle comme étant irrecevable¹⁹⁸⁹.

Le rejet d'un renvoi préjudiciel pour irrecevabilité manifeste, incompetence de la Cour de justice, ou absence manifeste de pertinence d'une question de droit est toujours une décision, même si elle revêt la forme d'une ordonnance, rendue par une formation collégiale¹⁹⁹⁰.

Seul un juge unique du Conseil d'État¹⁹⁹¹ peut, sur le fondement de l'article R. 122-12 3° du CJA combiné à l'article R. 113-2 de ce même code, juger par ordonnance qu'il n'y a pas lieu à statuer sur une demande d'avis contentieux¹⁹⁹². Il s'agit donc de l'unique cas de rejet d'un renvoi par un juge unique.

967. Quoique les règles de procédure privilégient unanimement l'intervention de formations collégiales pour le jugement des renvois, il n'en existe pas moins, même si elles s'avèrent limitées, quelques adaptations de la collégialité au jugement urgent que nécessitent certains renvois.

b) Les types de formations collégiales de jugement des renvois

968. L'on recense trois types de formations collégiales pouvant se partager le jugement urgent des renvois. Ces différentes typologies correspondent à trois degrés différents d'adaptation à l'urgence. L'adaptation à l'urgence la plus aboutie, mais aussi la moins répandue, correspond à la mise en place d'une formation restreinte pour le jugement des renvois urgents (α). Un stade intermédiaire correspond à une forme de souplesse permettant le jugement d'un renvoi urgent par une formation plus ou moins spécialisée ou solennelle (β). Enfin, il y a devant le Conseil constitutionnel et la Cour EDH, une absence totale de possibilité de déroger au traitement des renvois par une formation plénière, y compris lorsque ceux-ci sont urgents ou justifient l'application d'une procédure accélérée (γ).

¹⁹⁸⁹ Article 49 alinéa 1 du règlement de la Cour EDH : « Lorsque les éléments produits par le requérant suffisent par eux-mêmes à révéler que la requête est irrecevable ou devrait être rayée du rôle, celle-ci est examinée par un juge unique, sauf raison spéciale de procéder autrement ».

¹⁹⁹⁰ Article 53 alinéa 2 du RP CJUE : « Lorsque la Cour est manifestement incompétente pour connaître d'une affaire ou lorsqu'une demande ou une requête est manifestement irrecevable, la Cour, l'avocat général entendu, peut à tout moment décider de statuer par voie d'ordonnance motivée, sans poursuivre la procédure ».

¹⁹⁹¹ Il peut s'agir du président de la section du contentieux, des présidents adjoints de cette section ou des présidents de chambre et des conseillers d'État mentionnés au quatrième alinéa de l'article R. 122-7 du CJA.

¹⁹⁹² Voir par exemple : CE, ord., 1^{er} juillet 2015, n° 389086.

α) *La mise en place d'une formation restreinte pour le jugement des renvois urgents*

969. Le jugement possible des QPC urgentes par une formation de jugement restreinte. Il existe devant le Conseil constitutionnel, indépendamment du type de contentieux qu'il a à connaître et des circonstances plus ou moins urgentes dans lesquelles il doit statuer, une seule formation de jugement composée de neuf membres.

C'est pourquoi, dans leur proposition de création d'une procédure d'urgence de traitement des QPC par le Conseil constitutionnel, deux auteurs ont pu suggérer l'idée de permettre la réunion en urgence d'une formation spéciale de jugement composée de trois juges¹⁹⁹³. La proposition est théoriquement intéressante en ce qu'elle est particulièrement de nature à favoriser le jugement urgent d'une QPC. Elle n'apparaît en revanche pas forcément nécessaire puisque le Conseil constitutionnel a constamment montré sa capacité à réunir d'urgence sa formation ordinaire de jugement. De plus, il est possible pour le juge de la rue de Montpensier, en cas d'urgence ou non, de rendre une décision dans laquelle seulement sept conseillers¹⁹⁹⁴ auront assisté à l'audience et donc participé au délibéré¹⁹⁹⁵ précédant le rendu d'une décision.

Par ailleurs, la fin de la phrase de l'article 14 de l'ordonnance organique du 7 novembre 1958 prévoit que la règle imposant un nombre minimum de sept conseillers présents peut ne pas être observée en cas « de force majeure dûment constatée au procès-verbal ». Le cas de force majeure ne semble pas pouvoir être lié à la nature urgente d'une affaire, mais plutôt à l'impossibilité de réunir au moins sept conseillers dans le délai imparti pour statuer. Ce cas s'est produit une fois dans le cadre du contentieux *a priori*. Le Conseil constitutionnel a alors intégré dans un procès-verbal qu'« en raison de circonstances indépendantes de leur volonté, 3 membres du Conseil constitutionnel n'ont pu être présents ; que compte tenu des délais correspondant à la saisine du Conseil constitutionnel, celui-ci a considéré, en application de l'article 14 de l'ordonnance de 1958, qu'un cas de force majeure était constitué »¹⁹⁹⁶. Cette disposition a donc pu s'appliquer dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a priori* strictement encadré dans le bref délai de jugement d'un mois. Il est revanche difficilement

¹⁹⁹³ P. CASSIA, « Audition », in J.-L. WARSMANN, *Rapport relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, Assemblée Nationale, septembre 2009, n° 1898, p. 154 ; S. SLAMA, « Plaidoyer pour l'instauration d'une procédure d'examen des questions prioritaires de constitutionnalité en urgence », *CRDF*, 2011, n° 9, p. 67.

¹⁹⁹⁴ Article 14 de l'ordonnance organique du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel : les décisions du Conseil constitutionnel sont rendues « par sept conseillers au moins ».

¹⁹⁹⁵ Article 11 alinéa 1 du règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité : « Seuls les membres du Conseil constitutionnel qui ont assisté à l'audience peuvent participer à la délibération ».

¹⁹⁹⁶ CC, Compte-rendu de la séance du 31 mai 1994, p. 11.

imaginable que le Conseil constitutionnel ne soit pas en mesure de réunir dans le délai de trois mois au moins sept conseillers pour statuer sur une QPC. En dépit de ces considérations, il faut noter que le Conseil constitutionnel est souverain pour apprécier ce qui peut être constitutif d'un cas « de force majeure ». Il pourrait donc s'agir de la maladie ou de la récusation¹⁹⁹⁷ d'un membre charnière valant à partir du troisième conseiller absent. Plusieurs décisions ont été rendues avec la participation de seulement six conseillers¹⁹⁹⁸. À chaque fois, le Conseil constitutionnel s'est contenté de mentionner dans les commentaires qu'il fournit de ses propres décisions qu'il a « dûment constaté, conformément à l'article 14 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, qu'il devait, en raison d'un cas de force majeure, déroger au quorum prévu par cet article »¹⁹⁹⁹. Dans cette configuration collégiale, il peut donc arriver qu'une disposition législative soit abrogée par seulement trois juges si l'on compte l'éventuelle intégration de la voix prépondérante du Président du Conseil constitutionnel²⁰⁰⁰. Puisque cette situation ne semble pas tant susciter la

¹⁹⁹⁷ N. FRICERO, « Récusation et abstention des juges : analyse comparative de l'exigence commune d'impartialité », *NCCC*, 2013/3, n° 40, pp. 47-48. Voir par exemple la décision n° 2016-570/573 QPC du 29 septembre 2016 dans laquelle M. Jean-Jacques Hyst s'est abstenu de siéger et a conduit le Conseil constitutionnel à dûment constater, qu'il devait, en raison d'un cas de force majeure, déroger au quorum prévu par l'article 14 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

¹⁹⁹⁸ Voir par exemple : CC, décision n° 2016-570/573 QPC, 29 septembre 2016, *M. Pierre M. et M. Lakhdar Y. [Cumul des poursuites pénales pour banqueroute avec la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire et cumul des mesures de faillite ou d'interdiction prononcées dans ces cadres]* ; CC, décision n° 2016-572 QPC, 30 septembre 2016, *M. Gilles M. et autres [Cumul des poursuites pénales pour le délit de diffusion de fausses informations avec des poursuites devant la commission des sanctions de l'AMF pour manquement à la bonne information du public]* ; CC, décision n° 2016-612 QPC, 24 février 2017, *SCI Hyéroise [Dégrèvement de la taxe foncière sur les propriétés bâties en cas de vacance d'une maison normalement destinée à la location ou d'inexploitation d'un immeuble utilisé par le contribuable lui-même]* ; CC, décision n° 2017-639 QPC, 23 juin 2017, *Mme Yamina B. [Amende sanctionnant le fait d'omettre sciemment de déclarer une part substantielle de son patrimoine]* ; CC, décision n° 2017-646/647, 21 juillet 2017, *M. Alexis K. et autre [Droit de communication aux enquêteurs de l'AMF des données de connexion]* ; CC, décision n° 2017-653 QPC, 15 septembre 2017, *Confédération générale du travail - Force ouvrière [Dispositions supplétives relatives au travail effectif et à l'aménagement du temps de travail sur une période supérieure à la semaine]* ; CC, décision n° 2017-654 QPC, 28 septembre 2017, *Société BPCE [Impossibilité du report de l'imputation de crédits d'impôt d'origine étrangère]* ; CC, décision n° 2017-656 QPC, 29 septembre 2017, *M. Jean-Marie B. [Contributions sociales sur certains revenus de capitaux mobiliers perçus par des personnes non salariées des professions agricoles]* ; CC, décision n° 2017-666 QPC, 20 octobre 2017, *M. Jean-Marc L. [Compétence du vice-président du Conseil d'État pour établir la charte de déontologie de la juridiction administrative]* ; CC, décision n° 2017-683 QPC, 9 janvier 2018, *M. François P. [Droit de préemption en cas de vente consécutive à une division d'immeuble]* ; CC, décision n° 2018-730 QPC, 14 septembre 2018, *M. Mehdi K. [Absence d'obligation légale d'aviser le tuteur ou le curateur d'un majeur protégé de son placement en garde à vue]* ; CC, décision n° 2018-731 QPC, 14 septembre 2018, *Mme Juliet I. [Peine minimale d'emprisonnement pour le délit de blanchiment douanier]* ; CC, décision n° 2018-734 QPC, 27 septembre 2018, *Comité d'entreprise de l'établissement public d'aménagement de la Défense Seine Arche [Composition et droits de vote au sein du conseil d'administration]*.

¹⁹⁹⁹ Voir les commentaires du Conseil constitutionnel sous les décisions précitées.

²⁰⁰⁰ Article 56 alinéa 3 de la Constitution : le Président du Conseil constitutionnel « a voix prépondérante en cas de partage ».

critique que cela²⁰⁰¹, il semble donc réalisable de prévoir qu'en cas d'urgence, le traitement d'une QPC par le Conseil constitutionnel puisse être confié à une formation restreinte de jugement composée de trois ou cinq membres. Cette proposition paraît d'ailleurs d'autant moins originale qu'un renvoi préjudiciel en appréciation de validité d'un acte de droit dérivé de l'UE soumis à la procédure préjudicielle d'urgence peut être tranché par une formation restreinte de jugement composée de seulement trois juges.

970. La possibilité de renvoi des affaires PPU à une formation restreinte de trois juges. D'ordinaire, le jugement des renvois préjudiciels est majoritairement attribué à une chambre de la Cour de justice de l'UE composée de trois ou cinq juges²⁰⁰². Le jugement des renvois préjudiciels au titre de la procédure préjudicielle d'urgence est en revanche rendu par une chambre spécialement dédiée de la Cour composée de cinq juges. Elle statue sur la demande de mise en œuvre de la PPU²⁰⁰³ et sur le fond de l'affaire. L'avantage d'une chambre spécialisée de jugement des affaires urgentes est de ne pas retarder ou « perturber »²⁰⁰⁴ le traitement des autres affaires. De plus, en cas d'afflux de renvois urgents, la Cour de justice de l'UE peut désigner plusieurs chambres chargées de statuer selon la PPU.

Lorsque la réponse à donner à un renvoi préjudiciel ne présente pas de difficulté, y compris dans une situation d'urgence justifiant la mise en œuvre de la PPU, la Cour de justice de l'UE peut décider de statuer par voie d'ordonnance²⁰⁰⁵. Il peut notamment arriver que la réponse à une question posée dans le cadre d'une PPU soit « simple » et que soit en conséquence appliqué l'article 99 du règlement de procédure de la Cour qui prévoit que lorsqu'« une question posée à titre préjudiciel est identique à une question sur laquelle la Cour a déjà statué, lorsque la réponse à une telle question peut être clairement déduite de la jurisprudence ou lorsque la réponse à la question posée à titre préjudiciel ne laisse place à aucun doute raisonnable, la Cour peut à tout moment, sur proposition du juge rapporteur, l'avocat général entendu, décider de

²⁰⁰¹ Le professeur Thomas Hochmann considère que cela représente « bien peu de monde » pour une décision rendue par une cour constitutionnelle : T. HOCHMANN, « Et si le Conseil constitutionnel était une "cour constitutionnelle de référence" ? », *RDLF*, 2019, chron. n° 32.

²⁰⁰² Article 60 § 1 du RP CJUE : « La Cour renvoie devant les chambres à cinq ou à trois juges toute affaire dont elle est saisie dans la mesure où la difficulté ou l'importance de l'affaire ou des circonstances particulières ne requièrent pas le renvoi devant la grande chambre, à moins qu'un tel renvoi n'ait été demandé, en application de l'article 16, troisième alinéa, du statut, par un État membre ou une institution de l'Union participant à la procédure ».

²⁰⁰³ Voir *supra* : Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, Paragraphe 1.

²⁰⁰⁴ V. SKOURIS, « Interview. La Cour de justice des Communautés européennes », *Rec. Dall.*, 2008, n° 12, p. 832 ; V. SKOURIS, « L'urgence dans la procédure applicable aux renvois préjudiciels », in *Liber Amicorum en l'honneur de Bo Vesterdorf*, Bruylant, 2007, p. 58.

²⁰⁰⁵ Voir par exemple : CJUE, ord., 21 janvier 2020, *MN*, C-813/19 PPU.

statuer par voie d'ordonnance motivée ». À la différence des ordonnances présidentielles, celles prévues par l'article précité du règlement de procédure sont prononcées par une chambre de la Cour, c'est-à-dire par une formation collégiale de jugement et non pas par un juge unique. En d'autres termes, c'est bien la Cour qui statue sur l'affaire et non pas son Président par voie d'ordonnance. Il convient également de préciser qu'il n'existe toutefois pas de possibilité de confier au Président de la Cour le soin de rendre une décision par ordonnance comme cela est prévu par l'article 39 du statut de la Cour de justice de l'UE dans le cadre de la procédure de référé²⁰⁰⁶.

Aussi, la chambre initialement désignée pour le traitement des PPU peut, selon la complexité de l'affaire, par application de l'article 113 § 1 du règlement de procédure, décider de siéger en formation de jugement moins importante, c'est-à-dire en formation réduite à trois juges²⁰⁰⁷.

β) La possibilité de renvoi des affaires urgentes aux chambres solennelles ou spécialisées

971. C'est pour répondre aux différents degrés de complexité et d'importance d'une question posée sur renvoi qu'est ouverte la possibilité pour le Conseil d'État et la Cour de justice de l'UE d'adapter la formation collégiale chargée de rendre un jugement. Dans ce cas, il ne s'agit plus d'une simple recherche de collégialité mais plutôt d'une certaine forme de solennité ou de spécialisation.

De manière exceptionnelle, selon l'objet ou l'importance de certains renvois préjudiciels, la Cour de Luxembourg statue obligatoirement, sur demande, ou de sa propre initiative, en Grande chambre ou en formation plénière. Aussi, la Chambre de l'urgence initialement désignée pour le traitement d'un renvoi préjudiciel au titre de la PPU peut, selon la complexité de l'affaire, la renvoyer devant une formation de jugement plus solennelle, telle que la Grande chambre²⁰⁰⁸ ou

²⁰⁰⁶ Article 39 alinéa 1 du Statut CJUE : « Le président de la Cour de justice peut statuer selon une procédure sommaire dérogeant, en tant que de besoin, à certaines des règles contenues dans le présent statut et qui sera fixée par le règlement de procédure, sur des conclusions tendant soit à l'obtention du sursis prévu à l'article 278 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et à l'article 157 du traité CEEA, soit à l'application de mesures provisoires en vertu de l'article 279 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, soit à la suspension de l'exécution forcée conformément à l'article 299, quatrième alinéa, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ou à l'article 164, troisième alinéa, du traité CEEA ».

²⁰⁰⁷ Article 113 § 1 du RP CJUE : « La chambre désignée peut décider de siéger à trois juges. Elle est, dans ce cas, composée du président de la chambre désignée, du juge rapporteur et du premier ou, le cas échéant, des deux premiers juges désignés à partir de la liste visée à l'article 28, paragraphe 2, lors de la détermination de la composition de la chambre désignée, conformément à l'article 108, paragraphe 1 ».

²⁰⁰⁸ Article 113 § 2 du RP CJUE : « La chambre désignée peut également demander à la Cour de renvoyer l'affaire à une formation de jugement plus importante ». Voir par exemple : CJCE, GC, 30 novembre 2009, *Said Shamilovich Kadzoev (Huchbarov)*, C-357/09 PPU, pt. 33 ; CJUE, GC, 16 juillet 2015, *Lanigan*, C-237/15 PPU, pt. 25 ; CJUE, GC, 27 mai 2019, *OG et PI*, aff. jtes. C-508/18 et C-82/19 PPU ; CJUE, GC, 14 mai 2020, *FMS et*

bien encore au juge rapporteur d'une autre chambre s'il existe un lien de connexité entre une « affaire PPU » et une autre « affaire ordinaire »²⁰⁰⁹.

L'article R. 113-2 du code de justice administrative dispose que la demande d'avis contentieux est « examinée conformément aux dispositions régissant la procédure devant le Conseil d'État statuant aux contentieux ». Par conséquent, selon l'urgence ou la complexité d'une demande d'avis contentieux, celle-ci peut être jugée au choix par l'une des formations de jugement du Conseil d'État, c'est-à-dire en Assemblée²⁰¹⁰, en section du contentieux, en chambres réunies²⁰¹¹ ou en chambre statuant seule.

L'article L. 441-2 du COJ ne fait état d'aucune prise en compte de l'urgence à statuer sur une demande d'avis contentieux à la Cour de cassation. Il est en revanche évident que cette disposition témoigne d'une volonté de spécialisation des formations appelées à statuer sur de telles demandes. Les deux premiers alinéas de cet article prévoient en effet que la « chambre compétente de la Cour de cassation se prononce sur la demande d'avis » et que lorsque « la demande relève normalement des attributions de plusieurs chambres, elle est portée devant une formation mixte pour avis ». L'on comprend par conséquent que le choix de la composition de la formation de la Cour de cassation à laquelle est confié le soin de rendre un avis dépend du caractère pénal, civil, social ou commercial de la matière concernée par la question de droit posée dans la demande d'avis contentieux. Par exemple, en matière pénale, aux termes de l'article R. 441-1 alinéa 2 du code de l'organisation judiciaire, la formation de jugement doit comprendre « outre le premier président, le président de la chambre criminelle, un président de chambre désigné par le premier président, quatre conseillers de la chambre criminelle et deux conseillers appartenant à une autre chambre ».

γ) Le maintien d'une formation plénière ordinaire pour le jugement des renvois urgents

FNZ c. Országos Idegenrendészeti Figazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság et Országos Idegenrendészeti Figazgatóság, aff. jtes. C-924/19 PPU et C-925/19 PPU, pt. 108.

²⁰⁰⁹ Article 108 § 2 du RP CJUE : « Si l'affaire présente un lien de connexité avec une affaire pendante attribuée à un juge rapporteur qui ne fait pas partie de la chambre désignée, cette dernière peut proposer au président de la Cour d'attribuer l'affaire à ce juge rapporteur. Dans le cas d'une réattribution de l'affaire à ce juge rapporteur, la chambre à cinq juges dont il fait partie remplira, pour cette affaire, les fonctions de la chambre désignée ».

²⁰¹⁰ Voir par exemple : CE, ass., avis, 12 avril 2002, *Société Anonyme Financière Labeyrie*, n° 239693 ; CE, ass., avis, 6 décembre 2002, *M. et Mme. B.*, n° 250167 ; CE, ass., avis, 16 février 2009, *Mme. Madeleine A.*, n° 315499 ; CE, ass., avis, 6 juillet 2016, *MM. A...E..., D...M...et P...C...*, n° 398234.

²⁰¹¹ Voir par exemple : CE, 3^e et 5^e SSR, avis, 18 février 1994, *Mme. Zoubida Ahmed Fouatih, épouse Chatbi*, n° 155152 ; CE, 7^e et 2^e SSR, avis, 28 mai 2014, *M. X.*, n° 376501 et 376573 ; CE, 6^e et 5^e CR, avis, 26 juillet 2018, n° 419204.

972. Il n'existe au Conseil constitutionnel qu'une seule formation de jugement pour l'ensemble des types de contentieux dont il est saisi. Par conséquent, indépendamment de tout caractère urgent, toutes les QPC sont traitées par la formation ordinaire plénière composée de neuf juges.

Pour le traitement des demandes d'avis consultatifs, et alors même qu'il est prévu une procédure accélérée, la Cour EDH réunit sa formation de jugement la plus solennelle : la Grande chambre composée de dix-sept juges. Il n'y a donc aucun aménagement de formation de jugement entre le traitement accéléré d'une demande d'avis et son traitement classique. Ce choix se justifie par le souci de renforcer l'autorité des avis, juridiquement facultatifs, mais aussi, par analogie²⁰¹² avec le traitement par cette même Grande chambre des demandes d'avis consultatifs formulées par le Comité des Ministres en application de l'article 47 de la Conv. EDH²⁰¹³.

973. En définitive, il n'y a visiblement pas de véritable unité entre les différentes procédures concernant la détermination des formations de jugement susceptibles de connaître d'un renvoi urgent. Force est aussi de constater que sur cette question, les règles de procédure ne font pas de réelles distinctions entre le traitement des renvois urgents et ceux qui ne le sont pas. Afin de vérifier si cet état du droit positif intègre suffisamment la contrainte de l'urgence, il convient désormais de présenter le cadre temporel dans lequel ces formations collégiales sont appelées à statuer sur des renvois urgents.

B) Les délais de jugement des renvois urgents

974. Seul le jugement des QPC par le Conseil constitutionnel²⁰¹⁴ et celui des demandes d'avis contentieux par le Conseil d'État²⁰¹⁵ sont enserrés dans un délai bref et commun de trois mois. *A contrario*, aucune règle n'encadre le jugement des renvois par les cours européennes dans des délais préfixés. Dans tous les cas, même si en pratique les délais de jugement sont sensiblement réduits lorsqu'il est question de traiter urgemment un renvoi, l'urgence ne se manifeste dans aucune des procédures par la prévision d'un bref délai de jugement des renvois. L'on pourrait pourtant s'attendre à ce que la prise en compte de l'urgence par le juge des lois se

²⁰¹² Comité d'experts sur la réforme de la Cour, *Rapport préliminaire sur la proposition d'étendre la compétence de la Cour en matière d'avis consultatifs*, Strasbourg, 1 juillet 2011, DH-GDR(2011)015 FINAL, pt. 18.

²⁰¹³ Article 47 alinéa 1 de la Conv. EDH : « La Cour peut, à la demande du Comité des Ministres, donner des avis consultatifs sur des questions juridiques concernant l'interprétation de la Convention et de ses Protocoles ».

²⁰¹⁴ Article 23-10 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel : « Le Conseil constitutionnel statue dans un délai de trois mois à compter de sa saisine ».

²⁰¹⁵ Article L. 113-1 du CJA : le Conseil d'État « examine dans un délai de trois mois la question soulevée ».

matérialise par une obligation de juger dans un bref délai qui soit prédéterminé. En effet, pensée dans l'abstrait, la prédétermination d'un bref délai de jugement des renvois urgents est certainement avantageuse à plusieurs titres (1). Au regard de la pratique, il apparaît pourtant préférable de ne pas prévoir de tels délais de jugement fixés *a priori* (2).

1) Les avantages de la prédétermination d'un bref délai de jugement

975. La prédétermination d'un bref délai de jugement des renvois est assurément gage de prévisibilité pour la juridiction demanderesse elle-même contrainte par l'urgence (a). Par ailleurs, pour la juridiction *ad quem*, la prédétermination d'un bref délai de jugement permet de s'assurer de l'exigence de respect du délai raisonnable de jugement (b).

a) Une prédétermination des délais de jugement gage de prévisibilité pour la juridiction *a quo*

976. Selon Monsieur Gatién Casu, de manière générale et indépendamment de toute urgence, la « finalité du renvoi préalable implique que le traitement de la question posée soit enfermé dans des délais acceptables »²⁰¹⁶. L'auteur poursuit en prévenant qu'à défaut « d'être encadré par certains délais, [le renvoi préalable] risque une fin aussi funeste que celle du référé législatif. L'inertie mène à la ruine. Mieux vaut s'en prémunir »²⁰¹⁷. En tout état de cause, la question des délais de jugement des renvois par le juge *ad quem* est primordiale et il semblerait par conséquent souhaitable qu'ils soient brefs et prédéterminés. Il faut en effet se souvenir que ce délai de jugement devant le juge *ad quem* s'ajoute à celui qui contraint le juge *a quo*. Il est donc nécessaire d'assurer une certaine prévisibilité sur le temps du jugement d'un renvoi pour le juge *a quo* et le justiciable.

De la prévisibilité du délai dans lequel une réponse sera fournie par la juridiction *ad quem* sur une question posée sur renvoi dépend également la décision du juge *a quo* de recourir ou non à ses pouvoirs « d'attente ». Ce dernier est en effet sensible au délai dans lequel son renvoi peut être traité pour décider de faire usage ou non de ses pouvoirs de suspension de l'instance en cours et de ceux de prononcer des mesures provisoires²⁰¹⁸.

De plus, la question des délais concentre les risques d'érection de barrières conduisant à la

²⁰¹⁶ G. CASU, *Le renvoi préalable. Essai sur l'unification préjudicielle de l'interprétation*, LGDJ, 2016, p. 222.

²⁰¹⁷ *Ibid.*

²⁰¹⁸ Voir *supra* : Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 1.

désaffection des juges et des justiciables envers le mécanisme du renvoi préalable²⁰¹⁹. C'est par exemple en ce sens que la Cour EDH a pu dire dans un document de réflexion que le délai de traitement d'un renvoi préjudiciel par la Cour de justice de l'UE « influence parfois certaines juridictions nationales dans leur choix de renvoyer ou non »²⁰²⁰. Par ailleurs, l'on verra plus loin que l'existence d'une procédure d'urgence devant la juridiction *ad quem* produit un effet incitatif quant au recours aux différentes procédures de renvoi préalable²⁰²¹.

b) Une prédétermination des délais de jugement gage de respect du « délai raisonnable » de jugement

977. Dans l'abstrait, les délais prévus pour le traitement des QPC et des demandes d'avis contentieux au Conseil d'État sont compatibles avec le droit à un délai raisonnable de jugement. Les délais dans lesquels il doit être statué sur une QPC et une demande d'avis contentieux permettent-ils de prémunir ces procédures d'une sanction pour irrespect du droit à un délai raisonnable de jugement ? Dans l'abstrait, la réponse est sans doute affirmative. Le délai moyen de jugement des QPC par le Conseil constitutionnel à compter de leur réception est, depuis l'entrée en vigueur de cette procédure, de 2,4 mois, soit, de manière plus précise, d'environ 74 jours²⁰²². Il convient tout de même de préciser que le délai de traitement des QPC est généralement plus long puisqu'il faut ajouter celui nécessaire à leur filtrage, le cas échéant, par les juridictions de premier degré ou d'appel puis par celui des cours suprêmes²⁰²³. Le délai complet pour le traitement d'une QPC depuis le moment où elle a été soulevée est donc généralement supérieur à trois mois. En tout état de cause, considéré abstraitement, ce délai global de jugement d'une QPC n'apparaît pas contraire au droit à un délai de jugement raisonnable.

Au vu de la jurisprudence de la Cour EDH concernant le respect de l'exigence du « délai raisonnable » de jugement consacré par l'article 6 § 1 de la Conv. EDH, l'on peut en effet considérer, de manière générale, que le Conseil constitutionnel saisi d'une question prioritaire

²⁰¹⁹ Au moment de plaider pour la création d'une procédure d'urgence de traitement des QPC et des demandes d'avis contentieux, nous soulignerons le caractère incitatif de la mise en place de cette proposition pour les juridictions de renvoi saisies par l'urgence : voir *infra* : Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, Paragraphe 2, A), 1).

²⁰²⁰ CEDH, *Réflexions sur le Protocole n° 16*, 2019, p. 16.

²⁰²¹ Voir *infra* : Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, Paragraphe 2, A), 1).

²⁰²² CC, *Rapport d'activité 2020*, 2020, p. 19. Le délai moyen de 2010 à 2013 était de 60 jours, puis il a été de 77 jours en 2015, 79 en 2016 et 75 jours en 2019.

²⁰²³ Concernant la question des délais d'examen des QPC par les juridictions *a quibus*, voir *supra* : Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, Paragraphe 2, A).

de constitutionnalité ne viole pas cette « obligation positive de célérité »²⁰²⁴. Tandis que les États ont « intérêt à prévoir des délais de règlement brefs dans le cadre du contrôle de constitutionnalité par voie préjudicielle »²⁰²⁵, l'ancien secrétaire général du Conseil constitutionnel estimait que le délai obligatoire de trois mois pour le jugement des QPC le prémunit « de toute critique »²⁰²⁶ de la Cour strasbourgeoise. Cette conclusion peut être éclairée par une comparaison avec les délais autrement plus longs qui ont cours devant les autres cours constitutionnelles européennes qui connaissent du renvoi de questions de constitutionnalité²⁰²⁷. Cette considération relative au respect du délai raisonnable de jugement est par ailleurs parfaitement transposable à celui qui prévaut dans le cadre de la procédure d'avis contentieux devant le Conseil d'État puisqu'il est identique et qu'il n'est pas aggravé par une superposition de filtrages.

978. À première vue, la prédétermination d'un bref délai de jugement semble théoriquement être un moyen intéressant pour le traitement des renvois urgents. Pourtant en pratique, l'absence de cadre temporel fixé pour le jugement des renvois est préférable pour ceux qui ont la particularité de devoir être traités toutes affaires cessantes.

2) La préférence pour l'absence de délais de jugement prédéterminés

979. La préférence pour l'absence de délais de jugement prédéterminés ne tombe pas sous le sens lorsque l'on évalue de manière générale les qualités de la justice et, en particulier, celles du mécanisme de renvoi préalable.

Si la prévision d'un bref délai imposé pour le jugement des renvois urgents n'est pas retenue, c'est au regard des nombreux faux avantages que cette solution présente (a). C'est pourquoi, il apparaît préférable de ne pas prévoir de brefs délais de jugement au profit du recours à des standards de délais de jugement adaptés aux différentes urgences (b).

a) Les faux avantages de la prédétermination d'un délai de

²⁰²⁴ S. DE LA ROSA, « L'article 6 § 1 de la Convention européenne, le Conseil constitutionnel et la question préjudicielle de constitutionnalité », *RFDC*, 2009, n° 80, p. 817.

²⁰²⁵ O. DORD, *Cours constitutionnelles nationales et normes européennes*, Thèse dact., Université Paris X, 1996, p. 654.

²⁰²⁶ M. GUILLAUME, « Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme », in *La conscience des droits. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Dalloz, 2011, p. 297.

²⁰²⁷ Délai de jugement des questions incidentes de constitutionnalité par la Cour constitutionnelle italienne : 362 jours (2017), 389 jours (2018), 272 jours (2019).

jugement

980. Le jugement des renvois au titre des procédures accélérées et d'urgence n'est soumis qu'à une obligation de moyen²⁰²⁸. En d'autres termes, la mise en œuvre des procédures accélérées et d'urgence impose aux cours européennes une obligation de juger rapidement. Ces procédures ne sauraient donc faire peser sur ces juridictions une obligation de résultat qui les contraindrait à juger dans un certain délai prédéterminé par les règles qui les régissent ou celles qui réglementent le jugement du procès *a quo*²⁰²⁹. En tout état de cause, l'absence de prévision d'un délai de jugement n'empêche nullement le juge de statuer en urgence (α). De plus, les avantages de la prédétermination d'un délai de jugement présentés ci-dessus sont d'une parfaite relativité (β).

a) L'absence de prévision d'un délai de jugement n'empêche pas le juge de statuer en urgence

981. L'absence de délai de jugement des demandes de mise en œuvre d'une procédure accélérée ou d'urgence n'empêche pas le juge de statuer en urgence. La durée moyenne entre l'introduction d'une demande de mise en œuvre de la procédure préjudicielle d'urgence et la décision de la chambre de l'urgence, délai de traduction inclus, est environ de 14,5 jours pour l'année 2020 sachant qu'une décision d'acceptation de la PPU est en mesure d'être rendue dans le délai d'un jour²⁰³⁰. Si l'absence de délai de jugement des demandes de mise en œuvre de la PPU n'empêche aucunement la Cour de justice de l'UE de faire montre d'une parfaite capacité à se prononcer en urgence, l'on constate que la décision d'engager ou non les procédures accélérées de traitement des renvois préjudiciels et des demandes d'avis consultatifs intervient en revanche de manière plutôt tardive. En effet, cette célérité particulièrement remarquable de traitement des demandes de mise en œuvre de la procédure préjudicielle d'urgence contraste très nettement avec le délai variable allant de quelques semaines à quatre mois que l'on observe dans le rendu d'ordonnances par le Président de la Cour de justice de l'UE relatives à l'acceptation ou au rejet des demandes d'application de la

²⁰²⁸ Concernant le cas de procédures préjudicielles accélérée et d'urgence, voir en ce sens : M. BLANQUET et P. ESPLUGAS-LABATUT, « Quel(s) usage(s) de la question préjudicielle devant la Cour de justice par les Cours constitutionnelles ? » in P. ESPLUGAS-LABATUT, X. MAGNON, W. MASTOR et *alii.* (dir.), *L'office du juge constitutionnel face aux exigences supranationales*, Bruylant, 2015, p. 217.

²⁰²⁹ Sur l'absence de prise en compte des contraintes temporelles du juge *a quo*, voir *supra* : Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, Paragraphe 3.

²⁰³⁰ CJCE, 11 juillet 2008, *Inga Rinau*, C-195/08 PPU.

procédure préjudicielle accélérée. De même, l'application de la procédure accélérée pour le traitement de la demande d'avis consultatif soumise par la Cour constitutionnelle d'Arménie en application du protocole n° 16 a été acceptée dans un délai de 70 jours, soit plus de deux mois.

982. L'absence de délai de jugement des renvois n'empêche pas le juge de statuer en urgence. Dans un document de réflexion, la Cour de Luxembourg proposait que soit fixé un délai contraignant de jugement des renvois préjudiciels au titre de la PPU²⁰³¹. Si elle n'a toutefois pas précisé quel pourrait être ce délai, force est de constater que l'idée n'a pas été retenue et que cela n'a pas été dommageable. En effet, même s'il tend à croître depuis quelques années et, en dépit de l'absence de délais de jugement prédéterminés, le délai moyen de la PPU s'établit, depuis l'entrée en vigueur de cette procédure, à 2,4 mois²⁰³². Le premier arrêt rendu au terme d'une PPU l'a même été au terme d'un bref délai record de jugement de cinquante jours²⁰³³. Finalement, il appert que cette durée moyenne est compatible avec les prévisions du Conseil de l'UE qui avait suggéré une enveloppe temporelle pour le traitement des affaires soumises à la PPU comprise dans un délai qui ne saurait être inférieur à dix jours ouvrables et supérieur à trois mois²⁰³⁴. Il s'agit donc d'un délai moyen qui peut franchement être salué²⁰³⁵, notamment au regard de celui d'environ 15 mois qui a cours dans le cadre de la procédure préjudicielle ordinaire²⁰³⁶.

Concernant la procédure préjudicielle accélérée, le délai moyen de jugement était d'environ de quatre mois avant 2014²⁰³⁷ et d'un peu plus de 4,6 mois depuis cette même année et jusqu'en 2019²⁰³⁸.

Une fois encore, cette célérité particulièrement remarquable observée par la Cour de justice de

²⁰³¹ CJCE, *Document de réflexion relatif au traitement des questions préjudicielles relatives à l'espace de liberté, sécurité et justice*, 25 septembre 2006, JUR 356, COUR 42, JUSTCIV 208, ASIM 66, 13272/06, p. 3.

²⁰³² 2,1 mois (2008) ; 2,5 mois (2009) ; 2,1 mois (2010) ; 2,5 mois (2011) ; 1,9 mois (2012) ; 2,2 mois (2013) ; 2,2 mois (2014) ; 1,9 mois (2015) ; 2,7 mois (2016) ; 2,9 mois (2017) ; 3,1 mois (2018) ; 3,1 mois (2019).

²⁰³³ CJCE, 11 juillet 2008, *Inga Rinau*, C-195/08 PPU.

²⁰³⁴ Conseil de l'UE, Déclaration annexée à la décision 2008/79/CE, Euratom du Conseil du 20 décembre 2007 portant modification du statut de la Cour de justice (JO L 24/42, 29 janvier 2008), p. 44.

²⁰³⁵ *A contrario*, cette durée moyenne de la PPU était considérée, seulement quelques mois après l'entrée en vigueur de la PPU, par les parlementaires, au regard des observations fournies par de nombreuses juridictions des États membres de l'UE, comme « excessivement longue » : Parlement européen, *Rapport sur le rôle du juge national dans le système judiciaire européen*, 4 juin 2008, 2007/2027 (INI), p. 5.

²⁰³⁶ Depuis 2001 : 22,7 mois (2001) ; 24,1 mois (2002) ; 25,5 mois (2003) ; 23,5 mois (2004) ; 20,4 mois (2005) ; 19,8 mois (2006) ; 19,3 mois (2007) ; 16,8 mois (2008) ; 17,1 mois (2009) ; 16,1 mois (2010) ; 16,3 mois (2011) ; 15,6 mois (2012) ; 16,3 mois (2013) ; 15 mois (2014) ; 15,3 mois (2015) ; 15 mois (2016) ; 15,7 mois (2017) ; 16 mois (2018) ; 14,4 mois (2019).

²⁰³⁷ V. KRONENBERGER, « Actualité du renvoi préjudiciel, de la procédure préjudicielle d'urgence et de la procédure préjudicielle accélérée – *Quo vadis ?* », in S. MAHIEU (dir.), *Contentieux de l'Union européenne. Questions choisies*, Larcier, 2014, p. 423.

²⁰³⁸ 3,5 mois (2014) ; 5,3 mois (2015) ; 4 mois (2016) ; 8,1 mois (2017) ; 2,2 mois (2018).

l'UE pour le jugement des renvois préjudiciels soumis aux procédures préjudicielles accélérée et d'urgence ne trouve pas son pendant devant la Cour EDH. En effet, alors même que le premier avis rendu par la Cour strasbourgeoise l'a été au terme d'un délai de six mois²⁰³⁹, le second avis, qui a pourtant bénéficié de la procédure accélérée, a été rendu dans un délai de neuf mois²⁰⁴⁰. Par conséquent, le délai moyen pour le rendu par la Cour EDH des avis consultatifs s'établit pour l'instant à 7,5 mois. Si ce délai reste inférieur à la moyenne actuelle de celui de traitement des recours individuels par la Grande chambre, il ne saurait toutefois et évidemment pas satisfaire le traitement en temps utile d'une affaire urgente. Pour autant, ce délai moyen a majoritairement été salué par la doctrine et même été qualifié de rapide notamment au regard des délais qui ont cours dans le cadre de la procédure du recours individuel²⁰⁴¹. L'avenir donnera certainement à la Cour l'opportunité de prouver sa capacité de statuer en urgence sur une demande d'avis consultatif qui le nécessite.

β) La relativité des avantages de la prédétermination d'un délai de jugement

983. Concrètement, les délais prévus pour le traitement des QPC et des demandes d'avis contentieux au Conseil d'État peuvent s'avérer incompatibles avec le droit à un délai raisonnable de jugement. Le constat du caractère abstraitement compatible des délais préfixés de jugement des QPC et des demandes d'avis contentieux par les deux juridictions du Palais Royal est une appréciation toute relative lorsqu'il est rapporté à telle ou telle situation concrète d'urgence. Si l'on se focalise sur des cas concrets urgents, il devient légitime d'estimer que la précision d'un bref délai de jugement des renvois n'est pas forcément de nature à immuniser les procédures de la QPC et des demandes d'avis contentieux au Conseil d'État de toute sanction au titre de la violation du droit à un jugement rendu dans un délai raisonnable. Il peut en effet arriver que les délais procéduraux puissent ne pas être qualifiés de raisonnables au regard de la situation concrète de vulnérabilité dans laquelle se trouve un justiciable. Dans de nombreuses situations de vulnérabilité telles que la détention, la rétention ou encore l'expulsion

²⁰³⁹ CEDH, GC, avis, 10 avril 2019, *Reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention*, n° P16-2018-001.

²⁰⁴⁰ CEDH, GC, avis, 29 mai 2020, *Utilisation de la technique de « législation par référence » pour la définition d'une infraction et aux critères à appliquer pour comparer la loi pénale telle qu'elle était en vigueur au moment de la commission de l'infraction et la loi pénale telle que modifiée*, n° P16-2019-001.

²⁰⁴¹ Voir par exemple à propos du premier avis consultatif rendu : A.-S. BRUN-WAUTHIER et G. VIAL, « Gestation pour autrui : le cercle vertueux du dialogue des juges – À propos de l'avis consultatif de la Cour EDH du 10 avril 2019 », *RDLF*, 2019, chron. n° 22.

d'un ressortissant étranger, ce délai est suffisamment long pour que pendant le temps de son écoulement, des préjudices graves voire irréversibles frappent des justiciables.

Le contentieux portant sur la législation relative à l'hospitalisation sans consentement est illustratif du risque de violation du droit des justiciables à un délai raisonnable de jugement. Au seul stade de son traitement par le juge de la rue de Montpensier, c'est-à-dire sans compter les délais qui ont couru durant la ou les phases de filtrage, le délai moyen de jugement des QPC ayant pour objet une disposition législative relative aux mesures d'hospitalisation sans consentement est de 77 jours²⁰⁴². Dans deux affaires mettant en cause la France, la Cour de Strasbourg a jugé que le délai de 46 jours pour statuer sur une demande de sortie immédiate formulée par une personne hospitalisée d'office en application de l'article L. 3211-12 du Code de la santé publique par le juge des libertés et de la détention excède « le bref délai » imposé par l'article 5 de la Conv. EDH²⁰⁴³. Cet exemple est parfaitement contingent, puisque, *a contrario*, la Cour EDH considère comme un délai bref et raisonnable de jugement en matière d'hospitalisation d'office celui de 24 jours²⁰⁴⁴, d'un mois²⁰⁴⁵ ou même encore un délai de 4 mois²⁰⁴⁶.

984. La détermination d'un délai de jugement maximum n'est pas forcément gage de prévisibilité. La prévisibilité n'est pas forcément assurée par la fixation d'un délai de jugement dans les règles de procédure. Cela est d'autant plus vrai que la non-observation de tels délais n'est jamais sanctionnée. Le délai de trois mois qui enserme le jugement des QPC et des demandes d'avis contentieux n'est qu'indicatif puisqu'il n'est pas prescrit à peine de nullité. Dans l'hypothèse où le Conseil d'État n'aurait pas rendu d'avis au terme du délai de trois mois, la seule sanction du dépassement du délai pour statuer est la possibilité pour la juridiction

²⁰⁴² Moyenne établie sur les décisions : CC, décision n° 2010-71 QPC, 26 novembre 2010, *Mlle Danielle S. [Hospitalisation sans consentement]* (63 jours) ; CC, décision n° 2011-135/140 QPC, 9 juin 2011, *M. Abdellatif B. et autre [Hospitalisation d'office]*, (63 jours) ; CC, décision n° 2011-174 QPC, 6 octobre 2011, *Mme Oriette P. [Hospitalisation d'office en cas de péril imminent]*, (92 jours) ; CC, décision n° 2011-185 QPC, 21 octobre 2011, *M. Jean-Louis C. [Levée de l'hospitalisation d'office des personnes pénalement irresponsables]*, (87 jours) ; CC, décision n° 2011-202 QPC, 2 décembre 2011, *Mme Lucienne Q. [Hospitalisation sans consentement antérieure à la loi n° 90-527 du 27 juin 1990]*, (65 jours) ; CC, décision n° 2012-235 QPC, 20 avril 2012, *Association Cercle de réflexion et de proposition d'actions sur la psychiatrie [Dispositions relatives aux soins psychiatriques sans consentement]*, (72 jours) ; CC, décision n° 2013-367 QPC, 14 février 2014, *Consorts L. [Prise en charge en unité pour malades difficiles des personnes hospitalisées sans leur consentement]*, (72 jours) ; CC, décision n° 2020-844 QPC, 18 juin 2020, (104 jours).

²⁰⁴³ CEDH, 14 avril 2011, *Patoux c. France*, n° 35079/06 ; CEDH, 18 novembre 2010, *Baudoin c. France*, n° 35935/03.

²⁰⁴⁴ CEDH, 27 juin 2002, *L.R. c. France*, n° 33395/96, § 38.

²⁰⁴⁵ CEDH, 18 juin 2002, *Delbec c. France*, n° 43125/98, § 38.

²⁰⁴⁶ CEDH, 27 octobre 2005, *Mathieu c. France*, n° 68673/01, § 37.

émettrice d'une demande d'avis contentieux de poursuivre le jugement du litige sur lequel elle avait sursis à statuer, sans devoir attendre plus longtemps la réponse à sa question. La dernière phrase de l'article L. 113-1 du CJA prévoit en effet qu'il « est sursis à toute décision au fond jusqu'à un avis du Conseil d'Etat ou, à défaut, jusqu'à l'expiration de ce délai »²⁰⁴⁷. Il n'est à notre connaissance toutefois jamais arrivé qu'une juridiction demanderesse se prévale de ce pouvoir lui permettant de passer outre le non-respect du délai de trois mois imparti à la juridiction administrative suprême pour statuer. Par ailleurs, à la différence du Conseil constitutionnel, il est de la fâcheuse habitude du Conseil d'État de ne pas le respecter. En effet, le délai moyen de réponse à une demande d'avis contentieux est d'environ quatre mois²⁰⁴⁸. Il est donc supérieur aux prescriptions législatives du code de justice administrative et a même pu s'établir, dans un cas, à une durée de neuf mois²⁰⁴⁹.

985. La fixation rapide d'un calendrier d'examen des renvois comme véritable gage de prévisibilité des délais de jugement. Un marqueur important de la prévisibilité des délais de jugement d'un renvoi réside dans la fixation rapide d'un calendrier de leur examen par la juridiction *ad quem*. À cette fin, il s'agit pour le juge *ad quem* de préciser le plus tôt possible, après avoir été saisi, les dates limites de réception des observations écrites, d'audiencement de l'affaire et de rendu d'une décision.

Le lendemain de sa saisine d'une première QPC relative au régime législatif d'état d'urgence sécuritaire permettant le prononcé de mesures administratives d'assignation à résidence, le Conseil constitutionnel a annoncé que l'audience se tiendrait le 17 décembre au matin, soit seulement six jours plus tard et que la décision serait publiée le 22 décembre²⁰⁵⁰. Le juge de l'aile Montpensier du Palais Royal a également pu faire savoir aux parties à une instance principale devant le juge administratif du référé-liberté du Conseil d'État le « calendrier prévisionnel » d'examen d'une QPC avant même que celle-ci ne lui ait été renvoyée par le Conseil d'État²⁰⁵¹. En l'espèce, en termes de prévisibilité, le Conseil constitutionnel n'aurait pu faire mieux.

²⁰⁴⁷ Nous soulignons.

²⁰⁴⁸ Une étude produite en 2002 relevait un délai moyen d'examen des demandes d'avis par le Conseil d'État d'environ quatre mois et demi.

²⁰⁴⁹ CE, avis, 10 juin 2020, n° 435379.

²⁰⁵⁰ CC, décision n° 2015-527 QPC, 22 décembre 2015, *M. Cédric D. [Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence]*.

²⁰⁵¹ CE, 29 mai 2017, *Association « En marche ! »*, n° 410833, pt. 9.

En cas d'acceptation d'une demande de mise en œuvre de la procédure préjudicielle accélérée, l'article 105 § 2 du RP CJUE prévoit que le Président de la Cour « fixe *immédiatement* la date de l'audience »²⁰⁵² qui sera communiquée aux parties et différentes personnes intéressées. Il est en revanche regrettable de constater que la mention du caractère « immédiat » de la fixation et de la communication de la date de l'audience consécutif à l'acceptation de la mise en œuvre de la PPU n'est pas formulée dans l'article 110 § 3 du RP CJUE²⁰⁵³ ni même dans les règles de procédure relatives à la procédure accélérée de traitement des avis consultatifs par la Cour EDH.

986. Aussi court soit-il, il n'est pas question dans les situations d'urgence que le justiciable ait à s'attendre à la résolution de son litige dans un délai *raisonnable*. Les situations graves et/ou irréversibles d'atteintes aux droits fondamentaux ne se contentent pas d'un délai raisonnable d'intervention d'une décision juridictionnelle. Elles somment le juge d'agir en urgence, c'est-à-dire dans un délai *utile*. Il est préférable d'utiliser le terme de délai utile pour caractériser celui au terme duquel le jugement perd toute fonction pour le requérant à l'instance principale ou, pour le défendeur dans le cadre d'une instance pénale.

Parce que le juge *a quo* et le justiciable n'ont pas besoin de *prévisibilité* mais d'*utilité*, la prévision d'un délai, aussi raisonnable soit-il, n'apparaît pas comme une solution opportune pour le traitement des affaires urgentes. Il paraît plus judicieux de préférer la mise en place de standards temporels véritablement adaptés aux situations d'urgence.

b) Le rejet de délais de jugement préfixés pour les renvois urgents

987. Le caractère relatif de l'urgence justifie qu'il ne faille pas imposer de délais déterminés de jugement (α). Il apparaît au contraire préférable de proposer la généralisation de standards temporels de jugement adaptés aux situations d'urgence (β).

α) Le caractère relatif de l'urgence justifie qu'il ne faille pas imposer de délais déterminés de jugement

²⁰⁵² Nous soulignons.

²⁰⁵³ L'article 110 § 3 du RP CJUE prévoit simplement et notamment que la « date de l'audience est communiquée aux intéressés ».

988. Par nature, l'urgence est plurielle et relative en ce sens qu'il en existe différents degrés²⁰⁵⁴. Plus précisément, à chaque cas d'espèce correspond une urgence particulière et donc distincte des autres. À cette pluralité des urgences, s'ajoute une diversité dans la complexité des questions de droit posées sur renvoi. La résolution de certaines affaires urgentes peut être plus ou moins aisée à atteindre en comparaison d'autres affaires. C'est pourquoi, il est préférable que le délai de jugement puisse être modulable selon ces considérations et non pas qu'il soit enserré dans une fourchette temporelle imposée et fixée dans l'abstrait et *a priori*.

Au profit d'une certaine souplesse, il n'y a donc pas lieu de se hasarder dans la préconisation abstraite de délais de jugement prédéterminés *ne varietur*²⁰⁵⁵. Aussi, le temps consacré au jugement doit garantir *in fine* la qualité de la décision ainsi que le respect nécessairement impérieux et chronophage d'un certain nombre de garanties processuelles fondamentales²⁰⁵⁶. En somme, pour qu'il y ait « à la fois célérité et qualité, ce qui importe, en définitive, ce n'est pas tant une durée courte de la procédure qu'un temps adapté à la nature du litige, un temps concret, "sur mesure", en rapport avec les situations concrètes des parties au cours de l'instance et à la catégorie de litiges concernée »²⁰⁵⁷. L'observation rigoureuse par le juge d'un délai prédéterminé, aussi bref soit-il, n'empêche aucunement qu'une situation plus urgente que les autres rende le jugement à intervenir inutile pour le juge *a quo* et les justiciables à l'instance principale. Il faut donc que le délai de jugement « coïncide avec celui des parties »²⁰⁵⁸.

Par conséquent, à la prescription abstraite, arbitraire et *a priori* d'un délai quantifié, il nous paraît préférable de privilégier une solution qui consiste à enserrer l'intervention du juge dans des standards temporels de jugement, c'est-à-dire dans des cadres temporels qui soient à la mesure de l'urgence des affaires qui peuvent lui être soumises. C'est ce que le professeur Soraya Amrani-Mekki appelle « la recherche d'un *temps optimal* au regard d'une affaire

²⁰⁵⁴ Voir *supra* concernant le caractère relatif et la définition donnée de l'urgence : Introduction générale, Section 1, Paragraphe 1.

²⁰⁵⁵ En ce sens, un auteur a pu, au soutien d'une proposition de création d'une procédure de traitement en urgence de certaines QPC, suggérer que celles-là puissent contraindre le Conseil constitutionnel à statuer dans un délai de sept jours : S. SLAMA, « Plaidoyer pour l'instauration d'une procédure d'examen des questions prioritaires de constitutionnalité en urgence », *CRDF*, 2011, n° 9, p. 67.

²⁰⁵⁶ Sur la conciliation des droits processuels fondamentaux et de l'urgence devant le juge des lois, voir *infra* : Partie 2, Titre 2.

²⁰⁵⁷ J.-C. MAGENDIE, *Célérité et qualité de la justice. La gestion du temps dans le procès. Rapport remis au Garde des sceaux*, La documentation française, 2004, p. 17.

²⁰⁵⁸ R. DRAGO, « Préface » in O. DUGRIP, *L'urgence contentieuse devant les juridictions administratives*, PUF, 1991, p. 5. On trouve la formule identique dans : B. STIRN, « Juge des référés, un nouveau métier pour le juge administratif », in *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 799.

considérée »²⁰⁵⁹. Eu égard au caractère relatif de l'urgence, il nous faut entreprendre la recherche de standards temporels de jugement adaptés aux différentes situations d'urgence.

β) La mise en place de standards temporels adaptés aux situations d'urgences

989. Le Conseil constitutionnel et la Cour de justice de l'UE manifestent une certaine volonté d'adapter leurs délais de jugement aux situations à l'origine de leurs saisines. Or, ce souhait ne concerne ni la procédure de la QPC ni celle du renvoi préjudiciel. Par conséquent, la volonté de ces deux juridictions n'est pas d'adapter leurs délais de jugement aux situations d'urgence à l'origine de la mise en œuvre des renvois. En effet, ce n'est qu'à l'occasion de recours directs en appréciation de validité par voie d'action que ces deux juridictions ont pu faire montre d'une volonté d'adaptation de leurs délais de jugement. C'est par exemple ainsi que la Cour de justice a pu juger, dans le cadre d'un recours en annulation, qu'il lui revenait de s'assurer qu'une décision puisse intervenir dans « des délais utiles »²⁰⁶⁰. De même, c'est en matière de contrôle *a priori* de la constitutionnalité des lois, que le juge de la rue de Montpensier « adapte le délai d'examen aux circonstances »²⁰⁶¹ de la saisine. C'est en ce sens que les Hautes autorités de saisines peuvent par conséquent intégrer le fait que « les contraintes du temps législatif ont été intériorisées par le Conseil constitutionnel qui, conscient de la nature chronophage de son intervention, s'est adapté »²⁰⁶². Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs expressément exprimé que l'objet du contrôle *a priori* de la constitutionnalité des lois est « non de gêner ou retarder l'exercice du pouvoir législatif mais d'assurer sa conformité à la Constitution »²⁰⁶³. Il est donc regrettable que l'on ne trouve pas ces mêmes intentions concernant l'adaptation du délai de jugement des renvois aux circonstances du litige principal²⁰⁶⁴ car l'efficacité d'un renvoi préalable dépend dans une certaine mesure de sa capacité à répondre aux prétentions des requérants dans un temps qui coïncide avec la situation d'urgence dans laquelle se trouve un justiciable partie à l'instance principale.

²⁰⁵⁹ S. AMRANI-MEKKI, « Le principe de célérité », *RFAP*, 2008, n° 125, p. 43. Nous soulignons.

²⁰⁶⁰ CJCE, 7 septembre 2006, *Royaume d'Espagne c. Conseil de l'Union européenne*, C-310/04, pt. 23.

²⁰⁶¹ P. JAN, « L'accès au juge : modalités et procédures », *Rapport pour le deuxième congrès de l'A.C.C.P.U.F.*, 1 février 2000, p. 48 (en ligne : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/>).

²⁰⁶² C.-É. SÉNAC, *L'office du juge constitutionnel. Étude du contrôle de constitutionnalité par les juridictions françaises*, LGDJ, 2015, p. 278. Voir notamment nos développements relatifs à l'attention portée par le Conseil constitutionnel, dans le cadre du contrôle *a priori* de la constitutionnalité des lois, à l'urgence du Gouvernement et du législateur. Voir *supra* : Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, Paragraphe 2, B), 2).

²⁰⁶³ CC, décision n° 85-197 DC, 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, consid. 20.

²⁰⁶⁴ Voir *supra* : Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, Paragraphes 2 et 3.

990. Parmi la pluralité des situations d'urgence qui naissent selon les types d'atteintes aux droits fondamentaux, l'on peut distinguer deux typologies d'urgence. La première concerne les situations de risque d'atteintes législatives *irréversibles* aux droits fondamentaux. Pour répondre à ce type d'urgence, il convient d'imposer au juge des lois de statuer dans un « délai utile ». La seconde catégorie d'urgence concerne les atteintes législatives *graves* aux droits fondamentaux. Il est dans ce cas recommandable que le juge doive alors statuer « sans délai » ou dans les « meilleurs délais ».

991. Pour une obligation de respect d'un « délai utile » de jugement des renvois dans les situations de risque de violations irréversibles des droits fondamentaux. Exposant au Corps législatif la justification de la mention des référés civils d'urgence dans le code de procédure civile, Pierre-François Réal exposait en 1806 « qu'il est des circonstances dans lesquelles le délai d'un seul jour et même le délai de quelques heures, peuvent être la source des plus grandes injustices, et causer des pertes irréparables »²⁰⁶⁵. En d'autres termes, eu égard aux effets irréversibles de violations du droit à la vie ou à l'intégrité physique d'une personne, les heures et les jours qui s'écoulent entre la saisine d'un juge et le prononcé de sa décision peuvent aisément être la source d'un déni de justice et non plus simplement d'un délai de jugement déraisonnable. C'est pourquoi, concernant ces risques imminents d'atteintes irréversibles, autrement dit irréparables, aux droits fondamentaux, il y a lieu de recommander que le jugement soit rendu dans un « délai utile », c'est-à-dire avant que ledit dommage ne survienne et qu'il ne soit par conséquent plus réparable. Le but étant aussi celui de permettre que ce délai utile de jugement puisse préserver l'objet du litige dans le cadre de l'instance principale.

Cet objectif de jugement dans un délai utile n'est pas intrinsèquement incompatible avec le caractère objectif d'un contentieux. La preuve nous en est donnée dans une affaire emblématique du Conseil d'État portant sur un recours en annulation. En effet, tandis que le délai moyen de jugement de ces recours était de plusieurs années, dans l'affaire *Canal*, la juridiction administrative suprême a su statuer sur un recours pour excès de pouvoir dans le délai d'un mois afin que l'arrêt soit rendu avant que le requérant soit victime de la peine capitale à laquelle il avait été condamné par un tribunal militaire²⁰⁶⁶.

²⁰⁶⁵ P.-F. RÉAL, « Exposé des motifs », in *Code de procédure civile. Motifs et rapports*, 1806, p. 134.

²⁰⁶⁶ CE, ass., 12 octobre 1962, *Canal, Robin et Godot*, n° 58502.

992. Pour une obligation de répondre à un renvoi « sans délai » dans les situations urgentes de violation graves des droits fondamentaux. Si l'on se réfère à nouveau à l'exposé au Corps législatif en 1806 du code de procédure civile, l'on relève les propos d'un orateur rappelant que « partout il s'élève des contestations qui sont d'une telle nature, qu'on peut dire qu'on est sans justice, si la décision n'est pas rendue à l'instant où elles naissent »²⁰⁶⁷.

Ce souci de répondre à un renvoi « sans délai » dans les situations de violations *graves* des droits fondamentaux semble partagé par la Cour de justice de l'UE. En effet, lorsqu'elle est saisie sur renvoi d'une affaire concernant spécifiquement le cas d'une personne détenue dans le cadre de l'instance principale, elle fait expressément référence au quatrième alinéa de l'article 267 du TFUE et juge qu'elle « statue dans les plus brefs délais », c'est-à-dire le plus vite possible.

La jurisprudence du Conseil constitutionnel mobilise également des standards relatifs aux « brefs délais » de jugement pour le traitement juridictionnel des affaires urgentes. Or, l'application de la jurisprudence relative à ces standards ne vise que les procès devant les juridictions ordinaires et spécialement des juridictions judiciaires. En effet, le Conseil constitutionnel ne s'estime, sur ce point, malheureusement pas lié par sa propre jurisprudence²⁰⁶⁸. De plus, celle-ci ne fait aucune distinction selon que l'atteinte aux droits fondamentaux est *irréversible* (telles que les mesures médicales d'arrêt des traitements ayant pour effet d'entraîner la mort d'un patient) ou *grave* (telles que les mesures restrictives ou privatives de libertés).

Pour être effectif, un recours contre une procédure collégiale préalable à une décision de limitation ou d'arrêt des traitements d'une personne hors d'état d'exprimer sa volonté prévue par le code de la santé publique et ayant pour effet *irréversible* de mettre fin à la vie du patient, doit « pouvoir être examiné dans les meilleurs délais »²⁰⁶⁹ par un juge. Les recours contre ce type de décisions n'étant pas suspensifs, il aurait été préférable d'exiger du juge qu'il statue dans un délai *utile*, c'est-à-dire avant que la décision qu'il doit rendre ne devienne sans objet du fait du décès du patient. Pour les atteintes *graves* aux droits fondamentaux comme celles portées à l'encontre de la liberté individuelle par des mesures privatives de liberté telles que la détention, la rétention, les mesures de mise en quarantaine, de placement et de maintien en isolement ou encore d'hospitalisation d'office, l'on peut en revanche pleinement saluer la

²⁰⁶⁷ J. GRENIER, « Exposé des motifs », in *Code de procédure civile. Motifs et rapports*, 1806, p. 356.

²⁰⁶⁸ Voir *infra* : Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, Paragraphe 2, B), 1), b).

²⁰⁶⁹ CC, décision n° 2017-632 QPC, 2 juin 2007, *Union nationale des associations de familles de traumatisés crâniens et de cérébro-lésés [Procédure collégiale préalable à la décision de limitation ou d'arrêt des traitements d'une personne hors d'état d'exprimer sa volonté]*, pt. 17.

jurisprudence du Conseil constitutionnel qui impose au juge devant lequel de telles mesures sont contestées de statuer « dans le plus bref délai possible »²⁰⁷⁰, « dans le plus court délai possible »²⁰⁷¹ ou encore « dans les plus brefs délais »²⁰⁷². De plus, en matière de privation de liberté, une procédure ne prévoyant pas de délai maximum dans lequel le juge judiciaire doit statuer n'est pas contraire à la Constitution dès lors que le juge judiciaire statue dans les plus brefs délais²⁰⁷³. Enfin, concernant des mesures restrictives de liberté telles que celles portant assignation à résidence d'une personne, le juge ordinaire doit également être en mesure de statuer « dans de brefs délais »²⁰⁷⁴.

993. Après avoir posé le cadre constitutif des règles d'organisation procédurale dans lesquelles s'opère, sur renvoi, le procès urgent des lois, il convient dès à présent de se pencher sur les modalités d'exercice de l'opération à proprement dite de contrôle de la validité ou de l'interprétation conforme des lois aux droits fondamentaux.

II) Les effets de l'urgence sur les modalités de l'opération de contrôle des lois

994. L'urgence qui caractérise les données factuelles relatives à la situation concrète d'une personne partie au litige en cours dans le cadre d'une instance principale a-t-elle une influence sur le contrôle du rapport de conformité des lois aux textes auxquels elles sont subordonnées ? Il s'agit pour le dire plus simplement de connaître les effets de l'urgence dans l'opération de contrôle des lois faite à l'occasion du renvoi d'une question de droit portant sur leur validité ou leur interprétation conforme. Globalement, le juge des lois maintient ses méthodes classiques de jugement puisque l'urgence imprime un effet quasi négligeable sur la nature du contrôle (A) et absolument nul sur son intensité (B).

A) L'influence négligeable de l'urgence sur la nature du contrôle des lois

²⁰⁷⁰ CC, 26 novembre 2010, décision n° 2010-71 QPC, *Mlle Danielle S. [Hospitalisation sans consentement]*, consid. 25 et 39.

²⁰⁷¹ CC, décision n° 2020-800 DC, 11 mai 2020, *Loi prorogeant l'état d'urgence et complétant ses dispositions*, pt. 41.

²⁰⁷² CC, Décision n° 2016-602 QPC du 9 décembre 2016, *M. Patrick H [Incarcération lors de l'exécution d'un mandat d'arrêt européen]*, consid. 20 ; Décision n° 2014-446 QPC du 29 janvier 2015, *M. Maxime T. [Détenion provisoire - examen par la chambre de l'instruction de renvoi]*, consid. 8. ; CC, 9 septembre 2016, décision n° 2016-561/562 QPC, *M. Mukhtar A. [Écrou extraditionnel]*, consid. 17.

²⁰⁷³ CC, 26 janvier 2015, décision n° 2014-446 QPC, *M. Maxime T. [Détenion provisoire - examen par la chambre de l'instruction de renvoi]*, consid. 8 et 9.

²⁰⁷⁴ CC, 16 février 2018, décision n° 2017-691 QPC, *M. Farouk B. [Mesure administrative d'assignation à résidence aux fins de lutte contre le terrorisme]*, pt. 18.

995. La question de la nature du contrôle exercé par le juge des lois lorsqu'il rend un jugement dans l'urgence est pertinente car « l'intégration d'éléments de concrétisation du contrôle amène nécessairement à dévier la solution »²⁰⁷⁵. Se pose alors la question de la mesure de l'importance des faits particuliers du litige caractérisant une situation d'urgence dans l'appréciation du rapport entre la loi et les droits fondamentaux ? Le juge des lois plonge-t-il ses « mains dans le cambouis des faits »²⁰⁷⁶ brûlants du litige à l'origine d'un renvoi lorsqu'il détermine la validité ou l'interprétation conforme aux droits fondamentaux d'une loi ? Peut-il réellement se tenir systématiquement à l'écart de cette matière qui se trouve être l'élément originel de la nécessité de son concours à la résolution du litige ? De manière nette, le contrôle des lois est essentiellement abstrait (1). L'on décèle néanmoins une tendance à la concrétisation du contrôle liée à la prise en compte de l'urgence (2).

1) La nature essentiellement abstraite du contrôle

996. L'on peut qualifier le contrôle opéré par le juge des lois comme étant *essentiellement* abstrait eu égard à la nature principalement objective du contentieux soumis aux procédures de renvoi préalable (a) qui implique le rejet systématique, par ce juge, de toute question de fait soulevée par une juridiction *a quo* (b).

a) La nature principalement objective du contentieux soumis aux procédures de renvoi préalable

997. **Explications théoriques.** À la différence des contentieux de type subjectif qui ont pour finalité essentielle de trancher des litiges relatifs à l'application de normes juridiques à des faits, le contentieux des lois porté devant les juridictions *ad quem* chargées de connaître des renvois préalables est objectif²⁰⁷⁷. La finalité qu'il s'agit de satisfaire est donc purement

²⁰⁷⁵ C. LAGRAVE, « Le caractère concret du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* dans les modèles espagnol, italien et français », in L. GAY (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé*, Bruylant, 2014, p. 241.

²⁰⁷⁶ P. MARTENS, « Le contrôle préjudiciel de constitutionnalité est-il un art abstrait ? », in *Liber amicorum Robert Andersen*, Bruylant, 2009, p. 423.

²⁰⁷⁷ Le député Jean-Luc Warsmann soulignait à l'Assemblée nationale que la QPC « présentera un caractère de contentieux objectif, dans l'intérêt du droit » : J.-L. WARSMANN, *Rapport relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, Assemblée Nationale, septembre 2009, n° 1898, p. 82. Dans le cadre du contrôle incident de la constitutionnalité des lois, la Cour constitutionnelle italienne indique que ce contrôle « doit être dirigé vers la satisfaction d'intérêts objectifs » : *Corte cost., sentenza* n° 75, 6 décembre 1965.

indépendante des intérêts subjectifs des justiciables parties à l'instance principale. Elle correspond à l'unification de l'interprétation du droit et à l'appréciation abstraite de sa validité. Il s'agit donc, dans ce type de contentieux, de mettre en rapport deux normes de valeur hiérarchique différente sans qu'aucune donnée factuelle liée au cas d'espèce ne vienne interférer dans cette opération. Le contexte procédural de l'instance en cours et les données factuelles de l'affaire ne sont en effet pas ou peu pris en compte par le juge *ad quem* au stade de l'opération de contrôle des lois. L'interprétation préjudicielle du droit et le contrôle de sa validité n'ont par conséquent pas à intégrer la prise en compte des faits particuliers du litige principal à l'origine du renvoi.

Cette dominance de la face abstraite du contrôle des lois est marquée par le fait que les décisions rendues par le juge *ad quem* sont dotées d'un effet *erga omnes*. Cet effet implique qu'il soit conféré au jugement rendu une portée générale, en ce sens qu'il est destiné à l'égard de tous et non pas aux seules parties à l'instance principale.

L'on constate enfin que le style de rédaction des arrêts emploie un vocabulaire et des formulations généraux pour les réponses apportées aux questions. Il y a là la traduction formalisée du contrôle abstrait d'une norme pour lequel il s'agit de laisser à la juridiction de renvoi le soin de déterminer l'application concrète d'une décision ou d'un avis au regard du cas d'espèce particulier dont elle est saisie.

998. Applications pratiques. Si la Cour de justice de l'UE connaît les faits de l'affaire en cours devant le juge *a quo*, la décision qu'elle est amenée à rendre doit apporter une réponse abstraite à la question de droit qui lui est posée²⁰⁷⁸. Lorsqu'elle interprète le droit ou contrôle sa validité, la Cour doit y procéder de manière abstraite, en ce sens qu'elle n'a pas à appliquer le droit aux faits de l'espèce du litige principal qui lui sont présentés²⁰⁷⁹. La Cour luxembourgeoise renonce en effet expressément à « appliquer le traité à une espèce déterminée »²⁰⁸⁰. C'est pour cela que sa jurisprudence peut être considérée comme une « sorte de banque de données juridiques opérant dans un environnement exempt de tout fait »²⁰⁸¹. C'est ainsi que, dans l'affaire *Cresco Investigation*, l'Avocat général près la Cour de justice de l'UE

²⁰⁷⁸ J. BOULOUIS, « Nouvelles réflexions à propos du caractère "préjudiciel" de la compétence de la Cour de justice des Communautés européennes statuant sur renvois des juridictions nationales, in *Mélanges offerts à Pierre-Henri Teitgen*, Pedone, 1984, p. 29.

²⁰⁷⁹ CJCE, 6 avril 1962, *Kledingverkoopbedrijf de Geus en Uitdenbogerd c. Robert Bosch GmbH et Maatschappij tot voortzetting van de zaken der Firma Willem van Rijn*, C-13/61, *Rec.* p. 106.

²⁰⁸⁰ CJCE, 15 juillet 1964, *Flaminio Costa c. ENEL*, C-6/64, *Rec.* p. 1157.

²⁰⁸¹ N. FENGER et M. BROBERG, *Le renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne*, Larcier, 2013, p. 466.

énonçait dans ses conclusions que dans le cadre de « l'examen de la question de la compatibilité abstraite d'une disposition de droit national avec la charte des droits fondamentaux et une directive de l'Union, le point de savoir ce qui est exactement appliqué au cas d'espèce revêt [...] une importance secondaire »²⁰⁸². Il a par conséquent proposé à la formation de jugement « une réponse générale qui concerne uniquement le contrôle (abstrait) de la compatibilité de règles »²⁰⁸³.

Puisque le Conseil constitutionnel n'est pas « compétent pour connaître de l'instance à l'occasion de laquelle la QPC a été posée »²⁰⁸⁴, le contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité des lois est abstrait²⁰⁸⁵. Le juge de la rue de Montpensier n'intègre pas les faits de l'espèce du litige principal dans son opération de contrôle de la conformité d'une disposition législative aux droits et libertés que la Constitution garantit²⁰⁸⁶. Les effets de l'application de la disposition législative contestée n'ont aucune incidence sur le contrôle opéré par le Conseil constitutionnel car, ainsi qu'il a pu l'inscrire dans le marbre de sa jurisprudence, la « méconnaissance éventuelle [d'un droit ou d'une liberté que la Constitution garantit] dans l'application des dispositions législatives n'a pas, en elle-même, pour effet d'entacher ces dispositions d'inconstitutionnalité »²⁰⁸⁷. Pareillement, la Cour constitutionnelle italienne considère en principe que, pour juger, elle « doit s'abstraire du cas d'espèce »²⁰⁸⁸ à l'origine du renvoi d'une question incidente de constitutionnalité. L'organisation de la procédure force ce caractère abstrait du contrôle puisque le renvoi d'une QPC se matérialise par un mémoire distinct et séparé de celui de la demande principale. De plus, l'extinction de l'instance principale n'emporte pas le dessaisissement du Conseil constitutionnel. Le contrôle *a posteriori* de la

²⁰⁸² M. BOBEK, Concl. présentées le 25 juillet 2018 sous CJUE, *Cresco Investigation GmbH c. Markus Achatzi*, C-193/17, pt. 3.

²⁰⁸³ M. BOBEK, Concl. présentées le 25 juillet 2018 sous CJUE, *Cresco Investigation GmbH c. Markus Achatzi*, *op. cit.*, pt. 38.

²⁰⁸⁴ CC, 3 décembre 2009, décision n° 2009-595 DC, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, consid. 27. La Cour constitutionnelle italienne s'inscrit dans cette même position en indiquant que les intérêts des parties « n'ont pas à être pris en compte dans le jugement de constitutionnalité » : *Corte cost.*, n° 75, 6 décembre 1965.

²⁰⁸⁵ La QPC « a pour fonction de confronter abstraitement une norme à une autre qui lui est supérieure, et non de trancher concrètement un litige afin de savoir si les droits fondamentaux du requérant ont été violés ou non *in casu* » : É. DUBOUT, « Quelle efficacité structurelle du procès constitutionnel ? », in E. CARTIER (dir.), *La QPC, le procès et ses juges. L'impact sur le procès et l'architecture juridictionnelle*, Dalloz, 2013, p. 211 ; A. VIALA, « L'indifférence de la nature du contrôle de constitutionnalité au contexte de la saisine », in E. CARTIER, L. GAY, et A. VIALA (dir.), *La QPC : vers une culture constitutionnelle partagée ?*, Institut Universitaire Varenne, 2015, p. 105.

²⁰⁸⁶ J.-J. PARDINI, « La prise en compte des faits de l'espèce dans l'interprétation de la loi par le juge constitutionnel », *Cahiers du CDPC*, 2012, n° 9, p. 19 ; J.-J. PARDINI, « La prise en compte des faits de l'espèce dans le jugement de la constitutionnalité des lois », in L. GAY (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé*, Bruylant, 2014, pp. 224 et s.

²⁰⁸⁷ CC, décision n° 2010-14/22 QPC, 30 juillet 2010, *M. Daniel W et autres. [Garde à vue]*, consid. 20.

²⁰⁸⁸ *Corte cost.*, *sentenza* n° 22, 20 février 1969, *Giur. cost.*, 1969, p. 149.

constitutionnalité des lois s'inscrit donc dans une parfaite continuité avec le contrôle *a priori* de la constitutionnalité des textes législatifs adoptés par le Parlement²⁰⁸⁹.

Dans sa fonction contentieuse, la Cour EDH est le modèle de référence en matière de contrôle concret²⁰⁹⁰. En revanche, dans sa fonction consultative nouvellement enrichie par le protocole n° 16 à la Conv. EDH, le contrôle qu'elle opère est appelé à devenir nettement plus abstrait²⁰⁹¹. En effet, ce protocole invite la Cour strasbourgeoise « à élaborer un nouveau type de contrôle à l'issue duquel celle-ci doit pouvoir proposer une solution "de principe" rompant avec la subtilité des faits et renouant avec la généralité du droit »²⁰⁹².

Pareillement, dans le cadre de la procédure des demandes d'avis contentieux, la Cour de cassation limite son contrôle de conventionnalité des lois au strict examen de questions de droit. Celui-ci se faisant donc à l'exclusion et sans l'interférence de toute question de fait. L'examen des demandes « implique un contrôle abstrait ne nécessitant pas l'analyse d'éléments de fait relevant de l'office du juge du fond »²⁰⁹³. Enfin, de jurisprudence constante, la Cour de cassation considère également toute demande d'avis contentieux impliquant l'examen de la situation concrète d'une espèce comme irrecevable²⁰⁹⁴.

En définitive, la situation concrète et subjective du justiciable à l'instance principale, fût-elle urgente, ne saurait en aucune manière s'interposer dans la confrontation d'une loi aux droits

²⁰⁸⁹ Le professeur Julien Bonnet explique bien l'existence d'une volonté du Conseil constitutionnel de « calquer » le contrôle *a priori* sur le contrôle *a posteriori* : J. BONNET, « Les contrôles *a priori* et *a posteriori* », *NCCC*, 2013, n° 40, pp. 111 et s. ; L. GAY, « Du contentieux *a priori* au contentieux *a posteriori* : l'occasion manquée d'un contrôle concret de constitutionnalité en France ? », *AJJC*, vol. XXIX-2012, 2013, p. 55 ; Le Conseil constitutionnel fait « le choix d'objectiver le plus possible le mécanisme de contrôle *a posteriori* sur le modèle de celui développé *a priori* » : É. DUBOUT, « Quelle efficacité structurelle du procès constitutionnel ? », in E. CARTIER (dir.), *La QPC, le procès et ses juges. L'impact sur le procès et l'architecture juridictionnelle*, Dalloz, 2013, p. 212.

²⁰⁹⁰ En ce sens, voir *supra* : Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, Paragraphe 1.

²⁰⁹¹ M. GUYOMAR, « Les rapports entre les cours nationales et la Cour européenne des droits de l'homme », *Rec. Dall.*, 2020, p. 503 : « même incarnée dans un procès, [la demande d'avis] porte en germe l'exercice [par la Cour EDH] d'un contrôle abstrait ».

²⁰⁹² B. DELZANGLES, « Les enjeux institutionnels de la première demande d'avis consultatif adressés à la Cour européenne des droits de l'Homme », *RDP*, 2020, n° 1, p. 171.

²⁰⁹³ C. cass., avis, 17 juillet 2019, n° 19-70.010 et 19-70.011.

²⁰⁹⁴ C. cass., avis, 11 mars 1994, n° 09-40-003 P : « La demande, qui suppose l'examen de situations concrètes nécessairement soumises à un débat contradictoire devant les juges du fond, ne rentre dans les prévisions de l'article L. 151-1 du Code de l'organisation judiciaire » ; C. cass., avis, 23 mai 2016, n° 16-70.002 : « La demande, [...], implique l'examen des circonstances de l'espèce, [...]. Elle n'entre pas, dès lors, dans les prévisions des textes susvisés relatifs à la procédure d'avis » ; C. cass., avis, 1 décembre 2003, n° 0030002P : « la compatibilité d'une disposition de droit interne dans une telle situation de fait avec la Convention européenne des droits de l'homme relève de l'office du juge du fond ; pour l'ensemble de ces motifs, la demande échappe à la procédure d'avis ». Voir également : J. BUFFET, « La saisine pour avis de la Cour de cassation », Exposé devant les premiers présidents de cours d'appel réunis à la Cour de cassation, 29 mars 2000, p. 4 (en ligne : https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/avis_15/presentation_saisine_avis_8018/loin_expose_36050.html) : « La difficulté soumise à la Cour de Cassation ne doit pas être mélangée de fait et de droit, et elle doit se présenter comme une question de pur droit. Il ne faut pas qu'il s'agisse d'une situation concrète, impliquant un débat contradictoire sur les faits devant les juges du fond ».

fondamentaux et servir de fondement à l'interprétation conforme d'une loi ou à une déclaration d'inconstitutionnalité ou d'inconventionnalité.

999. La nature principalement objective du contentieux traité par les procédures de renvoi préalable implique qu'elles soient conditionnées par l'existence d'une question de droit et que soient systématiquement rejetées toutes questions de fait.

b) Le rejet systématique des questions de fait posées sur renvoi

1000. Même si le juge des lois peut être à même de connaître la substance des faits dans le cadre de l'instance principale à l'origine d'un renvoi, il n'est pas de sa fonction première de porter une appréciation sur leur qualification, leur interprétation ou d'en tenir compte dans sa décision. Les décisions rendues sur renvoi portent sur le droit ; elles ne sauraient répondre à des questions de fait.

1001. Un rejet des questions de fait consacré de manière prétorienne. Dans le cadre de la procédure de renvoi préjudiciel, les questions de fait ne relèvent pas du pouvoir d'appréciation de la Cour mais de celui des juridictions nationales de renvoi²⁰⁹⁵, y compris lorsque la PPU est mise en œuvre²⁰⁹⁶.

À l'exception de l'examen de la réserve invoquée par le justiciable à l'origine d'une QPC concernant la condition de « changement des circonstances de fait » prévue aux articles 23-2 et 23-4 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, le Conseil constitutionnel ne traite que des questions de droit. L'examen de cette question de fait n'est toutefois pas une exception à l'office habituel du Conseil constitutionnel puisqu'il concerne uniquement le stade de la recevabilité des QPC et non pas les modalités du contrôle de la conformité d'une disposition législative aux droits et libertés que la Constitution garantit.

Pareillement, la Cour EDH a pris le soin de préciser dans le premier avis rendu qu'elle n'est pas compétente pour « se livrer à une analyse des faits »²⁰⁹⁷.

La règle de l'exclusion des questions de fait s'applique d'ailleurs également aux questions

²⁰⁹⁵ CJCE, 22 mars 1972, *Adalgisa Merluzzi c. Caisse primaire centrale d'assurance maladie de la région parisienne*, 80/71, pt. 10 : une question de fait « échappe à l'appréciation de la Cour et relève du juge national ».

²⁰⁹⁶ CJUE, 5 juin 2014, *Bashir Mohamed Ali Mahdi*, C-146/14 PPU, pt. 84.

²⁰⁹⁷ CEDH, GC, avis, 10 avril 2019, *Reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention demandé par la Cour de cassation française*, n° P16-2018-001, § 25.

préjudicielles échangées entre les deux ordres de juridiction²⁰⁹⁸.

1002. Un rejet des questions de fait déduit des conditions de recevabilité des demandes d'avis contentieux. Aux termes de l'article L. 113-1 du CJA, une demande d'avis contentieux au Conseil d'État est tout d'abord conditionnée par l'existence d'une « question de droit ». L'on ne saurait faire plus clair pour justifier l'exclusion des questions de fait dans le cadre de cette procédure. De plus, selon cette disposition, l'existence de cette « question de droit » doit se poser dans « de nombreux litiges ». Or, une question de fait qui concernerait la situation particulière d'urgence dans laquelle se trouve un requérant ne saurait par nature se poser dans de nombreux litiges au sens des dispositions régissant ces procédures²⁰⁹⁹. Le rejet des questions de fait est également transposable à la procédure des demandes d'avis contentieux à la Cour de cassation puisque les conditions de recevabilité prévues à l'article L. 441-1 alinéa 1 du COJ sont similaires à celles prévues par le code de justice administrative.

1003. Quand bien même le contentieux des renvois serait purement objectif et concernerait que le traitement de questions de droit, il serait illusoire de croire que le juge des lois se détache complètement des aspects concrets du litige à l'occasion duquel le renvoi a été soulevé. C'est en ce sens que l'on a pu dire que « le contrôle n'est pas concret ou abstrait, il est plus ou moins concret ou abstrait »²¹⁰⁰. En effet, le juge des lois n'est pas entièrement insensible à la prise en compte des faits urgents à l'origine de la saisine du juge *a quo*. Considérant leur nature comme étant essentiellement factuelle, l'intégration des données urgentes d'un litige principal dans l'examen d'un renvoi a pour effet de concrétiser le contrôle des lois opéré par les juridictions *ad quem*. S'il reste tout à fait convenu que le contrôle exercé par le juge des lois s'opère *in abstracto*, il n'en demeure pas moins qu'il ne s'agit que d'une part majoritaire du contrôle et qu'il fait donc une place, certes minoritaire, à la prise en compte des éléments concrets du litige principal.

²⁰⁹⁸ B. SEILLER, « Question préjudicielles », *Rep. Ctx. Admin*, septembre 2014 (actualisation : mars 2020), pts. 45 et s.

²⁰⁹⁹ En ce sens, voir : J. ARRIGHI DE CASANOVA, « Les témoins de Jéhovah peuvent-ils constituer des associations cultuelles ? Concl. sous CE, ass., 24 octobre 1997, *Association locale pour le culte des témoins de Jéhovah de Riom* », *RFDA*, 1998, n° 1, p. 61.

²¹⁰⁰ J. BONNET et A. ROBLOT-TROIZIER, « La concrétisation des contrôles de la loi », *RFDA*, 2017, n° 5, p. 821 ; A. STONE, « Qu'y a-t-il de concret dans le contrôle abstrait aux États-Unis ? », *RFDC*, 1997, n° 34, p. 227-250 ; C. GREWE, « À propos de la diversité de la justice constitutionnelle en Europe : L'enchevêtrement des contentieux et des procédures », in *Les droits individuels et le juge en Europe. Mélanges en l'honneur de Michel Fromont*, 2001, p. 255-266 ; M. FATIN-ROUGE STEFANINI, « La singularité du contrôle exercé *a posteriori* par le Conseil constitutionnel : la part de concret et la part d'abstrait », *NCCC*, 2013, n° 38, p. 211.

2) La concrétisation du contrôle des lois dans les situations d'urgence

1004. En toute hypothèse contentieuse, il est en pratique impossible de maintenir un cloisonnement étanche entre contrôle abstrait et concret²¹⁰¹. Sans exception, cet état de fait s'applique au mécanisme du renvoi préalable. Les *adjudicativs facts*, c'est-à-dire les éléments factuels du cas d'espèce présentés à l'instance principale, ne sauraient totalement et constamment être exclus de l'examen du rapport de conformité d'une loi aux droits fondamentaux. Le renvoi naît toujours dans le cadre de circonstances factuelles particulières dont certaines revêtent les habits de l'urgence. Par conséquent, y compris en dehors de toute situation d'urgence, le contrôle *a posteriori* des lois dans le cadre d'un renvoi préalable est sujet à la concrétisation (a). Mais, lorsque les faits caractérisent une situation d'urgence, ceux-ci sont à plus forte raison de nature à concrétiser l'opération de contrôle des lois (b).

a) La concrétisation du contrôle *a posteriori* et sur renvoi des lois

1005. La part de concrétisation du contrôle *a posteriori* et sur renvoi des lois se vérifie au regard d'une tendance croissante du juge *ad quem* à tenir compte des faits du litige dans son opération de jugement des renvois (α). S'ajoute à cela un mouvement corrélatif de subjectivisation du contentieux des lois sur renvoi (β).

a) Une tendance croissante à la prise en compte des faits du litige dans le jugement des renvois

1006. Le contrôle *a priori* de la constitutionnalité des lois n'est pas, en dépit de son caractère fondamentalement abstrait, dénué d'exemples dans lesquels il s'enrichit de la prise en compte des seuls types de faits susceptibles d'être retenus : les *legislative facts*²¹⁰².

²¹⁰¹ Cette règle s'applique également au contrôle de la conventionnalité des lois par le juge du provisoire. Voir *supra* : Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, Paragraphe 1. L'ancien président Gustavo Zagrebelsky fait le même constat concernant le contentieux *a posteriori* de la constitutionnalité des lois devant la *corte costituzionale* : G. ZAGREBELSKY, « Aspects abstraits et aspects concrets du contrôle de constitutionnalité des lois en Italie », *LPA*, 2009, n° 126, p. 12. Ce contrôle serait « incompatible avec une conception rigoureusement abstraite du contrôle de constitutionnalité » et « introduit dans le système un caractère concret marquant » qui rend « désormais insoutenable (...) la conception exclusivement abstraite du contrôle » de la constitutionnalité des lois. Voir également : J.-J. PARDINI, *Le juge constitutionnel et le « fait » en Italie et en France*, PUAM, 2001, pp. 358 et s.

²¹⁰² J.-J. PARDINI, *Le juge constitutionnel et le « fait » en Italie et en France*, *op. cit.*, 442 p. ; C. SEVERINO, *La doctrine du droit vivant*, PUAM-Economica, 2003, pp. 198-202. Dans le cadre du contrôle de la constitutionnalité des lois, les faits occupent « une place réduite » : T. DI MANNO, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions « interprétatives » en France et en Italie*, Economica-PUAM, 1997, p. 169 ; Un autre auteur justifie

En revanche, l'éventuelle prise en compte des *adjudicative facts* dépend du caractère *a posteriori* et sur renvoi du contrôle des lois. Dans cette configuration contentieuse, la concrétisation du contrôle serait même « inévitable » selon les termes du professeur Xavier Philippe car le « fait qu'il y ait une "affaire" à l'origine du litige ne pourra pas laisser le juge constitutionnel indifférent »²¹⁰³. Dans le même sens, la professeure Laurence Gay soutient que « le prisme par lequel est posée la question va influencer sur la réponse du juge constitutionnel qui, tranchant les intérêts en présence, prend bien en compte, fut-ce implicitement, la situation concrète initiale »²¹⁰⁴. Une autre auteure démontre, en prenant en exemples les systèmes étrangers de justice constitutionnelle, que la nouvelle procédure de contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité des dispositions législatives qui n'ont pas déjà été contrôlées par le Conseil constitutionnel a engendré une certaine « concrétisation du contrôle », tout en préservant néanmoins la « dimension abstraite »²¹⁰⁵ de ce dernier. La concrétisation du contrôle *a posteriori* et sur renvoi des lois n'est donc pas seulement inévitable ; elle est aussi avérée²¹⁰⁶ même si elle demeure toutefois « contenue »²¹⁰⁷. Cette tendance se vérifie parfaitement lorsque l'on porte un bref regard sur le mécanisme italien de la question incidente de constitutionnalité. En effet, initialement et formellement conçu comme un contrôle de constitutionnalité objectif et abstrait, la pratique de la Cour constitutionnelle italienne a modifié la nature du contrôle vers la prise en compte des données subjectives et concrètes du litige pendant devant le juge *a quo*²¹⁰⁸

qu'ils ont une « importance relative » : T. SANTOLINI, *Les parties dans le procès constitutionnel*, Bruylant, 2010, p. 284 et s. ; Voir également : J.-J. PARDINI, « Réalisme et contrôle des lois en Italie », *CCC*, 2007, n° 22, p. 160 ; J.-J. PARDINI, « L'opération de qualification des faits dans le contrôle de constitutionnalité des lois », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, pp. 335-359.

²¹⁰³ X. PHILIPPE, « Rapprochements et divergences persistantes des systèmes juridiques de *Civil Law* et de *Common Law* », *AIJC*, 2008, vol. XXIV, Economica-PUAM, p. 47. Voir également : J. BONNET, *Le contrôle de la loi par le juge ordinaire ou les carences de la question préjudicielle en appréciation de la constitutionnalité des lois*, VII^e Congrès de l'Association française de droit constitutionnel, 2008, (en ligne : www.droitconstitutionnel.org). L'auteur écrit que « Le principe même du contrôle des lois promulguées rend inévitable la confrontation concrète des faits au droit ».

²¹⁰⁴ L. GAY, « Repenser le contrôle concret de constitutionnalité. Plaidoyer pour une concrétisation accrue des QPC », in E. CARTIER, L. GAY, A. VIALA (dir.), *La QPC : vers une culture constitutionnelle partagée ?*, Institut Universitaire Varenne, 2015, p. 135 ; J. BONNET, « Les contrôles *a priori* et *a posteriori* », *NCCC*, 2013, n° 40, p. 105.

²¹⁰⁵ M. FATIN-ROUGE STEFANINI, « La singularité du contrôle exercé *a posteriori* par le Conseil constitutionnel : la part de concret et la part d'abstrait », *NCCC*, 2013, n° 38, p. 211.

²¹⁰⁶ CC, décision n° 2013-300 QPC, 5 avril 2013, *Chambre de commerce et d'industrie de Brest [Champ d'application de la « réduction Fillon » des cotisations patronales de sécurité sociale]*, consid. 1 : « Considérant qu'à la suite d'un contrôle portant sur la période s'étendant du 1^{er} janvier 2004 au 31 décembre 2006, la chambre de commerce et d'industrie de Brest a contesté le redressement décidé par l'URSSAF du Finistère ».

²¹⁰⁷ M. DISANT, *Droit de la question prioritaire de constitutionnalité : cadre juridique, pratiques jurisprudentielles*, Lamy, 2011, p. 107.

²¹⁰⁸ G. DE VERGOTTINI, « "Controllo incidentale" et Constitution vivante », in P. PASQUINO et D. ROUSSEAU, *La question prioritaire de constitutionnalité. Une mutation réelle de la démocratie constitutionnelle française ?*, Mare et martin, 2018, p. 117 ; P. PASSAGLIA, « La distinction entre contrôle abstrait et contrôle concret en Italie », *AIJC*, Economica-PUAM, vol. XXIX-2013, 2014, p. 61 ; J.-J. PARDINI,

et spécialement lorsque le contrôle porte sur la loi telle qu'elle est appliquée ou interprétée de manière constante par les juridictions ordinaires²¹⁰⁹.

1007. Pour rendre un avis consultatif, la Cour EDH admet se fonder sur « les faits tels qu'exposés »²¹¹⁰ par la juridiction de renvoi. Si elle estime sa connaissance des faits insuffisante, tel que cela a pu être le cas dans le deuxième avis qu'elle a rendu, la Cour EDH peut d'ailleurs demander un complément d'information à la juridiction demanderesse. Ce pouvoir est toutefois et évidemment source d'allongement supplémentaire de la durée de traitement du renvoi, puisque sa mise en œuvre a par exemple allongé d'un mois le traitement de ce deuxième avis. L'on perçoit par ailleurs l'importance des faits étant donné que la Cour EDH s'autorise à rejeter toute question qui n'aurait pas de lien avec le contexte factuel de l'affaire pendante devant la juridiction nationale de renvoi. L'on comprend bien qu'il y a également derrière ce pouvoir une volonté évidente de rejeter toute forme d'*actio popularis* de la part des Hautes juridictions internes. En effet, le rapport explicatif relatif à cette procédure énonce clairement que la demande d'avis « n'est pas destinée, [...] à permettre un examen théorique de la législation qui n'a pas à être appliquée dans l'affaire pendante »²¹¹¹.

1008. Il est une tendance nette à la concrétisation du contrôle du respect des droits fondamentaux par la Cour de justice de l'UE dans ses arrêts rendus sur renvoi préjudiciel²¹¹². L'interprétation et le contrôle de validité tend de plus en plus à prendre en compte les données factuelles de l'affaire à l'origine du renvoi. C'est par exemple ainsi que la Cour a procédé à l'interprétation de certaines dispositions du droit de l'UE au regard « des circonstances telles que celles des affaires au principal »²¹¹³.

Selon l'article 94 de son règlement de procédure, la Cour luxembourgeoise reçoit les données

Le juge constitutionnel et le « fait » en Italie et en France, PUAM, 2001, pp. 79-97. Voir par exemple : *Corte cost.*, sentenza n° 303, 18 juillet 1996.

²¹⁰⁹ C. SEVERINO, *La doctrine du droit vivant*, PUAM-Economica, 2003, pp. 190-196.

²¹¹⁰ CEDH, avis, 29 mai 2020, *Utilisation de la technique de « législation par référence » pour la définition d'une infraction et aux critères à appliquer pour comparer la loi pénale telle qu'elle était en vigueur au moment de la commission de l'infraction et la loi pénale telle que modifiée*, n° P16-2019-001, § 49.

²¹¹¹ Conseil de l'Europe, *Rapport explicatif sur le protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, 2 octobre 2013, pt. 10. Voir également : C. DEMUNCK, « Vers un élargissement de la compétence consultative de la CEDH », *Dall. actu.*, 23 juillet 2013 ; V. BERGER, « Le Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme, ou l'institutionnalisation du "dialogue des juges" », *Gaz. Pal.*, 2015, n° 178, p. 8 ; F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 2016, 13^e éd., p. 289.

²¹¹² A. BARAV, « Déformations préjudicielles », in *Promenades au sein du droit européen. Mélanges en hommage à Georges Vandensanden*, Bruylant, 2008, pp. 21-88.

²¹¹³ CJCE, 23 octobre 2007, *Morgan*, aff. jtes. C-11/06 et C-12/06, pt. 51.

factuelles du litige principal. En effet, dans le cadre de cette procédure, il lui arrive de ne pas sanctionner abstraitement le droit national pour son incompatibilité avec le droit de l'UE, mais de relever la violation du droit de l'Union du fait de l'application d'une disposition nationale dans le strict cadre d'un cas d'espèce²¹¹⁴. Par exemple, l'examen de la compatibilité d'une loi allemande instaurant une discrimination de traitement entre les couples homosexuels et les couples hétérosexuels avec certaines dispositions de droit dérivé de l'UE « doit être effectué non pas de manière globale et abstraite, mais de manière spécifique et concrète »²¹¹⁵.

Les faits à l'origine du litige au principal ont une telle importance qu'à défaut d'une « connaissance suffisante »²¹¹⁶, la Cour se considère dans l'incapacité d'exercer son office et est portée à conclure à un non-lieu à statuer sur une demande.

La concrétisation du contrôle est également intégrée par les avocats généraux. Dans leurs conclusions, les réponses aux questions posées par les juridictions nationales de renvoi intègrent dans une large mesure les faits d'espèce de l'instance principale. Par exemple, dans l'affaire *Cresco Investigation*, la juridiction de renvoi voulait savoir comment remédier à une discrimination « d'un point de vue concret et pratique »²¹¹⁷. Question à laquelle l'Avocat général près la Cour de justice de l'UE apportera une solution « pratique » au point 157 de ses conclusions spécifiquement au regard des faits de l'espèce²¹¹⁸.

1009. Par voie de conséquence logique, au mouvement de concrétisation du contrôle des lois sur renvoi s'accompagne celui de la subjectivisation de ce type de contentieux.

β) La subjectivisation du contentieux des lois sur renvoi

1010. La subjectivisation d'un contentieux est la prise en compte des droits et des « caractéristiques particulières d'une personne pour en tirer certaines conséquences juridiques et contentieuses »²¹¹⁹. La subjectivisation des procédures de renvoi préalable aurait ainsi pour

²¹¹⁴ CJUE, GC, 2 décembre 2014, *Commission c. Italie*, C-196/13.

²¹¹⁵ CJUE, 10 mai 2011, *Jürgen Römer c. Freie und Hansestadt Hamburg*, C-147/08, pt. 42.

²¹¹⁶ CJCE, 26 janvier 1993, *Telemarsicabruzzo e. a.*, aff. jtes C-320/90, pts. 6 à 10 ; CJUE, ord., 19 mars 2014, *Procédure pénale c. Jean-Paul Grimal*, C-550/13, pt. 1.

²¹¹⁷ M. BOBEK, Concl. présentées le 25 juillet 2018 sous CJUE, *Cresco Investigation GmbH c. Markus Achatzi*, C-193/17, pt. 54.

²¹¹⁸ M. BOBEK, Concl. présentées le 25 juillet 2018 sous CJUE, *Cresco Investigation GmbH c. Markus Achatzi*, *op. cit.*, pt. 157.

²¹¹⁹ P. DELVOLVÉ, « Recours pour excès de pouvoir et droits subjectifs », in *La conscience des droits. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Dalloz, 2011, p. 220 ; É. DUBOUT, « Quelle efficacité structurelle du procès

effet d'accroître la prise en considération particulière de la situation et des droits des justiciables. Le caractère objectif d'un type de contentieux n'est pas un obstacle irréductible à la prise en compte de l'urgence et spécialement de celle qui est constituée par la situation subjective du requérant partie à l'instance principale. Il est par exemple une tendance nette à la subjectivisation du contentieux administratif. Plus particulièrement, dans le cadre du contentieux de l'excès de pouvoir, la prévalence de l'intérêt général s'effrite au bénéfice des intérêts particuliers²¹²⁰. Le renvoi préalable est un mécanisme contentieux qui se veut éminemment objectif. Il n'en est pas moins sujet à une perceptible subjectivisation.

1011. Concernant la procédure de la QPC, le professeur Xavier Magnon avait pu soutenir que ce qui est demandé au Conseil constitutionnel, c'est de juger « *l'atteinte* » causée aux droits et libertés garantis par la Constitution par une disposition législative et, précise-t-il, « *dans les circonstances de l'espèce* »²¹²¹. Cette procédure comporte donc une part des caractéristiques des contentieux de type subjectif puisqu'elle ne peut être soulevée qu'à l'initiative d'un justiciable et qu'elle vise la protection des droits et libertés qu'il tire de la Constitution²¹²². C'est pourquoi, « puisque la procédure de la QPC vise la satisfaction effective des droits fondamentaux, elle ne doit pas se tenir à trop grande distance du monde concret »²¹²³ et que « l'enracinement de la question dans un litige concret subjectivise l'enjeu »²¹²⁴.

constitutionnel ? », in E. CARTIER (dir.), *La QPC, le procès et ses juges. L'impact sur le procès et l'architecture juridictionnelle*, Dalloz, 2013, p. 212.

²¹²⁰ S. SCHMITT, « La nature objective du contentieux constitutionnel des normes : les exemples français et italien », *RFDC*, 2007, n° 72/4, pp. 719-747 ; P. DELVOLVÉ, « Recours pour excès de pouvoir et droits subjectifs », in *La conscience des droits. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Dalloz, 2011, p. 220 ; J. SIRINELLI, « La subjectivisation du recours pour excès de pouvoir », *RFDA*, 2016, n° 3, p. 529 ; A. BRETONNEAU, « Droits subjectifs contre interdit législatif. Concl. sous CE, ass., 31 mai 2016, n° 396848, *Mme Gonzalez-Gomez* », *RFDA*, 2016, p. 740 ; Le vice-président du Conseil d'État, Jean-Marc Sauvé, évoque ainsi l'évolution du contentieux administratif français « vers une subjectivisation du contrôle de l'excès de pouvoir » : J.-M. SAUVÉ, « Propos introductifs. L'avenir du modèle français de droit public en Europe », in *L'avenir du modèle français de droit public en Europe*, colloque organisé par la chaire Mutations de l'action et du droit public de Sciences Po, sous le patronage du Conseil d'État avec le soutien de la Mission de recherche droit et justice, 15 mars 2011, p. 8.

²¹²¹ X. MAGNON (dir.), *QPC. La question prioritaire de constitutionnalité. Principes généraux, pratique et droit du contentieux*, LexisNexis, 2011, 1^e éd., pp. 12 et s. C'est l'auteur qui souligne.

²¹²² J. BARTHÉLEMY et L. BORÉ, « La QPC entre recours objectif et recours subjectif », *Constitutions*, 2010, n° 4, p. 553 ; É. DUBOUT, « L'efficacité structurelle de la question prioritaire de constitutionnalité en question », *RDP*, 2013, n° 1, p. 107 ; L. GAY, « Repenser le contrôle concret de constitutionnalité. Plaidoyer pour une concrétisation accrue des QPC », in E. CARTIER, L. GAY, A. VIALA (dir.), *La QPC : vers une culture constitutionnelle partagée ?*, Institut Universitaire Varenne, 2015, p. 134.

²¹²³ D. DE BÉCHILLON, « Pragmatisme. Ce que la QPC peut utilement devoir à l'observation des réalités », *JCP G*, 2010, n° 51, doct. 1287.

²¹²⁴ L. GAY, « Repenser le contrôle concret de constitutionnalité. Plaidoyer pour une concrétisation accrue des QPC », in E. CARTIER, L. GAY, A. VIALA (dir.), *La QPC : vers une culture constitutionnelle partagée ?*, Institut Universitaire Varenne, 2015, p. 135 ; J. BONNET, « Les contrôles *a priori* et *a posteriori* », *NCCC*, 2013, n° 40, p. 105.

1012. Un mouvement général de subjectivisation du contentieux du renvoi préjudiciel²¹²⁵ ainsi que de la procédure de recours en manquement²¹²⁶ se fait aussi jour devant la Cour de justice de l'UE. Cette dernière semble en effet faire état d'un souci accru de protection des droits fondamentaux.

1013. Au titre du premier article du protocole n° 16 à la Conv. EDH, la recevabilité des demandes d'avis consultatifs est conditionnée par l'existence d'une contestation relative à « l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles » sans qu'une atteinte aux droits d'un justiciable soit nécessairement caractérisée. Dès lors, il n'est pour l'heure pas véritablement possible de considérer qu'un mouvement de subjectivisation s'installe dans la nouvelle procédure prévue par le seizième Protocole à la Conv. EDH.

1014. Il semble que c'est à plus forte raison dans les situations d'urgence que le mécanisme du renvoi préalable implique que le juge prenne en compte avec plus d'attention les données du litige principal lorsqu'il contrôle une loi par rapport aux droits fondamentaux.

b) La concrétisation du contrôle des lois dans les situations d'urgence

1015. Théoriquement, la concrétisation du contrôle des lois devrait être plus accrue dans les situations d'urgence que dans celles que l'on pourrait qualifier « d'ordinaires » (α). Pourtant, en pratique, cette concrétisation s'avère limitée (β).

α) Une concrétisation théoriquement accrue du contrôle des lois dans les situations d'urgence

²¹²⁵ R. TINIÈRE, « La Cour de justice de l'UE protectrice des droits ou régulatrice du droit de l'UE ? », in J. BONNET et J. ARLETTAZ, *L'objectivation du contentieux des droits et libertés fondamentaux. Du juge des droits au juge du droit ?*, LGDJ, Actes du colloque du 12 décembre 2014 à Montpellier, 2015, p. 77 et s.

²¹²⁶ L. COUTRON, « Chronique Contentieux de l'Union européenne – Vitalité du recours en manquement. Note sous CJUE, GC, 2 décembre 2014, *Commission c. Grèce*, C-378/13 ; CJUE, GC, 2 décembre 2014, *Commission c. Italie*, C-196/13 ; CJUE, 4 décembre 2014, *Commission c. Suède*, C-243/13 ; CJUE, 18 décembre 2014, *Commission c. Royaume-Uni*, C-640/13 », *RTDE*, 2015, n° 2, p. 365.

1016. C'est dans les situations d'urgence que s'impose avec le plus de force une exigence d'efficacité dans la protection juridictionnelle des droits fondamentaux. Cette exigence liée à l'urgence passe par une prise en compte accrue des situations concrètes de violations des droits fondamentaux. En effet, la protection effective des droits fondamentaux implique que le juge s'intéresse à la situation factuelle dans laquelle se trouve le justiciable pour ensuite concilier la protection de ses droits avec les intérêts ou droits contraires²¹²⁷. Or, le caractère abstrait du contrôle des lois devant les juridictions *ad quem* de jugement des renvois préalables peut s'avérer insuffisant pour la protection efficace des droits fondamentaux en ce sens qu'il s'avère « moins immédiatement opérationnel quant à la protection immédiate des justiciables »²¹²⁸. C'est pourquoi, au vu de sa « puissance »²¹²⁹, le contrôle concret des lois semble le mieux adapté à la protection des droits fondamentaux dans les situations d'urgence. C'est ainsi que l'on a récemment vu le juge du référé-liberté décider de doubler son contrôle abstrait de la conventionnalité des lois d'un contrôle concret eu égard à son office particulier de garant des « libertés fondamentales » au sens de l'article L. 521-2 du CJA²¹³⁰. Ce modèle devrait, selon une ancienne Sage de la juridiction de la rue de Montpensier, « nécessairement conduire le Conseil constitutionnel à une réflexion nouvelle »²¹³¹ sur l'opportunité de se borner à l'exercice d'un contrôle abstrait. C'est aussi au regard de l'offre juridictionnelle concurrentielle en matière de contrôle des lois que l'« évolution vers un contrôle plus concret pourrait s'avérer nécessaire, ne serait-ce que pour sauvegarder l'intérêt de cette nouvelle voie de droit ouverte aux justiciables »²¹³².

1017. Il convient également de souligner que la portée générale et abstraite des décisions rendues sur renvoi par les juridictions *ad quem* ne doit pas impacter leur propension à être effectivement applicables par les juridictions demanderesses directement confrontées à l'urgence. À ce propos, il peut parfois s'avérer compliqué pour une juridiction *a quo* devant

²¹²⁷ M. FATIN-ROUGE STEFANINI, « La singularité du contrôle exercé *a posteriori* par le Conseil constitutionnel : la part de concret et la part d'abstrait », *NCCC*, 2013, n° 38, p. 216 : « La concrétisation du contrôle vise donc à permettre une meilleure effectivité des droits fondamentaux en répondant pratiquement au cas par cas aux situations rencontrées ».

²¹²⁸ N. BELLOUBET, « Des ordres juridiques et des juges : complémentarité, hiérarchie, articulation », *Dr. soc.*, 2017, n° 5, p. 388.

²¹²⁹ *Ibid.*

²¹³⁰ Sur le double contrôle abstrait puis concret de la conventionnalité des lois par le juge du référé-liberté, voir *supra* : Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, Paragraphe 1.

²¹³¹ N. BELLOUBET, « Des ordres juridiques et des juges : complémentarité, hiérarchie, articulation », *op. cit.*, p. 388. Dans le même sens, voir : J. BONNET et A. ROBLOT-TROIZIER, « La concrétisation des contrôles de la loi », *RFDA*, 2017, n° 5, p. 821.

²¹³² M. FATIN-ROUGE STEFANINI, « La singularité du contrôle exercé *a posteriori* par le Conseil constitutionnel : la part de concret et la part d'abstrait », *NCCC*, 2013, n° 38, p. 216.

statuer dans l'urgence de déterminer la manière de rendre effective, c'est-à-dire d'appliquer concrètement, au cas d'espèce qui lui est soumis, une décision abstraite du juge des lois. Il convient donc, spécifiquement dans les situations d'urgence, que le juge *a quo* soit mis en capacité de comprendre et d'appliquer une décision ou un avis rendu sur renvoi pour la résolution d'une affaire qui en est à l'origine. C'est en ce sens que la concrétisation du contrôle des lois opéré sur renvoi peut parfaitement contribuer, spécifiquement dans les situations d'urgence, à l'effectivité des procédures de renvoi préalable.

1018. Le contentieux du mandat d'arrêt européen comme source de concrétisation du contrôle dans le cadre de la procédure préjudicielle d'urgence. Dans le contentieux du mandat d'arrêt européen porté devant la Cour de justice de l'UE, certaines dispositions du droit dérivé de l'UE impliquent que la Cour de justice concrétise son contrôle. Lors de l'application de ce mécanisme de coopération judiciaire, un État peut refuser de faire droit à la demande d'un autre État membre de l'UE d'exécuter un mandat d'arrêt européen dans certains cas. En effet, par application du dixième considérant de la décision-cadre 2002/584 du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, la remise d'une personne condamnée à un État demandeur aux fins d'exécution d'une peine peut être refusée s'il existe des cas de violations graves et persistantes par cet État des principes prévus par l'article 2 du TUE et ayant été dûment pointés par le Conseil européen en application de l'article 7 § 2 du TUE.

À ce titre, à l'occasion de deux renvois préjudiciels, la Cour de justice a été saisie de ces questions par un État destinataire d'une demande de remise. En l'espèce, l'Allemagne émettait de sérieux doutes sur le respect des droits fondamentaux au regard des conditions de détention de personnes condamnées à exécuter leur peine en Roumanie et en Hongrie. Dans un premier temps, la Cour de justice a évidemment examiné et formulé une réponse abstraite aux renvois formulés dans ces deux affaires. Au regard des dispositions précitées de la décision-cadre du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, le juge de Luxembourg n'a toutefois pu s'en tenir à l'exercice d'un unique contrôle abstrait. Elle a en effet dans un second temps procédé à l'examen *in concreto* de la présence des conditions permettant aux juridictions allemandes demandresses de surseoir à la remise des personnes visées par des mandats d'arrêt européen²¹³³.

²¹³³ CJUE, GC, 25 juillet 2018, *Minister for Justice and Equality (Défaillances du système judiciaire) c. LM*, C-216/18 PPU, pts. 70 et 76 ; CJUE, GC, 5 avril 2016, *Pál Aranyosi et Robert Căldăraru*, aff. jtes. C-404/15 et C-659/15 PPU, pts. 81 et s.

1019. Quoi qu'elle puisse être théoriquement opportune, la concrétisation du contrôle des lois dans les situations d'urgence se révèle en pratique limitée.

β) Une concrétisation du contrôle des lois dans les situations d'urgence en pratique limitée

1020. En pratique, la concrétisation du contrôle des lois dans les situations d'urgence peut être qualifiée de limitée tout d'abord parce qu'elle peut être observée seulement dans les décisions rendues en urgence par le Conseil constitutionnel et la Cour de justice de l'UE respectivement saisis d'une QPC et d'un renvoi préjudiciel. De plus, à la différence des arrêts rendus au titre de la PPU par la Cour luxembourgeoise (*i*), les cas de concrétisation du contrôle de la conformité de dispositions législatives aux droits et libertés que la Constitution garantit dans les situations d'urgence par le Conseil constitutionnel sont extrêmement rares au sein des décisions QPC (*ii*). Cela s'explique notamment par le fait que les situations considérées comme « urgentes » par le Conseil constitutionnel sont moins fréquentes qu'en ce qui concerne la Cour de justice de l'UE pour le déclenchement des procédures préjudicielles accélérée et d'urgence.

i) La concrétisation du contrôle de la constitutionnalité des lois dans les situations d'urgence

1021. Il existe autant dans les contentieux *a priori* et *a posteriori* de la constitutionnalité des lois des exemples de concrétisation du contrôle dans des situations d'urgence. Toutefois, cette prise en compte de l'urgence dans l'opération de jugement n'a pas nécessairement les mêmes effets pour la garantie des normes constitutionnelles. En effet, dans le contentieux *a priori*, la concrétisation du contrôle des lois a pu être de nature à excuser une inconstitutionnalité qui aurait certainement dû être prononcée en l'absence de toute situation d'urgence. Cette hypothèse correspond au contrôle *a priori* de la constitutionnalité de la *loi organique d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19*. Dans cette affaire, des circonstances factuelles constituées par une situation d'urgence sanitaire ont servi au Conseil constitutionnel de paramètre pour justifier une violation des règles constitutionnelles de procédure législative relatives à l'adoption d'une loi organique. Le Conseil constitutionnel a en effet jugé que « *compte tenu des circonstances particulières de l'espèce*, il n'y a pas lieu de juger que cette loi organique a été adoptée en violation des règles de procédure prévues à

l'article 46 de la Constitution »²¹³⁴.

A contrario, dans le contentieux *a posteriori*, l'urgence de la situation d'espèce à l'instance principale a plutôt pour conséquence de renforcer la garantie des droits et libertés constitutionnels. La QPC *Association En marche !* est parfaitement illustrative de cette hypothèse. Aussi, la prise en considération de faits urgents du cas d'espèce peut être favorisée lorsque ceux-là sont susceptibles de généralisation.

1022. La QPC *Association En marche !*. C'est à l'occasion de la QPC *Association En marche !*²¹³⁵, faisant figure d'exemple le plus remarquable d'un traitement urgent par le Conseil constitutionnel, que la concrétisation du contrôle des dispositions législatives contestées est la plus perceptible. En effet, le raisonnement qui a conduit le juge constitutionnel du Palais Royal à rendre une décision d'inconstitutionnalité est intimement lié à la situation concrète dans laquelle se trouvait le justiciable dans le cas d'espèce soumis au juge *a quo*. Le contrôle de la conformité d'une disposition législative du code électoral aux droits et libertés que la Constitution garantit s'est établi précisément au regard de la situation inédite du groupement politique *En marche !* issue de l'élection présidentielle qui avait eu lieu quelques jours avant que le Conseil constitutionnel ne statue. En effet, ainsi que l'atteste le commentaire officiel du Conseil constitutionnel, cette décision a été prise « compte tenu des circonstances particulières de l'espèce »²¹³⁶. Cette situation singulière était liée à l'absence de représentation de l'association requérante au sein des différents groupes parlementaires constitués dans les deux hémicycles des Palais Bourbon et du Luxembourg²¹³⁷.

1023. La prise en considération de faits urgents du cas d'espèce susceptibles de généralisation. Lorsque les faits d'un cas d'espèce peuvent être généralisés, ils peuvent alors exercer une influence considérable sur le jugement des lois.

Dans deux QPC ayant pour origine une mesure de privation de la liberté individuelle, le Conseil constitutionnel a enrichi son instruction, puis son jugement, de réalités empiriques extérieures

²¹³⁴ CC, décision n° 2020-799 DC, 26 mars 2020, *Loi organique d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19*, pt. 3. Nous soulignons.

²¹³⁵ CC, décision n° 2017-651 QPC, 31 mai 2017, *Association En Marche ! [Durée des émissions de la campagne électorale en vue des élections législatives]*.

²¹³⁶ CC, Commentaire de la décision n° 2017-651 QPC, 31 mai 2017, *Association En Marche ! [Durée des émissions de la campagne électorale en vue des élections législatives]*, p. 6.

²¹³⁷ Les circonstances particulières de cette espèce seront précisées lorsqu'il sera question d'étudier la concrétisation des réserves d'interprétation du Conseil constitutionnel dans les situations d'urgence. Voir *infra* : Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, Paragraphe 2, B), 2).

aux litiges mais intimement liées aux situations d'urgence dans lesquelles étaient ou avaient été placés les justiciables parties aux instances principales. Il s'est donc agi pour le juge de la rue de Montpensier d'intégrer dans son opération de contrôle des faits généraux extérieurs au litige dont la matérialité était traduite par des données chiffrées sur le nombre annuel de gardes à vue réalisées et d'hospitalisations prononcées sans consentement ou à la demande de tiers.

Dans le premier cas, c'est notamment au regard d'un recours « de plus en plus fréquent à la garde à vue »²¹³⁸ que les dispositions du code de procédure pénale relatives à cette mesure de contrainte ont pu être de nouveau contrôlées par le Conseil constitutionnel au titre d'un changement de circonstances de fait mais, aussi, qu'elles ont été déclarées contraires aux droits et libertés que la Constitution garantit et spécifiquement aux droits de la défense²¹³⁹.

Le commentaire de la première QPC relative au régime de l'hospitalisation sans consentement révèle que le Conseil constitutionnel s'est appuyé sur de nombreuses « données statistiques », dont certaines ont été sollicitées par lui en cours d'instruction, pour rendre son jugement²¹⁴⁰.

1024. Ces quelques rares exemples de concrétisation du contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité des lois dans les situations d'urgence contrastent nettement avec la tendance récurrente de la Cour de justice de l'UE d'intégrer dans son contrôle d'unionité les faits d'espèce de l'affaire principale lorsque sont enclenchées les procédures préjudicielles accélérée et d'urgence.

ii) La concrétisation du contrôle d'unionité des lois dans les situations d'urgence

1025. Que ce soit à l'occasion de l'application de la procédure préjudicielle ordinaire ou de celles d'urgence ou accélérée, la concrétisation du contrôle de la Cour de justice de l'UE est identifiable par la présence d'une formule type aux termes de laquelle la Cour dit statuer au regard « des circonstances telles que celles de l'affaire au principal ». La Cour précise donc expressément si les circonstances factuelles de l'instance principale ont une incidence sur

²¹³⁸ CC, décision n° 2010-14/22 QPC, 30 juillet 2010, *M. Daniel W et autres*. [*Garde à vue*], consid. 15.

²¹³⁹ Le Conseil constitutionnel retient dans cette affaire que « la proportion des procédures soumises à l'instruction préparatoire n'a cessé de diminuer et représente moins de 3 % des jugements et ordonnances rendus sur l'action publique en matière correctionnelle ; que, postérieurement à la loi du 24 août 1993, *la pratique* du traitement dit « en temps réel » des procédures pénales a été généralisée ; que *cette pratique* conduit à ce que la décision du ministère public sur l'action publique est prise sur le rapport de l'officier de police judiciaire avant qu'il soit mis fin à la garde à vue » : CC, décision n° 2010-14/22 QPC, 30 juillet 2010, *M. Daniel W et autres*. [*Garde à vue*], consid. 16. Nous soulignons.

²¹⁴⁰ CC, Commentaire de la décision n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010, *Mlle Danielle S*. [*Hospitalisation sans consentement*], p. 5.

l'interprétation du droit de l'UE dont peut dépendre la compatibilité ou non d'une loi nationale.

1026. Dans le cadre de la PPU, l'on retrouve ce même énoncé stéréotypé dans les motifs, voire dans le dispositif de l'arrêt²¹⁴¹, marquant la prise en compte de la situation d'espèce du litige principal par la Cour. Ce sont environ 37 arrêts qui ressortent de la base de données de la Cour comprenant cette phrase dans le texte ; ce qui correspond à peu près à la moitié des arrêts rendus au titre de la PPU. Cette concrétisation du contrôle embrasse tous les domaines juridiques de l'ELSJ qui relèvent de cette procédure tels que la coopération judiciaire en matière civile dans les litiges concernant les relations parents/enfant²¹⁴², le mandat d'arrêt européen²¹⁴³ ou les questions relatives aux demandeurs d'asile²¹⁴⁴.

1027. L'application de la procédure préjudicielle accélérée par la Cour de justice de l'UE fait également, dans une légère moindre mesure, preuve d'une concrétisation du contrôle

²¹⁴¹ CJUE, 17 octobre 2018, *UD c. XD*, C-393/18 PPU.

²¹⁴² CJUE, 23 décembre 2009, *Jasna Detiček c. Maurizio Sgueglia*, C-403/09 PPU, pt. 61 : « l'article 20 du règlement n° 2201/2003 doit être interprété en ce sens que, dans des circonstances telles que celles de l'affaire au principal, il ne permet pas à une juridiction d'un État membre d'adopter une mesure provisoire en matière de responsabilité parentale visant à octroyer la garde d'un enfant qui se trouve sur le territoire de cet État membre à l'un de ses parents lorsqu'une juridiction d'un autre État membre, qui est compétente en vertu dudit règlement pour connaître du fond du litige relatif à la garde de l'enfant, a déjà rendu une décision confiant provisoirement la garde de cet enfant à l'autre parent et que cette décision a été déclarée exécutoire sur le territoire du premier État membre ». Nous soulignons. Voir également : CJUE, 22 décembre 2010, *Aguirre Zarraga*, C-491/10 PPU, pts. 74 et 75 ; CJUE, 17 octobre 2018, *UD c. XD*, C-393/18 PPU, pt. 70 ; CJUE, 26 avril 2012, *Health Service Executive c. S. C. et A. C.*, C-92/12 PPU, pt. 95.

²¹⁴³ CJUE, 6 décembre 2018, *IK*, C-551/18 PPU, pt. 54 : « dans des circonstances telles que celles en cause au principal, le fait que le mandat d'arrêt européen ne mentionnait pas la peine complémentaire ne saurait avoir une quelconque incidence sur l'exécution de cette peine dans l'État membre d'émission à la suite de la remise » ; CJUE, 24 septembre 2020, *XC*, C-195/20 PPU, pt. 45 : « dans une affaire telle que celle en cause au principal, la seule remise pertinente pour apprécier le respect de la règle de la spécialité est celle effectuée sur la base d'un second mandat d'arrêt européen, le consentement requis à l'article 27, paragraphe 3, sous g), de la décision-cadre 2002/584 doit être donné uniquement par l'autorité judiciaire d'exécution de l'État membre ayant remis la personne poursuivie sur la base dudit mandat d'arrêt européen ». CJUE, 2 avril 2020, *I.N.*, C-897/19 PPU, pt. 57 : « dans une situation telle que celle en cause au principal, l'inégalité de traitement consistant à permettre l'extradition d'un ressortissant d'un État de l'AELE, partie à l'accord EEE, tel que I.N., se traduit par une restriction à cette liberté ».

²¹⁴⁴ CJUE, 5 juin 2014, *Bashir Mohamed Ali Mahdi*, C-146/14 PPU, pt. 75 : « l'article 15, paragraphe 6, sous a), de la directive 2008/115 doit être interprété en ce sens qu'un ressortissant d'un pays tiers qui, dans des circonstances telles que celles en cause au principal, n'a pas obtenu un document d'identité qui aurait permis son éloignement de l'État membre intéressé peut être considéré comme ayant fait preuve d'un « manque de coopération », au sens de cette disposition, uniquement s'il résulte de l'examen du comportement dudit ressortissant au cours de la période de rétention que ce dernier n'a pas coopéré à la mise en œuvre de l'opération d'éloignement et qu'il est probable que cette opération dure plus longtemps que prévu à cause de ce comportement, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier ». Nous soulignons ; CJUE, 25 juin 2020, *VL*, C-36/20 PPU, pt. 67.

d'unionité des lois. En ce sens, au moins douze arrêts²¹⁴⁵ rendus au titre de la PPA peuvent être recensés à partir d'une recherche sur la base de données des arrêts préjudiciels de la Cour.

La concrétisation du contrôle des lois est une faculté de la Cour intégrée à un tel point que, dans une ordonnance du 17 avril 2008 faisant droit à une demande de mise en œuvre de la PPA, le Président reconnaissait expressément que « l'arrêt que la Cour rendra lèvera l'incertitude pesant sur la situation des requérants et, partant, sur leur vie familiale »²¹⁴⁶. En d'autres termes, avant que l'arrêt soit rendu, il était donc expressément prévu, dans cette affaire, que le contrôle de la compatibilité d'une loi irlandaise de transposition d'une directive prendrait dûment en compte la situation des requérants à l'instance principale.

1028. En définitive, l'on entrevoit une certaine mais néanmoins faible percée des faits urgents du litige principal dans la nature essentiellement abstraite du contrôle des lois par le juge *ad quem*. Lorsqu'elle est simplement appréhendée en tant que contrainte temporelle pesant sur le cours de l'instance, l'urgence est en revanche absolument sans effet sur l'intensité avec laquelle cette opération de contrôle est menée.

B) L'absence d'influence de l'urgence sur l'intensité du contrôle des lois

1029. Du degré d'approfondissement de l'opération de contrôle d'une loi dépend généralement la durée de la phase d'instruction de l'affaire et donc du délai total de jugement. C'est pour cette raison qu'une limitation de l'intensité de l'examen des lois peut apparaître justifiable en opportunité au regard de l'urgence à juger. Parce que le contrôle minimal des lois par le juge *ad quem* s'avère inadapté lorsqu'il est opéré dans le cadre d'un renvoi (2), celui-ci est donc nettement rejeté, y compris dans les situations d'urgence (1).

1) Le rejet d'un contrôle minimal généralisé dans les situations d'urgence

1030. L'urgence justifie que l'intensité de contrôle d'une norme, y compris législative, puisse être réduite. De plus, de nombreuses hypothèses attestent qu'en dehors de toutes

²¹⁴⁵ Pour les arrêts les plus récents, voir par exemple : CJUE, 16 juillet 2020, *Belgische Staat e. a. c. Movic BV e. a.*, C-73/19, pt. 56 ; CJUE, 19 novembre 2019, *A. K. c. Krajowa Rada Sądownictwa*, aff. jtes. C-585/18, C-624/18 et C-625/18, pt. 114.

²¹⁴⁶ CJCE, ord., 17 avril 2008, *Metock e. a.*, C-127/08, pt. 15.

considérations liées à l'urgence, le Conseil constitutionnel restreint son contrôle aux inconstitutionnalités législatives « manifestes ». Mais en dehors de ces justifications théoriques et de la faisabilité pratique d'un contrôle minimal des lois, le juge *ad quem* des procédures de renvois préalables refuse absolument de limiter, au titre de l'urgence, l'intensité de son contrôle.

1031. Une limitation de l'intensité du contrôle au titre de l'urgence justifiable en opportunité. Sans doute, l'urgence fait « une grande place »²¹⁴⁷ à l'évidence dans l'intensité du contrôle que le juge est censé opérer sur la légalité *lato sensu* d'une norme ou la qualification d'un fait. C'est en ce sens que Olivier Dugrip concluait sa thèse de doctorat en énonçant que l'« évidence » est un « attribut de l'urgence contentieuse »²¹⁴⁸. *A contrario*, en théorie, l'exercice d'un contrôle approfondi est inéluctablement générateur de longueur. L'examen de ce qui relève de l'évidence implique une intensité de contrôle moins approfondie. C'est pourquoi ce standard d'intensité de contrôle est indiscutablement un facteur permettant au juge d'exercer rapidement ses pouvoirs en ce qu'il permet un raccourcissement de la phase d'instruction. Par conséquent, une intensité de contrôle limitée à l'examen de la contrariété manifeste d'une loi aux droits fondamentaux a pour intérêt premier de pouvoir immédiatement être perçue par le juge. De plus, elle est source d'allègement des échanges contradictoires et, *in fine*, de la motivation de la décision du juge puisqu'est évident ce qui peut être généralement tenu pour vrai « sans le soutien d'aucune argumentation »²¹⁴⁹. Le juge *ad quem* des procédures de renvois préalables pourrait donc *a priori* tout à fait fonder sur l'urgence la limitation de l'intensité de son contrôle des lois. Cela pourrait s'avérer d'autant moins original que dans plusieurs hypothèses contentieuses, le Conseil constitutionnel limite, autrement qu'au titre de l'urgence, l'intensité de son contrôle de la constitutionnalité des lois.

1032. L'existence de cas de contrôles restreints des lois autrement justifiés que par l'urgence. Le contentieux de la constitutionnalité des lois n'est pas étranger à la limitation de l'intensité du contrôle. Cette limitation n'a cependant rien à voir avec les situations plus ou moins pressantes qu'appelle le traitement d'une saisine *a priori* ou d'une QPC. L'existence de

²¹⁴⁷ O. DUGRIP, *L'urgence contentieuse devant les juridictions administratives*, PUF, 1991, p. 391. Sur la limitation du pré-contrôle des lois par le juge du référé-liberté, voir *supra* : Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, Paragraphe 1. Sur la limitation de l'intensité du contrôle de la conventionnalité des lois par le juge du provisoire, voir *supra* : Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, Paragraphe 2.

²¹⁴⁸ O. DUGRIP, *L'urgence contentieuse devant les juridictions administratives*, *op. cit.*, p. 392.

²¹⁴⁹ C. CALLET, *Le sérieux et le manifeste en droit judiciaire privé. Contribution à une étude de la certitude en droit*, Thèse dact., Université d'Aix-Marseille, 2015, p. 7 et p. 24 et s.

ce contrôle restreint se focalise uniquement sur la sensibilité ou la plus ou moins large marge d'appréciation du Parlement dans certains domaines législatifs. Ainsi, le Conseil constitutionnel s'est, par exemple, lui-même assigné à ne soulever que l'existence d'une « erreur manifeste » d'appréciation entachant une disposition législative d'inconstitutionnalité dans différents cas tels que par exemple le contrôle de la constitutionnalité des lois de transposition des directives de l'UE²¹⁵⁰, celui de la conformité au principe constitutionnel de nécessité des peines des législations pénales²¹⁵¹ ou encore celui de l'appréciation législative des faits²¹⁵². En cette hypothèse, le juge constitutionnel se défend de disposer « d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement »²¹⁵³.

1033. L'absence absolue de limitation de l'intensité du contrôle des lois sur le fondement de l'urgence. Aucune des juridictions *ad quem* des procédures de renvoi préalable ne fait état d'une limitation de l'intensité de son contrôle des lois au titre d'une quelconque urgence. Concernant spécifiquement la procédure de la QPC, il ressort de l'étude des décisions rendues dans des situations d'urgence que, dans aucun cas, le Conseil constitutionnel ne limite son office à un contrôle de constitutionnalité restreint afin de minimiser la durée de son intervention. En ce sens, le Président du Conseil constitutionnel a d'ailleurs affirmé que quel que soit le délai dans lequel une décision est rendue, le contrôle de constitutionnalité « ne se relâche pas »²¹⁵⁴.

Dans le cadre du contrôle *a priori*, l'ancien Président du Conseil constitutionnel, Pierre Mazeaud, avait justifié, notamment au regard « du délai très court »²¹⁵⁵ d'un mois qui est strictement imparti à la juridiction pour statuer, la limitation du contrôle de la constitutionnalité des lois de transposition des directives de l'UE à l'existence d' « erreurs manifestes ». Ce délai d'un mois étant indistinctement imparti au Conseil constitutionnel par l'article 61 alinéa 1 de

²¹⁵⁰ CC, décision n° 2006-540 DC, 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, consid. 20 ; CC, décision n° 2006-543 DC, 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, consid. 7 et 9.

²¹⁵¹ CC, décision n° 2010-66 QPC, 26 novembre 2010, *M. Thibaut G. [Confiscation de véhicules]*, consid. 4 ; CC, décision n° 2013-371 QPC, 7 mars 2014, *SAS Labeyrie [Majoration de la contribution supplémentaire à l'apprentissage]*, consid. 7 ; CC, décision n° 2011-204 QPC, 9 décembre 2011, *M. Jérôme M. [Conduite après usage de stupéfiants]*, consid. 6.

²¹⁵² J.-J. PARDINI, « La jurisprudence constitutionnelle et les "faits" », *CCC*, 2000, n° 8. Voir : CC, décision n° 81-132 DC, 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation*, consid. 20 : « l'appréciation portée par le législateur sur la nécessité des nationalisations décidées par la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel ne saurait, en l'absence d'erreur *manifeste* ». Nous soulignons.

²¹⁵³ CC, décision n° 2006-535 DC, 30 mars 2006, *Loi pour l'égalité des chances*, consid. 20.

²¹⁵⁴ L. FABIUS, « Entretien », in CC, *Rapport d'activité 2020*, 2021, p. 6.

²¹⁵⁵ P. MAZEAUD, « L'erreur en droit constitutionnel », *Colloque à l'Institut de France : « L'erreur »*, 25 et 26 octobre 2006, p. 12.

la Constitution selon les différents types de législations déferées, l'on ne saurait croire que la diminution de l'intensité du contrôle *a priori* de la constitutionnalité des lois de transposition des directives de l'UE est liée à cette contrainte temporelle. Pour s'en convaincre, il suffit de rappeler qu'alors qu'il dispose d'un délai de trois mois pour statuer, le Conseil constitutionnel se borne toujours à un examen minimal de la constitutionnalité des lois de transposition des directives lorsqu'il est saisi en ce sens par le biais d'une QPC. En résumé, par rapport au contrôle *a priori*, le Conseil constitutionnel dispose, dans le cadre du contrôle *a posteriori*, d'une part, d'un délai de jugement maximal trois fois plus long et, d'autre part, d'un objet de contrôle moins large puisqu'il porte seulement sur une disposition législative et non pas sur une loi. Le maintien de la limitation du contrôle de la constitutionnalité des lois de transposition des directives de l'UE à l'existence d' « erreurs manifestes » dans le cadre du contrôle *a posteriori* démontre donc que cette intensité minimale de contrôle n'est pas liée au bref délai de jugement imparti au Conseil constitutionnel par l'article 61 de la Constitution.

Dans aucun des arrêts rendus au titre de la PPA ou de la PPU, la Cour luxembourgeoise n'a restreint l'intensité de son contrôle. Le professeur Laurent Coutron confirme en ce sens que même lorsqu'elle est saisie par un juge national de l'urgence, le contrôle de la Cour de justice de l'UE n'est nullement « édulcoré »²¹⁵⁶.

1034. Même si le constat de l'invalidité d'une loi ou de son interprétation conforme aux droits fondamentaux peut éventuellement apparaître de manière manifeste, le juge des lois ne saurait, au titre de l'urgence, limiter l'intensité de son contrôle. Plusieurs raisons propres à la nature de ce type de contentieux expliquent cette position du juge des lois.

2) Les raisons du rejet d'une limitation de l'intensité du contrôle dans les situations d'urgence

1035. Sans qu'il soit besoin d'en faire une énième présentation, le juge des lois a largement démontré sa capacité à opérer dans l'urgence un contrôle normal des lois.

Il est en revanche intéressant de souligner que le refus absolu de généralisation d'un contrôle minimal des lois dans les situations d'urgence est justifié tant par l'objet des questions de droit posées au juge *ad quem* (a) que par la nature même du mécanisme de renvoi préalable (b).

²¹⁵⁶ L. COUTRON, *La contestation incidente des actes de l'Union européenne*, Bruylant, 2007, p. 400.

a) L'objet des questions de droit posées sur renvoi

1036. L'exercice d'un contrôle normal justifié par la gravité des atteintes aux droits fondamentaux dans les situations d'urgence. Les situations d'urgence ont pour caractéristique commune de correspondre à des cas d'atteintes graves et/ou irréversibles aux droits fondamentaux. Par ailleurs, lorsque le juge des lois statue, fut-ce dans le cadre d'une procédure d'urgence ou accélérée, il n'est pas un juge des référés ; il juge au fond. Par conséquent, au titre de ces deux considérations, le juge des lois ne peut pas se retrancher dans l'exercice d'un contrôle minimal. La généralisation d'une telle pratique contreviendrait aux exigences européennes et constitutionnelles relatives à l'effectivité des recours pour la protection des droits fondamentaux. C'est en effet spécialement dans les situations d'atteintes graves et ou irréversibles aux droits fondamentaux qu'est exigé un contrôle juridictionnel approfondi, autrement dit de « proportionnalité ».

C'est par exemple ainsi que le juge du référé-liberté, alors qu'il est un juge des illégalités manifestes, a, dans le cadre de l'affaire *Lambert*²¹⁵⁷ où il était saisi d'une atteinte imminente et irréversible à la vie, exercé un plein contrôle de proportionnalité de la décision administrative attaquée devant lui²¹⁵⁸.

1037. L'impossible limitation de l'intensité du contrôle des lois dans le cadre du renvoi préjudiciel en interprétation et des demandes d'avis au Conseil d'État et à la Cour EDH. L'existence d'une « difficulté sérieuse » est une condition de recevabilité d'une demande d'avis au Conseil d'État ou à la Cour EDH ainsi que d'un renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'UE²¹⁵⁹. Lorsque la contrariété d'une loi aux droits fondamentaux ou son interprétation conforme apparaissent avec évidence, le juge des avis du Conseil d'État et celui de la Cour EDH rejeteront toute demande au motif qu'elle ne présente aucune difficulté sérieuse. La logique est implacable : s'il y a une difficulté sérieuse d'interprétation, la réponse ne saurait en toute logique être évidente. C'est pourquoi, si un juge décide de recourir à une procédure de renvoi préalable, c'est qu'il est nécessaire pour lui de lever un doute ou une difficulté sur la conformité ou l'interprétation conforme aux droits fondamentaux d'une loi. Il se trouve alors dans l'attente d'une décision du juge *ad quem* ayant vocation à lever tout doute et, donc, à lui fournir une certitude.

²¹⁵⁷ CE, ord., 24 juin 2014, *Mme F.I.*

²¹⁵⁸ Voir *supra* : Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, Paragraphe 2.

²¹⁵⁹ Sur la notion de « difficulté sérieuse », voir *supra* : Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 1.

1038. L'objet des questions de droit posées sur renvoi explique résolument pourquoi l'on ne trouve pas la moindre exception d'espèce ou formalisée de limitation de l'intensité du contrôle des lois dans les situations d'urgence. Il convient d'ajouter que le renvoi préalable est structurellement un mécanisme qui s'oppose à ce type d'adaptation du jugement des lois à l'urgence.

b) Le rejet d'un contrôle minimal justifié par la nature des procédures de renvoi préalable

1039. Parce que le renvoi préalable est un mécanisme de juge à juge, il implique une certaine répartition des rôles dans le contrôle des lois. À ce propos, c'est un contrôle nécessairement plus approfondi par rapport à celui opéré par le juge de renvoi qui est attendu du juge saisi à titre incident. De plus, la technique préjudicielle qu'emprunte son régime juridique rend incohérent qu'un renvoi préalable doive être mobilisé pour le seul prononcé d'une évidence qui n'apparaîtrait pas moins évidente aux yeux du juge *a quo*.

1040. La limitation de l'intensité de l'examen des lois à leur seul « pré-contrôle »²¹⁶⁰. Dans le cadre du mécanisme de renvoi préalable, l'évidence a sa place mais pas à tous les stades du processus. Si l'urgence est sans nul doute un facteur pouvant justifier la limitation de l'intensité d'un contrôle, elle ne l'est pas pour autant nécessairement et systématiquement. C'est en ce sens que la limitation de l'examen du rapport de conformité d'une loi aux droits fondamentaux ne devrait apparaître qu'au stade de son pré-contrôle par le juge *a quo*, c'est-à-dire au moment du déclenchement du mécanisme²¹⁶¹. Une fois le juge *ad quem* saisi, la limitation du contrôle des lois n'est plus vraiment justifiée, y compris par les contraintes de l'urgence.

1041. Selon toute logique, il serait parfaitement déraisonnable de devoir mobiliser un mécanisme lourd qui suspend le cours d'une instance principale pour demander à un autre juge de constater une évidence. C'est notamment pour cette raison que l'on proposait la compétence du juge du référé-liberté, saisi dans l'urgence d'un moyen tiré de la contrariété manifeste d'une

²¹⁶⁰ Sur la notion de « pré-contrôle », voir *supra* : Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 1.

²¹⁶¹ Sur la limitation de l'intensité du pré-contrôle des lois, voir *supra* : Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, paragraphe 1.

disposition législative aux droits et libertés que la Constitution garantit, de connaître de cette exception et de pouvoir écarter l'application de ladite disposition²¹⁶². C'est en effet la lourdeur d'un mécanisme empruntant la technique préjudicielle, et donc également celle du sursis à statuer, qui justifie que toute question dont la réponse apparaît de manière manifeste échappe à la mise en œuvre d'une question préjudicielle ou d'un renvoi préalable²¹⁶³. C'est d'ailleurs pour cela que l'on considère qu'en matière de renvoi préalable, les solutions aux questions posées par le juge *a quo* ne relèvent rarement, voire « jamais »²¹⁶⁴ de l'évidence.

1042. Pas plus qu'elle n'a véritablement d'effet sur l'opération proprement dite de contrôle des lois, l'urgence n'est pas non plus véritablement intégrée, par le juge des lois, dans la détermination des effets de ses décisions.

SECTION 2 : La prise en compte de l'urgence par le juge des lois dans la détermination des effets de ses décisions

1043. Une fois l'opération de contrôle d'une loi achevée, il revient au juge de déterminer l'étendue des effets de sa décision. Lorsque le juge des lois est confronté à cette question, il est tiraillé entre les différentes composantes objectives de l'intérêt général et les intérêts subjectifs du justiciable présent à l'instance principale à l'origine du renvoi²¹⁶⁵.

Dans les situations d'urgence, la prise en compte des intérêts des justiciables et de la protection de leurs droits fondamentaux occupe une place très faible dans la détermination, par le juge des lois, des effets de ses décisions (I). C'est pourquoi, il apparaît opportun de présenter une palette de moyens favorisant le renforcement de la prise en compte de l'urgence à ce stade final du traitement d'un renvoi (II).

I) Une prise en compte limitée de l'urgence dans la détermination des effets des décisions

²¹⁶² Voir *supra* : Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, Paragraphe 2.

²¹⁶³ *Ibid.*

²¹⁶⁴ G. CASU, *Le renvoi préalable. Essai sur l'unification préjudicielle de l'interprétation*, LGDJ, 2016, p. 223.

²¹⁶⁵ L'actuel Président du Conseil constitutionnel reconnaît dans une interview donnée au journal *Le Monde* que la décision à prendre sur les effets d'une décision QPC nécessite toujours d'« apprécier la balance entre l'intérêt personnel du justiciable et l'intérêt général » : L. FABIUS, « Interview », *Le Monde*, 25 novembre 2020.

1044. Tandis que, procéduralement, le Conseil constitutionnel dispose d'une palette complète de pouvoirs de sanction de la loi et de modulation dans le temps des effets de ses décisions, sa politique jurisprudentielle fait néanmoins preuve, dans les situations d'urgence, d'une préférence marquée pour le report dans le temps de ses décisions (A). La question de la prise en compte de l'urgence par le Conseil d'État et les cours européennes ne se pose pas vraiment. Elle peut tout de même être également qualifiée de limitée puisque l'office et les pouvoirs des juges *ad quem* de ces juridictions sont très restreints en matière de détermination des effets de leurs décisions (B).

A) Le report dans le temps des décisions QPC préféré par le Conseil constitutionnel, dans les situations d'urgence

1045. Le Conseil constitutionnel tire de l'article 62 alinéa 2 de la Constitution²¹⁶⁶ et de ses propres créations prétoriques un large pouvoir de détermination des effets de ses décisions. Quel usage en fait-il dans les situations d'urgence ? En dépit d'une recherche de principe de l'effet utile de ses décisions pour la sauvegarde des droits et libertés constitutionnels subjectifs des justiciables (1), le Conseil constitutionnel n'en fait en pratique quasi systématiquement pas preuve dans les situations d'urgence, au profit de différents mobiles liés à l'intérêt général (2).

1) Un effet utile en principe recherché

1046. Une volonté affichée du Conseil constitutionnel de garantir l'effet utile de ses décisions. À l'instar de toutes les juridictions *ad quem* chargées de connaître d'un renvoi préalable, le Conseil constitutionnel partage le souci de garantir l'« effet utile » de ses décisions, c'est-à-dire de conférer à une décision juridictionnelle des avantages concrets dans le chef du justiciable partie à l'instance principale. En contentieux constitutionnel, la question de l'« effet utile » est essentiellement attachée aux déclarations d'inconstitutionnalité. Celles-ci doivent, en principe, ainsi que le Conseil constitutionnel le précise expressément, « bénéficier à l'auteur de la question prioritaire de constitutionnalité »²¹⁶⁷, c'est-à-dire au « justiciable qui

²¹⁶⁶ Article 62 alinéa 2 de la Constitution : « une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause ».

²¹⁶⁷ CC, décision n° 2010-108 QPC, 25 mars 2011, *Mme. Marie-Christine D. [Pension de réversion des enfants]*, consid. 5 ; CC, décision n° 2010-110 QPC, 25 mars 2011, *M. Jean-Pierre B. [Composition de la commission*

l'a posée »²¹⁶⁸, ainsi qu'aux « personnes ayant déjà invoqué l'inconstitutionnalité [...] au jour de la publication de la décision »²¹⁶⁹. Il y a donc dans cet objectif la consécration d'une attention particulière conférée à la situation du justiciable. Au vu de l'autorité de ses décisions et de l'étendue de ses pouvoirs, c'est donc principalement entre les mains du Conseil constitutionnel que se concentre le respect ou non de cet impératif. Il dépend nécessairement de la bonne prise en compte des faits du litige principal.

1047. Une prise en compte nécessaire des faits du litige principal dans la recherche par le Conseil constitutionnel de l'effet utile de ses décisions. En effet, l'utilisation de ce pouvoir « ne peut jamais se défaire de considérations concrètes »²¹⁷⁰. C'est pourquoi, lorsqu'il se penche sur la question de l'effet immédiat ou du report des effets de ses décisions, le Conseil constitutionnel a le souci de « l'impact réel de ses décisions »²¹⁷¹ sur la situation concrète du justiciable mais également sur celles des autres instances en cours. Dès lors, le recours à ce pouvoir est « un facteur notable de concrétisation du contentieux QPC »²¹⁷² puisqu'il implique nécessairement de prendre en compte certains faits dans l'évaluation des conséquences potentielles d'une décision.

À ce propos, la Cour constitutionnelle allemande est un véritable modèle en matière de prise en compte de l'urgence pour l'utilisation du pouvoir de modulation dans le temps des effets de ses décisions. Nonobstant toute consécration formelle par des textes de procédure, de l'aveu d'une juge constitutionnelle, la Cour fédérale constitutionnelle allemande prend notamment en compte, dans l'appréciation du délai et de la nécessité de reporter dans le temps les effets d'une décision déclarant l'inconstitutionnalité d'une loi, la gravité de l'atteinte aux droits

départementale d'aide sociale], consid. 8 ; CC, décision n° 2010-112 QPC, 1^{er} avril 2011, *Mme. Marielle D. [Frais irrépétibles devant la Cour de cassation]*, consid. 8 ; CC, décision n° 2011-128 QPC, 6 mai 2011, *Syndicat SUD AFP [Conseil d'administration de l'Agence France-Presse]*, consid. 6 ; CC, décision n° 2011-135/140 QPC, 9 juin 2011, *M. Abdellatif B. et autre [Hospitalisation d'office]*, consid. 15 ; CC, décision n° 2011-182 QPC, 14 octobre 2011, *M. Pierre T. [Servitude administrative de passage et d'aménagement en matière de lutte contre l'incendie]*, consid. 9.

²¹⁶⁸ CC, décision n° 2009-595 DC, 3 décembre 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, consid. 17.

²¹⁶⁹ CC, Commentaire officiel de la décision n° 2012-250 QPC, 8 juin 2012, *M. Christian G. [Composition de la commission centrale d'aide sociale]*.

²¹⁷⁰ M. DISANT, « Les effets dans le temps des décisions QPC. Le Conseil constitutionnel "maître du temps" ? Le législateur, bouche du Conseil constitutionnel ? », *NCCC*, 2013/3, n° 40, p. 82.

²¹⁷¹ M. FATIN-ROUGE STEFANINI, « La singularité du contrôle exercé *a posteriori* par le Conseil constitutionnel : la part de concret et la part d'abstrait », *NCCC*, 2013, n° 38, p. 215. En matière de contrôle de constitutionnalité *a priori*, le Conseil constitutionnel n'est pas non plus désintéressé des éventuelles conséquences de ses décisions : S. SALLES, *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2016, p. 41 et s.

²¹⁷² M. DISANT, « Les effets dans le temps des décisions QPC. Le Conseil constitutionnel "maître du temps" ? Le législateur, bouche du Conseil constitutionnel ? », *op. cit.*, p. 82.

constitutionnels et l'urgence²¹⁷³.

1048. Aussi indispensable soit-il pour la protection efficace des droits et libertés constitutionnels, le principe de l'effet utile des déclarations d'inconstitutionnalité n'est que trop insuffisamment observé dans les situations d'urgence.

2) Un effet utile insuffisamment accordé dans les situations d'urgence

1049. C'est dans les situations urgentes d'atteintes graves voire irréversibles aux droits fondamentaux que l'exigence d'effet utile des décisions du Conseil constitutionnel s'impose avec le plus de force. Or, dans ces situations, plusieurs considérations d'ordre structurel expliquent (b) que la recherche, par le Conseil constitutionnel, de l'effet utile de ses décisions pour la protection immédiate des droits et libertés constitutionnels du justiciable est en pratique insuffisamment observée (a).

a) Les manifestations de la prise en compte limitée de l'urgence dans la détermination des effets des décisions QPC

1050. Le manque d'égards dont fait preuve le Conseil constitutionnel pour la prise en compte de l'urgence se manifeste principalement par le recours fréquent à son pouvoir de modulation dans le temps des effets de ses décisions. Il s'observe tout aussi bien dans les situations d'urgence dites « substantielles » (α) que dans celles d'ordre « procédural » (β).

a) Le recours fréquent au report dans le temps des effets des décisions dans les situations d'urgence substantielles

1051. Dans les situations d'urgence, le Conseil constitutionnel porte un intérêt peu perceptible sur les conséquences de ses décisions envers le justiciable auteur d'une QPC. Il penche en effet plus facilement vers des considérations d'intérêt général liées à la préservation de la sécurité juridique et du maintien de l'ordre public afin de justifier le report dans le temps

²¹⁷³ G. LÜBBE-WOLFF, « Rapport. La Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne », XV^e Congrès de la Conférence des cours constitutionnelles européennes, 2011, p. 14.

des effets de ses décisions plutôt que vers la protection immédiate des droits fondamentaux du justiciable. De très nombreux exemples attestent que dans les situations d'urgence d'atteintes graves à la liberté individuelle du justiciable, le report dans le temps des décisions d'inconstitutionnalité est quasi systématique.

1052. Exceptées de rares exceptions, lorsque le Conseil constitutionnel prononce l'inconstitutionnalité de dispositifs législatifs permettant le prononcé de mesures judiciaires ou administratives privatives²¹⁷⁴ ou restrictives²¹⁷⁵ de liberté, il reporte dans le temps les effets de la majeure partie de ses décisions. Dans les situations d'urgence nées de l'application de ce type de mesures, la préservation de l'ordre public, dont plus spécialement la sécurité publique, prime quasi systématiquement sur la protection immédiate de la liberté individuelle ou d'aller et venir du justiciable. Ainsi que cela a pu être souligné par une recherche sur l'effet utile des décisions QPC, sur neuf déclarations d'inconstitutionnalité prononcées par le Conseil constitutionnel sur le fondement d'une violation de la liberté individuelle garantie par les articles 7 de la DDHC et 66 de la Constitution, cinq d'entre elles n'ont pas eu d'effet utile²¹⁷⁶. Par exemple, en matière d'hospitalisation d'office et de détention provisoire, c'est-à-dire de situations pouvant être caractérisées comme urgentes, le Conseil constitutionnel décide régulièrement, en dépit d'une déclaration d'inconstitutionnalité, de l'application transitoire mais pleine et entière de la loi censurée, sans même obliger les autorités juridictionnelles de surseoir à statuer²¹⁷⁷.

Sous le régime de l'état d'urgence sécuritaire, toutes les dispositions législatives déclarées inconstitutionnelles ont dû être appliquées transitoirement, c'est-à-dire jusqu'à une date future d'abrogation déterminée par le Conseil constitutionnel ou l'intervention du législateur. Seule la censure de la disposition législative relative aux saisies de données numériques réalisées à l'occasion de perquisitions administratives a bénéficié d'une abrogation avec effet immédiat²¹⁷⁸.

²¹⁷⁴ Voir par exemple : CC, décision n° 2010-14/22 QPC, 30 juillet 2010, *M. Daniel W et autres. [Garde à vue]* ; CC, décision n° 2010-32 QPC, 22 septembre 2010, *M. Samir M. et autres. [Retenue douanière]* ; CC, décision n° 2014-420/421 QPC, 9 octobre 2014, *M. Maurice L. et autre [Prolongation exceptionnelle de la garde à vue pour des faits d'escroquerie en bande organisée]*.

²¹⁷⁵ Voir par exemple : CC, décision n° 2017-691 QPC, 16 février 2018, *M. Farouk B. [Mesure administrative d'assignation à résidence aux fins de lutte contre le terrorisme]* ; CC, décision n° 2017-674 QPC, 30 novembre 2017, *M. Kamel D. [Assignation à résidence de l'étranger faisant l'objet d'une interdiction du territoire ou d'un arrêté d'expulsion]*.

²¹⁷⁶ S. MOUTON et M. CARPENTIER (dir.), « L'effet utile des décisions QPC du Conseil constitutionnel : un bilan critique », *Titre VII*, 2020, n° hors-série (en ligne).

²¹⁷⁷ Voir par exemple : CC, décision n° 2011-135/140 QPC, 9 juin 2011, *M. Abdellatif B. et autre [Hospitalisation d'office]*, consid. 16 ; CC, décision n° 2016-543 QPC, 24 mai 2016, *Section française de l'observatoire international des prisons [Permis de visite et autorisation de téléphoner durant la détention provisoire]*, pt. 21.

²¹⁷⁸ CC, décision n° 2016-536 QPC, 19 février 2016, *Ligue des droits de l'homme [Perquisitions et saisies]*

Une situation d'urgence manifeste liée aux conditions inhumaines, dégradantes et indignes de détention de nombreux détenus a été portée devant le Conseil constitutionnel à l'occasion d'une QPC portant sur le second alinéa de l'article 144-1 du code de procédure pénale. Une fois encore, l'abrogation de cette disposition inconstitutionnelle du code de procédure pénale a été reportée dans le temps eu égard aux conséquences manifestement excessives d'une abrogation immédiate qui priverait les personnes placées en détention provisoire de pouvoir être remises en liberté lorsque cette détention n'est plus justifiée ou excède un délai raisonnable²¹⁷⁹.

β) La faible prise en compte du caractère urgent des instances en cours

1053. L'effet utile d'une décision rendue sur renvoi est un élément essentiel pour une correcte coopération juridictionnelle entre juridictions *ad quem* et juridictions *a quibus*. Le fait que l'instance pendante durant laquelle une QPC a été renvoyée soit conditionnée par l'existence d'une urgence ne diminue aucunement le recours par le Conseil constitutionnel à son pouvoir de modulation dans le temps des effets de ses décisions. En effet, l'urgence qui peut par exemple être formellement qualifiée par un juge des référés n'est pas véritablement prise en compte par le Conseil constitutionnel lorsqu'il est amené à décider de l'effet immédiat ou différé de ses déclarations d'inconstitutionnalité.

La juridiction de la rue de Montpensier compte en ce cas sur le concours de la juridiction *a quo*, en ce sens qu'elle la considère co-responsable de la garantie de l'effet utile du contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité des lois. En effet, selon le Conseil constitutionnel, la mise en œuvre du principe du sursis à statuer par la juridiction de renvoi vise à préserver « l'effet utile »²¹⁸⁰ de la QPC. Pourtant, lorsque le renvoi émane d'un juge *a quo* devant statuer en urgence, ce dernier ne peut pas surseoir à statuer indéfiniment ; il doit apporter au plus vite une réponse provisoire au litige qui lui est soumis. Il lui arrive, par ailleurs, parfois de manière obligatoire, de ne justement pas surseoir à statuer²¹⁸¹. Il ne saurait donc être pleinement satisfaisant de faire en partie reposer l'effet utile des décisions QPC sur l'usage du pouvoir de sursis à statuer par les juridictions de renvoi confrontées à l'urgence.

administratives dans le cadre de l'état d'urgence].

²¹⁷⁹ CC, décision n° 2020-858/859, 2 octobre 2020, *M. Geoffrey F. et autre [Conditions d'incarcération des détenus]*, pt. 19.

²¹⁸⁰ CC, décision n° 2009-595 DC, 3 décembre 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, consid. 17.

²¹⁸¹ Sur le sursis à statuer et ses exceptions, notamment devant le juge du référé-liberté, voir *supra* : Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, Paragraphe 1.

1054. Les éléments retenus par le juge du référé-liberté pour considérer la condition d'urgence comme remplie eu égard à l'existence d'une atteinte manifestement grave et illégale à une liberté fondamentale n'ont aucun effet particulier sur la disposition du Conseil constitutionnel à être plus ou moins attentif à l'effet utile de sa décision dans l'hypothèse d'une déclaration d'inconstitutionnalité. En effet, sur les six QPC renvoyées par le juge du référé-liberté, quatre se sont soldées par une déclaration d'inconstitutionnalité et les effets de trois d'entre elles ont été reportés dans le temps²¹⁸².

Il est en revanche notable que sur les quatre QPC renvoyées par le juge du référé-suspension, les deux qui se sont soldées par une déclaration d'inconstitutionnalité ont reçu une application immédiate. À défaut de motivation du caractère immédiatement applicable de ces abrogations, l'on ne saurait déterminer si ces décisions ont été favorisées par le caractère urgent de la procédure de référé-suspension.

Enfin, il ne peut être rendu aucune conclusion au titre des deux QPC renvoyées par le juge judiciaire des référés puisqu'aucune d'entre elles n'a conduit à des décisions d'inconstitutionnalité.

b) Les raisons de la prise en compte limitée de l'urgence dans la détermination des effets des décisions QPC

1055. Sans constituer d'empêchements rédhibitoires, l'application insuffisante du principe du contradictoire concernant la décision de modulation dans le temps des effets des décisions (α) et le caractère objectif du contentieux *a posteriori* de la constitutionnalité des lois (β) limitent la prise en compte de l'urgence par le Conseil constitutionnel dans la détermination des effets de ses décisions.

α) L'application insuffisante du principe du contradictoire concernant le recours au pouvoir de modulation dans le temps des effets des décisions

1056. À l'instar de la propension du contrôle des lois à l'intégration des faits urgents du

²¹⁸² CC, décision n° 2017-651 QPC, 31 mai 2017, *Association En Marche ! [Durée des émissions de la campagne électorale en vue des élections législatives]* ; CC, décision n° 2017-691 QPC, 16 février 2018, *M. Farouk B. [Mesure administrative d'assignation à résidence aux fins de lutte contre le terrorisme]* ; CC, décision n° 2017-695 QPC, 29 mars 2018, *M. Rouchdi B. e. a. [Mesures administratives de lutte contre le terrorisme]*.

litige principal, la concrétisation des effets des décisions du juge des lois dépend de l'apport suffisant par le juge *a quo* d'éléments factuels dans la décision de renvoi. Or, lorsqu'il est saisi d'une QPC, le Conseil constitutionnel n'a, à ce premier stade, théoriquement pas connaissance de la situation dans laquelle se trouve le justiciable. C'est pourquoi, durant l'instruction, les échanges contradictoires écrits ou oraux entre les parties et avec le juge peuvent accroître la possibilité pour la juridiction *ad quem* de connaître et d'intégrer ces éléments dans la détermination des effets de ses décisions. Le choix du Conseil constitutionnel de recourir à son pouvoir de modulation ne s'élaborerait plus nécessairement *in abstracto* puisqu'il bénéficierait de l'argumentation des parties sur cette question durant la phase écrite et principalement la phase orale du contradictoire. C'est en effet spécialement durant cette dernière phase du contradictoire que le justiciable, partie à l'instance principale, peut apporter des éléments factuels relatifs à l'urgence de sa situation pour influencer le raisonnement du juge des lois²¹⁸³. Il y a pour cela tout lieu de s'inspirer de la pratique du Conseil d'État lorsqu'il est saisi d'un recours en annulation, mais aussi de celle de la Cour de justice de l'UE.

En effet, le Conseil d'État décide, depuis l'arrêt *Association AC !*, de la modulation des effets de ses décisions « après avoir recueilli sur ce point les observations des parties »²¹⁸⁴.

L'audience a également son importance puisque les parties peuvent solliciter la Cour de justice de l'UE sur la question de l'utilisation de son pouvoir de modulation dans le temps des effets de ses arrêts. Il est par exemple arrivé dans le cadre de la PPU, que les parties défenderesses invitent la Cour luxembourgeoise à limiter dans le temps les effets d'une décision qu'elle s'apprêtait à rendre si la solution apportée au litige par celle-ci devait être contraire à leurs prétentions²¹⁸⁵.

L'urgence n'est donc aucunement un obstacle à l'échange contradictoire entre les parties et avec les Sages de l'aile Montpensier du Palais Royal sur la question de la modulation dans le temps des effets d'une déclaration d'inconstitutionnalité.

1057. Il est regrettable et juridiquement contestable²¹⁸⁶ que le Conseil constitutionnel ne se

²¹⁸³ Sur l'importance de la phase orale pour la prise en compte de l'urgence par le juge des lois, voir *infra* : Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, Paragraphe 2.

²¹⁸⁴ CE, ass., 11 mai 2004, *Association AC ! e. a.*, n° 255886.

²¹⁸⁵ CJUE, 10 novembre 2016, *Krzysztof Marek Poltorak*, C-452/16 PPU, pt. 54 : « Lors de l'audience, le gouvernement néerlandais ainsi que la Commission européenne ont demandé à la Cour de limiter les effets dans le temps du présent arrêt [...] ».

²¹⁸⁶ M. BENIGNI, *L'application dans le temps des décisions QPC*, IFJD, 2019, pp. 259-261 ; M. DISANT, « Les effets dans le temps des décisions QPC. Le Conseil constitutionnel "maître du temps" ? Le législateur, bouche du Conseil constitutionnel ? », *NCCC*, 2013/3, n° 40, p. 68 ; O. MAMOUDY, *La modulation dans le temps des effets des décisions de justice en droit français*, Thèse dact., Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2013, p. 169 ;

donne pas les moyens et ne fasse aucune preuve de volonté d'échanger avec les parties sur son intention éventuelle de moduler dans le temps les effets de ses décisions.

Il arrive malgré tout que, dans des situations d'urgence, la défense d'un justiciable se prononce à l'audience, de sa propre initiative, sur l'opportunité de moduler dans le temps les effets d'une décision. Ces éléments de débat ne font toutefois malheureusement jamais l'objet de réponses par les membres du Conseil constitutionnel.

Au cours d'une plaidoirie, Maître Patrice Spinosi a pu par exemple inviter le Conseil constitutionnel à censurer les dispositions du code de procédure pénale relatives à la contestation par un détenu de ses conditions de détention et, le cas échéant, à moduler dans le temps les effets de sa décision pour permettre au législateur de pallier l'incompétence négative dont il avait entaché les dispositions contestées²¹⁸⁷. S'il semble bien avoir été entendu, il n'y a en revanche eu aucune discussion sur ce dernier élément avec les Sages présents à l'audience ainsi qu'avec le représentant du Premier ministre intervenant en défense de la loi.

1058. Quand bien même cet élément de mise à connaissance du Conseil constitutionnel de la situation concrète du justiciable serait amélioré, la nature essentiellement objective de la procédure de QPC limite fortement une prise en compte renforcée de l'urgence lors de la détermination des effets dans le temps des décisions d'inconstitutionnalité.

β) Une prise en compte de l'urgence limitée par le caractère objectif du contentieux a posteriori de la constitutionnalité des lois

1059. Le caractère limité de la prise en compte des situations d'urgence à l'origine des QPC pour le choix des effets d'une décision est principalement lié à la nature objective du contentieux *a posteriori* de la constitutionnalité des lois²¹⁸⁸. Ainsi que l'on a pu le voir, la mission du Conseil constitutionnel est de rendre une décision de portée générale, abstraite et donc impersonnelle. Puisqu'il n'a pas à trancher un litige dans un cas d'espèce particulier, le

S. MOUTON et M. CARPENTIER (dir.), « L'effet utile des décisions QPC du Conseil constitutionnel : un bilan critique », *Titre VII*, 2020, n° hors-série (en ligne). Voir également : J.-J. URVOAS, *Rapport d'information sur la question prioritaire de constitutionnalité*, Assemblée Nationale, mars 2013, n° 842, p. 64. Le député Jean-Jacques Urvoas était favorable « à ce que la question des effets dans le temps d'une éventuelle décision de non-conformité fasse l'objet d'un débat contradictoire dès l'échange des mémoires entre les parties, et, en tout état de cause, à la fin de l'audience devant le Conseil constitutionnel relative à chaque QPC ». C'est l'auteur qui souligne.

²¹⁸⁷ Audience du 22 septembre 2020 portant sur la QPC n° 2020-858/859 QPC, plaidoirie de Maître Patrice Spinosi (50^{ème} minute de la vidéo l'audience).

²¹⁸⁸ M. BENIGNI, *L'application dans le temps des décisions QPC*, IFJD, 2019, pp. 205-207.

juge de la rue de Montpensier s'affranchit du cas d'espèce pendant et de la situation des parties dans l'instance principale lorsqu'il décide des effets à donner à sa décision. Puisque les décisions du Conseil constitutionnel ont un effet *erga omnes*, celles-ci valent à l'égard de tous et non pas seulement pour les parties à un procès. Par ailleurs, si les décisions portant abrogation d'une disposition législative sont essentiellement tournées vers l'avenir, elles n'entendent pas pour autant totalement délaisser le passé. Il s'agit là d'une mission essentielle d'une décision juridictionnelle que de trancher un litige né antérieurement. Mais, si les décisions du Conseil constitutionnel peuvent régir les situations passées et en cours, elles n'ont en revanche pas pour rôle de produire spécifiquement des effets utiles et adaptés à la situation éventuellement urgente dans laquelle se trouve le justiciable dans le litige principal au cours duquel il a été l'auteur d'une QPC. C'est pourquoi entre un justiciable qui ne peut pas attendre et les composantes de l'intérêt général tels que le principe de sécurité juridique ou l'objectif de préservation de l'ordre public, le Conseil constitutionnel privilégie généralement les secondes au détriment du premier.

1060. C'est pour des raisons tout à fait différentes que la prise en compte de l'urgence par le Conseil d'État et les cours européennes pour la détermination des effets d'un avis ou d'un arrêt préjudiciel peut être qualifiée comme étant limitée. En effet, à la différence du Conseil constitutionnel, cette quasi-absence de prise en compte de l'urgence est, à défaut d'être pleinement volontaire, strictement liée à des obstacles d'ordre procédural.

B) Les limites procédurales à la prise en compte de l'urgence par le Conseil d'État et les cours européennes

1061. Trois sorts peuvent être réservés à une disposition législative contraire aux droits fondamentaux. Elle peut être soit invalidée, soit rendue inapplicable dans le litige au cours duquel la demande de renvoi a été formulée, soit enfin être interprétée conformément aux droits fondamentaux. À la différence du Conseil constitutionnel, la compétence du Conseil d'État et des cours européennes de connaître sur renvoi du contentieux des lois est *in fine* limitée par les seuls pouvoirs de déclarer l'incompatibilité d'une loi aux droits conventionnels ou de l'UE et de donner l'interprétation conforme d'une loi avec les droits fondamentaux (1). De plus, dans le cadre des procédures de renvoi, ces juridictions ne disposent pas ou n'ont pas recours au pouvoir de modulation dans le temps des effets de leurs décisions (2).

1) Un pouvoir de contrôle des lois limité

1062. L'absence de pouvoir des cours européennes et du Conseil d'État d'abroger ou de rendre inapplicable une loi dans un litige a pour conséquence de laisser aux juridictions *a quibus* le soin de déterminer si cet acte doit être abrogé, rendu inapplicable dans le litige en cours ou bien simplement appliqué conformément aux droits fondamentaux.

1063. L'absence de pouvoir des cours européennes et du Conseil d'État de modifier, abroger, annuler ou rendre inapplicable une loi sur saisine d'un renvoi. Seules les juridictions constitutionnelles ont le pouvoir d'abroger ou d'annuler une loi. Aucune juridiction internationale, régionale ni même une autre juridiction interne ordinaire n'a ce pouvoir. Pareillement, les cours européennes et le Conseil d'État ne disposent pas du pouvoir de rendre une loi inapplicable dans le cadre d'une instance nationale en cours ou future.

C'est donc légitimement que, dans son premier avis, la Cour EDH explique en ce sens que « son rôle se limite à rendre un avis »²¹⁸⁹. Il est bien entendu que l'abrogation ou toute autre mesure prise par la Cour strasbourgeoise visant une loi nationale dépasserait ce « rôle » qui lui est assigné.

De même, la Cour de justice de l'UE affirme fermement et constamment qu'elle ne peut pas « de sa propre autorité, annuler ou abroger des lois nationales d'un État membre »²¹⁹⁰.

Dans le cadre des procédures d'avis et du renvoi préjudiciel, le sort des lois est donc laissé à l'appréciation des juridictions *a quibus* dans la limite de leurs propres pouvoirs.

1064. Une détermination des effets du contrôle sur l'application, l'interprétation ou l'existence des lois laissée à l'appréciation des juridictions de renvoi. C'est à la juridiction *a quo* que revient le rôle de déterminer les effets du contrôle de la loi opéré par les juridictions *ad quem* des procédures de renvoi préalable. Si le juge de renvoi relève d'une juridiction ordinaire, alors il lui est loisible, selon l'étendue de ses propres pouvoirs, d'appliquer la loi contrôlée selon l'interprétation conforme aux droits fondamentaux qui aura été donnée ou d'écarter son application si elle a été jugée inconstitutionnelle. Conformément aux pouvoirs qui sont les siens, si le juge de renvoi est le Conseil constitutionnel, il lui est loisible de déclarer

²¹⁸⁹ CEDH, GC, avis, 10 avril 2019, *Reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention demandé par la Cour de cassation française*, n° P16-2018-001, § 25.

²¹⁹⁰ CJCE, 16 décembre 1960, *Jean-E. Humblet c. État Belge*, C-6/60.

qu'une disposition législative mérite un brevet de constitutionnalité, c'est-à-dire d'être déclarée conforme à la Constitution, avec l'éventuel ajout d'une réserve d'interprétation, ou, au contraire, que la disposition législative doit être abrogée.

Dans le cadre des avis rendus par le Conseil d'État ou la Cour EDH, la liberté de la juridiction *a quo* de donner effet à une éventuelle interprétation conforme d'une loi aux droits fondamentaux ou bien à une déclaration d'inconventionnalité pour la résolution du litige principal est, dans la limite de ses pouvoirs, totale. Le caractère juridiquement facultatif de ces avis²¹⁹¹ permet à la juridiction demanderesse de suivre ou de s'écarter des termes de leurs conclusions sur la manière d'interpréter une loi ou de l'appliquer au litige en cours.

C'est en effet au juge de renvoi qu'il revient, en application du principe de subsidiarité cher au système de la Convention européenne des droits de l'Homme, la délicate mission de donner un effet utile aux avis rendus par la Cour EDH. Le principe de subsidiarité a fortement guidé l'avènement de la procédure des demandes d'avis consultatif à la Cour EDH²¹⁹². Le rapport explicatif sur le protocole n° 16 confirme que c'est à « la juridiction dont émane la demande qu'il revient de [...] tirer, selon le cas, toutes les conséquences qui découlent de l'avis donné par la Cour pour les dispositions du droit interne invoquées dans l'affaire et pour l'issue de l'affaire »²¹⁹³. De même, ce rapport ajoute expressément que « la juridiction qui a procédé à la demande décide dès lors des effets de l'avis consultatif sur la procédure interne »²¹⁹⁴.

L'exécution d'un arrêt rendu sur renvoi préjudiciel déclarant l'incompatibilité d'une loi avec le droit de l'UE renvoie au juge *a quo* le choix de l'inapplication, de l'interprétation conforme ou de l'abrogation formelle de cet acte²¹⁹⁵.

1065. La limitation du pouvoir de contrôle des lois des cours européennes et du Conseil

²¹⁹¹ Sur la question du caractère juridiquement facultatif des avis mais obligatoire en pratique, voir *infra* : Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, Paragraphe 1, A), 1), a).

²¹⁹² A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE, « Protocole 16 - L'audace d'une première demande d'avis consultatif à la Cour EDH. Note sous C. Cass., ass. plén., 5 oct. 2018, n° 10-19.053 », *JCP G*, 2018, n° 46, 1190.

²¹⁹³ CEDH, GC, avis, 10 avril 2019, *Reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention demandé par la Cour de cassation française*, n° P16-2018-001, pt. 25.

²¹⁹⁴ Conseil de l'Europe, *Rapport explicatif sur le protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, 2013, pt. 25. Le rapport du groupe des Sages au Comité des ministres confirme cette intention : Rapport du Groupe des Sages au Comité des Ministres, 15 novembre 2006, doc. CM(2006)203, pt. 82.

²¹⁹⁵ CJCE, 30 octobre 1975, *Rey Soda c. Cassa Conguaglio Zucchero*, C-23/75, pts. 50-51. Voir également dans le cadre d'un arrêt rendu par la Cour de Luxembourg au titre d'un recours en manquement (CJCE, 24 mars 1988, *Commission c. Italie*, 104/86, pt. 12) à propos d'une loi nationale déclarée antérieurement contraire au droit de l'UE dans un arrêt rendu sur renvoi préjudiciel (CJCE, 9 novembre 1983, *Administration des finances de l'État italien c. SpA San Giorgio*, C-199/82).

d'État restreint sensiblement leur capacité de prendre en compte efficacement l'urgence pour déterminer les effets de leurs décisions ou avis. En revanche, l'absence *de jure* de modulation dans le temps des effets des avis et *de facto* des arrêts préjudiciels rendus au titre des procédures préjudicielles d'urgence et accélérée favorise indéniablement leur effet utile.

2) L'absence de modulation dans le temps des effets des avis et des arrêts préjudiciels rendus au titre des procédures préjudicielles d'urgence et accélérée

1066. Alors qu'elle en a pourtant le pouvoir, la Cour de justice de l'UE n'a jamais fait usage de son pouvoir de modulation dans le temps des effets des arrêts préjudiciels rendus au titre des procédures préjudicielles d'urgence et accélérée (a). Quant à la Cour EDH et au Conseil d'État, ces deux juridictions ne disposent d'aucun pouvoir de modulation dans le temps des effets de leurs avis (b).

a) L'absence de modulation dans le temps des effets des arrêts préjudiciels rendus au titre des procédures préjudicielles d'urgence et accélérée

1067. Seuls le Conseil constitutionnel et la Cour de justice de l'UE ont le pouvoir de déterminer les effets dans le temps de leurs décisions. L'article 264 alinéa 2 du TFUE prévoit que lorsque la Cour de justice déclare nul et non avenu un acte du droit dérivé de l'UE dans le cadre d'un recours en annulation ou d'un renvoi préjudiciel en appréciation de validité, elle « indique, si elle l'estime nécessaire, ceux des effets [notamment dans le temps] de l'acte annulé qui doivent être considérés comme définitifs ». La Cour de Luxembourg peut exceptionnellement limiter dans le passé, et donc à l'instance principale en cours, la possibilité d'invoquer le bénéfice d'une interprétation ou d'une déclaration d'invalidité rendue sur renvoi préjudiciel. Or, dans des situations d'urgence justifiant le traitement d'un renvoi préjudiciel par la PPU ou la PPA, la Cour de justice de l'UE n'a jamais fait usage de son pouvoir de modulation dans le temps des effets de ses arrêts. La question du recours au pouvoir de modulation dans le temps des effets de ses décisions a pu être posée à l'occasion de deux affaires similaires relatives

au mandat d'arrêt européen traitées par la Cour au titre de la PPU²¹⁹⁶. Dans ces deux cas, elle a décidé, au regard des circonstances de l'espèce, qu'il n'y avait pas lieu de limiter les effets de ses arrêts dans le temps.

1068. La raison de cette absence de recours par la Cour à son pouvoir de modulation tient essentiellement à l'une des conditions de mise en œuvre d'un renvoi préjudiciel ainsi qu'à l'une des conditions de déclenchement de la PPU. Tout d'abord, il convient de rappeler que la recevabilité d'un renvoi préjudiciel exige, notamment, que la réponse de la Cour à une question d'interprétation ou portant sur la validité d'un acte de droit dérivé doit être nécessaire à la juridiction nationale de renvoi pour rendre son jugement²¹⁹⁷. Mais surtout, l'absence de recours à ce pouvoir dans le cadre de la PPU est liée à l'une des conditions de cette procédure impliquant que la décision que la Cour est appelée à rendre ait une *incidence* sur l'existence²¹⁹⁸ ou la durée²¹⁹⁹ d'une privation de liberté dont une personne fait l'objet dans le cadre de l'instance principale. Concrètement, le report dans le temps des effets d'un arrêt de la Cour invalidant un acte de droit dérivé ou déclarant l'incompatibilité d'une norme interne au motif de leur contrariété aux droits fondamentaux des détenus n'aurait aucune incidence sur le maintien ou le temps de la détention d'une partie privée de sa liberté individuelle dans le cadre de l'instance principale. Le *statu quo* quant à l'application et l'interprétation du droit l'emporterait potentiellement au détriment des droits fondamentaux de la personne détenue.

1069. Cette nécessité que l'arrêt rendu par la Cour de justice de l'UE ait une incidence sur l'existence ou la durée d'une mesure privative de liberté prise à l'encontre d'une personne²²⁰⁰ peut également se retrouver pour le traitement de certaines affaires au titre de la PPA.

1070. La prise en compte par la Cour de justice de l'UE de l'urgence dans laquelle se trouve

²¹⁹⁶ CJUE, 10 novembre 2016, *Ruslanas Kovalkovas*, C-477/16 PPU, pts. 50-54 ; CJUE, 10 novembre 2016, *Krzysztof Marek Poltorak*, C-452/16 PPU.

²¹⁹⁷ CJUE, *Recommandations à l'attention des juridictions nationales, relatives à l'introduction de procédures préjudicielles*, JOUE 2018/C 257/01, 20 juillet 2018, pt. 12.

²¹⁹⁸ Voir par exemple : CJUE, 10 avril 2012, *Procédure pénale c. Minh Khoa Vo*, C-83/12 PPU, pt. 31 : « si la Cour devait répondre par l'affirmative à la question préjudicielle, M. Vo ne pourrait plus faire l'objet de poursuites pénales et sa détention serait dès lors sans fondement ».

²¹⁹⁹ CJUE, 30 mai 2013, *Jeremy F. c. Premier ministre*, C-168/13 PPU, pt. 31 : « le requérant au principal est actuellement privé de liberté et que la solution du litige au principal est susceptible d'avoir une incidence non négligeable sur la durée d'une telle privation ».

²²⁰⁰ CJUE, ord., 30 septembre 2011, *Alexandre Achughbabian c. Préfet du Val-de-Marne*, C-329/11, pt. 11 : « Le recours à la procédure accélérée dans la présente affaire serait ainsi susceptible d'empêcher d'éventuelles privations de liberté illégales ou de réduire leur durée. Il est donc essentiel que, notamment, les juridictions françaises disposent dans les plus brefs délais de la réponse à la question posée par la juridiction de renvoi ».

une personne en situation de vulnérabilité pour la détermination des effets de ses arrêts est donc originellement fondée sur une condition relative à la mise en œuvre des procédures préjudicielles accélérée et d'urgence. En revanche, la question de la prise en compte de l'urgence par la Cour EDH et le Conseil d'État pour la détermination des effets de leurs avis ne se pose pas vraiment puisque ces juridictions n'ont pas ce pouvoir. *De jure*, les effets des avis valent systématiquement pour les situations d'urgence en cours.

b) L'absence de pouvoir de la Cour EDH et du Conseil d'État de modulation dans le temps des effets de leurs avis

1071. À la différence du Conseil constitutionnel et de la Cour de justice de l'UE, la Cour EDH et le Conseil d'État n'ont aucun pouvoir de modulation dans le temps des effets de leurs avis. Ces deux juridictions sont donc incapables de faire plus ou moins dépendre l'effet utile de leurs avis des situations d'urgence dans lesquelles se trouvent les parties à l'instance principale. L'absence de pouvoir de la Cour EDH et du Conseil d'État de déterminer les effets de leurs avis est justifiée par leur portée juridiquement facultative²²⁰¹.

1072. Le problème de la prise en compte de l'urgence ne concerne finalement que l'usage par le Conseil constitutionnel de son pouvoir de modulation dans le temps des effets de ses décisions. Certains pouvoirs et outils interprétatifs tels que la technique des réserves d'interprétation sont pourtant à sa disposition pour prendre en compte l'urgence avec plus de systématisme. Il est primordial que le Conseil constitutionnel ne perde jamais totalement de vue qu'il existe toujours une situation concrète de violation des droits et libertés constitutionnels d'un justiciable à l'origine du renvoi d'une QPC. Il doit par conséquent chercher à donner le plus d'effet utile à sa décision à l'aune de l'urgence dans laquelle celui-ci se trouve.

II) Les moyens de renforcement de la prise en compte de l'urgence

1073. Sans trop d'inconvénients et de risques de dénaturer l'essence de la procédure, deux techniques permettent de renforcer la prise en compte par le Conseil constitutionnel de la situation d'urgence à l'origine du renvoi d'une QPC. La première concerne spécifiquement le

²²⁰¹ Sur la portée juridiquement facultative mais obligatoire *de facto*, voir *infra* : Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, Paragraphe 1, A), 1), a).

cas des décisions déclarant l'inconstitutionnalité d'une disposition législative à l'occasion desquelles le Conseil constitutionnel peut user de son pouvoir de reporter dans le temps les effets d'une abrogation. Sans pleinement entacher la portée de ce pouvoir, il est souhaitable, lorsque le juge de la rue de Montpensier décide de reporter dans le temps les effets d'une décision, que soit généralisée l'application de l'effet immédiat procédural (A). Lorsqu'en revanche, le Conseil constitutionnel assortit une déclaration de conformité ou de non-conformité d'une réserve d'interprétation, il ne lui est pas impossible de permettre à celle-ci de s'adapter à la situation d'urgence à l'origine du renvoi d'une QPC. Il s'agit pour cela d'accroître, essentiellement par deux techniques, sa sensibilité à l'urgence dans l'édition de réserves interprétatives (B).

A) La généralisation souhaitable de l'effet immédiat procédural des décisions QPC dans les situations d'urgence

1074. L'urgence née de certaines atteintes législatives aux droits et libertés que la Constitution garantit commande que les lois inconstitutionnelles soient immédiatement retirées de l'ordre juridique ou à *minima* qu'elles soient rendues inapplicables au justiciable qui a soulevé une QPC. En d'autres termes, les déclarations d'inconstitutionnalité, mais aussi les réserves d'interprétation²²⁰², doivent, à plus forte raison dans les situations d'urgence, bénéficier d'un effet utile, c'est-à-dire d'un effet immédiat dans le cadre des instances à l'origine du renvoi d'une QPC. La Cour strasbourgeoise considère par exemple que « le droit à un tribunal serait illusoire si l'ordre juridique interne d'un État contractant permettait qu'une décision judiciaire définitive et obligatoire reste inopérante au détriment d'une partie »²²⁰³. L'absence d'effet utile des décisions du Conseil constitutionnel est aussi potentiellement un motif de condamnation par la Cour EDH pour violation du droit à un recours effectif²²⁰⁴.

²²⁰² Les réserves d'interprétation prononcées dans le cadre d'une déclaration de conformité d'une disposition législative peuvent voir leur application différée dans l'avenir et ne pas bénéficier au justiciable qui a soulevé la QPC : CC, décision n° 2010-62 QPC, du 17 décembre 2010, *M. David M [Détenition provisoire : procédure devant le juge des libertés et de la détention]*, pt. 7 ; CC, décision n° 2015-503 QPC, 4 décembre 2015, *M. Gabor R. [Effets de la représentation mutuelle des personnes soumises à imposition commune postérieurement à leur séparation]*, pt. 15.

²²⁰³ CEDH, 19 mars 1997, *Hornsby c. Grèce*, n° 18357/91, § 45 ; CEDH, 28 juillet 1999, *Immobiliare Saffi c. Italie*, n° 22774/93, § 63.

²²⁰⁴ T. DUCHARME, « L'effet inutile des QPC confronté aux droits européens », *RDP*, 2019, n° 1, p. 107. Sur l'obligation de motivation des décisions de modulation dans le temps des effets d'une déclaration d'inconstitutionnalité, voir *infra* : Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, Paragraphe 2, B), 2).

1075. Le moyen premier et primordial permettant de rendre effective la prise en compte des situations d'urgence réside dans l'effet rétroactif des déclarations d'inconstitutionnalité et donc de leur application aux instances en cours, spécialement à celle à l'origine du renvoi d'une QPC. Pour cela, surtout dans les situations d'urgence, le Conseil constitutionnel doit s'assurer de l'effet immédiat de sa décision et plus précisément de son effet immédiat *procédural* que l'on retrouve également sous l'appellation de « rétroactivité procédurale »²²⁰⁵, c'est-à-dire de son application immédiate aux instances en cours et plus spécialement à celle devant laquelle la QPC a été soulevée. Or, la modulation dans le temps des effets d'une décision QPC empêche tout effet immédiat procédural. Sans renoncer à la possibilité du Conseil constitutionnel de faire usage de ce pouvoir, y compris dans les situations d'urgence, il s'agit simplement pour lui, lorsqu'il y a recours, d'accorder *a minima* une « prime »²²⁰⁶ au justiciable qui a soulevé une QPC, voire plus largement aux justiciables parties à une instance en cours concernée par l'application de la disposition déclarée inconstitutionnelle. Force est toutefois de constater que le Conseil constitutionnel n'a jamais entrepris de conférer un effet utile à une déclaration d'inconstitutionnalité à la seule instance à l'occasion de laquelle la QPC a été renvoyée. Il serait pourtant tout à fait bien venu que les Sages de la juridiction constitutionnelle du Palais royal s'inspirent en la matière du souci dont fait preuve la Cour de justice de l'UE pour la situation du requérant à l'instance principale lorsqu'elle entend faire usage de son pouvoir de modulation des effets de ses arrêts préjudiciels.

1076. Il convient tout d'abord de noter, qu'à l'instar du Conseil constitutionnel, lorsque la Cour luxembourgeoise examine la possibilité de moduler dans le temps les effets d'un arrêt, elle doit tenir compte « des troubles graves » que l'application immédiate de son arrêt pourrait engendrer dans des situations nées antérieurement au prononcé de l'arrêt²²⁰⁷ et de la « bonne foi des milieux intéressés » par celui-ci. Il s'agit là principalement du souci de préserver une certaine sécurité juridique.

Mais, mieux encore, l'application de l'article 264 du TFUE par la Cour de justice de l'Union européenne peut constituer un sérieux modèle pour le Conseil constitutionnel en matière de

²²⁰⁵ X. MAGNON, « La modulation des effets dans le temps des décisions du juge constitutionnel », *AIJC*, vol. XXVII-2011, 2012, p. 562 ; T. DI MANNO, « Recours devant le Conseil constitutionnel par la voie préjudicielle : la question prioritaire de constitutionnalité », *Juris. Class. Libertés*, fasc. 210, § 119.

²²⁰⁶ X. MAGNON, « La modulation des effets dans le temps des décisions du juge constitutionnel », *AIJC*, vol. XXVII-2011, 2012, p. 561 et 562.

²²⁰⁷ Voir par exemple : CJCE, 17 mai 1990, *Douglas Harvey Barber c. Guardian Royal Exchange Assurance Group*, C-262/88, pt. 41 ; CJUE, 29 juillet 2010, *Rijksdienst voor Pensioenen c. Elisabeth Brouwer*, C-577/08, pt. 33.

prise en compte de l'urgence et de garantie d'une protection juridictionnelle effective des droits et libertés constitutionnels du justiciable à l'instance principale en cas de déclaration d'inconstitutionnalité à effet différé. Lorsqu'elle envisage de limiter les effets d'une décision d'invalidité dans le passé, y compris lorsqu'elle statue au titre de la PPU²²⁰⁸, la Cour de Luxembourg doit étudier la possibilité de faire exception à cette limitation en faveur de la partie au litige dans le cadre de l'instance principale. Il appartient en effet à la Cour, lorsqu'elle fait usage de son pouvoir de limiter dans le passé les effets d'un arrêt rendu à titre préjudiciel, de « déterminer si une exception à cette limitation de l'effet dans le temps conféré à son arrêt, peut être prévue en faveur [...] de la partie qui a introduit le recours devant la juridiction nationale »²²⁰⁹. La Cour juge même que l'absence d'exceptions à la limitation des effets d'une décision d'invalidité à l'égard du requérant au litige principal irait « à l'encontre du droit à une protection juridictionnelle effective en cas de violation par les institutions de la légalité communautaire et [...] l'effet utile de l'article [267 du TFUE] en serait compromis »²²¹⁰. Cet effet utile peut aussi être assuré par la Cour dans l'hypothèse beaucoup plus rare dans laquelle la limitation dans le passé des effets d'une décision permet tout de même de constituer un « remède adéquat »²²¹¹ pour la protection des droits du requérant à l'instance principale.

1077. Il y a également, derrière la généralisation de l'effet immédiat procédural, un enjeu concurrentiel entre le contrôle de constitutionnalité et le contrôle de conventionnalité des lois. Le Conseil constitutionnel doit à ce propos veiller à ne pas trop faire perdre d'intérêt à la procédure de la QPC face aux avantages de l'effet utile et immédiat qu'offre le contrôle direct de la conventionnalité des lois par les juridictions ordinaires, européennes et internationales. De multiples exemples démontrent que des décisions QPC d'inconstitutionnalité à effet différé ont été concurrencées par le contrôle direct de conventionnalité exercé par les juridictions ordinaires²²¹² et que le phénomène de concurrence est accentué par la dynamique de

²²⁰⁸ CJUE, 10 novembre 2016, *Krzysztof Marek Poltorak*, C-452/16 PPU, pt. 57.

²²⁰⁹ CJCE, 27 mars 1985, *Société des produits de maïs*, C-112/83, pt. 18.

²²¹⁰ CJCE, 26 avril 1994, *Roquette Frères*, C-228/92, pt. 27.

²²¹¹ CJCE, 26 avril 1994, *Roquette Frères*, *op. cit.*, pt. 25.

²²¹² S. PLATON, « Les interférences entre l'office du juge ordinaire et celui du Conseil constitutionnel : "malaise dans le contentieux constitutionnel" », *RFDA*, 2012, n° 4, p. 639 ; Voir également : K. BLAY-GRABARCZYK, « L'équivalence des protections », in R. TINIÈRE (dir.), *Question prioritaire de constitutionnalité et droit européen des droits de l'homme : entre autonomie et convergence*, Nemesis Anthemis, 2017, pp. 167 et s. ; M. BÉNIGNI, *L'application dans le temps des décisions QPC*, IFJD, 2019, pp. 328 et s. Voir par exemple le recours à cette stratégie par le Conseil d'État : CE, 10 avril 2015, *Société Red Bull on Premise e. a.*, n° 377207. Voir également pour la Cour de cassation : C. cass., ass. plén., 15 avril 2011, n° 10-17.049 ; C. cass., 1^e civ., 9 avril 2013, n° 11-27.071.

concrétisation de ce contrôle²²¹³. Outre la célérité de sa mise en œuvre, le contrôle direct et par voie d'exception de la conventionnalité des lois a en effet pour avantage de permettre l'inapplicabilité *immédiate* d'une disposition législative inconstitutionnelle.

C'est pourquoi, il est impérieux pour le Conseil constitutionnel de développer sa prise en compte de l'urgence et de préservation de l'effet utile de ses décisions notamment par le recours à certaines techniques interprétatives.

B) La préservation de l'effet utile dans les situations d'urgence par le recours aux outils interprétatifs

1078. L'effet utile peut être préservé dans certaines hypothèses de modulation des effets dans le temps d'une décision d'inconstitutionnalité par le prononcé de réserves d'interprétation transitoires (1). La technique des réserves d'interprétation s'avère d'autant plus efficace pour la prise en compte de l'urgence lorsque leur formulation fait une place sensible aux éléments concrets du litige principal devant lequel est portée une situation d'urgence (2).

1) Le recours aux réserves d'interprétation transitoires au service de l'effet utile des décisions

1079. La généralisation de l'effet immédiat procédural attaché aux déclarations d'inconstitutionnalité n'est pas le seul moyen de prise en compte adéquate des situations d'urgence. Le recours à la technique des réserves d'interprétation transitoires est également et assurément source de protection *immédiate* des droits fondamentaux (a). Aussi avantageuse soit-elle, cette technique n'est toutefois pas dénuée de limites pour une prise en compte adéquate de la diversité des situations d'urgence (b).

a) La technique des réserves d'interprétation transitoires, source de protection *immédiate* des droits fondamentaux

1080. La définition des réserves d'interprétation transitoires. Lorsque le Conseil constitutionnel décide du report dans le temps de l'abrogation d'une disposition législative, il

²²¹³ Sur la vocation complémentaire du contrôle concret et abstrait de conventionnalité des lois par le juge ordinaire par rapport au contrôle essentiellement abstrait des lois exercé sur renvoi : Voir *supra* : Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, Paragraphe 1.

peut décider de conférer un effet utile, c'est-à-dire une protection immédiate des droits et libertés constitutionnels du justiciable qui a soulevé la QPC, en ayant recours à une technique intermédiaire de déclaration d'inconstitutionnalité qui se situe entre celle à effet immédiat et celle reportant dans le temps une abrogation. Cette solution intermédiaire, désormais bien connue en contentieux constitutionnel, correspond à la typologie des décisions d'inconstitutionnalité portant création d'un régime législatif transitoire²²¹⁴ par le prononcé d'une réserve d'interprétation dite « transitoire ». Le juge de la rue de Montpensier s'est en effet doté de manière prétorienne du pouvoir de rendre des interprétations conformes à la Constitution d'une disposition législative déclarée inconstitutionnelle destinées à son application transitoire par les autorités administratives et judiciaires. L'application de celles-ci prend fin à compter d'une date qu'il détermine ou de l'intervention du législateur²²¹⁵. Autrement dit, en s'appliquant notamment aux instances en cours, elles permettent de coupler le report dans le temps d'une décision d'inconstitutionnalité et son effet utile pour la protection immédiate des droits et libertés que la Constitution garantit.

1081. L'utilité des réserves d'interprétation transitoires pour la prise en compte des situations d'urgence. La mesure transitoire est en effet bénéfique pour le justiciable à l'origine d'une QPC et spécialement pour celui qui se trouve dans une situation d'urgence. En effet, ce type de réserve « élimine *instantanément* »²²¹⁶ la norme qui porte atteinte à ses droits fondamentaux ainsi que les effets néfastes d'une abrogation différée. L'on a en ce sens pu confirmer que « *dans une situation d'extrême urgence* et dans la mesure où la fréquence de ces situations demeure faible, la détermination d'un régime juridique transitoire par le Conseil peut

²²¹⁴ La doctrine qualifie en ces hypothèses le Conseil constitutionnel de « législateur provisoire » : P. PUIG, « Le Conseil constitutionnel et la modulation dans le temps des décisions QPC », *RTD civ.*, 2010, n° 3, p. 517 ; S. BENZINA, *L'effectivité des décisions QPC du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2017, pp. 333-336.

²²¹⁵ M. CHARITÉ, « Réserves d'interprétation transitoires dans la jurisprudence QPC », *AJDA*, 2015, n° 29, p. 1622. Ces réserves d'interprétation « consistent, au soutien d'une décision d'abrogation différée de la disposition législative contestée, en son interprétation conforme à la Constitution entre la date de la décision et la date de la prise d'effet de l'abrogation » ; J. BONNET, P.-Y. GAHDOUN et D. ROUSSEAU, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle 2014 », *RDP*, 2015, n° 1, p. 253. La Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne utilise cette même technique et il a d'ailleurs pu être dit qu'elle « ordonne, provisoirement et tant [qu'une] législation nouvelle n'a pas été adoptée, aux autorités administratives de se conformer à une réglementation transitoire qu'elle édicte » : O. JOUANJAN, « Les effets dans le temps des décisions de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne », *NCCC*, 2015, n° 47, p. 94. Le Conseil constitutionnel explique que ce type de réserve d'interprétation « consiste à combiner une abrogation reportée dans le temps et une réserve d'interprétation transitoire neutralisant les effets inconstitutionnels de la disposition en cause jusqu'à son remplacement par une loi nouvelle » : CC, « Les effets dans le temps des décisions QPC », septembre 2014 (en ligne : conseil-constitutionnel.fr).

²²¹⁶ C. BEHRENDT, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Une analyse comparative en droit français, belge et allemand*, Bruylant-LGDJ, 2006, p. 339. C'est l'auteur qui souligne.

s'avérer nécessaire »²²¹⁷. C'est pourquoi le Conseil constitutionnel a légitimement affirmé que le recours aux réserves d'interprétation transitoires a pour but de « préserver l'effet utile »²²¹⁸ d'une décision d'inconstitutionnalité dont les effets ont été différés.

Cette technique a été mobilisée par le Conseil constitutionnel dans une dizaine de décisions. La plupart ne concernaient pas des situations d'urgence²²¹⁹. Deux affaires étaient en revanche liées à une situation d'urgence en cours²²²⁰.

1082. Illustrations de l'utilité des réserves d'interprétation transitoires pour la prise en compte des situations d'urgence. À l'occasion de la QPC *Association En Marche !* du 31 mai 2017, le Conseil constitutionnel a contrôlé la conformité de l'article 167-1 du code électoral aux droits et libertés que la Constitution garantit. Cette disposition prévoit les modalités d'accès des partis politiques durant la campagne des élections législatives aux moyens d'émissions audiovisuelles du service public. La répartition du temps d'antenne, confiée au Conseil supérieur de l'audiovisuel, entre les différents partis ou groupements politiques est fonction de leur représentation respective à l'Assemblée nationale au sein de groupes parlementaires. Ce régime de répartition a été jugé inconstitutionnel par les Sages de la rue de Montpensier au titre de sa contrariété avec l'article 4 alinéa 3 de la Constitution.

Or, dans cette affaire, l'abrogation immédiate des dispositions législatives censurées sans réserve d'interprétation aurait eu pour fâcheuse conséquence de causer de plus graves et larges atteintes aux droits et libertés que la Constitution garantit que l'application normale de la loi en dépit même de son inconstitutionnalité. L'abrogation immédiate de cette disposition législative

²²¹⁷ M. EYNARD, « La modulation des effets dans le temps des déclarations d'inconstitutionnalité prononcées dans le cadre de questions prioritaires de constitutionnalité : typologie des solutions et perspectives », *RFDC*, 2018, n° 2, pp. 335-336. Nous soulignons.

²²¹⁸ CC, décision n° 2014-400 QPC, 6 juin 2014, *Société Orange SA [Frais engagés pour la constitution des garanties de recouvrement des impôts contestés]*, consid. 11. Voir en ce sens : S. BENZINA, *L'effectivité des décisions QPC du Conseil constitutionnel*, 2017, LGDJ, p. 330 et s.

²²¹⁹ CC, décision n° 2010-110, 25 mars 2011, *M. Jean-Pierre B. [Composition de la commission départementale d'aide sociale]*, consid. 9 ; CC, décision n° 2014-400 QPC, 06 juin 2014, *Société Orange SA [Frais engagés pour la constitution des garanties de recouvrement des impôts contestés]* et CC, décision n° 2014-404 QPC, 20 juin 2014, *Époux M. [Régime fiscal applicable aux sommes ou valeurs reçues par l'actionnaire ou l'associé personne physique dont les titres sont rachetés par la société émettrice]*, pt. 14 ; CC, décision n° 2014-403 QPC, 13 juin 2014, *M. Laurent L. [Caducité de l'appel de l'accusé en fuite]* ; CC, décision n° 2015-457 QPC, 20 mars 2015, pt. 9 ; CC, décision n° 2015-492 QPC, 16 octobre 2015, *Association Communauté rwandaise de France [Associations pouvant exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne l'apologie des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité]*, pt. 9 ; CC, décision n° 2017-641 QPC, 30 juin 2017, *Société Horizon OI et autre [Délai d'appel des jugements rendus par le tribunal du travail de Mamoudzou]*, pt. 9 ; CC, décision n° 2021-900 QPC, 23 avril 2021, *M. Vladimir M [Purge des nullités en matière criminelle]*.

²²²⁰ CC, décision n° 2017-651 QPC, *Association En Marche ! [Durée des émissions de la campagne électorale en vue des élections législatives]* et CC, décision n° 2014-420/421 QPC, 9 octobre 2014, *M. Maurice L. et autre [Prolongation exceptionnelle de la garde à vue pour des faits d'escroquerie en bande organisée]*.

aurait eu pour effet « d’ôter toute base légale à la détermination par le Conseil supérieur de l’audiovisuel (...) des durées des émissions de la campagne électorale en vue des élections législatives » qui se tenaient seulement quelques jours après le rendu par le Conseil constitutionnel de sa décision. Étant donné que dans cette situation d’urgence, il était impossible pour le législateur d’édicter un nouveau régime de répartition par le CSA des temps d’antenne pour la campagne électorale, le juge constitutionnel a pris soin de conférer un effet utile à sa décision quand bien même a-t-il décidé de reporter d’un an la date de prise d’effet de l’abrogation des dispositions législatives jugées attentatoires aux droits et libertés que la Constitution garantit. Pour éviter toute absence de réglementation des élections législatives du mois de juin 2017, le Conseil constitutionnel a produit une réserve d’interprétation transitoire permettant la garantie immédiate « des expressions pluralistes des opinions et de la participation équitable des partis et groupements politiques à la vie démocratique de la Nation »²²²¹.

1083. Le recours à la technique des réserves d’interprétation transitoires paraît donc tout à fait approprié et efficace pour la prise en compte des situations d’urgence. Cette technique comporte toutefois certaines limites qui entachent la prise en compte adéquate et générale de la diversité des situations d’urgence pouvant être portées devant le Conseil constitutionnel.

b) Les limites de la technique des réserves d’interprétation transitoires

1084. La neutralisation possible de la compétence du juge *a quo* d’opérer un contrôle de conventionnalité de la loi après une décision de contrariété à la Constitution assortie d’une réserve d’interprétation transitoire. En principe, en application de l’article 62 alinéa 3 de la Constitution qui prévoit que les décisions du Conseil constitutionnel s’imposent notamment à toutes les autorités juridictionnelles, l’utilisation des réserves d’interprétation transitoires par le Conseil constitutionnel a pour effet de paralyser le contrôle de la conventionnalité des lois par le juge ordinaire.

Afin de contourner ce risque, il est toutefois possible pour le Conseil constitutionnel de cantonner une réserve d’interprétation transitoire aux motifs de sa décision. Par conséquent, à défaut d’être reprise dans le dispositif d’une décision, la juridiction ordinaire de renvoi ne serait

²²²¹ CC, décision n° 2017-651 QPC, 31 mai 2017, *Association En Marche ! [Durée des émissions de la campagne électorale en vue des élections législatives]*, pts. 14-15.

dès lors plus empêchée par la force obligatoire de cette réserve pour exercer un contrôle complémentaire de conventionnalité. Dans trois décisions QPC relatives au dispositif législatif portant sur l'état d'urgence sécuritaire, le Conseil constitutionnel n'a pas formulé d'authentiques réserves d'interprétation faute de figurer, à chaque fois, dans le dispositif de ces décisions. Ne bénéficiant pas de l'autorité absolue de la chose jugée fondée sur l'article 62 de la Constitution, leur autorité dépend donc du bon vouloir des autorités juridictionnelles appelées à les appliquer. Le Conseil constitutionnel mentionne en revanche dans les motifs de ces décisions, des indications sur le sens à donner des dispositions législatives attaquées. Dans ces « réserves informelles », le juge de la rue de Montpensier invite le juge du référé-liberté lorsqu'il est saisi de mesures administratives prises au titre de l'état d'urgence à exercer un contrôle approfondi de proportionnalité des mesures d'assignation à résidence²²²², de la mise en œuvre de la police de réunion et des lieux publics²²²³ et des perquisitions administratives²²²⁴. Par ailleurs, concernant le régime de ces mesures administratives, le Conseil constitutionnel invite l'administration à motiver avec suffisamment d'éléments concrets ses décisions et exige que les dommages nés de l'application des mesures autorisant une perquisition administrative puissent faire l'objet d'un recours en responsabilité²²²⁵.

1085. Les réserves d'interprétation transitoires peuvent être dépourvues d'effet utile.

En principe, les réserves d'interprétation transitoires ont une forte coloration subjective. Elles ont en effet pour principale visée de protéger les droits et libertés constitutionnels des justiciables dans le cadre des instances en cours. Il n'est toutefois pas rare que le Conseil constitutionnel refuse que la réserve d'interprétation transitoire qu'il formule s'applique dans le cadre de l'instance en cours devant le juge de renvoi. Dans ce cas, cette réserve ne permet plus à la décision d'avoir un effet utile²²²⁶. Le Conseil constitutionnel a par exemple jugé, à propos des mesures de prolongation exceptionnelle de la garde à vue pour des faits d'escroquerie en bande organisée, que celles qui avaient été prises « avant la publication de la

²²²² CC, décision n° 2015-527 QPC, 22 décembre 2015, *M. Cédric D. [Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence]*, consid. 15.

²²²³ CC, n° 2016-535 QPC, 19 février 2016, *Ligue des droits de l'homme [Police des réunions et des lieux publics dans le cadre de l'état d'urgence]*, consid. 14.

²²²⁴ CC, décision n° 2016-536 QPC, 19 février 2016, *Ligue des droits de l'homme [Perquisitions et saisies administratives dans le cadre de l'état d'urgence]*, consid. 10.

²²²⁵ CC, décision n° 2016-536 QPC, 19 février 2016, *op. cit.*, consid. 10-11.

²²²⁶ CC, décision n° 2014-420/421 QPC, 9 octobre 2014, *M. Maurice L. et autre [Prolongation exceptionnelle de la garde à vue pour des faits d'escroquerie en bande organisée]*, consid. 27 ; CC, décision n° 2015-506 QPC, 4 décembre 2015, *M. Gilbert A. [Respect du secret professionnel et des droits de la défense lors d'une saisie de pièces à l'occasion d'une perquisition]*, consid. 20.

présente décision et les autres mesures prises avant le 1^{er} septembre 2015 en application des dispositions déclarées contraires à la Constitution ne peuvent être contestées sur le fondement de cette inconstitutionnalité »²²²⁷.

Il convient de noter que lorsque l'effet utile des réserves d'interprétation transitoires fut refusé, il s'agissait systématiquement d'affaires concernant la constitutionnalité de dispositions législatives de procédure pénale. La justification du Conseil constitutionnel reposa à chaque fois sur la nécessité de ne pas remettre en cause des actes de procédure pénale pris sur le fondement des dispositions déclarées inconstitutionnelles afin que l'objectif de valeur constitutionnelle de recherche des auteurs d'infractions ne soit pas méconnu.

1086. Le recours aux réserves d'interprétation transitoires est exclu de certains domaines du droit. Les QPC en matière pénale sont sources de situations d'urgence spécialement quand la partie défenderesse à une instance pénale fait l'objet d'une mesure privative de liberté. Or, dans le domaine juridique du droit pénal substantiel, le Parlement détient seul le pouvoir d'établir des délits et des crimes ainsi que les peines qui les accompagnent. Par conséquent, pour les dispositions législatives qui relèvent de cette matière et dans l'éventualité d'une déclaration d'inconstitutionnalité à effet différé, le Conseil constitutionnel se borne toujours à maintenir ce type de norme en vigueur jusqu'à une date qu'il détermine ou l'intervention du législateur sans qu'il ne puisse jamais pouvoir prononcer de réserves d'interprétation transitoires pour garantir au requérant l'effet utile de ses décisions.

1087. La somme de ces limites commande de ne pas faire seulement reposer une prise en compte accrue de l'urgence sur la seule technique des réserves d'interprétation transitoires. Lorsqu'il impose une interprétation conforme d'une disposition législative, le Conseil constitutionnel devrait également porter une attention renforcée à la concrétisation de ses réserves.

2) La concrétisation des réserves d'interprétation

1088. Même si, par définition, elles ne sauraient correspondre à la prise en compte des faits d'espèce tirés d'une instance principale, plusieurs décisions DC illustrent le souci du Conseil

²²²⁷ CC, décision n° 2014-420/421 QPC, 9 octobre 2014, *M. Maurice L. et autre [Prolongation exceptionnelle de la garde à vue pour des faits d'escroquerie en bande organisée]*, consid. 27. Voir : S. COMELLAS, « L'effet (in)utile des décisions du Conseil constitutionnel », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2014, n° 4, pp. 833-838.

constitutionnel de concrétisation de certaines des réserves d'interprétation prononcées dans le cadre du contentieux *a priori* de la constitutionnalité des lois²²²⁸.

La concrétisation des réserves d'interprétation est également observable dans plusieurs décisions QPC²²²⁹ et spécialement dans deux affaires considérées comme urgentes puisqu'elles ont bénéficié de délais brefs de jugement record. Il s'agit de celle relative à la législation permettant le prononcé de mesures administratives d'assignations à résidence sous le régime de l'état d'urgence²²³⁰ et de celle portant sur la répartition des temps d'antennes lors des campagnes électorales pour les élections législatives de juin 2017²²³¹. Il s'agit globalement dans ces affaires de réserves d'interprétation semblables à de véritables *vade-mecum* destinés aux autorités administratives (en l'espèce, le Conseil supérieur de l'audiovisuel) et juridictionnelles (en l'espèce, le juge administratif des référés d'urgence) d'application des dispositions législatives contestées. Dans ces deux QPC, la détermination des effets de ces décisions a été inspirée par les faits du litige principal et de la situation concrète des justiciables.

1089. La QPC *Association En Marche !*. La réserve d'interprétation, formulée par le Conseil constitutionnel dans l'affaire *Association En Marche !* pour régler une situation clairement urgente, brille par son caractère concret. C'est en effet parce qu'il y avait urgence à ce qu'un dispositif législatif puisse concrètement permettre la répartition des temps d'antennes lors d'élections législatives imminentes qu'il a fallu dûment prendre en compte la place inédite de l'association requérante dans le champ de l'offre politique depuis la dernière élection présidentielle. C'est pourquoi, il a été jugé que l'application par le CSA de la disposition législative déclarée inconstitutionnelle et relative à la détermination des durées d'émissions dont les partis et groupements politiques peuvent bénéficier, doit prendre en compte « l'importance du courant d'idées ou d'opinions qu'ils représentent, évaluée en fonction du nombre de candidats qui déclarent s'y rattacher et de leur représentativité, appréciée notamment par référence aux résultats obtenus lors des élections intervenues depuis les précédentes élections législatives »²²³². La prise en compte des caractéristiques de la situation d'urgence dans laquelle

²²²⁸ CC, décision n° 2017-747 DC, 16 mars 2017, *Loi relative à l'extension du délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse*, pts. 14-15.

²²²⁹ J. BONNET et A. ROBLOT-TROIZIER, « La concrétisation des réserves d'interprétations », *NCCC*, 2017, n° 55-56, pp. 140-142.

²²³⁰ CC, décision n° 2017-624 QPC, 16 mars 2017, *M. Sofiyan I [Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence II]*.

²²³¹ CC, décision n° 2017-651 QPC, 31 mai 2017, *Association En Marche ! [Durée des émissions de la campagne électorale en vue des élections législatives]*.

²²³² CC, décision n° 2017-651 QPC, 31 mai 2017, *Association En Marche ! [Durée des émissions de la campagne électorale en vue des élections législatives]*, pt. 15.

se trouvait la partie requérante à l'instance principale est en l'espèce évidente. Tandis que le législateur n'avait pas envisagé l'hypothèse de l'entrée et la réussite fulgurante d'un parti politique à ces élections nationales majeures sans même initialement bénéficier d'un groupe parlementaire à l'Assemblée nationale, le juge de la rue de Montpensier a enjoint au CSA de prendre en compte les résultats de premier plan obtenus par le parti requérant à la dernière élection présidentielle. Le Conseil constitutionnel est même allé encore plus loin dans la concrétisation de sa réserve. En effet, dans l'hypothèse où le temps d'antenne, entre les partis politiques, basé sur la représentation ou non au Parlement serait manifestement disproportionné, il ajoute que les durées accordées aux partis ne disposant pas de groupe parlementaire « doivent être modifiées à la hausse ». Il est en ce sens et en plus précisé que « cette augmentation ne peut, toutefois, excéder cinq fois les durées fixées par les dispositions du paragraphe III de l'article L. 167-1 du code électoral ».

1090. La QPC *Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence II*. Dans la seconde QPC relative aux mesures d'assignation à résidence prises dans le cadre de la loi relative à l'état d'urgence, le Conseil constitutionnel a défini précisément l'office du juge administratif des référés d'urgence saisi de décisions administratives portant prolongation d'une telle mesure au-delà d'un an. Dans la réserve d'interprétation qu'il formule, le Conseil constitutionnel adresse à l'administration ainsi qu'au juge administratif des référés d'urgence, respectivement, les modalités d'adoption et du contrôle juridictionnel de ces mesures. Il précise à cette occasion les éléments factuels cumulatifs pouvant être retenus par l'administration pour prolonger, au-delà de douze mois, une mesure d'assignation à résidence et, par conséquent, ce qui doit être examiné par le juge pour éventuellement en examiner sa légalité²²³³.

²²³³ Selon le Conseil constitutionnel, une mesure d'assignation à résidence peut être renouvelée, au-delà de douze mois, sans porter une atteinte excessive à la liberté d'aller et de venir, sous réserve que « le comportement de la personne en cause constitue une menace d'une particulière gravité pour la sécurité et l'ordre publics, [...] que l'autorité administrative produise des éléments nouveaux ou complémentaires, et enfin que soient prises en compte dans l'examen de la situation de l'intéressé la durée totale de son placement sous assignation à résidence, les conditions de celle-ci et les obligations complémentaires dont cette mesure a été assortie » : CC, décision n° 2017-624 QPC, 16 mars 2017, *M. Sofiyan I. [Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence II]*, pt. 17.

Conclusion du Chapitre 2

1091. Les traits caractéristiques de la procédure de traitement des renvois préalables par les juridictions *ad quem* sont à peine marqués par l'urgence. Plus précisément, l'urgence ne se traduit pas dans la procédure par une obligation spécifique pour le juge de statuer dans un délai déterminé particulièrement bref ni même dans le cadre d'une formation de jugement restreinte.

1092. L'urgence ne bouleverse pas non plus les modalités du contrôle exercé par le juge *ad quem*. Dans les situations d'urgence, le caractère essentiellement objectif de son office lié à la résolution de pures questions de droit demeure préservé. C'est pourquoi son contrôle reste principalement abstrait et d'une pleine intensité. Alors que l'urgence a généralement pour effet de ramener l'office du juge vers le concret, les faits urgents du litige principal ne pénètrent qu'à la marge le contrôle des lois par rapport aux droits fondamentaux. De même, l'urgence qu'il y a à répondre à un renvoi ne diminue pas non plus l'intensité du contrôle au caractère manifeste des atteintes législatives aux droits fondamentaux.

1093. C'est aussi parce que le caractère objectif de son office n'est pas altéré par l'urgence que le juge *ad quem* fait montre d'une prise en compte très limitée de la situation concrète du justiciable à l'instance principale lorsqu'il décide de moduler les effets de ses décisions. L'on soutient pourtant que, sans rien abandonner à ce qui fait l'essence de son office, dans une optique de protection accrue des droits fondamentaux rendue nécessaire par la réalité des situations d'urgence, à l'instar de l'opération à proprement dite de contrôle des lois, l'urgence devrait davantage être source de prise en compte, par le Conseil constitutionnel, des éléments concrets du litige principal lors du recours au pouvoir de modulation des effets de ses décisions.

Conclusion du Titre 1

1094. La prise en compte des faits du litige principal et plus précisément de ceux relatifs à la situation du justiciable qui revêtent les caractères de l'urgence n'est pas irréductiblement incompatible avec le caractère essentiellement objectif du contentieux porté sur renvoi devant les juridictions *ad quem*. Certes, l'intégration de ces données subjectivise l'office du juge en renforçant la protection des droits fondamentaux des justiciables, mais elle ne dénature pas pour autant son office.

À ce propos, il s'avère que l'urgence influence dans une plus large mesure le choix du juge des lois de précipiter sa prise de décision plutôt que la manière dont il va juger le conflit de normes et déterminer les effets de sa décision. Cette nuance s'explique par le fait que le caractère objectif des procédures de renvoi préalable ne concerne que l'objet des litiges qui peuvent être portés devant les juridictions *ad quem* et la manière dont elles peuvent les trancher au fond. Au contraire, la disposition du juge à déclencher une procédure accélérée ou d'urgence ou bien à prioriser le traitement d'un renvoi ne dépend pas de la nature plus ou moins objective du contentieux qu'il est chargé de connaître. Il s'agit d'une simple opération d'appréciation des éléments du contexte juridique et factuel de l'affaire principale qui s'avère simplement préalable à l'instruction au fond du renvoi afin que soit éventuellement décidé que son traitement aboutisse de manière plus ou moins urgente.

1095. Dans un souci de bien faire tout en allant vite et dans celui de préserver ce qui fait l'essence des renvois, il est nécessaire que les garanties processuelles fondamentales soient assurées. Elles n'en demeurent pas moins possiblement modulées pour leur permettre de s'adapter aux contraintes de l'urgence.

TITRE 2 : la conciliation des garanties processuelles fondamentales et de l'urgence devant le juge des lois

1096. À l'instar de tout procès, celui qui se déroule devant une juridiction *ad quem* saisie d'un renvoi préalable doit aussi être conduit conformément aux droits processuels fondamentaux. Parce qu'ils renforcent la légitimité, l'acceptabilité et la qualité du processus décisionnel, le respect de ces droits par la procédure de jugement des renvois est d'autant plus impérieux dans les situations d'urgence. Il serait de plus mal venu qu'une procédure chargée notamment de la protection des droits fondamentaux n'observe pas elle-même ceux relatifs au procès. Par conséquent, puisque tout ne cède pas devant l'urgence, les garanties processuelles fondamentales applicables devant le juge des lois (Chapitre préliminaire) ne sauraient être sacrifiées sur l'autel de la rapidité. Mais, puisqu'il n'a que peu de temps pour statuer, le juge *ad quem* chargé de connaître d'un renvoi préalable doit s'efforcer de ne pas en perdre mais doit aussi tenter d'en gagner. Il lui faut pour cela alléger dans une certaine mesure les garanties du droit à un procès équitable (Chapitre 1) et renforcer celles du droit à un « renvoi effectif » (Chapitre 2).

Chapitre préliminaire : l'applicabilité du droit à un procès équitable et du droit à un recours effectif devant le juge des lois

1097. Du fait de la particularité du mécanisme auquel elles participent, la question de l'applicabilité des droits fondamentaux de la procédure aux juridictions *ad quem* saisies d'un renvoi préalable n'est pas inopportune. Tandis que l'applicabilité des droits processuels fondamentaux aux procédures de traitement des renvois préalables par les juridictions *ad quem* fut initialement contestée (SECTION 1), elle peut aujourd'hui être affirmée (SECTION 2).

SECTION 1 : L'applicabilité contestée des droits processuels fondamentaux devant le juge des lois

1098. Pendant longtemps, le juge *ad quem* des renvois préalables était excusé du respect des droits processuels fondamentaux. Les particularismes de sa saisine et de son office étaient principalement avancés pour justifier ce « passe-droit ». Le fait qu'il soit saisi par un juge et non directement par un justiciable, ou encore que le contentieux qu'il a à connaître soit objectif, constituent des éléments qui ont initialement permis que l'applicabilité des droits fondamentaux du procès devant le juge des lois soit contestée. L'examen des diverses sources de garanties de ces droits peut d'ailleurs attester de l'exclusion du mécanisme du renvoi préalable de leur champ d'application.

1099. **L'exclusion du mécanisme du renvoi préalable du champ du droit à un « recours juridictionnel effectif ».** Le droit à un recours effectif n'a pas été façonné pour le mécanisme du « renvoi préalable ». Il l'a été, comme son nom l'indique, pour les « recours juridictionnels » *stricto sensu*, c'est-à-dire ceux dont la mise en œuvre dépend directement de la saisine par un justiciable²²³⁴. Par conséquent, puisque les procédures de la

²²³⁴ Sur la distinction entre « recours juridictionnel » et « renvoi préalable », voir *supra* : Introduction générale, Section 1, Paragraphe 2.

question prioritaire de constitutionnalité, du renvoi préjudiciel et des demandes d'avis contentieux et consultatifs au Conseil d'État et à la Cour EDH ne correspondent pas à la catégorie des recours juridictionnels mais à celle du renvoi préalable, elles devraient être exclues du champ d'application du droit à un recours effectif.

1100. L'exclusion initiale des cours constitutionnelles du champ d'application des droits processuels fondamentaux. Tout comme la Cour EDH²²³⁵, la Commission européenne des droits de l'Homme considérait, lors des premières affaires concernant des procédures applicables devant des cours constitutionnelles, que le respect de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH ne leur était pas imposé. Au soutien de cette jurisprudence, il était avancé que ces juridictions ne sont pas appelées « à trancher une contestation portant sur des droits de caractère privé, en se fondant sur le droit positif existant, qu'il soit du droit privé ou du droit public »²²³⁶. Il était en plus considéré qu'une cour constitutionnelle « ne s'occupe que des droits constitutionnels »²²³⁷ et qu'elle n'est amenée qu'à connaître de « litiges portant sur la compatibilité avec la Constitution nationale d'actes ou de mesures pris par les pouvoirs publics dans l'exercice de la puissance publique »²²³⁸.

1101. Antérieurement à la réforme ayant élargi sa compétence par l'ajout d'un article 61-1 à la Constitution, le Conseil constitutionnel jouissait d'une « immunité conventionnelle »²²³⁹ dans ses missions de contrôle *a priori* des textes votés par le Parlement²²⁴⁰ et de contrôle des opérations électorales²²⁴¹. L'entrée en vigueur de la procédure de la QPC n'a toutefois pas instinctivement renversé la donne. Ainsi que l'ancien Secrétaire général du Conseil

²²³⁵ CEDH, 6 mai 1981, *Buchholz c. Allemagne*, n° 7759/77, § 47 ; CEDH, 22 octobre 1984, *Sramek c. Autriche*, n° 8790/79, § 35.

²²³⁶ Comm. EDH, 13 décembre 1979, *X c. RFA*, n° 8410/78, § 1.

²²³⁷ *Ibid.*

²²³⁸ *Ibid.*

²²³⁹ L. BURGORGUE-LARSEN, « L'influence de la Cour européenne sur le fonctionnement des cours constitutionnelles », *RIDC*, 2008, n° 2, p. 266.

²²⁴⁰ G. MALINVERNI, « Droit à un procès équitable et Cours constitutionnelles », *RUDH*, 1994, vol. 6, n° 11, pp. 389-395 ; O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, « La Convention européenne et le Conseil constitutionnel », *RIDC*, 2008, n° 2, p. 293 ; S. NICOT, « La question préjudicielle de constitutionnalité une procédure "eurocompatible" ? », in *AIJC*, Economica-PUAM, vol. XXIV-2008, 2009, pp. 64-67.

²²⁴¹ CEDH, 21 octobre 1997, *Pierre-Bloch c. France* ; CEDH, 14 septembre 1999, *Masson c. France* ; CEDH, 26 janvier 1999, *Cheminade c. France* ; J.-F. FLAUSS, « L'applicabilité de la Convention européenne des droits de l'homme au contentieux des élections parlementaires : les enseignements de l'arrêt Pierre-Bloch », 1998, *CCC*, n° 4, pp. 123-132 ; du même auteur : « Contentieux des élections parlementaires et garanties du procès équitable. Obs. s/ CourEDH, 21 octobre 1997, Pierre-Bloch c. France », *RTDH*, 1998, n° 34, pp. 348-363 ; P. JAN, « Le juge électoral et l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme. A propos de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 21 octobre 1997, Pierre-Bloch c. France », *RFDA*, 1998, n° 5, pp. 999-1006 ; G. MALINVERNI, « Droit à un procès équitable et Cours constitutionnelles », *RUDH*, 1994, vol. 6, n° 11, p. 389.

constitutionnel, Marc Guillaume, a pu le rappeler, l'applicabilité de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH à la procédure de la QPC « peut ne pas sembler aller de soi »²²⁴². Il appuyait cette réflexion sur le fait que la QPC « emprunte suffisamment d'aspects au contrôle abstrait pour qu'il puisse être soutenu qu'elle est hors du champ de [l'article 6 § 1 de la Conv. EDH] »²²⁴³.

1102. L'exclusion des procédures de demandes d'avis du champ d'application des droits processuels fondamentaux. La notion autonome de « tribunal » permettant de déterminer le champ d'application de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH est définie de manière matérielle par la Cour EDH. Pour la Cour strasbourgeoise, l'existence d'un « tribunal » doit être prévue par la loi et il doit se caractériser par son rôle juridictionnel : celui de trancher avec plénitude de juridiction, des litiges relevant de sa compétence, au visa de normes juridiques et au terme d'une procédure réglementée²²⁴⁴. Cette procédure suivie devant un « tribunal » doit enfin assurer « la solution juridictionnelle du litige »²²⁴⁵ qui lui est soumis.

La compétence d'une juridiction de rendre des avis consultatifs juridiquement facultatifs n'est donc pas suffisante pour se voir opposer l'application des exigences du droit à un procès équitable et ce, même si ces avis prévalent dans la grande majorité des cas. C'est ce qu'a jugé la Cour de Strasbourg dans une affaire concernant des avis contentieux rendus par la section du contentieux du Conseil d'État des Pays-Bas²²⁴⁶. Étant similaires à ceux rendus par le Conseil d'État français, l'on est par conséquent porté à conclure que la procédure de l'article L. 113-1 du CJA ainsi que celle prévue par le protocole n° 16 ne sont pas soumises aux exigences de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH.

1103. Quelle que soit sa fonction contentieuse ou consultative, la Cour EDH est exclue du champ d'application de l'article 13 de la Conv. EDH puisqu'il dispose que toute personne « a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une *instance nationale* »²²⁴⁷. En effet, c'est à

²²⁴² M. GUILLAUME, « Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme », *NCCC*, 2011, n° 32, p. 72.

²²⁴³ M. GUILLAUME, « Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme », *NCCC*, 2011, n° 32, p. 73. À titre d'exemple, il est également à relever que la Cour constitutionnelle italienne a aussi pu juger que la spécificité du contentieux dont elle a à connaître implique que « le contradictoire se déroulant devant elle, ne peut être assimilé au principe imposé à tous les autres procès par l'article 24 de la Constitution ». Il s'agit d'une vision que la *Consulta* entretient de la spécificité de sa fonction et qui rend son « impossible assimilation aux juridictions ordinaires tant les différences sont profondes » : *Corte cost., sentenza* n° 13, 23 mars 1960, *Giur. cost.*, 1995, p. 123.

²²⁴⁴ CEDH, 22 octobre 1984, *Sramek c. Autriche*, 8790/79, § 36 ; CEDH, GC, 10 mai 2001, *Chypre c. Turquie*, n° 25781/94, § 233.

²²⁴⁵ CEDH, 23 octobre 1985, *Bentham c. Pays-Bas*, n° 8848/80, § 40.

²²⁴⁶ *Ibid.*

²²⁴⁷ Nous soulignons.

l'attention des États membres du Conseil de l'Europe que cet article impose de prévoir des recours internes effectifs.

1104. L'exclusion de la procédure de renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'UE du champ d'application des droits processuels fondamentaux. La procédure devant la Cour de justice de l'UE, saisie d'un renvoi préjudiciel, n'est pas prise en considération dans l'appréciation du respect du droit au procès équitable et spécialement de l'exigence d'un délai raisonnable de jugement²²⁴⁸. En effet, la Conv. EDH n'est pas juridiquement contraignante pour la Cour de justice de l'UE tant que l'Union européenne n'y a pas adhéré. De surcroît, la Cour luxembourgeoise est également exclue du champ d'application de l'article 13 de la Convention de 1950 puisqu'elle ne vise que les instances *nationales*.

1105. Que ce soit par des revirements de jurisprudences ou de simples interprétations extensives du champ des droits processuels fondamentaux, l'applicabilité initialement contestée de ces droits devant le juge des lois peut aujourd'hui être affirmée.

SECTION 2 : L'applicabilité confirmée des droits processuels fondamentaux devant le juge des lois

1106. Le mécanisme du renvoi préalable n'est pas exempté du respect des exigences du droit à un procès équitable. Celles-ci s'appliquent d'ailleurs dès la phase de renvoi devant la juridiction *a quo*²²⁴⁹. Le juge des lois ne peut plus se retrancher derrière les particularismes de sa saisine et de son office pour se voir excuser du non-respect des obligations procédurales liant les recours juridictionnels devant les juridictions ordinaires²²⁵⁰. Il n'existe en effet aucune différence d'application des exigences du droit à un procès équitable et effectif en fonction de la nature de la juridiction, c'est-à-dire qu'elle soit constitutionnelle²²⁵¹ ou internationale, de la

²²⁴⁸ CEDH, 26 février 1998, *Pafitis e a. c. Grèce*, n° 20323/92, § 95 ; CEDH, 30 septembre 2003, *Koua Poirrez c. France*, n° 40892/98, § 61 ; CEDH, GC, 27 juin 2017, *Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy c. Finlande*, n° 931/13, § 208.

²²⁴⁹ Voir *supra* : Partie 1, Titre 1, Chapitre préliminaire.

²²⁵⁰ En ce sens, concernant spécifiquement les juridictions constitutionnelles et le Conseil constitutionnel statuant au titre du contrôle *a posteriori* des lois : H. ALCARAZ et J.-G. SORBARA, « L'office du juge constitutionnel et droit européen », in P. ESPUGLAS-LABATUT, X. MAGNON, W. MASTOR et *alii.* (dir.), *L'office du juge constitutionnel face aux exigences supranationales*, Bruylant, 2015, p. 35 et s.

²²⁵¹ La jurisprudence de la Cour EDH confirme l'applicabilité de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH aux cours constitutionnelles : CEDH, 23 juin 1993, *Ruiz-Matéos c. Espagne*, n° 12952/87 ; CEDH, 8 novembre 2007, *Soffer c. République tchèque*, n° 31419/04, § 31 ; CEDH, 29 mai 1986, *Deumeland c. Allemagne*, n° 9384/81 ; CEDH,

valeur normative de la norme de référence du contrôle des lois, de la nature abstraite ou concrète de cette opération ou encore du caractère objectif ou subjectif de la procédure suivie devant une juridiction *ad quem* saisie d'un renvoi préalable²²⁵².

De plus, la certaine autonomie procédurale dont jouissent les juridictions *ad quem* internes de l'UE et du Conseil de l'Europe n'éclipse pas, y compris dans les situations d'urgence, l'applicabilité des droits processuels fondamentaux auxquelles elles sont soumises.

1107. L'extension au mécanisme du renvoi préalable du champ d'application du droit à un « recours juridictionnel effectif ». Le droit à un « recours juridictionnel » effectif doit être entendu de manière large, c'est-à-dire d'une façon qui n'exclut pas par principe les « renvois préalables » du respect de cette exigence. La notion de « recours » doit donc être comprise de manière générique, c'est-à-dire comme renvoyant aux « voies de droit juridictionnelles » ou à tout type d' « action en justice » indépendamment du fait qu'il s'agisse d'un recours direct, d'une question préjudicielle ou d'un renvoi préalable.

1108. L'applicabilité des droits processuels fondamentaux de l'UE aux procédures de traitement des QPC et aux demandes d'avis contentieux par le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État. Le principe d'une protection juridictionnelle effective est un principe général du droit de l'UE partagé par les droits constitutionnels nationaux et la Cour EDH²²⁵³ puis formellement consacré par les articles 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE et 19 § 1 alinéa 2 du TUE. L'article 51 de la Charte précitée réserve toutefois l'application des droits

29 mars 1989, *Bock c. Allemagne*, 11118/84 ; Voir : F. SUDRE, « Question préjudicielle de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'Homme », *RDP*, 2009, n° 3, p. 673 ; P. CASSIA, « Le renvoi préjudiciel en appréciation de constitutionnalité, une question d'actualité », *RFDA*, 2008, n° 5, p. 892 ; S. DE LA ROSA, « L'article 6 § 1 de la Convention européenne, le Conseil constitutionnel et la question préjudicielle de constitutionnalité », *RFDC*, 2009, n° 80, p. 817. Qu'il s'agisse de l'intensité ou de la nature du contrôle, des délais de jugement, du respect des droits processuels fondamentaux ou encore de l'exécution des décisions, le « contrôle de la conventionnalité de l'organisation et du fonctionnement des Cours constitutionnelles » s'est « largement banalisé » : J.-F. FLAUSS, « Les Cours constitutionnelles et la règle du délai raisonnable : le contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, p. 1264 ; D. SZYMCZAK, *La Convention européenne des droits de l'homme et le juge constitutionnel national*, Bruylant, 2006, pp. 389-474.

Concernant spécialement l'influence du droit processuel européen sur le juge civil du provisoire : I. S. DELICOSTOPOULOS, *Le procès civil à l'épreuve du droit processuel européen*, LGDJ, 2003, pp. 263 et s. ²²⁵² CEDH, 16 septembre 1996, *Süssman c. Allemagne*, n° 20024/92, § 41.

²²⁵³ CJCE, 9 juillet 1985, *Bozetti*, C-179/84 ; CJCE, 11 mars 1980, *Pasquale Foglia c. Mariella Novello*, C-104/79 ; CJCE, *Johnston*, 15 mai 1986, C-222/84, pts. 18 et 19 ; CJCE, *Heylens*, 15 octobre 1987, C-222/86, pt. 14 ; CJUE, 28 février 2013, *Oscar Orlando Arango Jaramillo e. a. c. Banque européenne d'investissement (BEI)*, C-334/12, pt. 42 : « l'article 47, premier alinéa, de la Charte est fondé sur l'article 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales [...], et le deuxième alinéa du même article correspond à l'article 6, paragraphe 1, de la C.E.D.H. ».

fondamentaux qu'elle contient à l'endroit des États membres dès lors qu'ils « mettent en œuvre le droit de l'Union ». L'on peut donc conclure que, lorsque les procédures de traitement des demandes d'avis contentieux et des QPC par le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel sont mobilisées pour une affaire impliquant l'application du droit de l'UE²²⁵⁴, celles-ci sont assujetties au respect des droits processuels fondamentaux garantis par le droit primaire de l'UE.

1109. L'applicabilité des droits processuels constitutionnels à la procédure de traitement des demandes d'avis contentieux par le Conseil d'État. Non expressément consacré par le corpus constitutionnel, le Conseil constitutionnel a tiré du Préambule de la Constitution de 1958 et de l'article 16 de la DDHC²²⁵⁵ le droit constitutionnel à un recours effectif. Son champ d'application concerne les juridictions administratives et judiciaires, sans que la procédure de demande d'avis contentieux au Conseil d'État ne semble devoir en être exclue.

1110. L'applicabilité des droits processuels fondamentaux de la Conv. EDH aux procédures de traitement des QPC et des demandes d'avis contentieux par le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État. L'état de grâce des cours constitutionnelles fut troublé le 23 juin 1993 par un « coup de tonnerre dans [leur] existence paisible »²²⁵⁶. L'arrêt *Ruiz-Matéos*²²⁵⁷ rendu à cette date par la Cour strasbourgeoise a mis un terme aux doutes qui planaient sur l'applicabilité de l'article 6 § 1 aux cours constitutionnelles. Certaines conditions permettent désormais de considérer que les exigences du droit à un procès leur sont applicables

²²⁵⁴ Pour le contrôle de la compatibilité d'une loi avec le droit de l'UE par le Conseil d'État au titre de la procédure d'avis contentieux : CE, avis, 26 février 1993, *Caisse régionale de crédit agricole mutuel de Savoie*, n° 143039 : « les dispositions de la loi du 26 juillet 1991 sont-elles compatibles avec les objectifs fixés par l'article 19, paragraphe 1, de la sixième directive européenne ? ». Voir également : CE, avis, 4 février 2000, *M. Henri Y...*, n° 113321. Pour le contrôle tendant à vérifier qu'une disposition législative n'est pas manifestement incompatible avec la directive qu'elle a pour objet de transposer, voir notamment : CC, décision n° 2010-79 QPC, 17 décembre 2010, *M. Kamel D. [Transposition d'une directive]*.

²²⁵⁵ CC, décision n° 93-335 DC, 21 janvier 1994, *Loi portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction*, consid. 4 ; CC, décision n° 96-373 DC, 9 avril 1996, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, consid. 83. Avant ces consécutions explicites, il y eu sur ce point, deux décisions implicites : CC, décision n° 93-325 DC, 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, consid. 3 ; CC, décision n° 93-327 DC, 19 novembre 1993, *Loi organique sur la Cour de justice de la République*, consid. 12. Le rattachement du droit à un recours effectif à l'article 16 de la DDHC a ensuite été confirmé par le juge administratif : CE, 21 décembre 2001, *Epoux Hofmann*, n° 222862.

²²⁵⁶ J.-L. PEZANT, « Cours suprêmes et Convention européenne des droits de l'homme », Discours prononcé lors de la visite du Président et d'une délégation de la Cour EDH au Conseil constitutionnel, 13 février 2009 (en ligne : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/>).

²²⁵⁷ CEDH, 23 juin 1993, *Ruiz-Matéos c. Espagne*, n° 12952/87.

aussi bien dans le cadre des recours directs²²⁵⁸ que dans celui des questions incidentes de constitutionnalité²²⁵⁹ telle que la question prioritaire de constitutionnalité²²⁶⁰. Les stipulations de l'article 6 § 1 sont même opposables aux procédures d'urgence permettant le prononcé de mesures provisoires dans le cadre d'une affaire portée devant une Cour constitutionnelle²²⁶¹.

L'applicabilité de l'article 6 § 1 dépend de l'existence d'un lien entre l'instance devant une juridiction constitutionnelle saisie sur renvoi et l'instance ordinaire. Ce lien est établi dès lors que le procès incident de la loi conditionne l'issue du litige principal. Il faut plus spécifiquement que le procès constitutionnel ait une influence déterminante sur des « droits et obligations de caractère civil »²²⁶² ou sur le bien-fondé d'une « accusation en matière pénale »²²⁶³. C'est pourquoi, la Cour EDH considère que les liens qu'il peut y avoir entre l'instance principale devant le juge *a quo* et la procédure de traitement d'un renvoi devant le juge *ad quem* interdisent de « dissocier artificiellement »²²⁶⁴ les deux étapes quant à l'exigence de respect de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH. L'on peut par conséquent considérer que les procédures de traitement des demandes d'avis contentieux et des QPC par le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel sont soumises au respect du droit à un procès équitable puisque ces deux procédures « influ[ent] sur l'issue du litige devant les juridictions ordinaires »²²⁶⁵.

Selon la Cour de Strasbourg, il faut également que soit soulevé dans le procès *ad quem* un grief fondé sur la Conv. EDH ou sur des normes internes équivalentes. Il est en ce sens tout à fait

²²⁵⁸ CEDH, 29 mai 1986, *Deumeland c. Allemagne*, n° 9384/81 ; CEDH, 16 septembre 1996, *Süssman c. Allemagne*, n° 20024/92.

²²⁵⁹ CEDH, 1 juillet 1997, *Pammel c. Allemagne*, n° 17820/91 ; CEDH, 1 juillet 1997, *Probstmeier c. Allemagne*, n° 20950/92.

²²⁶⁰ Sur l'applicabilité des garanties procédurales de la Conv. EDH au Conseil constitutionnel pour le traitement des QPC : D. SZYM CZAK, « Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'Homme : vers la fin de « l'exception française » ? », in O. BEAUD et P. WACHSMANN (dir.), *Le Conseil constitutionnel, gardien des libertés publiques ?*, Colloque organisé à Strasbourg le 6 mai 2011, pp. 6-10 ; F. SUDRE, « Question préjudicielle de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'Homme », *RDP*, 2009, n° 3, p. 671 ; M. GUILLAUME, « Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme », in *La conscience des droits. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Dalloz, 2011, pp. 293-309.

²²⁶¹ CEDH, 13 janvier 2011, *Kübler c. Allemagne*, n° 32715/06, §§ 47-48. L'article 6 § 1 s'applique à la procédure en indication de mesures provisoires prévue par le paragraphe 32 de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne. Cet article prévoit la possibilité, pour la Cour de Karlsruhe, de prononcer des injonctions provisoires. Sur cette procédure, voir *infra* : Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, Paragraphe 1, A), 2), a).

²²⁶² CEDH, 28 juin 1978, *Kontg c. RFA* ; CEDH, 16 septembre 1996, *Süssman c. Allemagne*, n° 20024/92, § 41 : « une procédure relève de l'article 6 par. 1 (art. 6-1), même si elle se déroule devant une juridiction constitutionnelle, si son issue est déterminante pour des droits ou obligations de caractère civil ».

²²⁶³ CEDH, 27 février 1980, *Deweerc c. Belgique*, n° 6903/75. F. SUDRE, « Question préjudicielle de constitutionnalité et CEDH », *RDP*, 2009, n° 3, p. 675.

²²⁶⁴ Selon la Cour, « les instances civiles et constitutionnelles apparaissent même tellement imbriquées qu'à les dissocier on verserait dans l'artifice et l'on affaiblirait à un degré considérable la protection des droits des requérants » : CEDH, 23 juin 1993, *Ruiz-Matéos c. Espagne*, n° 12952/87, § 59.

²²⁶⁵ CEDH, 23 juin 1993, *Ruiz-Matéos c. Espagne*, n° 12952/87 ; CEDH, 1 juillet 1997, *Pammel c. Allemagne*, n° 17820/91, § 51.

recevable d'invoquer devant le Conseil d'État saisi d'une demande d'avis contentieux des stipulations de la Conv. EDH à l'appui de la contestation d'une loi²²⁶⁶. Par ailleurs, la plupart des « droits et libertés que la Constitution garantit » invocables devant le Conseil constitutionnel à l'appui d'une QPC peuvent être considérés comme matériellement équivalents aux droits contenus dans la Convention de 1950²²⁶⁷.

1111. *Patere legem quam ipse fecisti*²²⁶⁸. À ce stade d'examen de l'applicabilité des droits processuels fondamentaux aux procédures de traitement des renvois par les juridictions *ad quem*, l'on peut conclure que celles de la QPC et des demandes d'avis contentieux au Conseil d'État ne peuvent échapper à leur respect. Il est en revanche plus compliqué d'en dire autant concernant les procédures d'examen des renvois par les juridictions européennes *ad quem*. Ces cours ne sont en effet pas soumises au respect du droit à procès équitable et à un recours effectif. Il est néanmoins intéressant de questionner l'applicabilité à leurs procédures de ces exigences découlant de leurs propres jurisprudences en matière de garantie des droits fondamentaux du procès. Selon l'adage *patere legem quam ipse fecisti*, il serait peu justifiable que ces juridictions respectent dans une moindre mesure les droits fondamentaux processuels dont elles sont elles-mêmes les garantes, par rapport aux procédures applicables devant les juridictions nationales de renvoi. L'impérieuse nécessité de consacrer un niveau élevé de protection des droits fondamentaux implique que les cours européennes ne s'excluent pas du respect des exigences qu'elles imposent par ailleurs aux juridictions nationales.

1112. Il appert sans exceptions que les procédures de traitement des renvois préalables par les juridictions *ad quem* sont réglementées de telle manière qu'il ne peut pas leur être fait plus de reproches qu'aux juridictions de renvoi quant au respect des droits processuels

²²⁶⁶ Voir entre autres nombreux exemples : CE, avis, 13 janvier 1997, *Derbay*, n° 181775 : cette affaire portait sur « la question de savoir s'il y a eu méconnaissance de l'article 6-1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales par l'article 47-1 de la loi de finances rectificative pour 1994 n° 94-1163 du 29 décembre 1994 » ; CE, avis, 5 décembre 1997, *OGEC, de Saint-Sauveur-le-Vicomte*, n° 188530 : « les dispositions de l'article 107 de la loi de finances pour 1996 [...], portent-elles atteinte au droit à un procès équitable énoncé par les stipulations de l'article 6 de la convention [EDH] ? » ; CE, avis, 16 février 2001, *Syndicat des compagnies aériennes autonomes*, n° 226155 : « l'article 2 de la loi n° 98-1171 du 18 décembre 1998 validant les décisions des exploitants d'aérodromes fixant les taux de redevances aéroportuaires en application des articles R. 224-1, 224-2 et R. 224-3 du code de l'aviation civile est-il compatible avec l'article 6-1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ? » ; CE, avis, 12 avril 2002, *Société Anonyme Financière Labeyrie*, n° 239693 : contrôle des articles 1727 et 1729 du code général des impôts au regard de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH.

²²⁶⁷ D. SZYMCZACK, « Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'Homme : l'europanisation "heurtée" du Conseil constitutionnel français », *Jus Politicum*, 2012, n° 7.

²²⁶⁸ « Souffre la loi que tu as faite toi-même ».

fondamentaux. Il est en effet manifeste que les règlements des cours européennes ainsi que le code de justice administrative régissent les procédures de traitement des renvois préjudiciels et des demandes d'avis consultatifs et contentieux conformément au socle minimal des droits fondamentaux du procès. De même, l'adoption d'un règlement intérieur ainsi que la substance des règles qu'il contient démontrent la volonté du Conseil constitutionnel de rendre compatible la procédure de la QPC applicable devant lui avec les exigences de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH²²⁶⁹.

1113. Une fois l'applicabilité des droits processuels fondamentaux aux procédures de traitement des renvois par les juridictions *ad quem* confirmée, il est désormais possible d'ajouter dans cette équation la donnée relative à l'urgence. De manière tout à fait classique, l'urgence allège le poids sur la procédure des garanties d'un procès équitable et renforce le droit à un recours effectif.

²²⁶⁹ M. GUILLAUME, « Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme », *NCCC*, 2011, n° 32, p. 73.

Chapitre 1 : l'allégement des garanties d'un procès des lois équitable

1114. Le champ des exigences du droit à un procès équitable est vaste. Toutes ne sont pas nécessairement concernées par des atteintes ou simples réajustements liés à l'urgence. En revanche, deux composantes de l'exigence d'un procès équitable concentrent la nécessité d'une attention particulière ; deux composantes indispensables au procès des lois qui portent avec force le bénéfice de renforcer la légitimité²²⁷⁰ et la qualité des décisions de justice. Mais ce sont aussi deux éléments dont la mise en œuvre allongent le temps nécessaire au traitement d'une affaire et qui se caractérisent par une forte disposition à payer le prix d'une lutte pour la rapidité. Le respect d'un échange contradictoire durant le procès *ad quem* (SECTION 1) et la motivation des décisions du juge des lois (SECTION 2) nécessitent du temps pour être respectés. Ces exigences demandent toutefois à être conciliées avec l'urgence.

SECTION 1 : L'application du principe du contradictoire au procès urgent des lois

1115. Dans sa thèse de doctorat, Monsieur Thierry Santolini énonce que la contradiction est « consubstantielle » au procès et qu'elle en est même justement sa « raison d'être »²²⁷¹. Le contradictoire permet aux acteurs du procès, et principalement aux parties, de faire connaître leurs arguments respectifs et d'y répondre. Aussi, en tant qu'il correspond à la phase d'instruction, la mise en œuvre de ce principe par les acteurs du procès tiers à la formation de jugement permet d'éclairer la prise de décision qualitative du juge²²⁷². C'est en cela qu'il concourt à la légitimation et à la juridictionnalisation²²⁷³ d'un organe chargé de trancher des

²²⁷⁰ Concernant spécialement le renforcement de la légitimité de la justice constitutionnelle par le respect des exigences de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH : D. SZYMCZAK, *La Convention européenne des droits de l'Homme et le juge constitutionnel national*, Bruylant, 2007, p. 432.

²²⁷¹ T. SANTOLINI, *Les parties dans le procès constitutionnel*, Bruylant, 2010, p. 257.

²²⁷² La qualité de la décision de justice est « largement fonction de la qualité de la discussion contradictoire à laquelle le procès a donné lieu. [...] Leur respect constitue une condition non pas suffisante, mais en tout cas nécessaire de la qualité et même de la légalité des décisions de justice » : B. FRYDMAN, « L'évolution des critères et des modes de contrôle de la qualité des décisions de justice », in P. MBONGO (dir.), *La qualité des décisions de justice*, Éditions du Conseil de l'Europe, 2007, p. 24.

²²⁷³ O. GOHIN, *La contradiction dans la procédure administrative contentieuse*, LGDJ, 1988, p. 24 et s.

litiges.

Si le contradictoire porte en lui tous ces avantages, il grève cependant la procédure d'un rallongement temporel inhérent à sa mise en œuvre. Il peut apparaître alors tentant, dans les situations d'urgence, sans totalement l'annihiler, de modérer la mise en place de cet élément fondamental du procès au regard de son caractère chronophage. C'est en cela que, selon les bons mots du professeur Olivier Gohin, « contradiction et urgence ne sont pas à opposer mais bien à concilier »²²⁷⁴. Le contentieux urgent de la légalité des actes administratifs en est le témoignage le plus marquant. Tandis que l'article L. 5 du code de justice administrative dispose que « l'instruction des affaires est contradictoire », l'article L. 522-1 de ce même code impose également et spécifiquement au juge administratif des référés d'urgence de statuer « au terme d'une procédure contradictoire ». Cela n'empêche nullement que, sur le fondement de l'article L. 5 du CJA, « les exigences de la contradiction sont adaptées à celles de l'urgence ».

1116. L'urgence peut imprimer sa marque sur le contradictoire de deux manières. La première consiste à réduire ses acteurs et la seconde à en moduler ses modalités d'expression. La limitation drastique des acteurs du contradictoire au titre de l'urgence risquerait de contrevenir à ce droit procédural. En effet, la Cour. EDH estime qu'un motif d'économie et d'accélération de la procédure ne peut justifier de méconnaître le droit fondamental à une procédure contradictoire²²⁷⁵. C'est pourquoi, sous réserve de quelques adaptations (II), la participation des différents acteurs du contradictoire est préservée (I) dans le procès urgent des lois.

I) Une participation préservée des différents acteurs du contradictoire

1117. Afin de réduire les délais de procédure liés au déroulement des échanges contradictoires, il est une solution des plus commodes qui vise simplement à réduire les acteurs susceptibles d'y participer lors d'un procès. Il peut tout autant s'agir d'une diminution du nombre des juges que de celle des personnes susceptibles de les éclairer et d'alimenter les débats. Mais, à l'instar du rejet partagé de la réduction du nombre des juges siégeant dans les

²²⁷⁴ O. GOHIN, *La contradiction dans la procédure administrative contentieuse*, LGDJ, 1988, p. 258.

²²⁷⁵ CEDH, 18 février 1997, *Nideröst-Huber c. Suisse*, n° 18990/91, § 30 : « un but d'économie et d'accélération de la procédure [...] ne saurait justifier de méconnaître un principe aussi fondamental que le droit à une procédure contradictoire ».

formations de jugement des renvois urgents²²⁷⁶, aucun autre acteur du contradictoire n'est ostracisé sur le fondement de l'urgence. L'identification des acteurs du contradictoire du procès urgent des lois permet de s'en assurer. Ainsi, comme dans tout procès, les premiers intéressés par l'échange contradictoire sont les parties (A). De plus, l'intérêt et la portée des questions tranchées par le juge des lois font que le contradictoire ne se borne pas à la confrontation des parties entre elles et avec le juge. De nombreux tiers sont couramment amenés à participer à cet échange et à l'information du juge (B).

A) Les parties au procès urgent des lois

1118. L'existence de « parties » au procès des lois. Au regard de l'objet et de la nature du mécanisme du renvoi préalable, l'existence même de parties devant la juridiction *ad quem* peut être questionnée. Il s'agit pour les différentes procédures de renvoi de traiter un contentieux objectif portant sur l'unification de l'interprétation et de l'application du droit notamment lors d'opérations de contrôle des lois par rapport aux droits fondamentaux. Le fait qu'il s'agisse de procédures de juge à juge pourrait également justifier que les parties soient exclues de la procédure d'examen d'un renvoi par la juridiction *ad quem*.

Mais, si l'existence de parties dans le cadre d'un contentieux objectif a pu être contestée²²⁷⁷, il ne fait désormais plus de doutes que celles-ci sont bien acceptées et présentes dans le cadre du procès des lois sur renvoi²²⁷⁸.

1119. La détermination des parties au procès des lois. De manière classique, l'on considère que les parties sont les personnes engagées en demande ou en défense dans un procès. En tant que partie demanderesse au principal, l'une s'y trouve engagée de sa propre initiative ; l'autre, en sa qualité de défendeur, l'est indépendamment de sa volonté. Dans les mécanismes de renvoi, la partie demanderesse n'en est pas vraiment et pas toujours une. En effet, la mise en œuvre de ce mécanisme est à la discrétion d'un juge *a quo* sur sollicitation ou non des parties

²²⁷⁶ Voir *supra* : Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, Paragraphe 1.

²²⁷⁷ L'existence de « parties » fut principalement réfutée dans le cadre du recours pour excès de pouvoir : P. LOUIS-LUCAS, « Recours pour excès de pouvoir et double degré de juridiction », *Dalloz*, 1957, chron., p. 115 ; J.-P. COLSON, *L'office du juge et la preuve dans le contentieux administratif*, LGDJ, 1970, p. 15. Cette position fut également défendue par le Conseil d'État : CE, 21 avril 1944, *Dockès et frères*, Rec. p. 120 ; CE, 19 avril 1950, *De Villèle*, Rec. p. 214.

²²⁷⁸ Voir spécialement dans le cadre du contrôle *a priori* de la constitutionnalité des lois par le Conseil constitutionnel et du contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité des lois par voie incidente : T. SANTOLINI, *Les parties dans le procès constitutionnel*, Bruylant, 2010, 436 p. Voir également dans le cadre du recours pour excès de pouvoir : O. GOHIN, *La contradiction dans la procédure administrative contentieuse*, LGDJ, 1988, p. 36.

au procès. Celles-ci (1) sont tout de même, à l’instar de la partie chargée d’intervenir en défense de la loi (2), actrices à part entière du procès urgent des lois.

1) Les parties au procès principal

1120. Tandis que la participation des parties au procès principal devant la juridiction *ad quem* a pu être contestée (a), il fait désormais consensus quant au maintien de leur place dans le procès urgent des lois (b).

a) Une participation des parties au procès principal contestée

1121. La participation des parties « originaires »²²⁷⁹, c’est-à-dire de celles présentes en demande ou en défense au procès *a quo*, durant la phase d’examen d’un renvoi par une juridiction *ad quem* ne va pas de soi. L’existence de « parties » a notamment pu être contestée dans le cadre du procès par voie incidente de la constitutionnalité des lois²²⁸⁰. Par exemple, avant la réforme en 2007 de la loi organique sur le Tribunal constitutionnel espagnol, les parties à l’instance principale devant le juge *a quo* ne pouvaient se constituer parties lors du procès incident de la constitutionnalité d’une loi. Du côté de Strasbourg, le rapport explicatif sur le protocole n° 16 à la Conv. EDH a laissé planer un doute quant à la participation de droit des parties au procès principal à la procédure devant la Cour EDH. Les rédacteurs de ce rapport établi en 2013 estimaient que « l’on peut s’attendre à ce que les parties à l’affaire dans le contexte de laquelle l’avis consultatif a été sollicité soient *invitées* à prendre part à la procédure »²²⁸¹. Vu la prudence rédactionnelle de cette assertion, il y a tout lieu de comprendre que la participation des parties au principal n’allait franchement pas de soi et qu’elle dépendait, au gré des affaires, du bon vouloir de la Cour.

1122. Plusieurs arguments peuvent être avancés au soutien de l’exclusion des parties au procès principal devant la juridiction *ad quem*.

Tout d’abord, il convient de relever que le respect du contradictoire peut être considéré comme suffisamment assuré devant les juridictions *a quibus* aussi bien avant la mise en œuvre d’un

²²⁷⁹ T. SANTOLINI, *Les parties dans le procès constitutionnel*, Bruylant, 2010, pp. 294 et s.

²²⁸⁰ Sur cette question, voir : T. SANTOLINI, *Les parties dans le procès constitutionnel*, *op. cit.*, pp. 21 et s.

²²⁸¹ Conseil de l’Europe, *Rapport explicatif sur le protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l’Homme et des Libertés fondamentales*, 2013, pt. 20. Nous soulignons.

renvoi qu'après la réception de la décision du juge *ad quem*²²⁸². Les parties au procès principal peuvent en effet présenter de nouveaux moyens ou observations sur la décision ou l'avis de la juridiction *ad quem* avant que leur litige soit tranché au principal. En effet, la mise en œuvre d'un renvoi ne met pas un terme à l'instruction ; elle en suspend simplement le cours par l'effet du sursis à statuer.

De plus, les restrictions de possibilités d'expression d'un justiciable ne sont pas nécessairement d'une gravité trop importante. Par exemple, le mémoire QPC « écrit et motivé » dans lequel le justiciable développe son argumentation sur la contrariété d'une disposition législative aux droits et libertés que la Constitution garantit est transmis au Conseil constitutionnel qui en dispose pour prendre sa décision. De même, la demande d'avis consultatif à la Cour EDH d'une Haute juridiction interne doit contenir « un résumé des arguments des parties à la procédure interne »²²⁸³. Les juridictions *a quibus* n'ont en revanche aucune obligation de transmettre les éventuels mémoires des parties au principal lorsqu'elles saisissent le Conseil d'État d'une demande d'avis contentieux ou la Cour de justice de l'UE d'un renvoi préjudiciel. Il peut donc y avoir saisine de ces juridictions sans que ne soit portés à leur connaissance les arguments et moyens des parties à l'instance principale. Pour ces deux dernières procédures, l'absence de participation des parties à l'instance principale au procès *ad quem* serait dès lors plus contestable.

1123. Tous ces éléments peuvent laisser penser que la participation des parties originaires au procès *ad quem* pourrait être menacée à plus forte raison dans les situations d'urgence. Pourtant, il n'en est rien ; leur participation au procès urgent des lois est préservée.

b) Une participation préservée des parties au procès principal

1124. Une participation consacrée. L'article R. 113-2 alinéa 1 du code de justice administrative dispose que « les parties [...] peuvent produire des observations devant le Conseil d'État » sur une demande d'avis contentieux.

²²⁸² L'application du principe du contradictoire devant les juridictions de renvoi des QPC est réglementée par le décret du 16 février 2010 portant application de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution. De manière générale, la tenue d'un échange contradictoire à l'occasion de la mise en œuvre est une exigence facultative devant la juridiction *a quo*, voir *supra* : Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, Paragraphe 2, A), 2), a).

²²⁸³ Ministère de l'Europe et des Affaires étrangères, Étude d'impact du projet de loi concernant la ratification du protocole n°16 à la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, NOR : EAEJ1729498L/Bleue-1

De même, l'article 23-10 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel dispose que « les parties sont mises à même de présenter contradictoirement leurs observations ». L'article premier du règlement intérieur fait référence aux « parties à l'instance ou, le cas échéant, leurs représentants ».

Sans restriction selon que la procédure préjudicielle accélérée ou d'urgence est enclenchée, les « parties au litige au principal »²²⁸⁴ sont autorisées à participer à la procédure de traitement d'un renvoi préjudiciel par la Cour de justice de l'UE.

Dans un avis émis sur le projet de protocole n° 16 à la Convention, la Cour confirme qu'elle invitera « d'office »²²⁸⁵ les parties au procès principal devant la Haute juridiction interne demanderesse. Or, le règlement de procédure ne prévoit pas que les parties originaires puissent participer systématiquement à la procédure puisque le Président de la Grande chambre « peut inviter les parties à la procédure interne à présenter des observations écrites et, le cas échéant, à prendre part à l'audience ». Pour les deux premiers avis rendus, le Président de la Grande chambre a invité les parties au procès principal à participer à la procédure de traitement des demandes d'avis consultatifs devant la Cour EDH. En dépit du déclenchement de la procédure accélérée pour le traitement de la deuxième demande d'avis consultatif, le Président de la Grande chambre de la Cour a tout de même invité les parties aux deux procès en cours devant la Cour constitutionnelle d'Arménie à présenter des observations. Il s'agissait en l'espèce de l'Assemblée nationale d'Arménie et de l'ancien Président arménien, Robert Kotcharian, poursuivi pénalement pour des faits de « renversement de l'ordre constitutionnel ». Il n'est toutefois pas impossible que, pressé par l'urgence, le Président de la Grande chambre décide à ce titre qu'il n'y ait pas lieu de solliciter les parties au procès interne à participer à la procédure devant la Cour.

1125. En définitive, il apparaît clairement que les procédures de traitement des renvois préalables ne limitent pas, ni dans les situations ordinaires, ni dans celles d'urgence, la participation des parties au procès principal. L'exclusion de ces parties pourrait d'ailleurs tomber sous le coup de la jurisprudence issue de l'arrêt *Ruiz-Mateos*²²⁸⁶ dans lequel la Cour

²²⁸⁴ Article 96 alinéa 1 a) du RP CJUE.

²²⁸⁵ CEDH, avis, 6 mai 2013, *Projet de Protocole n° 16 à la Convention élargissant la compétence de la Cour afin de lui permettre de rendre des avis consultatifs sur l'interprétation de la Convention*, § 10 : « Concernant les parties à la procédure interne, la Cour confirme le point de vue exprimé dans la dernière phrase du paragraphe 20 du rapport explicatif, à savoir qu'elle invitera d'office lesdites parties à prendre part à la procédure devant elle, afin que soit respecté le principe d'égalité. Elle envisage de prévoir pareille invitation dans son règlement ».

²²⁸⁶ CEDH, 23 juin 1993, *Ruiz-Mateos c. Espagne*, n° 12952/87.

EDH a condamné l'Espagne au motif que la procédure de traitement des questions de constitutionnalité par le Tribunal constitutionnel violait le principe d'égalité des armes du fait de l'absence d'organisation de débats contradictoires et donc de participation au procès constitutionnel des parties au litige principal. Par ailleurs, à l'exception de la procédure de la QPC, l'autorisation des parties au litige *a quo* à participer au contradictoire devant la juridiction *ad quem* s'impose d'autant plus que la mise en œuvre d'un renvoi peut être à la seule initiative du juge et peut parfois même l'être contre la volonté du justiciable.

1126. Une participation des parties au procès des lois éprouvée dans les situations d'urgence. Il est fort compréhensible que la production d'observations écrites tout comme la préparation d'une plaidoirie nécessitent du temps. De nombreuses affaires ont démontré la capacité des parties au procès principal à intervenir dans des délais extrêmement brefs aux échanges contradictoires devant la juridiction *ad quem*.

Dans la QPC *Association En Marche !*, l'association requérante à l'instance principale à l'origine de la QPC avait été en mesure de produire des observations écrites devant le Conseil constitutionnel le lendemain de sa saisine. Dans ce même ordre temporel, lors du traitement de la première QPC relative aux mesures d'assignation à résidence prises au titre du régime législatif de l'état d'urgence sécuritaire, le Conseil constitutionnel a reçu dans un délai de 4 à 5 jours près d'une dizaine d'interventions de parties au procès principal. Il s'agissait en l'espèce de personnes placées dans une situation comparable à celle du justiciable qui avait soulevé la QPC devant le Conseil d'État et dont les requêtes avaient été jointes²²⁸⁷. À l'occasion du jugement de la QPC relative aux parrainages des candidats à l'élection présidentielle, la justiciable à l'origine de la question avait présenté ses observations au Conseil constitutionnel dans un délai de 7 jours. Lors des audiences qui se sont tenues seulement quelques jours après la fin de la phase écrite du contradictoire, les conseils des parties à l'instance principale ont toujours été invités dans ces affaires à plaider oralement leur cause devant les Sages.

1127. Sans qu'elle n'ait en revanche pu susciter de doutes quant à son existence, la participation de la partie chargée d'intervenir en défense de la loi demeure pareillement assurée, y compris dans les situations d'urgence.

2) La partie chargée d'intervenir en défense de la loi

²²⁸⁷ CE, 11 décembre 2015, *Domenjoud*, n° 395009.

1128. Dans un contentieux objectif qui a pour objet de confronter une norme à une autre qui lui est supérieure, celle dont la conformité à la seconde est contestée bénéficie de la défense d'une autorité publique considérée comme une partie au procès. À l'instar de la participation de la partie en défense dans le contentieux urgent des actes administratifs (a), la partie en défense dans le contentieux urgent des lois est également préservée et assurée (b).

a) La participation préservée de la partie en défense dans le contentieux urgent des actes administratifs

1129. Dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif, l'auteur d'un acte administratif attaqué est toujours autorisé à intervenir en défense. C'est donc l'administration, c'est-à-dire une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public et doté de prérogatives de puissance publique, qui est amenée à défendre devant le juge administratif la légalité de l'acte querellé.

Par le biais des procédures de référés administratifs d'urgence, la légalité d'un acte administratif peut également être contestée. Dans ce cas, l'administration reste toujours autorisée à intervenir en défense de l'acte attaqué.

Le contentieux des lois prévoit également systématiquement la participation d'une partie en défense, y compris dans les situations d'urgence.

b) La participation préservée de la partie en défense dans le contentieux urgent des lois

1130. L'identification de la partie en défense des lois. L'organe auteur des lois est naturellement le pouvoir législatif²²⁸⁸. Or, lorsqu'une loi est attaquée, sa défense n'est jamais assurée par le Parlement. C'est toujours au Gouvernement, Premier ministre ou ministres que revient le rôle d'assurer la défense d'une loi attaquée devant une juridiction *ad quem* saisie d'un renvoi préalable.

1131. Une participation consacrée de la partie en défense dans le contentieux urgent

²²⁸⁸ L'adoption d'une loi peut également être faite par le Président de la République, le Gouvernement ou le Peuple. Voir *supra* : Introduction générale, Section 1, Paragraphe 2.

des lois. À l’instar des parties au procès principal, aucune disposition ou stipulation ne limite dans les situations d’urgence la participation au procès *ad quem* de la partie en défense des lois. En effet, en vertu de l’article R. 113-2 alinéa 1 du CJA, le renvoi d’une demande d’avis contentieux au Conseil d’État doit être notifié au ministre compétent au regard de la matière de l’affaire afin lui permettre de présenter ses observations²²⁸⁹.

L’article 3 du protocole n° 16 à la Conv. EDH stipule que « la Haute Partie contractante dont relève la juridiction qui a procédé à la demande » a le droit de participer à toutes les phases de l’échange contradictoire. En pratique, l’État contractant est toujours représenté par son Gouvernement.

De même, lorsque la compatibilité d’une loi nationale avec le droit de l’UE est contestée par la voie du renvoi préjudiciel, la défense de celle-ci est toujours assurée par le Gouvernement de l’État duquel relève la loi attaquée.

La partie défenderesse d’une disposition législative dont la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit est mise en question est assurée devant le Conseil constitutionnel par le Premier ministre.

1132. Une participation éprouvée de la partie en défense dans le contentieux urgent des lois. Dans la QPC *Association En Marche !*, le Premier ministre a produit des observations écrites devant le Conseil constitutionnel le lendemain même de sa saisine. Lors du traitement de la première QPC relative aux mesures d’assignation à résidence prises au titre du régime législatif de l’état d’urgence sécuritaire, le Conseil constitutionnel a reçu dans un délai de 4 jours des observations écrites en défense également produites par le Premier ministre. À l’occasion du jugement de la QPC relative aux parrainages des candidats à l’élection présidentielle, le Premier ministre a encore su présenter ses observations écrites en défense dans un délai de seulement 7 jours.

Lors des audiences qui se sont tenues quelques jours après ces délais, le représentant du Premier ministre a toujours pu intervenir oralement en défense des dispositions législatives attaquées.

1133. À côté des parties, une kyrielle de tiers à celles-ci peuvent, de leur propre initiative ou sur demande de la juridiction *ad quem*, participer aux échanges contradictoires. Une fois encore, sans pour l’instant se prononcer sur les modalités de leur participation, l’urgence

²²⁸⁹ Article R. 113-2 alinéa 1 du CJA : « le ministre compétent [peut] produire des observations devant le Conseil d’État ».

n'évince aucunement ces tiers participants au procès des lois.

B) Les tiers au procès urgent des lois

1134. La définition des « tiers » au procès se pose de manière négative par rapport à celle de la notion de « partie ». Par conséquent, est tiers au procès toute personne physique ou morale, à l'exception du juge, qui n'est pas une partie. Il existe deux sortes de tiers autorisés à intervenir durant la phase d'examen d'un renvoi à une juridiction *ad quem*, y compris dans les situations d'urgence : les tiers « privilégiés » (1) et les tiers « intéressés » (2).

1) La participation préservée des tiers privilégiés

1135. Parmi les tiers « privilégiés », deux types d'autorités voient leur participation préservée au procès urgent des lois : il s'agit de certaines autorités institutionnelles (a) et d'un magistrat indépendant tiers à la formation de jugement (b).

a) La participation préservée des autorités institutionnelles

1136. La catégorie des tiers « privilégiés » rassemble une série d'autorités institutionnelles qui se voient immédiatement notifier de la saisine d'une juridiction *ad quem* d'un renvoi valablement formé. Ces autorités sont systématiquement autorisées à intervenir à la procédure et se voient avisées des délais de production des observations écrites et de la date de l'audience.

1137. Le déclenchement des procédures accélérées et d'urgence devant les cours européennes n'a aucunement pour effet de restreindre le droit à participation de ces autorités. Au titre de l'article 23 de son Statut, toute saisine de la Cour de justice de l'UE d'un renvoi préjudiciel est notifiée par le greffe de la Cour à la Commission européenne²²⁹⁰. L'article 3 du protocole n° 16 à la Conv. EDH prévoit que le Commissaire aux droits de l'Homme du Conseil de l'Europe est autorisé d'office à participer à la procédure de traitement des demandes d'avis consultatifs²²⁹¹.

²²⁹⁰ Pour la production d'observations par la Commission des Communautés européennes dans le cadre de la PPU : CJCE, 11 juillet 2008, *Inga Rinau*, C-195/08 PPU.

²²⁹¹ À l'occasion de l'application de la procédure accélérée pour le traitement de la deuxième demande d'avis consultatif, la Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe n'a pas décidé de présenter des observations.

Les alinéas 1 et 2 de l'article 23-8 de l'ordonnance organique relative au Conseil constitutionnel repris par l'article 1^{er} alinéa 2 du règlement intérieur sur la procédure de traitement des QPC prévoient que le Président de la République, le Premier ministre, les Présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat ainsi que, s'il y a lieu, le Président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, le Président du congrès et les Présidents des assemblées de province sont avisés du renvoi au Conseil constitutionnel d'une QPC. Ces autorités sont, en toutes circonstances, autorisées à intervenir à la procédure.

b) La participation préservée d'un magistrat indépendant tiers à la formation de jugement

1138. Un magistrat indépendant extérieur à une formation de jugement n'est ni une partie au litige ni un juge chargé de rendre une décision définitive sur une affaire. Il est une autorité appelée à éclairer un problème de droit et à proposer à la formation de jugement une solution à celui-ci. Qu'il s'agisse d'un rapporteur public devant le Conseil d'État ou d'un avocat général devant la Cour de justice de l'UE ou du Procureur général près la Cour de cassation, la participation d'un magistrat indépendant tiers à la formation de jugement des renvois est préservée dans les situations d'urgence.

1139. L'importance du rôle de l'avocat général près la Cour de justice de l'UE au regard de la qualité des arrêts et de la cohérence jurisprudentielle n'est plus à démontrer²²⁹². Dans les situations d'urgence, il intervient tout d'abord en amont de la procédure puisqu'il est consulté sur les décisions de déclencher la PPA ou la PPU²²⁹³. Il intervient ensuite pendant la procédure par ses prises de position²²⁹⁴.

L'article 20 du statut de la Cour de justice prévoit toutefois que « lorsqu'elle estime que l'affaire ne soulève aucune question de droit nouvelle, la Cour peut décider, l'avocat général entendu, que l'affaire sera jugée sans conclusions de l'avocat général ». Cette possibilité pour la Cour de justice de décider de juger un renvoi sans les conclusions de l'avocat général est reconnue aussi bien dans le cadre de la procédure préjudicielle ordinaire que dans celui des procédures

²²⁹² Sur le rôle de l'avocat général près la Cour de justice de l'UE : L. CLÉMENT-WILZ, *La fonction de l'avocat général près la Cour de justice*, Bruylant, 2011, p. 53 et s.

²²⁹³ Article 105 § 1 du RP CJUE (PPA) et article 108 § 1 du RP CJUE (PPU). Voir *supra* : Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, Paragraphe 1, A), 1).

²²⁹⁴ Article 105 § 5 du RP CJUE (PPA) : « La Cour statue, l'avocat général entendu » et article 112 du RP CJUE (PPU) : « La chambre désignée statue, l'avocat général entendu ».

préjudicielles accélérée et d'urgence. L'éventuelle exemption des conclusions de l'avocat général n'est toutefois aucunement liée à des considérations relatives à l'urgence de statuer. En effet, les procédures préjudicielles accélérée et d'urgence ne se sont pas saisies de la faculté ouverte par l'article 23 bis alinéa 2 du Statut de la Cour, de prévoir, par dérogation à l'article 20 alinéa 4, « l'absence de conclusions de l'avocat général »²²⁹⁵.

1140. Selon l'article R. 113-2 du CJA, les demandes d'avis contentieux sont examinées, sous les réserves énoncées aux articles R. 113-3 et suivants du CJA, « conformément aux dispositions régissant la procédure devant le Conseil d'État statuant au contentieux ». Cela indique que la réception d'une telle demande implique sa transmission à un rapporteur public qui présentera ses conclusions devant la formation saisie d'une demande d'avis contentieux. Concernant sa fonction, au titre de l'article L. 7 du CJA, le rapporteur public « expose publiquement, et en toute indépendance, son opinion sur les questions que présentent à juger les requêtes et sur les solutions qu'elles appellent ». Aucune disposition juridique ne prévoit que cet office puisse être écarté ou limité dans les situations d'urgence.

1141. De même, le procureur général près la Cour de cassation peut être amené à se prononcer devant la formation de jugement d'une demande d'avis contentieux puisqu'il reçoit communication de la demande et est informé de la date de l'audience de jugement²²⁹⁶.

1142. Potentiellement plus nombreux que les tiers privilégiés, les tiers intéressés interviennent nettement plus régulièrement, y compris dans les situations d'urgence, devant les juridictions *ad quem* de traitement des renvois.

2) La participation des tiers intéressés

1143. Les tiers « intéressés » sont des personnes physiques ou morales défendant un intérêt subjectif particulier ou collectif.

²²⁹⁵ Les modalités de présentation des « conclusions » sont en revanche largement adaptées aux contraintes de l'urgence, voir *infra* : Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, Paragraphe 2.

²²⁹⁶ Articles 1031-5 du CPC et 706-68 du CPP : « L'affaire est communiquée au procureur général près la Cour de cassation. Celui-ci est informé de la date de la séance ».

1144. Quoique le caractère chronophage lié à la participation des tiers intéressés dans les situations d'urgence puisse justifier que leur exclusion soit envisagée (a), cette hypothèse demeure unanimement écartée par les règles de procédure relatives au traitement des renvois au profit de règles restreignant les modalités de leur participation (b).

a) L'exclusion initialement envisagée des tiers étatiques intéressés devant les cours européennes

1145. Sans nul doute, la participation des tiers à la phase contradictoire de l'examen d'un renvoi allonge le temps de la procédure. C'est pourquoi, au moment de la production de divers documents de réflexion antérieurs à la création de la PPU et de la procédure de demande d'avis consultatif à la Cour EDH, il a pu être proposé que les interventions des États membres de l'UE et du Conseil de l'Europe dont ne relève pas la juridiction de renvoi soient limitées ou exclues dans les situations d'urgence.

1146. Une exclusion de la participation des tiers initialement envisagée dans le cadre de la PPU. Au stade des discussions liées à la création de la PPU, la Cour de justice de l'UE soutenait qu'il était préférable d'exclure la possibilité pour les États membres autres que celui au sein duquel siège la juridiction à l'origine du renvoi d'y participer²²⁹⁷. Plus précisément, il était question d'exclure les autres États membres et institutions de l'UE lors de la première phase de la procédure. Ces derniers auraient seulement pu présenter des observations une fois l'ordonnance de jugement adoptée. Un réexamen de l'affaire aurait été possible, à la demande d'un État, et dans un délai d'un mois suivant la notification de l'ordonnance. Le terme de cette procédure aurait alors été constituée par le rendu d'un arrêt définitif qui serait venu se substituer à la première ordonnance²²⁹⁸.

1147. Une exclusion de la participation des tiers envisagée dans le cadre de la procédure de demande d'avis consultatif. La question de la possibilité de participation des États membres du Conseil de l'Europe devant la Cour EDH durant la procédure prévue par le protocole n° 16 a initialement suscité des débats. En effet, après avoir formulé le souhait que

²²⁹⁷ CJCE, *Document de réflexion relatif au traitement des questions préjudicielles relatives à l'espace de liberté, sécurité et justice*, 25 septembre 2006, JUR 356, COUR 42, JUSTCIV 208, ASIM 66, 13272/06, p. 6.

²²⁹⁸ V. SKOURIS, *Complément au document de réflexion relatif au traitement des questions préjudicielles relatives à l'espace de liberté, de sécurité et de justice*, Note adressée au Président du Conseil de l'Union européenne, Conseil de l'UE, 22 décembre 2006, doc/ 17013/06.

les demandes d'avis consultatifs soient traitées dans de brefs délais, la Cour EDH a pu en conséquence suggérer que seul le Gouvernement de l'État dont relève la juridiction demanderesse devrait avoir le droit d'intervenir à la phase d'instruction²²⁹⁹. Il en résulte que les autres États membres du Conseil de l'Europe devraient être exclus de la procédure. Au contraire, dans la proposition initiale et conjointe de la Norvège et des Pays-Bas, tous les États parties à la Convention pouvaient déposer des observations écrites²³⁰⁰.

1148. Au stade de la rédaction des règles de la procédure préjudicielle d'urgence et de la procédure de demande d'avis consultatif, aucune de ces propositions de mise à l'écart du contradictoire des États tiers n'a été retenue. Leur participation est donc bien préservée dans les situations d'urgence.

b) La participation limitée des tiers intéressés

1149. La participation de principe des tiers intéressés aux procédures de renvoi demeure préservée. Elle est en revanche tantôt soumise à autorisation, tantôt limitée à l'une des deux phases du contradictoire.

1150. Une participation des tiers intéressés reportée à la phase orale du contradictoire dans le cadre de la PPU. La procédure préjudicielle d'urgence n'exclut pas la participation des États membres dont la juridiction auteur du renvoi n'est pas issue ; elle restreint seulement la participation de ces tiers intéressés à la phase orale de l'instruction.

L'article 23 bis alinéa 3 du statut de la Cour de justice de l'UE fonde expressément la possibilité de limiter les acteurs du contradictoire autorisés à participer à la phase écrite de l'instruction dans le cadre de la PPU. Cet article prévoit en effet que la procédure d'urgence « peut prévoir [...] la limitation des parties et des intéressés visés à l'article 23 autorisés à déposer des mémoires ou observations écrites ». Conformément à l'article 109 alinéa 1 du règlement de procédure de la Cour, seules les parties au litige principal devant la juridiction nationale, l'État membre dont est issue la juridiction auteur du renvoi, les institutions créatrices de l'acte attaqué

²²⁹⁹ CEDH, *Document de réflexion sur la proposition d'élargissement de la compétence consultative de la Cour*, non daté, pt. 23 ; Voir également : Comité d'experts sur la réforme de la Cour, *Rapport préliminaire sur la proposition d'étendre la compétence de la Cour en matière d'avis consultatifs*, Strasbourg, 1 juillet 2011, DH-GDR(2011)015 FINAL, pt. 14.

²³⁰⁰ Comité d'experts sur la réforme de la Cour, *Rapport préliminaire sur la proposition d'étendre la compétence de la Cour en matière d'avis consultatifs*, *op. cit.*, pt. 3 (v).

ainsi que la Commission européenne sont autorisés à intervenir au cours de la phase écrite de la procédure préjudicielle d'urgence.

L'interdiction de participation des tiers intéressés à la phase écrite du contradictoire n'est pas désintéressée ; elle est liée à la volonté de gagner du temps en évitant un lourd travail de traduction. Elle peut toutefois être maintenue sous réserve d'une invitation spécifique adressée par la Cour.

1151. Une invitation possible des tiers intéressés à la phase écrite du contradictoire dans le cadre de la PPU. La participation des différents États membres de l'UE à la procédure de jugement des renvois préjudiciels est indispensable. Elle l'est d'autant plus lorsqu'il s'agit de la mise en œuvre de la PPU, eu égard aux domaines particulièrement sensibles dans lesquels elle intervient. Les contentieux intéressés par cette procédure tels que notamment ceux du mandat européen ou de la coopération policière et judiciaire impliquent nécessairement la participation de plusieurs États puisque, pour coopérer, il faut au moins être deux. Il peut par exemple s'agir d'affaires concernant des procédures de remise de personnes entre États, d'exécution des décisions de justice en matière de droit de la famille ou de traitement des demandes d'asile. C'est pour cela que l'article 109 § 3 du règlement de procédure accorde à la Cour la faculté de mobiliser, à l'occasion de la phase écrite ou orale d'une PPU, n'importe quel État membre autre que celui dont provient la demande préjudicielle afin d'apporter toute précision utile et nécessaire au traitement de l'affaire. Au titre de cette disposition, il s'agit spécifiquement pour la Cour de mobiliser un État tiers lorsqu'un renvoi préjudiciel « fait état d'une procédure administrative ou judiciaire qui s'est déroulée dans un autre État membre que celui dont relève la juridiction de renvoi ».

1152. Une participation des tiers intéressés cantonnée à la phase écrite du contradictoire dans le cadre de la QPC. L'unique référence à l'urgence dans le règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité se loge dans le deuxième alinéa de son sixième article. Cette mention de l'urgence concerne précisément la participation au contradictoire des « personne[s] justifiant d'un intérêt spécial ». Cette référence n'a pas pour objet d'écarter les tiers intéressés de l'instruction d'une QPC urgente mais simplement de presser la transmission de leurs observations écrites. En effet, si le Président du Conseil constitutionnel peut en limiter la participation dans les situations qu'il juge urgentes, il n'en demeure pas moins que la

participation des tiers intéressés reste admise en toute circonstance²³⁰¹. Leurs observations sont ensuite systématiquement transmises aux parties et aux Hautes autorités publiques citées à l'article premier du règlement.

La participation des tiers intéressés à l'échange contradictoire lors de l'examen d'une QPC par le Conseil constitutionnel ne peut se présenter que sous la forme d'« observations écrites » et de production de pièces au soutien de celles-ci. Cette différence de fonctionnement avec la Cour de justice de l'UE s'explique essentiellement par le fait que les observations écrites des tiers intervenants doivent être produites en langue française et ne nécessitent par conséquent aucun travail de traduction.

Lors de l'examen par le Conseil constitutionnel de la QPC *Association en marche !*, dans le délai d'un seul jour, ont pu être produites, en plus de celles des parties, les observations présentées pour les groupes parlementaires Les Républicains, Union des démocrates et des indépendants. Un dernier exemple tiré de la QPC soulevée par Madame Marine Le Pen montre la capacité de tiers intéressés à produire des observations dans un délai bref délai de moins d'une semaine²³⁰².

1153. Une participation des tiers intervenants à la procédure d'avis consultatif soumise à invitation ou autorisation du Président de la Cour. EDH. L'article 3 du protocole n° 16 à la Conv. EDH stipule que « le Président de la Cour peut, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, inviter toute personne à présenter également des observations écrites ou à prendre part aux audiences ». Puisque les règles énoncées à l'article 44 de la Convention s'appliquent *mutatis mutandis* à la procédure d'avis consultatif²³⁰³, c'est donc au Président de la Cour qu'il revient de décider si d'autres États parties à la Convention, personnes et institutions doivent être autorisés à communiquer des observations écrites ou orales au regard des circonstances de l'espèce propres à une demande d'avis.

²³⁰¹ Sur la participation des tiers au contradictoire dans le cadre du procès incident de la constitutionnalité des lois, voir : A.-M. LECIS COCCO ORTU, *Les interventions des tiers porteurs d'intérêts collectifs dans les contentieux constitutionnels incidents français et italien*, LGDJ, 2018, 468 p.

²³⁰² Observations en intervention de Madame Christine Boutin enregistrées 1 jour et 7 jours suivant la saisine. Observations en intervention de Madame Corinne Lepage en 6 jours.

²³⁰³ Article 44 § 7 du RP CEDH : « Les dispositions du présent article s'appliquent *mutatis mutandis* à la procédure suivie lorsqu'il s'agit pour la Grande Chambre de rendre un avis consultatif au titre de l'article 2 du Protocole n° 16 à la Convention ». Voir également : Comité d'experts sur la réforme de la Cour, *Rapport préliminaire sur la proposition d'étendre la compétence de la Cour en matière d'avis consultatifs*, Strasbourg, 1 juillet 2011, DH-GDR(2011)015 FINAL, pt. 13 ; CEDH, *Document de réflexion sur la proposition d'élargissement de la compétence consultative de la Cour*, non daté, pt. 41.

En dépit du déclenchement de la procédure accélérée pour le traitement de la deuxième demande d'avis consultatif, le Président de la Grande chambre de la Cour EDH n'a pas été particulièrement restrictif conservant l'autorisation de tiers intéressés à produire des observations écrites puisque les demandes d'intervention de deux organisations non-gouvernementales et celle du représentant d'une association ont été acceptées²³⁰⁴.

1154. Le nombre des potentiels acteurs du procès des lois apparaît clairement élevé dans les situations d'urgence puisque la présence indispensable de l'ensemble des parties et tiers au procès des lois est préservée pour l'instruction des renvois. C'est en ce sens que l'on devine toute l'importance de comprendre que « l'efficacité du renvoi préalable et la bonne réception de son œuvre tiennent certainement au fait que, si la décision est rendue dans de brefs délais, elle est le produit d'une concertation élargie »²³⁰⁵ et ce même dans les situations d'urgence. La participation de ces différents acteurs est néanmoins adaptée pour répondre au mieux dans l'urgence.

II) Une participation adaptée des différents acteurs du contradictoire

1155. Les débats contradictoires se matérialisent, durant deux phases successives, sous deux formes : la production et l'échange de mémoires écrits avant l'audience puis les plaidoiries orales présentées au cours de celle-ci. Différentes vertus propres à cette dernière modalité d'expression du contradictoire font que l'oralité s'applique généralement de manière adéquate aux procédures d'urgence. C'est pourquoi, loin d'être absente, la forme orale du contradictoire est valorisée dans le procès urgent des lois (B). Il apparaît malgré tout qu'au prix de quelques restrictions l'échange écrit reste privilégié dans les situations d'urgence (A).

A) Un écrit privilégié mais restreint

1156. À l'instar du juge administratif, le juge des lois est traditionnellement habitué au caractère écrit des échanges contradictoires. En effet, de manière similaire à sa place

²³⁰⁴ Il est toutefois vrai que l'on n'a pas connaissance du nombre éventuel de demandes d'interventions qui ont pu être refusées.

²³⁰⁵ G. CASU, *Le renvoi préalable. Essai sur l'unification préjudicielle de l'interprétation*, LGDJ, 2016, p. 224.

traditionnelle dans la procédure administrative contentieuse²³⁰⁶ et spécialement obligatoire dans le contentieux des actes de l'administration²³⁰⁷, les procédures de traitement des renvois privilégient l'écrit comme procédé d'échange. Cette modalité de dialogue, naturellement préférée dans les contentieux de type objectif, n'est pourtant que peu adaptée aux caractéristiques de l'urgence. C'est pourquoi, s'il ne fait aucun doute que l'échange sous forme écrite est favorisé, il n'en demeure pas moins adapté aux situations d'urgence dans ses modalités d'exécution. Ainsi, afin de soulager le poids de la production des écrits sur le temps du procès, le juge des lois peut décider de limiter la durée de cette phase (1). Le pouvoir du juge des lois de réglementer le contenu et la forme de ces productions écrites afin de limiter le temps nécessaire au traitement d'une affaire est en revanche quasi-inexistant (2).

1) La limitation de la durée de la phase écrite

1157. L'échange des écrits entre les parties, les tiers et le juge demande du temps. Or, ce temps procédural nécessaire entre inévitablement en conflit avec les contraintes que l'urgence fait peser sur ces acteurs du procès. Afin de maîtriser cette tension, la limitation de la durée de la phase écrite du contradictoire est remise entre les mains du juge *ad quem* (a). L'efficacité du recours à ce pouvoir dépend toutefois de la capacité du juge des lois de fixer et de communiquer sans délai le temps imparti à la production d'observations écrites (b).

a) Le pouvoir du juge des lois de déterminer la durée de la phase écrite du contradictoire

1158. Une détermination de la durée de la phase écrite du contradictoire nécessairement remise entre les mains du juge. La limitation de la durée de la phase contradictoire nécessaire à l'instruction d'une affaire est une modalité largement partagée par les procédures de traitement des renvois préalables mais aussi par les recours juridictionnels²³⁰⁸. À l'instar de la fixation du délai total de jugement d'une affaire, il ne saurait être préférable de prévoir de manière abstraite et *a priori* un délai pour la contradiction entre les parties. Cette

²³⁰⁶ V. HAÏM, « L'écrit et le principe du contradictoire dans la procédure administrative contentieuse », *AJDA*, 1996, n° 10, p. 715.

²³⁰⁷ CE, 25 janvier 1980, *Gras*, n° 07646.

²³⁰⁸ Voir par exemple concernant le traitement urgent de certains pourvois en cassation par la Cour de cassation : article 1009 alinéa 1 du CPC : « Le premier président, ou son délégué, à la demande d'une des parties ou d'office, peut réduire les délais prévus pour le dépôt des mémoires et des pièces ».

question doit être traitée de manière concrète, c'est-à-dire qu'elle doit prendre en compte, d'une part, la complexité de l'affaire et donc la quantité des éventuels arguments qui peuvent être soulevés et, d'autre part, le degré d'urgence de l'affaire. C'est pourquoi, de manière commune à tout contentieux juridictionnel, la détermination du temps de la contradiction et donc de l'instruction est un pouvoir remis entre les mains du juge. Il peut en ce sens diminuer le quantum du délai ordinairement consacré à la production d'observations écrites (α). Les juridictions *ad quem* européennes ont en plus le pouvoir d'omettre la phase écrite du contradictoire (β).

α) Le pouvoir de limiter le délai ordinairement prévu pour la production d'observations écrites

1159. La Cour de justice de l'UE est la seule juridiction *ad quem* à prévoir dans son règlement de procédure une durée plancher en deçà de laquelle le temps de la contradiction ne peut être enfermé dans les situations d'urgence. Ainsi, le délai dans lequel des observations écrites peuvent être déposées au cours d'une procédure préjudicielle accélérée ne peut être inférieur à quinze jours²³⁰⁹. Aussi, par la voie d'une déclaration non contraignante du Conseil adressé à la Cour, les États membres ont émis le souhait que le délai dans lequel des observations écrites puissent être déposées dans le cadre de la procédure préjudicielle d'urgence ne puisse pas être inférieur à dix jours ouvrables²³¹⁰.

Par ailleurs, tandis que dans le cadre de la procédure préjudicielle ordinaire, l'article 23 du statut de la Cour de justice de l'Union européenne dispose que les parties disposent d'un délai de deux mois pour déposer leurs mémoires devant la Cour²³¹¹, il n'y a en revanche aucun délai préfixé pour l'échange écrit dans le cadre des procédures préjudicielles accélérée et d'urgence. L'article 23 bis paragraphe 2 du statut de la Cour dispose cependant que les procédures préjudicielles accélérée et d'urgence « peuvent prévoir, pour le dépôt des mémoires ou observations écrites, un délai plus bref que celui [de deux mois] prévu à l'article 23 ». C'est à ce titre que, afin de déterminer l'étendue du délai nécessaire aux échanges écrits, la Cour peut tenir compte du degré d'urgence et de complexité d'un renvoi préjudiciel.

²³⁰⁹ Article 105 § 3 du RP CJUE. Dans le calcul de ces quinze jours n'entrent pas en compte le délai de distance forfaitaire de dix jours prévu à l'article 51 du règlement et le délai qui court pour le dépôt des documents originaux.

²³¹⁰ Conseil de l'UE, Déclaration annexée à la décision 2008/79/CE, Euratom du Conseil du 20 décembre 2007 portant modification du statut de la Cour de justice (JO L 24/42, 29 janvier 2008), p. 44.

²³¹¹ Délai auquel s'ajoute celui de distance forfaitaire d'une durée de dix jours conformément à l'article 51 du règlement de procédure. Article 23 du statut de la CJUE : « Dans un délai de deux mois à compter de cette dernière notification, les parties (...) ont le droit de déposer devant la Cour des mémoires ou des observations écrites ».

La durée moyenne de la phase écrite pour la PPU est environ de seize jours²³¹². Un délai relativement bref puisqu'il représente entre un cinquième et un quart de la durée totale moyenne d'une PPU.

1160. Aucun cadre temporel n'est attribué à la production d'interventions écrites dans la procédure de traitement d'une demande d'avis consultatif par la Cour EDH. Aucune disposition particulière ne vient non plus prévoir la gestion de la durée de ces échanges dans les situations d'urgence. Le comité d'experts réunis pour imaginer l'élargissement de la compétence de la Cour EDH au traitement de demandes d'avis consultatifs soulignait pourtant un point négatif à l'intervention de tiers : celle-ci « retarderait la procédure »²³¹³. Cette méfiance à l'égard du caractère chronophage des tierces interventions, et donc du retard qu'elles pourraient induire dans la réponse aux demandes d'avis consultatifs, a pu se traduire par une volonté d'enfermer ces interventions dans des « délais stricts »²³¹⁴ afin éviter cet écueil. Finalement, il est simplement prévu, au titre des articles 44 § 7²³¹⁵ et 94 § 4²³¹⁶ du règlement de la Cour EDH, que le Président de la Grande chambre fixe librement le délai dans lequel les parties et les tiers intervenants peuvent déposer des observations écrites.

Dans un communiqué de presse relatif à la deuxième demande d'avis consultatif, le greffe de la Cour EDH a précisé qu'« eu égard au caractère prioritaire »²³¹⁷ de cette demande, le Président de la Grande chambre a décidé d'abrégier les délais impartis à la production de tierces interventions conformément à l'article 44 du règlement de la Cour. Les parties aux deux procès en cours devant la Cour constitutionnelle d'Arménie ont quant à elles été invitées à présenter des observations dans un délai de deux mois et demi²³¹⁸. Alors qu'il n'était que de cinq semaines

²³¹² CJUE, *Rapport sur la mise en œuvre de la procédure préjudicielle d'urgence*, Rapport remis au Conseil conformément à la déclaration en annexe à sa décision du 20 décembre 2007 (JO L 24 du 29 janvier 2008, p. 44), 31 janvier 2012, p. 11.

²³¹³ Comité d'experts sur la réforme de la Cour, *Rapport préliminaire sur la proposition d'étendre la compétence de la Cour en matière d'avis consultatifs*, Strasbourg, 1 juillet 2011, DH-GDR(2011)015 FINAL, pt. 13.

²³¹⁴ *Ibid.*

²³¹⁵ Article 44 § 7 du RP CEDH : « Le président de la Grande Chambre fixe les délais impartis aux tiers intervenants ».

²³¹⁶ Article 94 § 4 du RP CEDH : « Les observations écrites ou les autres documents sont adressés au greffier dans les délais impartis par le président de la Grande Chambre ».

²³¹⁷ Greffe de la CEDH, *La demande d'avis consultatif soumise par la Cour constitutionnelle d'Arménie en application du Protocole n° 16 a été acceptée*, Communiqué de presse, 11 novembre 2019, CEDH 343 (2019), p. 1.

²³¹⁸ CEDH, GC, avis, 29 mai 2020, *Utilisation de la technique de « législation par référence » pour la définition d'une infraction et aux critères à appliquer pour comparer la loi pénale telle qu'elle était en vigueur au moment de la commission de l'infraction et la loi pénale telle que modifiée*, n° P16-2019-001.

pour les parties à la première demande d'avis²³¹⁹.

1161. Aucune disposition juridique ne prévoit expressément de délai déterminé dans lequel des observations écrites peuvent être produites sur une QPC dont le Conseil constitutionnel a été saisi²³²⁰. En pratique, les parties et les tiers disposent ordinairement, à compter de la date de saisine du Conseil constitutionnel, d'un délai de deux semaines à un mois pour intervenir sur une QPC en cours d'instance. « En cas d'urgence », il est seulement prévu par l'article 6 alinéa 2 du règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour le traitement des QPC que le Président du Conseil constitutionnel ordonne la transmission des observations des tiers intéressés. Cette disposition, introduite en 2013²³²¹, sert à permettre aux parties de disposer, dans les situations d'urgence, d'un temps suffisant pour pouvoir répondre aux éventuelles observations de tiers justifiant d'un intérêt spécial. En tout état de cause, même si aucune disposition ne régleme la durée des échanges écrits entre les parties dans les situations d'urgence, il demeure loisible au Président du Conseil constitutionnel de prescrire à ces acteurs premiers du contradictoire un délai très court dans lequel ils peuvent produire leurs observations.

Ce délai a par exemple été fixé à 1 jour pour la QPC *Association En Marche !*, 4 jours pour la première QPC ayant porté sur les mesures d'assignation à résidence prises au titre de l'état d'urgence sécuritaire ou encore 7 jours pour la QPC relative au parrainage des candidats à l'élection présidentielle.

L'absence de prévision d'un délai déterminé pour la production des observations écrites permet au Conseil constitutionnel de « conserver une souplesse et une capacité d'adaptation à la variété des situations »²³²² qui sont portées devant son prétoire par la voie de la procédure de la QPC²³²³.

²³¹⁹ CEDH, GC, avis, 10 avril 2019, *Reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention demandé par la Cour de cassation française*, n° P16-2018-001, § 4.

²³²⁰ Depuis la modification du 21 juin 2011 du règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité et jusqu'au 22 novembre 2013, un délai de trois semaines, à compter de la date de saisine du Conseil constitutionnel d'une QPC, était fixé par l'article 6 pour le dépôt des observations de tiers intervenants.

²³²¹ CC, décision n° 2011-120 ORGA, 21 juin 2011, *Décision modifiant le règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité*.

²³²² M. GUILLAUME, « Le règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité », *LPA*, 2010, n° 38, p. 3.

²³²³ Au titre de l'article 9 de la loi constitutionnelle n° 1 du 9 février 1948, le Président de la Cour constitutionnelle italienne peut, « s'il l'estime nécessaire, réduire de moitié la durée de la procédure par décision motivée ». Dans ce cas, le délai ordinaire de 120 jours accordé aux parties pour présenter leurs observations est réduit à 60 jours. Voir par exemple : *Corte cost., Sentenza n° 1 2013*, 4 décembre 2012.

1162. L'article R. 113-2 alinéa 1 du code de justice administrative dispose que les parties et le ministre compétent peuvent produire des observations devant le Conseil d'État, « dans le délai d'un mois à partir de la notification qui leur a été faite de la décision de renvoi ». Ce délai ordinairement imparti peut-être abrégé sur le fondement de cette même disposition par le Président de la section du contentieux²³²⁴. S'il n'est pas expressément fait référence aux situations d'urgence, aucun obstacle n'est donc dressé contre l'adaptation à l'urgence du temps accordé aux échanges écrits.

1163. L'article 4 alinéa 1 du décret n° 2015-233 du 27 février 2015 relatif au Tribunal des conflits et aux questions préjudicielles prévoit que les parties et le ministre intéressé par un renvoi préventif peuvent présenter leurs observations dans le délai d'un mois, à compter de l'enregistrement de l'affaire. Sans que des limites ne soient posées, le troisième alinéa de ce même article prévoit que ce délai peut être réduit par décision du Président du Tribunal des conflits « en raison de l'urgence ».

1164. La liberté accordée aux présidents des formations de jugement des renvois en matière de détermination du cadre temporel des échanges écrits permet une gestion tout à fait efficace de cette phase d'instruction par rapport aux situations d'urgence. De manière plus redoutable encore, il est possible, pour les juridictions *ad quem* européennes, d'omettre la phase écrite du contradictoire dans les cas d'urgence les plus extrêmes.

β) L'omission possible de la phase écrite du contradictoire

1165. La possibilité expressément consacrée d'omettre la phase écrite du contradictoire en cas d' « extrême urgence » dans le cadre de la procédure préjudicielle d'urgence. Autant dans les situations d'urgence, les procédures préjudicielles accélérée et d'urgence applicables pour le traitement des renvois par la Cour de justice de l'UE garantissent l'exercice effectif du contradictoire par l'imposition d'un délai minimum devant être observé, autant cette phase peut se trouver entièrement annihilée. En effet, dans les cas d' « extrême urgence », l'article 23 bis paragraphe 3 du statut repris par l'article 111 du règlement de

²³²⁴ Article R. 113-2 alinéa 2 du CJA : Le délai d'un mois « peut être réduit par décision du président de la section du contentieux ».

procédure prévoit que la procédure d'urgence peut réduire à néant l'exercice écrit du contradictoire²³²⁵. L'omission exceptionnelle de la phase écrite doit être justifiée au regard des « circonstances particulières d'une affaire ou [de] son contexte juridique »²³²⁶. La Cour n'a cependant jamais fait usage de cette arme ultime d'accélération de la procédure.

1166. La possibilité implicite d'omettre la phase écrite du contradictoire en cas d'urgence dans le cadre de la procédure de traitement des demandes d'avis consultatifs à la Cour EDH. Même si cela n'est pas expressément consacré, l'omission de la phase écrite peut également avoir lieu devant la Cour EDH. En effet, puisque la participation des parties et des tiers au contradictoire est soumise à l'autorisation ou l'invitation du Président de la Grande chambre, il est théoriquement possible que ce dernier restreigne totalement l'accès à l'échange d'observations et réduise ainsi à néant la phase écrite du contradictoire.

1167. Aussi radicale soit-elle, l'omission de la phase écrite n'est limitée qu'aux cas d'urgence « extrême » et demeure donc véritablement exceptionnelle. La preuve en est qu'il n'est jamais arrivé qu'une des deux cours européennes ait recours à cette possibilité. Par ailleurs, l'omission de la phase écrite du contradictoire est compensée par la valorisation des échanges oraux lors de l'audience²³²⁷.

1168. Pour être efficiente dans les situations d'urgence, la maîtrise de la durée des échanges écrits par le juge des lois doit pouvoir être le fruit d'une décision prise et communiquée sans délai aux différents acteurs du contradictoire.

b) La capacité du juge des lois de fixer sans délai la durée de la phase écrite du contradictoire

1169. Si le juge est libre de déterminer la durée de la phase écrite du contradictoire, encore faut-il que ce dernier soit en mesure d'en fixer le quantum et d'aviser d'urgence de sa décision les acteurs potentiels du contradictoire. À la différence des autres juridictions *ad quem*, le

²³²⁵ Article 23 bis § 3 du statut de la Cour « La procédure d'urgence peut prévoir [...] dans des cas d'extrême urgence, l'omission de la phase écrite de la procédure ». L'article 111 du RP CJUE prévoit en effet que la chambre désignée pour le traitement des PPU peut « dans des cas d'extrême urgence, décider d'omettre la phase écrite ».

²³²⁶ N. FENGER et M. BROBERG, *Le renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne*, Larcier, 2013, p. 515.

²³²⁷ Voir *infra*.

Président de la Grande chambre de la Cour EDH est le seul juge à ne pas être en mesure de pouvoir urgemment décider et aviser les acteurs du contradictoire de la tenue et, le cas échéant, du délai imparti à la production d'observations écrites.

1170. La détermination de la durée de la phase écrite dès le déclenchement des procédures préjudicielles accélérée et d'urgence. Lorsque la chambre désignée décide de soumettre un renvoi à la procédure préjudicielle d'urgence, elle fixe dans le même temps le délai dans lequel les parties au litige principal, l'État membre dont est issue la juridiction de renvoi et les institutions européennes visées au paragraphe 1 de l'article 109 du règlement de procédure de la Cour²³²⁸ peuvent déposer leurs mémoires ou observations écrites²³²⁹. Ce délai peut donc être considéré comme assez bref puisque la décision de la chambre de l'urgence relative au déclenchement de la PPU intervient en moyenne deux semaines après réception d'un renvoi préjudiciel. La Cour a pu même faire preuve de plus célérité encore, en déterminant cette durée seulement quatre jours après que le renvoi préjudiciel lui soit parvenu²³³⁰.

1171. La détermination de la durée de la phase écrite dès réception des QPC et demandes d'avis contentieux par les juridictions du Palais Royal. Au titre de l'article 1^{er} du règlement intérieur sur la procédure suivie par le Conseil constitutionnel pour les QPC, le secrétariat général du juge constitutionnel notifie aux parties (alinéa 1) et aux autorités étatiques (alinéa 2) qu'il est saisi d'une QPC dès la réception de la décision de renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation. Il est ajouté au troisième alinéa de ce même article que cet avis mentionne le délai dans lequel des observations écrites peuvent être produites²³³¹.

Dès réception d'une demande d'avis contentieux, le Président de la section du contentieux du Conseil d'État peut, au titre de l'article R. 113-2 alinéa 2 du CJA, réduire le délai d'un mois ordinairement imparti à la phase écrite du contradictoire.

1172. Le filtrage des demandes d'avis consultatifs par le collège de cinq juges de la

²³²⁸ Il s'agit de la Commission européenne et de l'institution qui a adopté l'acte dont la validité ou l'interprétation est contestée.

²³²⁹ Article 109 paragraphe 2 du RP CJUE : « La décision de soumettre ou de ne pas soumettre le renvoi préjudiciel à la procédure d'urgence est immédiatement signifiée à la juridiction de renvoi ainsi qu'aux parties, à l'État membre et aux institutions visées au paragraphe précédent. *La décision de soumettre le renvoi à la procédure d'urgence fixe le délai dans lequel ces derniers peuvent déposer des mémoires ou observations écrites* ». Nous soulignons.

²³³⁰ CJCE, 11 juillet 2008, *Inga Rinau*, C-195/08 PPU.

²³³¹ Article 1 alinéa 3 du RP QPC : « Cet avis mentionne la date avant laquelle les parties ou les autorités précitées peuvent présenter des observations écrites et, le cas échéant, produire des pièces au soutien de celles-ci ».

Grande chambre de la Cour, obstacle à la détermination rapide d'un délai pour la production des observations écrites. La détermination du délai imparti à la production d'observations écrites pour la procédure prévue par le protocole n° 16 à la Conv. EDH n'intervient pas dès réception d'une demande d'avis consultatif par la Cour EDH. Le renvoi d'une telle demande par une Haute juridiction interne nécessite d'être filtré par un collège de cinq juges de la Grande chambre de la Cour pour l'examen de sa recevabilité. La décision du Président de la Grande chambre de la Cour est donc retardée au prorata de la durée de cette phase. Celle-ci peut d'ailleurs être réputée comme relativement longue puisqu'elle s'est tout de même étalée sur 52 jours pour le premier avis et 30 jours pour le second. Le filtrage des demandes d'avis consultatifs par le collège de cinq juges de la Grande chambre de la Cour peut donc être considéré comme un obstacle à la détermination rapide d'un délai pour la production des observations écrites relatives à des demandes d'avis consultatifs urgentes.

1173. En complément de l'omission ou de la limitation de la durée de la phase écrite, le juge des lois pourrait, dans une optique évidente de gain de temps, limiter le contenu et la forme de la production des observations écrites au regard de l'urgence de la situation qui lui est soumise. En réalité, l'échange contradictoire demeure globalement préservé de restrictions relatives au contenu des observations écrites ainsi qu'à leurs règles de présentation formelle.

2) Un échange contradictoire écrit globalement préservé dans ses formes et sa substance

1174. De fait, la limitation des délais impartis aux acteurs du contradictoire pour la production d'observations écrites est un facteur permettant de réduire leur nombre et leur contenu. Mais, en plus de cette considération pratique, pour faire face aux contraintes de l'urgence, les procédures de traitement des renvois pourraient prévoir une série de limitations d'ordres formel et substantiel à la production d'observations écrites par les acteurs du contradictoire. L'urgence pourrait par exemple tout à fait justifier que le volume, la langue ou encore le contenu de ces productions écrites puissent être limités dans le cadre des procédures de traitement des renvois préalables par les juridictions *ad quem*. Pourtant, même dans les situations d'urgence, à part quelques exceptions prévues par les procédures préjudicielles d'urgence et accélérée (b), les procédures de traitement des renvois ne permettent aucunement au juge des lois de contraindre les parties et tiers intervenants à de telles restrictions (a).

a) L'absence de limitations d'ordres formel et substantiel à la production d'observations écrites dans les procédures de traitement des renvois

1175. Les exigences d'un échange contradictoire effectif excluent toute possibilité du juge des lois de contraindre dans les situations d'urgence les modalités formelles ordinaires de présentation des observations écrites ainsi que le contenu de celles-ci.

1176. L'absence de limitations à la production de répliques et de dupliques. Aucune des procédures ordinaires, accélérée ou d'urgence ne prévoit qu'une partie ne puisse répondre à une autre durant la phase écrite de traitement d'un renvoi. L'« échange » contradictoire demeure donc toujours préservé. Seul le cas de la procédure de renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'UE mérite explication puisqu'il peut y avoir confusion sur la possibilité de limiter dans les situations d'urgence la production de répliques et de dupliques.

1177. L'article 20 alinéa 2 du statut de la Cour de justice de l'UE prévoit que la procédure écrite « comprend la communication aux parties, ainsi qu'aux institutions de l'Union dont les décisions sont en cause, des requêtes, mémoires, défenses et observations et, éventuellement, des répliques, ainsi que de toutes pièces et documents à l'appui ou de leurs copies certifiées conformes ». Or, l'alinéa premier de l'article 134 du règlement de procédure de la Cour prévoit, dans le cadre de la procédure accélérée, qu'il peut être passé outre la succession d'échanges de mémoires en réplique puis en duplique²³³². Il y a lieu, à ce propos, de ne pas confondre la procédure accélérée applicable aux recours directs avec celle qui peut être enclenchée pour un renvoi préjudiciel. En l'espèce, la disposition citée vise la première procédure. Sans que l'on en saisisse bien la raison, il n'existe donc aucune disposition similaire permettant à la Cour de justice de limiter la possibilité pour les parties de produire des répliques, voire des dupliques, dans le cadre de l'application des procédures préjudicielles accélérée ou d'urgence.

1178. Enfin, s'il existe une règle limitant le contenu des observations écrites produites en réponse, au titre de l'article 1^{er} du règlement intérieur sur la procédure suivie pour le traitement

²³³² Article 134 du RP CJUE : « la requête et le mémoire en défense ne peuvent être complétés par une réplique et une duplique que si le président le juge nécessaire, le juge rapporteur et l'avocat général entendus ».

des QPC, l'application de celle-ci ne dépend pas du caractère plus ou moins urgent d'une QPC renvoyée au Conseil constitutionnel. Elle prévoit, dans toutes les situations, que les « secondes observations ne peuvent avoir d'autre objet que de répondre aux premières ». Cette disposition n'en demeure pas moins justifiée par des considérations évidentes de gain de temps²³³³.

1179. L'absence de limitation des écrits à la langue de la procédure. L'instruction par le juge des observations écrites produites par les parties et les tiers intervenants est assurément une phase longue. Elle l'est d'autant plus lorsque ces observations doivent être traduites dans la langue de travail des cours européennes. Les deux systèmes européens sont en effet confrontés à des problèmes linguistiques qui leur sont inhérents. Mais, malgré la lourde tâche de traduction des échanges contradictoires et des décisions du juge, il faut mesurer l'importante nécessité pour les justiciables et les juges d'évoluer, durant la phase contradictoire puis lors de la notification ou du rendu public d'une décision, dans une langue qu'ils comprennent. Or, dans les situations d'urgence, il n'est aucunement prévu que la participation au contradictoire soit limitée à la langue de procédure des cours de Strasbourg et de Luxembourg lorsque sont mises en œuvre la PPU ou les procédures accélérées prévues à l'article 41 du règlement de la Cour EDH et à l'article 105 du règlement de procédure de la Cour de justice de l'UE.

1180. Deux dispositifs viennent essentiellement contrecarrer l'absence de limitation des écrits à la langue de la procédure. Tout d'abord, le travail de traduction par les services internes des cours européennes intègre la prise en compte de l'urgence puisqu'il est fait de manière absolument prioritaire pour les affaires soumises aux procédures d'urgence et accélérées. Par ailleurs, ces contraintes de traduction sont, de fait, drastiquement limitées dans le cadre de la PPU puisque la participation des États membres tiers à la juridiction de renvoi est exclue de la phase écrite du contradictoire. Ce lourd et long travail de traduction évité permet un « gain de temps considérable »²³³⁴ pour le traitement des affaires soumises à la PPU.

1181. La transparence préservée de la participation de l'avocat général près la Cour de justice de l'UE. Dans le cadre de l'échange contradictoire, la « transparence du procès » peut être affectée par l'urgence concernant spécifiquement les interventions de l'avocat général

²³³³ M. KAMAL, *Le Conseil constitutionnel et le temps*, Thèse dact., Université de Montpellier, 2018, p. 333-334.

²³³⁴ S. VAN DER JEUGHT et I. KOLOWCA, « La nouvelle procédure préjudicielle d'urgence devant la Cour de justice des Communautés européennes », *JDE*, 2008, n° 150, p. 176.

près la Cour de justice de l'UE à l'occasion de l'application des procédures préjudicielles d'urgence et accélérée. Lorsque la procédure préjudicielle d'urgence est enclenchée, l'avocat général ne présente pas, dans le sens classique où l'on peut l'entendre, de « conclusions ». En effet, pour des questions de célérité de la procédure et non pas de simplicité des affaires urgentes, la Cour statue « l'avocat général entendu ». C'est pour cette raison qu'il est fait mention, dans le visa des arrêts « PPU » de la Cour, d'une formule faisant référence à la « prise de position » de l'avocat général et non à ses « conclusions ». Concrètement, l'avocat général « prend position »²³³⁵. Cette « prise de position » s'apparente en réalité à de « brèves conclusions »²³³⁶. Celles-ci sont exposées oralement ou dans un document écrit à usage interne qui ne fait l'objet d'aucune traduction ou publication obligatoire. L'avocat général ne prend pas la parole au cours de l'audience publique ; il est entendu par les juges en chambre du conseil. Il n'a pas à présenter de « conclusions » formelles.

Cette règle impliquait donc l'absence de publication des prises de position des avocats généraux. Or, la transparence des interventions de l'avocat général est expressément prévue par le droit primaire de l'UE puisque l'article 252 alinéa 2 du TFUE prévoit que l'avocat général prononce « publiquement » ses conclusions. C'est pourquoi, pour une meilleure compréhension de ses arrêts, la Cour peut tout de même publier les prises de position des avocats généraux sauf si la chambre de l'urgence s'y oppose. Finalement, à l'exception d'une seule affaire²³³⁷, la Cour publie toujours les prises de position de l'avocat général.

1182. En définitive, ces quelques exemples montrent que les procédures ordinaires, accélérées et d'urgence de traitement des renvois préservent dans les situations d'urgence les modalités formelles classiques de participation aux échanges contradictoires. De manière différente, les procédures préjudicielles d'urgence et accélérée permettent à la Cour de justice de l'UE de contrôler dans une certaine proportion le contenu et la forme des écrits qui peuvent lui être transmis par les parties.

b) La limitation possible du contenu et du volume des écrits dans le cadre des procédures préjudicielles d'urgence et accélérée

²³³⁵ Article 104 *ter* § 5 du règlement de procédure de la Cour de justice.

²³³⁶ L. CLEMENT-WILZ, « La procédure préjudicielle d'urgence : nouveau théâtre du procès européen ? », *CDE*, 2012, n° 1, p. 152.

²³³⁷ CJCE, 12 juillet 2001, *Jippes e. a.*, C-189/01. Aucun motif n'a été avancé par la Cour au soutien de cette décision de ne pas publier les conclusions de l'avocat général.

1183. De fait, la limitation des délais impartis à la production des mémoires écrits est assurément source de réduction quantitative de leur contenu. Si, en raison de l'urgence, cela pouvait s'avérer insuffisamment efficace pour gagner du temps, la chambre chargée de la procédure préjudicielle d'urgence a, en plus, le pouvoir de limiter le volume et le contenu des observations à certains points de droit.

1184. La limitation du contenu des observations à certains points de droit. Dans les situations d'urgence, la Cour de justice de l'UE peut véritablement maîtriser la substance des échanges contradictoires. En effet, le Président de la Cour, dans l'hypothèse de la PPA, et la chambre désignée pour le traitement des renvois selon la PPU, peuvent agir sur le contenu et donc sur la longueur souhaitée des interventions écrites, en exigeant que les observations et mémoires se cantonnent « aux points de droit essentiels soulevés par la question préjudicielle »²³³⁸. Il est également prévu que la Cour puisse solliciter, des tiers intervenants et des parties, d'apporter des réponses à des questions spécifiques et ponctuelles. Cette limitation du contenu est assurément gage de gains de temps de procédure. De surcroît, elle apparaît conforme à la fonction principalement assignée aux parties dans le procès des lois devant les juridictions *ad quem* des mécanismes de renvoi : celle d'informer le juge.

1185. L'exigence d'efficacité de la phase écrite du contradictoire apparaît donc manifestement prégnante à l'occasion du traitement des renvois préjudiciels les plus urgents. En outre, la délimitation du contenu substantiel des observations écrites peut être complétée par la possibilité pour la Chambre de l'urgence de limiter le volume maximal des écrits.

1186. La limitation du volume maximal des écrits. De fait, la limitation du contenu des observations à certains points de droit est un facteur de diminution du volume des observations écrites. Si cette considération empirique peut ne pas se vérifier systématiquement, il est loisible à la Cour de justice de l'UE de restreindre, au titre de l'urgence, la longueur maximale des observations écrites attendues.

²³³⁸ Article 105 § 3 (pour la PPA) et article 109 § 2 (pour la PPU) du RP CJUE : « La décision [de soumettre un renvoi à la PPU] peut préciser les points de droit sur lesquels ces mémoires ou observations écrites doivent porter ». Dans l'affaire *Rinau*, la Cour a par exemple limité les observations écrites pouvant être déposées à deux points de droit importants pour la résolution de l'affaire : CJCE, 11 juillet 2008, *Inga Rinau*, C-195/08 PPU.

La Cour de justice de l'UE a émis, en vertu de l'article 58 du règlement de procédure²³³⁹, des instructions pratiques à l'attention des parties relatives à la longueur maximale des observations écrites pouvant être produites pour un renvoi préjudiciel²³⁴⁰. Aux termes de ce document public, celles-ci ne sauraient excéder vingt pages²³⁴¹. Toutefois, en raison de l'urgence des affaires soumises à la PPU, la chambre traitant de cette procédure peut notifier aux parties une longueur maximale des écrits inférieure à celle ordinairement attendue²³⁴².

1187. Le choix préférentiel du recours aux échanges par voie électronique. La célérité de la phase écrite du contradictoire réside évidemment dans le recours aux échanges instantanés par voie électronique. La généralisation²³⁴³ et la sécurisation des systèmes d'envoi des pièces par voie électronique est, spécialement dans les situations d'urgence, parfaitement souhaitable. Ces questions appellent cependant des développements qui sont plus de l'ordre de la technique informatique que du droit.

1188. Dans les situations d'urgence, le caractère écrit des échanges contradictoires demeure donc privilégié. Les quelques restrictions qu'ils supportent concernent essentiellement la variable temporelle. Quant à la phase orale qui succède à la production des observations écrites, celle-ci clôt l'instruction. Surtout, elle apparaît clairement comme un moyen efficace d'adaptation de la mise en œuvre du principe du contradictoire à l'urgence. Elle est par conséquent valorisée.

B) Un échange contradictoire oral valorisé

1189. Puisque l'écrit est une modalité privilégiée pour les échanges contradictoires devant les juridictions *ad quem* des procédures de renvoi préalable, la tenue d'une audience n'est pas

²³³⁹ Article 58 du RP CJUE : « Sans préjudice de dispositions particulières prévues par le présent règlement, la Cour peut, par décision, fixer la longueur maximale des mémoires ou observations déposés devant elle. Cette décision est publiée au Journal officiel de l'Union européenne ».

²³⁴⁰ CJUE, *Instructions pratiques aux parties, relatives aux affaires portées devant la Cour*, 14 février 2020, JOUE L 42 I/1, pt. 12.

²³⁴¹ *Ibid* : « les observations écrites déposées dans une affaire préjudicielle ne devraient pas excéder 20 pages ».

²³⁴² Article 109 § 2 du RP CJUE : « La décision [de soumettre un renvoi à la PPU] peut [...] fixer la longueur maximale de ces écrits ». Voir également : CJUE, *Instructions pratiques aux parties, relatives aux affaires portées devant la Cour*, 14 février 2020, JOUE L 42 I/1, pt. 12.

²³⁴³ Par exemple, l'article 3 du règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour le traitement des QPC prévoit, qu'au cours de l'instruction, tous les échanges (observations, interventions, convocations...) entre le Conseil constitutionnel et les acteurs du contradictoire doivent, en principe, être notifiés et transmis par voie électronique.

une règle de principe communément partagée. En effet, alors qu'il en est systématiquement organisé une devant les deux juridictions du Palais Royal pour l'examen des QPC²³⁴⁴ et des demandes d'avis contentieux²³⁴⁵, l'audience est en revanche facultative devant les cours européennes²³⁴⁶ saisies d'un renvoi préjudiciel ou d'une demande d'avis consultatif.

Mais aussi, à la différence de la phase écrite du contradictoire, aucune procédure d'examen des renvois ne prévoit expressément que la tenue d'une audience puisse être limitée dans ses modalités ou totalement omise au titre de l'urgence. Au contraire, en tant que procédé charnière de conciliation entre l'urgence et le respect du principe du contradictoire, la phase orale des échanges est non seulement préservée mais elle est aussi valorisée. En effet, l'audience permet assurément de concilier l'urgence et l'exigence d'un procès des lois contradictoire en permettant au juge de parachever l'instruction de l'affaire (1). Par ailleurs, en dépit de la nature essentiellement objective et abstraite du contentieux des lois traité sur renvoi préalable²³⁴⁷, par la force des choses, l'audience est un facteur potentiel de subjectivisation de l'office du juge des lois (2).

1) L'oralité permet de parachever l'instruction contradictoire des affaires urgentes

1190. Puisque dans les situations d'urgence, la participation de certains acteurs du contradictoire est limitée, voire proscrite, au stade de la phase écrite de l'instruction, les échanges oraux au cours de l'audience permettent de compenser la brièveté ou l'absence d'échanges écrits (a). C'est pourquoi, l'urgence, contrairement à ses effets inhibiteurs durant la phase écrite, sanctuarise la tenue d'une audience lorsqu'elle est ordinairement facultative (b).

a) L'oralité, élément compensatoire de la brièveté ou de l'absence d'échanges écrits

²³⁴⁴ Au titre de l'article 23-10 de l'ordonnance portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, en plus de l'échange des mémoires durant la phase d'instruction d'une QPC, le contradictoire s'exerce aussi, sous réserve de cas exceptionnels, à travers la tenue d'une audience publique.

²³⁴⁵ Aucune disposition ne régit spécifiquement la tenue d'une audience dans le cadre de la procédure de l'article L. 113-1 du CJA. Les avis contentieux rendus par le Conseil d'État mentionnent en revanche systématiquement qu'ont été entendues « en séance publique », les observations et conclusions des acteurs du contradictoire.

²³⁴⁶ Voir *infra*.

²³⁴⁷ Voir *supra* : Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, Paragraphe 2.

1191. Le recours à des échanges oraux permet de conduire une instruction plus étendue dans le temps. En effet, la prise de parole des parties et des tiers²³⁴⁸ à l'audience permet au juge de parachever l'instruction de l'affaire et d'éclairer certaines questions soulevées par le litige. C'est pourquoi, l'oralité est un facteur favorisant assurément la célérité de la procédure et le respect du principe du contradictoire²³⁴⁹. Cela s'explique essentiellement, dans le cadre des procédures d'examen des renvois, parce qu'elle permet de justifier la limitation, voire l'omission, de la phase dédiée aux échanges écrits, tout en respectant le principe du contradictoire. Dans les situations d'urgence, la phase écrite du contradictoire peut en effet être sérieusement amputée²³⁵⁰. Elle peut l'être au regard de la limitation des acteurs autorisés à y participer, de ses modalités d'exécution temporelles ou formelles ou encore, de manière marginale, des limitations relatives à la substance des observations pouvant être produites. Cette phase peut enfin être totalement omise et donc être réduite à néant. C'est pourquoi, dans ces situations, l'échange contradictoire oral est valorisé en ce qu'il permet de donner corps au principe du contradictoire en compensant les limitations évoquées ci-dessus. Les tiers et les parties jouent donc pleinement leur rôle d'information du juge par l'apport d'éléments complémentaires lors de leurs interventions orales en audience ou bien avant celle-ci à l'occasion de la tenue d'éventuelles auditions²³⁵¹.

Il est clair que cette modalité du débat est un élément indispensable à la réussite des procédures d'urgence. Par exemple, dans le cadre de la procédure de référé-liberté - procédure d'urgence par excellence -, les débats oraux lors de l'audience permettent assurément « de satisfaire aux exigences du contradictoire »²³⁵² ainsi qu'à l'extrême célérité de jugement requise par cette procédure.

Concernant les procédures d'examen des renvois préalables, la phase orale du contradictoire apparaît comme un élément compensatoire de l'absence de participation des tiers intéressés durant la phase écrite de la PPU et de la brièveté de la phase écrite de l'instruction des QPC. Dans l'optique que cette audience rende le principe contradictoire le plus effectif possible, la date de celle-ci peut être très rapidement fixée afin de permettre aux éventuels intervenants de

²³⁴⁸ Dans la procédure de QPC, la participation des tiers à l'audience est exclue, voir *supra*.

²³⁴⁹ L. MINIATO, *Le principe du contradictoire en droit processuel*, LGDJ, 2008, pp. 245-250 ; G. GONDOUIN, « L'oralité dans la procédure de référé », *RFDA*, 2007, n° 1, p. 68.

²³⁵⁰ Voir *supra*.

²³⁵¹ Au titre de l'article 6 alinéa 1 du règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel : « Lorsque, pour les besoins de l'instruction, le Conseil décide de recourir à une audition, les parties et les autorités mentionnées à l'article 1^{er} sont invitées à y assister ».

²³⁵² H. RUIZ FABRI et J.-M. SOREL (dir.), *Le contentieux de l'urgence et l'urgence dans le contentieux devant les juridictions internationales : regards croisés*, A. Pedone, 2003, p. 183.

préparer au mieux leurs plaidoiries.

1192. L'oralité, élément compensatoire de l'absence de participation des tiers intéressés durant la phase écrite de la PPU. Puisque de nombreuses affaires traitées par la PPU impliquent deux ou plusieurs États, la seule autorisation de participation à la phase écrite accordée à l'État dont relève la juridiction demanderesse, et donc l'exclusion des autres États membres de l'UE, a légitimement pu être considérée comme constituant un « sérieux handicap »²³⁵³ pour ces derniers. En soi, la critique est tout à fait recevable. Elle ne doit toutefois pas faire fi du caractère compensatoire de la participation de ces États tiers lors de la phase orale et doit être nuancée par le gain de temps issu de cette limitation des autorisations à participer à l'échange d'observations écrites. La phase orale de la procédure permet en effet aux intervenants exclus de la procédure écrite²³⁵⁴ de faire valoir leurs arguments au cours de l'audience. C'est pour cette raison gouvernée par l'équité que les audiences sont « substantiellement »²³⁵⁵ plus longues dans le cadre de la procédure préjudicielle d'urgence que dans la procédure préjudicielle ordinaire puisqu'un temps plus long est accordé aux plaidoiries et qu'il y a généralement un nombre plus important de tiers participants.

1193. Dans une étude réalisée en 2012, la Cour de justice de l'UE salue une participation des États tiers durant la phase orale de la PPU trois fois plus importante par rapport à celle observable sur un échantillon représentatif de la procédure préjudicielle ordinaire²³⁵⁶. Sur les dix premiers arrêts rendus par la Cour au titre de la PPU, ce sont en effet en moyenne trois États tiers à celui dont relève la juridiction demanderesse qui sont intervenus à l'audience. Durant ces trois dernières années (2018, 2019 et 2020), ce sont respectivement en moyenne 3, 4,6 et 1,5 États tiers qui ont participé à l'audience. La connaissance du nombre moyen des États tiers participants à l'audience n'apporte cependant pas véritablement d'intérêt tant il est variable. La

²³⁵³ J. LOTARSKI et J. MOLINIER, *Droit du contentieux de l'Union européenne*, LGDJ, 2012, 4^e éd., p. 137.

²³⁵⁴ Pour la procédure accélérée applicable aux recours directs, l'article 134 alinéa 2 du RP CJUE prévoit que « L'intervenant ne peut présenter un mémoire en intervention que si le président le juge nécessaire, le juge rapporteur et l'avocat général entendus ».

²³⁵⁵ N. FENGER et M. BROBERG, *Le renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne*, Larcier, 2013, p. 515.

²³⁵⁶ « La participation à l'audience des États membres autres que l'État membre dont relève la juridiction de renvoi a été comparativement élevée, puisque ce sont en moyenne trois États membres qui sont venus présenter leurs observations à l'oral (voir tableau n° 4 en annexe), alors que sur un échantillon représentatif des audiences se tenant dans les procédures préjudicielles, en moyenne un seul État membre (en sus de celui dont relève la juridiction de renvoi) participe à l'audience » : CJUE, *Rapport sur la mise en œuvre de la procédure préjudicielle d'urgence*, Rapport remis au Conseil conformément à la déclaration en annexe à sa décision du 20 décembre 2007 (JO L 24 du 29 janvier 2008, p. 44), janvier 2012, p. 5.

pratique montre en effet que la mise en œuvre de cette possibilité reste changeante et qu'elle n'a pas inévitablement pour effet d'allonger outre mesure la durée de la PPU. Le nombre et le degré d'implication des États intéressés dépend en réalité de la sensibilité de la législation faisant l'objet du renvoi et coïncide clairement avec l'intérêt des États tiers à la solution à apporter à l'affaire. Il y a là une tendance manifestement différente entre les participations des États membres de l'UE aux affaires qui concernent le mécanisme du mandat d'arrêt européen et celles qui relèvent des autres domaines de l'ELSJ. Dans cette matière, la participation des États tiers à l'audience est systématiquement conséquente (4 à 7 États en moyenne) quand elle est environ de 0 à 3 États tiers dans les affaires qui relèvent des autres matières de l'ELSJ. En dehors de raisons d'opportunité ou du manque d'intérêt, la professeure Laure Clément-Wilz explique également cette faible participation par les « carences mêmes de la PPU, qui exige peut-être à l'excès une grande vigilance et réactivité de la part des États »²³⁵⁷ pour la préparation de leurs observations orales. Il convient toutefois de souligner que les États membres tiers à celui dont relève la juridiction demanderesse reçoivent tout de même communication du renvoi préjudiciel dès sa réception²³⁵⁸ ainsi que des observations produites au cours de la phase écrite, en vue de la préparation des échanges à l'audience.

1194. L'oralité, élément compensatoire de la brièveté de la phase écrite de l'instruction des QPC. Devant le Conseil constitutionnel, la durée de la phase écrite peut-être substantiellement réduite. Dans ce cas, l'audience peut tout à fait venir compenser la brièveté de la phase écrite de l'instruction des QPC. Si l'audience peut être sensiblement plus longue dans les affaires urgentes par rapport à celles traitées sans priorité particulière, il n'y a en revanche aucune véritable tendance quant à la durée plus ou moins longue des audiences²³⁵⁹.

1195. Tandis que l'échange de productions écrites avait drastiquement été contraint par la seule journée qui lui était impartie dans la QPC *Association En Marche !*, l'audience fut finalement assez brève puisqu'elle ne dura que 25 minutes. En revanche, le déroulement de l'audiencement de la QPC relative aux assignations à résidence prises dans le cadre de l'état

²³⁵⁷ L. CLÉMENT-WILZ, « La procédure préjudicielle d'urgence, nouveau théâtre du procès européen », *CDE*, 2012, n° 1, p. 145.

²³⁵⁸ Selon l'article 23 de son statut, toute saisine de la Cour de justice de l'UE d'un renvoi préjudiciel, indépendamment du type de procédure préjudicielle enclenchée, est « notifiée par les soins du greffier de la Cour (...) aux États membres ».

²³⁵⁹ La longueur des audiences dépend toujours du nombre des parties requérantes et de la longueur de leurs plaidoiries ainsi que de celle du représentant du Premier ministre.

d'urgence sécuritaire illustre l'adaptation des exigences du contradictoire à l'urgence. En effet, en contrepartie d'un contradictoire écrit également fortement abrégé, le Conseil constitutionnel a tenu, le 22 décembre 2015, une audience plus longue qu'à l'habitude dans l'affaire *Cédric D.*, soit en l'espèce une audience de près d'une heure et quart. Concernant d'autres QPC traitées dans un délai extraordinairement rapide, l'on peut mentionner le cas de celle relative aux parrainages des candidats à l'élection présidentielle pour laquelle l'audience a duré 47 minutes ainsi que celle relative au report du second tour des élections municipales de 2020 qui s'est étalée sur une durée d'une heure²³⁶⁰.

1196. La détermination immédiate d'une date d'audience devant le Conseil constitutionnel et la Cour de justice de l'UE. De la même manière que pour la phase écrite du contradictoire, il est dans les situations d'urgence particulièrement efficace que le juge des lois puisse fixer sans délai la date de l'audience. En ce sens, le pouvoir de fixer immédiatement une date d'audience, c'est-à-dire dès réception d'un renvoi urgent²³⁶¹, appartient généralement au président de la juridiction ou de la formation de jugement à laquelle l'affaire est confiée.

Le Président du Conseil constitutionnel est en pleine mesure de fixer une date d'audience dès réception d'une QPC urgente. Par exemple, pour la première QPC relative aux assignations à résidence sous le régime législatif de l'état d'urgence sécuritaire, il a fixé la date de l'audience le lendemain de saisine par le juge du référé-liberté du Conseil d'État.

Dans le cadre de la PPU, la Chambre de l'urgence est tenue d'informer les parties et l'ensemble des tiers intéressés de la date prévisible de l'audience « dès que possible »²³⁶².

Ces deux juridictions sont donc particulièrement sensibles à rendre les plus effectifs et utiles possibles les échanges oraux présentés lors de l'audience.

1197. Lorsqu'elle est ordinairement facultative, l'importance de l'audience dans les situations d'urgence est encore plus marquée par le fait que ces types de circonstances ont pour effet de sanctuariser la phase orale du contradictoire.

b) L'urgence, facteur de sanctuarisation de la tenue d'une

²³⁶⁰ CC, décision n° 2020-849 QPC, 17 juin 2020, *M. Daniel D. et autres [Modification du calendrier des élections municipales]*.

²³⁶¹ Pour faire face à l'urgence de certains pourvois en cassation, l'article 1012 alinéa 2 du CPC prévoit également cette possibilité pour le président de la formation à laquelle une affaire est distribuée de fixer une audience dès sa réception.

²³⁶² Article 104 *ter* § 2 du RP CJUE.

audience ordinairement facultative

1198. Le second stade des échanges contradictoires est, à l'instar de toute autre phase procédurale, chronophage. Quoique dans une optique évidente de gain de temps, celle-ci puisse être facultative devant les cours européennes, son omission n'apparaît jamais liée aux pressions de l'urgence mais plutôt à la tenue préalable et suffisante des échanges contradictoires écrits. Au contraire, puisque l'urgence a notamment pour effet de quasi systématiquement amputer la phase écrite du contradictoire, elle permet aussi d'assurer la tenue compensatoire quasi systématique d'une audience.

1199. La possibilité pour les cours européennes de ne pas organiser d'audience. L'article 20 alinéa 1 du statut de la Cour de justice de l'UE prévoit qu'une phase orale succède à la phase écrite de l'instruction²³⁶³. Celle-ci est toutefois facultative. En effet, pour réduire les délais de jugement, lorsque l'affaire le permet, elle peut être omise, y compris lorsque la PPU ou la PPA est enclenchée, sur le fondement de l'article 76 § 2 du règlement de procédure de la Cour « si aucune des parties ne présente une demande indiquant les motifs pour lesquels elle souhaite être entendue ».

La tenue d'une audience n'est pas non plus systématique pour le traitement d'une demande d'avis consultatif par la Cour EDH puisque c'est au Président de la Grande chambre qu'il revient d'apprécier l'utilité d'en tenir une²³⁶⁴.

Dans les deux cas, la possibilité d'omettre la phase orale est suffisamment inconditionnée pour que l'urgence puisse justifier que la tenue d'une audience soit refusée. Or, en pratique, l'absence d'audience est principalement liée à la tenue suffisante d'un échange écrit contradictoire préalable. Cela sous-entend qu'*a contrario*, les limitations apportées à la phase écrite au titre de l'urgence justifient le maintien quasi systématique d'une audience.

²³⁶³ L'article 20 alinéa 1 du statut CJUE : « La procédure devant la Cour de justice comporte deux phases : l'une écrite, l'autre orale ». L'alinéa 4 de cet article précise que la procédure orale « comprend l'audition par la Cour des agents, conseils et avocats et des conclusions de l'avocat général, ainsi que, s'il y a lieu, l'audition des témoins et experts ».

²³⁶⁴ Article 94 § 6 du RP CEDH : « le président de la Grande Chambre décide du point de savoir s'il y a lieu de tenir une audience ». L'article 3 du protocole n° 16 à la Conv. EDH stipule que « Le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe et la Haute Partie contractante dont relève la juridiction qui a procédé à la demande ont le droit de [...] prendre part aux audiences. Le Président de la Cour peut, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, inviter toute autre Haute Partie contractante ou personne à [...] prendre part aux audiences ».

1200. Le maintien d'une audience justifié par l'urgence. Les cours européennes ont théoriquement la possibilité de ne pas organiser d'audience avant de statuer sur un renvoi préjudiciel ou une demande d'avis consultatif. Or, si tel devait être le cas, les raisons au soutien de cette décision tiennent au caractère suffisant de l'information du juge pour statuer et non pas au regard de considérations liées à l'urgence de statuer. Il n'empêche, si dans les situations d'urgence, l'écrit permet une instruction suffisante de l'affaire, ces éléments combinés peuvent justifier l'omission de l'audience. En effet, au regard de la pratique, l'urgence n'a jamais été retenue comme justification principale à l'omission de cette phase de la procédure.

1201. De la même manière que pour la détermination de la durée de la phase écrite du contradictoire, la prévision d'une date d'audience n'intervient pas dès réception d'une demande d'avis consultatif par la Cour EDH²³⁶⁵. Le filtrage de ces demandes par le collège de cinq juges de la Grande chambre de la Cour constitue un véritable obstacle à cette diligence particulièrement nécessaire dans les situations d'urgence. La décision du Président de la Grande chambre d'organiser ou non une audience et, le cas échéant, d'en déterminer la date est donc retardée non seulement au prorata de la durée de cette phase préalable mais aussi de celle accordée pour les échanges écrits. C'est en effet au regard de l'information suffisante de la Grande chambre que son Président décide ou non de tenir une audience et, le cas échéant, d'en fixer la date.

Parce qu'il y a eu à chaque fois un échange écrit suffisamment long et instructif, la procédure suivie pour le traitement des deux premiers avis rendus par la Cour EDH a été amputée d'une audience sur initiative du Président de la Grande chambre. Il y a donc matière à penser que dans une situation d'urgence, l'abréviation nécessaire de la phase écrite de la procédure puisse justifier, à plus forte raison, l'organisation d'une audience.

1202. Quand bien même la tenue d'une audience devant la Cour de justice de l'UE n'est pas juridiquement obligatoire, y compris lorsque la PPU est enclenchée, il y a lieu de considérer, avec la professeure Laure Clément-Wilz, que celle-ci ne peut, à la différence de la phase écrite, être omise dans le cadre de cette procédure²³⁶⁶. En effet, l'impérieuse nécessité de permettre aux différents États membres de l'UE écartés de la phase écrite d'intervenir sur les questions éminemment sensibles soulevées dans le cadre des PPU, justifie la tenue systématique d'une

²³⁶⁵ Voir *supra* : Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, Paragraphe 1.

²³⁶⁶ L. CLEMENT-WILZ, « La procédure préjudicielle d'urgence : nouveau théâtre du procès européen ? », *CDE*, 2012, n° 1, p. 144.

audience. C'est pourquoi, tous les arrêts rendus au titre de la PPU l'ont été après qu'une audience de plaidoiries a eu lieu. Il en résulte que l'audience est sensiblement « revalorisée »²³⁶⁷ dans le cadre de la PPU notamment par rapport à la tendance de plus en plus marquée de la Cour de s'affranchir de cette étape procédurale pour le traitement des renvois préjudiciels selon la procédure ordinaire²³⁶⁸.

2) L'oralité comme potentiel facteur de subjectivisation de l'office du juge des lois

1203. L'oralité des échanges permet de garantir le respect du principe du contradictoire. Elle le rend peut-être même plus substantiel encore que la production et l'échange de mémoires écrits en ce qu'elle favorise l'installation d'un dialogue rapproché et d'un véritable débat entre les parties et avec le juge. C'est en ce sens que, dans les situations d'urgence, des considérations théoriques soutiennent que l'oralité des échanges contradictoires est un facteur de subjectivisation de l'office du juge des lois (a). Au regard de considérations empiriques, cette position doit toutefois être relativisée (b).

a) Une subjectivisation théorique de l'office du juge des lois par l'oralité des échanges

1204. Au vu de ses nombreuses vertus, l'apport de la phase orale dans le déroulé de la procédure de traitement d'un renvoi est d'une importance capitale. C'est par exemple ainsi que les prescriptions de l'article R. 522-8 alinéa 1 du CJA prévoyant que, devant le juge administratif des référés d'urgence, « l'instruction [des requêtes en référé d'urgence] est close à l'issue de l'audience », font de cette dernière étape du procès « un moment décisif pour préciser les éléments du litige, discerner les questions délicates, esquisser

²³⁶⁷ L. CLEMENT-WILZ, « La procédure préjudicielle d'urgence : nouveau théâtre du procès européen ? », *op. cit.*, p. 142 et s.

²³⁶⁸ *Ibid.* Depuis la modification du règlement de procédure en 2012, la tenue d'une audience est doublement conditionnée. Tout d'abord, au titre de l'alinéa 1 de l'article 76 du RP CJUE : « Les éventuelles demandes motivées d'audience de plaidoiries sont présentées dans un délai de trois semaines à compter de la signification aux parties ou aux intéressés visés à l'article 23 du statut de la clôture de la phase écrite de la procédure. [...] ». Ensuite, en vertu de l'alinéa suivant de l'article précité, « Sur proposition du juge rapporteur, l'avocat général entendu, la Cour peut décider de ne pas tenir d'audience de plaidoiries si elle estime, à la lecture des mémoires ou observations déposés au cours de la phase écrite de la procédure, être suffisamment informée pour statuer ».

des solutions »²³⁶⁹. Dans les situations contentieuses urgentes, l'oralité est donc d'une particulière utilité pour lever d'éventuelles difficultés ou incompréhensions persistantes, notamment en ce qui concerne la situation concrète des parties à l'instance principale.

Par l'intermédiaire du dialogue sous sa forme la plus directe, à savoir l'échange oral à l'occasion d'une audience, l'oralité est assurément un facteur de « proximité »²³⁷⁰ et de « rencontre »²³⁷¹ entre le juge des lois, les parties à l'instance principale et la partie défenderesse. C'est pourquoi, dans de nombreuses procédures d'urgence, l'oralité est placée au centre du travail juridictionnel. L'audience est par exemple devenue un moment essentiel et déterminant dans le cadre des référés administratifs d'urgence et du contentieux de la reconduite à la frontière de ressortissants étrangers. Par la proximité qu'elle permet, le juge s'imprègne d'autant plus de la position dans laquelle se trouve le justiciable et lui permet en conséquence de mesurer l'ardente nécessité d'une intervention utile et urgente de sa part. L'oralité permet en effet au juge de saisir plus directement les enjeux humains du litige qui lui est présenté²³⁷². C'est en cela que ce rapprochement entre les parties à l'instance principale et le juge lors d'une audience est un vecteur potentiel de subjectivisation et de concrétisation du contrôle des lois.

1205. Parfois, comme c'est le cas dans le cadre du jugement des QPC, le Conseil constitutionnel n'a aucune connaissance des faits de l'espèce et de la situation concrète dans laquelle se trouve le justiciable partie à l'instance principale. Cette modalité d'échange avec le juge est éventuellement, pour les intervenants à l'audience, le moment de l'exposition des faits relatifs à la situation concrète du justiciable. Mais, si en théorie ces éléments factuels n'ont pas à interférer dans l'opération de contrôle des lois, nul doute que ces rappels ont « nécessairement un impact psychologique »²³⁷³ sur les juges.

Un exposé empirique de ces considérations théoriques permet toutefois de les nuancer.

b) Une subjectivisation de l'office du juge des lois par l'oralité

²³⁶⁹ B. STIRN, « Juge des référés, un nouveau métier pour le juge administratif », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle. Juger l'administration, administrer la justice*, Dalloz, 2007, p. 799.

²³⁷⁰ C. LECLERC, *Le renouvellement de l'office du juge administratif français*, L'Harmattan, 2015, p. 102 ; Voir également : G. GONDOUIN, « L'oralité dans la procédure de référé », *RFDA*, 2007, n° 1, p. 68

²³⁷¹ C. LECLERC, *Le renouvellement de l'office du juge administratif français, op. cit.*, p. 103.

²³⁷² C'est spécialement dans le cas des personnes en situation de vulnérabilité que le droit d'être entendu lors d'une audience de plaidoirie est le plus important. Cette parole donnée aux victimes d'atteintes graves aux droits fondamentaux et entendue par les juges et l'autorité éditrice de l'acte contesté est d'une « utilité sociale et psychologique » dont l'importance ne devrait pas être négligée : S. AMRANI-MEKKI, « Le principe de célérité », *RFAP*, 2008/1, n° 125, p. 52.

²³⁷³ M. FATIN-ROUGE STEFANINI, « La singularité du contrôle exercé *a posteriori* par le Conseil constitutionnel : la part de concret et la part d'abstrait », *NCCC*, 2013, n° 38, p. 213.

des échanges empiriquement relativisée

1206. Il est seulement possible de connaître, à différents degrés, la teneur des échanges oraux suivis au cours des audiences tenues devant le Conseil constitutionnel et la Cour de justice de l'UE. En effet, les audiences qui ont lieu dans l'aile Montpensier du Palais Royal sont entièrement filmées et accessibles sur le site internet du Conseil constitutionnel. Dans une moindre mesure, l'on peut parfois connaître certains éléments portés au débat lors des audiences qui se sont déroulées devant la juridiction du plateau de Kirchberg, à travers la lecture des conclusions produites par les avocats généraux près la Cour de justice de l'UE.

Cependant, l'apport des faits relatifs à la situation concrète du justiciable durant les audiences tenues devant ces deux juridictions, dans la subjectivisation de l'office du juge des lois, est difficile à démontrer. Dans aucun cas, il n'est possible d'établir un lien entre l'exposé durant l'audience de la situation concrète d'une partie à l'instance principale et son éventuelle prise en compte dans la décision du juge *ad quem*. À la différence d'une pratique récurrente de motivation des ordonnances par le juge du référé-liberté, aucune référence n'est faite, dans le corps des décisions du juge des lois, quant à la teneur des échanges poursuivis et éléments produits lors de l'audience.

1207. Il est toutefois possible de démontrer l'apport potentiel des audiences dans la prise en compte des faits par la Cour de justice de l'UE à travers l'exemple de la prise de position de l'Avocate générale Eleanor Sharpston sous l'arrêt *Adil* :

« Lors de l'audience, le cadre factuel en ce qui concerne la rétention administrative de M. Adil, et notamment sa cause, est devenu plus complet et, partant, plus clair. Il ressort des observations du gouvernement néerlandais que M. Adil a été placé en rétention dans le contexte de sa présentation d'une demande d'asile et en raison du risque éventuel qu'il chercherait à se soustraire aux contrôles des autorités durant le traitement de sa demande s'il n'était pas placé en rétention administrative »²³⁷⁴.

L'examen des motifs de l'arrêt rendu dans cette affaire ne dévoile cependant aucune trace explicite de prise en compte accrue de la situation concrète de la personne détenue dans le cadre de l'instance principale.

Outre l'exposé de cet exemple, un autre élément permet de nuancer l'apport escompté des plaidoiries dans la concrétisation du contrôle de la Cour de justice de l'UE. La Cour ne retient

²³⁷⁴ E. SHARPSTON, Concl. présentées le 9 juillet 2012 sous CJUE, 19 juillet 2012, *Atiqullah Adil*, C-278/12 PPU, pt. 30.

pas les faits dont elle a pris connaissance durant le déroulé de la procédure et notamment au cours de l'audience si ceux-là ont pour effet de modifier la substance des questions posées²³⁷⁵. La présentation à l'audience de la situation concrète d'une partie à l'instance principale atteinte dans ses droits fondamentaux qu'elle tire du droit de l'UE peut donc potentiellement s'avérer d'une utilité nulle.

1208. Dans le cadre des audiences tenues devant le Conseil constitutionnel, les avocats des justiciables savent se saisir de ce moment pour exposer aux Sages la situation concrète dans laquelle se trouvent leurs clients²³⁷⁶. Par exemple, à l'occasion de l'audience organisée pour la QPC portant sur une disposition de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 relative à la prolongation de la durée des détentions provisoires dans un contexte d'urgence sanitaire, l'avocat de la partie requérante a, pendant l'audience, tenu informés les membres du Conseil constitutionnel de la situation concrète de privation de liberté « arbitraire »²³⁷⁷ dans laquelle se trouvait son client. Durant une autre audience également relative au régime de la détention provisoire, le défenseur d'un justiciable détaillait de manière exhaustive « la réalité concrète » des conditions de détention de son client, en décrivant notamment la surface de sa cellule ou encore l'aménagement et l'état sanitaire de celle-ci²³⁷⁸. Il ne ressort toutefois, dans aucune de ces espèces, de prise en compte explicite, dans les motifs des décisions QPC rendues, de la situation concrète des justiciables concernés par les mesures de détention provisoire prises au titre des dispositions législatives attaquées.

1209. Le contradictoire n'est pas la seule composante du droit à un procès équitable à potentiellement pouvoir être affecté par l'urgence. Si elle l'est dans une bien moindre mesure, la motivation des décisions du juge des lois y est aussi sensible.

²³⁷⁵ CJCE, 20 mars 1997, *Phytheron International SA / Jean Bourdon SA.*, C-352/95, pts. 11 à 14. La Cour ne peut répondre aux questions posées « que dans le cadre factuel qui ressort du jugement de renvoi » (pt. 11) car « si la Cour se fondait sur le cadre factuel qui a été mentionné au cours de la procédure devant elle, la substance même du problème soulevé par les questions préjudicielles serait modifiée » (pt. 12).

²³⁷⁶ C'est en ce sens que la juge Nicole Maestracci dresse le constat selon lequel « audience après audience, la vie concrète s'invite progressivement dans le débat constitutionnel ». La membre du Conseil constitutionnel ajoute que « les conséquences concrètes de la disposition [législative attaquée] occupent l'essentiel des plaidoiries » : N. MAESTRACCI, « Entretien », in CC, *Rapport d'activité 2020, 2021*, p. 22.

²³⁷⁷ Audience du 25 juin 2020 portant sur la QPC n° 2020-851/852 QPC (à partir de 1h et 1 minute de la vidéo de l'audience).

²³⁷⁸ Audience du 22 septembre 2020 portant sur la QPC n° 2020-858/859 QPC, plaidoirie de Maître Maxime Gouache (minutes 54 et suivantes de la vidéo l'audience).

SECTION 2 : La motivation des décisions du juge des lois

1210. La motivation est la déclinaison des éléments pris en compte au soutien d'une décision juridictionnelle ou administrative. Parce que sa mise en œuvre est contingente, l'exigence de motivation des décisions de justice n'est pas une donnée qui peut être prédéterminée en termes quantitatifs. Elle dépend des particularités de chaque espèce, des contraintes qui pèsent sur le juge et de la fonction juridictionnelle qu'il remplit. C'est pourquoi, il est plus aisé de focaliser l'étude sur l'absence ou la présence de motivations des décisions urgentes du juge des lois et, le cas échéant, de les comparer avec des décisions rendues sur des affaires non urgentes.

1211. Lorsqu'il est saisi d'un renvoi urgent sur une question portant sur le rapport de conformité d'une loi aux droits fondamentaux, le juge *ad quem* doit statuer successivement sur deux objets différents. La dualité des objets sur lesquels il peut être appelé à se prononcer invite à distinguer l'étude de la motivation de la décision sur l'urgence à juger (I) de celle portant sur l'opération de contrôle des lois prise dans l'urgence (II).

I) La motivation de la décision sur l'urgence à juger

1212. Afin de pouvoir mieux apprécier la réalité de la motivation des décisions du juge *ad quem* relative à l'urgence à statuer sur un renvoi (B), il convient de revenir sur l'étendue de l'obligation de motivation qui pèse sur ce type particulier de décision (A).

A) L'obligation de motivation de l'urgence à juger

1213. Aux considérations juridiques invocables au soutien de l'exigence de motivation des décisions sur l'urgence (1), s'ajoute une série de raisons pratiques justifiant que son bon respect doit être attentivement observé par le juge des lois (2).

- 1) Les considérations juridiques au soutien de l'exigence de motivation des décisions sur l'urgence

1214. Aucune procédure de contrôle des lois n'intègre de références textuelles concernant la motivation des décisions sur l'urgence à juger un renvoi. De plus, aucune des exigences découlant du droit fondamental à un procès équitable ne semble devoir impliquer qu'un juge doive motiver son éventuelle décision de statuer urgemment ou non.

Une série de considérations juridiques plaident toutefois pour la motivation des décisions sur l'urgence. Ainsi, c'est parce que la notion d'urgence fait office de standard (a), et que la décision prise quant à son existence ou non est insusceptible de recours (b), qu'il apparaît indispensable que celle-ci soit suffisamment motivée.

a) Une motivation de l'urgence justifiée par sa qualité de standard

1215. L'urgence fait partie de la catégorie des standards et notions juridiques floues laissés à la libre appréciation et détermination du juge lorsqu'elle est une condition de mise en œuvre d'une procédure. Dans ces hypothèses contentieuses, le juge dispose généralement d'un pouvoir large et discrétionnaire d'appréciation de l'urgence²³⁷⁹. C'est pourquoi, il est d'une impérieuse nécessité que le juge motive suffisamment son appréciation de l'urgence pour éviter toute tentation ou soupçon d'arbitraire. En effet, « puisque le standard joue comme critère d'évaluation d'un fait, il est nécessaire que ce fait soit précisément défini et sûrement établi et que ces éléments soient exprimés et justifiés dans la motivation. [...] En substance, il faut que la *prémisse de fait* de l'application du *standard* soit spécifiquement et précisément indiquée »²³⁸⁰. C'est donc à plus forte raison dans les domaines où le juge dispose d'un large pouvoir discrétionnaire qu'une motivation suffisante s'avère nécessaire. La sécurité juridique, et plus précisément la prévisibilité des conditions d'accès au prétoire du juge, dépend de la précision avec laquelle celles-ci sont déterminées. Lorsque l'urgence est une condition expresse de recevabilité d'une procédure juridictionnelle, le juge doit donc veiller, à travers la motivation de ses décisions, à ce que sa définition soit suffisamment claire et prévisible pour les justiciables.

Cette attention portée à la motivation s'avère d'autant plus souhaitable qu'aucun recours n'est ouvert contre une décision du juge *ad quem* de statuer ou non en urgence sur un renvoi dont il est saisi.

²³⁷⁹ Voir *supra* : Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1.

²³⁸⁰ M. TARUFFO, « La justification des décisions fondées sur des "standards" », *RRJ*, 1988, n° 4, pp. 1131-1132. C'est l'auteur qui souligne ; Voir également : P. ORIANNE, « Les standards et les pouvoirs du juge », *RRJ*, 1988, n° 4, p. 1066.

b) L'absence de recours contre la décision sur l'urgence

1216. Lorsqu'il décide de statuer prioritairement sur un renvoi ou d'enclencher une procédure accélérée ou d'urgence, le pouvoir du juge des lois est discrétionnaire en ce sens qu'il n'a pas à suivre une méthode particulière d'appréciation de l'urgence et qu'il ne peut pas être désavoué pour erreur de droit par une juridiction supérieure d'appel ou de cassation. En effet, le juge des lois ne risque aucunement d'être sanctionné par une autre juridiction en cas de motivation insuffisante ou erronée de la décision faisant état de la présence ou de l'absence d'une urgence à juger un renvoi puisque celle-ci est insusceptible de recours.

1217. Il y a toutefois lieu de noter que l'absence de recours contre la décision de la Chambre de l'urgence de la Cour de justice de l'UE d'accepter ou non de mettre en œuvre la PPU est dans une certaine mesure compensée par le fait que, par définition, celle-ci est collégalement composée. Cela favorise la qualité de ses décisions et réduit tout risque d'arbitraire, d'autant plus qu'il y a un roulement de chambre chaque année.

La situation des autres procédures de renvoi préalable et de la procédure préjudicielle accélérée est en revanche différente puisque la décision de statuer en urgence revient à un juge unique²³⁸¹. La motivation devient alors d'autant plus impérieuse puisque, par définition, il s'agit d'une décision rendue par une personne seule et qu'en général l'absence de décision collégiale est potentiellement néfaste au regard des considérations de légitimité. Ce léger inconvénient est toutefois compensé par l'autorité statutaire qui découle de la fonction du juge unique généralement chargé de cette décision : la présidence d'une juridiction *ad quem* ou de l'une de ses formations de jugement. Spécialement dans le cadre des procédures préjudicielles accélérée ou d'urgence, la qualité et la légitimité de ce type de décision sont encore renforcées par l'audition préalable d'un avocat général près la Cour de justice de l'UE.

1218. Ces considérations juridiques ne sauraient à elles seules être suffisamment convaincantes quant à l'exigence de motivation des décisions du juge des lois sur l'urgence. Celles-ci prennent en revanche une plus forte importance lorsqu'elles sont complétées par une série de considérations pratiques.

²³⁸¹ Voir *supra* : Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, Paragraphe 1.

2) Les raisons pratiques de l'exigence de motivation

1219. Motivation et durée du jugement sont évidemment deux variables interdépendantes. Motiver demande du temps. Pour en gagner, il pourrait donc être envisagé par le juge des lois de délaier la motivation des décisions sur l'urgence. Or, le caractère négligeable de l'argument tiré du gain de temps lié à la non-motivation des décisions sur l'urgence justifie que cette étape ne soit pas sacrifiée (a). Tout au contraire, à défaut d'être une perte de temps, la motivation des décisions sur l'urgence permet potentiellement d'en gagner en favorisant une meilleure connaissance par les juridictions de renvoi de la politique jurisprudentielle du juge des lois relative à l'urgence à juger (b).

a) Le caractère négligeable de la perte de temps lié à la non-motivation des décisions sur l'urgence

1220. Le déficit, voire l'absence de motivation de la décision de juger en urgence un renvoi peut légitimement se justifier par la nécessité d'engager rapidement l'instruction de l'affaire et donc de gagner du temps. En théorie, une motivation faible, voire absente, est donc le revers de la médaille de la recherche de rapidité inhérente aux situations d'urgence. Le succès d'une procédure d'urgence est en effet tributaire de son aptitude à mettre le juge en mesure de statuer à brève échéance. En d'autres termes, du degré de souplesse de l'exigence de motivation dépend la rapidité et donc l'efficacité d'une procédure d'urgence.

Dans un rapport sur la mise en œuvre de la PPU, la Cour de justice de l'UE justifie à ce propos l'absence de motivation des décisions de la Chambre de soumettre une affaire à la PPU « en raison de l'extrême célérité avec laquelle la chambre désignée se doit de statuer sur les demandes d'application de la procédure préjudicielle d'urgence »²³⁸². L'inconvénient réside donc dans ce que la prise de cette décision rallonge *in fine* l'examen du renvoi préjudiciel.

1221. En réalité, l'on peut considérer que la motivation d'une décision sur l'urgence rallonge finalement très peu les temps de jugement car elle ne saurait être longue et dépasser quelques phrases ou paragraphes dans une moitié de page.

Il existe une différence nette de nature et de complexité entre le contrôle d'une loi et

²³⁸² CJUE, *Rapport sur la mise en œuvre de la procédure préjudicielle d'urgence*, Rapport remis au Conseil conformément à la déclaration en annexe à sa décision du 20 décembre 2007 (JO L 24 du 29 janvier 2008, p. 44), 31 janvier 2012, pp. 6-7.

l'appréciation de l'urgence. La mise en perspective de ces deux opérations permet de comprendre que la motivation par le juge de son appréciation de l'urgence n'est pas une exigence dont le respect aurait pour effet d'alourdir la procédure. En effet, la motivation de l'absence d'urgence n'est pas en soi une charge de travail énergivore pour le juge. Tout d'abord, à la différence des questions de droit portant sur le contrôle des lois, l'appréciation de l'existence d'une urgence à juger est en grande partie une question de fait²³⁸³. Ensuite, il est clair qu'en termes de complexité, la motivation de l'absence d'urgence n'a rien de semblable au contrôle d'une loi ou à la levée d'une difficulté sérieuse d'interprétation du droit.

b) La motivation des décisions sur l'urgence, comme potentiel facteur de gain de temps

1222. Selon la Cour EDH, de la prévisibilité et de la clarté des règles procédurales dépend le caractère concret et effectif du droit d'accès au juge. C'est notamment au regard de ces considérations qu'il apparaît nécessaire que les cas d'urgence justifiant le traitement prioritaire des renvois et le recours aux procédures d'urgence et accélérée soient déterminés de la manière la plus précise possible afin qu'ils soient mieux connus par les juridictions *a quibus* et les justiciables. Concernant spécifiquement le cas de la Cour de justice de l'UE et de la procédure du renvoi préjudiciel, ce besoin est encore renforcé par les risques de confusion entre les conditions d'urgence des procédures préjudicielles accélérée et d'urgence.

Le moyen pour parvenir à cet objectif implique que les juridictions *ad quem* fournissent un corpus jurisprudentiel clair sur l'urgence justifiant le traitement prioritaire des renvois ou le déclenchement des procédures accélérée ou d'urgence.

1223. Le risque de confusion entre les conditions d'urgence des procédures préjudicielles accélérée et d'urgence. Il n'est pas toujours évident, notamment pour les juges nationaux statuant dans l'urgence et souvent à juge unique, de déterminer avec précision ce qui relève de la PPU ou de la PPA. Le manque de clarté des conditions d'urgence de ces deux procédures a souvent pu être mis en évidence²³⁸⁴. C'est parce que leurs cas d'ouverture se

²³⁸³ Elle est aussi une question de droit lorsque, par exemple, la Cour de justice de l'UE doit vérifier si une question soulevée dans le cadre d'une demande de mise en œuvre de la PPU relève du champ de l'ELSJ.

²³⁸⁴ V. KRONENBERGER, « Actualité du renvoi préjudiciel, de la procédure préjudicielle d'urgence et de la procédure préjudicielle accélérée – *Quo vadis ?* », in S. MAHIEU (dir.), *Contentieux de l'Union européenne. Questions choisies*, Larcier, 2014, pp. 422 et s. Déjà, dans sa version initiale, la condition d'« urgence extraordinaire » de la PPA souffrait d'un manque de justification : A. RIGAUD, « Régime de la procédure

recoupent parfois et qu'il peut par conséquent y avoir des difficultés à « distinguer leurs champs d'application »²³⁸⁵, qu'il est nécessaire de mieux les définir²³⁸⁶. Ce problème de superposition des champs d'application des procédures préjudicielles accélérée et d'urgence est source de confusions pour les juridictions nationales qui peuvent ne pas parfaitement parvenir à déterminer de manière adéquate laquelle des procédures est la plus appropriée pour le jugement urgent de leur renvoi par la Cour de Luxembourg.

Plusieurs affaires traitées en procédure préjudicielle accélérée relevaient également du champ d'application de la procédure d'urgence²³⁸⁷. En effet, la PPA peut parfaitement intervenir dans les domaines relevant de l'Espace de sécurité, de liberté et de justice. Par exemple, le domaine de la coopération judiciaire civile en matière d'éloignement d'enfants avec leurs parents est susceptible d'ouvrir droit à la PPA²³⁸⁸, même lorsque le litige relève de l'ELSJ²³⁸⁹.

Au regard de ces difficultés, des juridictions nationales ont pu faire la demande simultanée de mise en œuvre de la PPU et de la PPA afin de maximiser leur chance de voir leur renvoi rapidement traité. En d'autres termes, les juridictions visent parfois indistinctement les deux procédures à défaut de savoir laquelle est la plus appropriée²³⁹⁰. Quelques exemples illustrent en effet que la PPA a été formellement demandée alors que c'est en réalité la PPU qui était visée²³⁹¹.

C'est principalement pour toutes ces raisons que la proposition de fusionner les procédures préjudicielles d'urgence et accélérée en une unique procédure d'urgence a pu être faite²³⁹². Il

accélérée. Précisions sur la notion d' "urgence extraordinaire" au sens de l'article 104 *bis* du règlement de procédure de la CJCE. Note sous CJCE, ord., 19 oct. 2009, aff. C-310/09, *min. du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique c/ Accor* », *Europe*, 2009, n° 12, comm. 450.

²³⁸⁵ L. COUTRON, « Urgence et renvoi préjudiciel », *RAE*, 2012, n° 2, p. 401.

²³⁸⁶ L. CLEMENT-WILZ, « La procédure préjudicielle d'urgence : nouveau théâtre du procès européen ? », *CDE*, 2012, n° 1, p. 161.

²³⁸⁷ CJCE, 17 juillet 2008, *Kozłowski*, C-66/08 ; CJUE, 9 novembre 2010, *Purrucker*, C-296/10 ; CJUE, 6 décembre 2011, *Alexandre Achughbabian c. Préfet du Val-de-Marne*, C-329/11 ; CJUE, 22 juin 2010, *Melki et Abdeli*, C-188/10 et C-189/10.

²³⁸⁸ CJCE, ord., 17 avril 2008, *Blaise Baheten Metock e. a. c. Minister for Justice, Equality and Law Reform*, C-127/08.

²³⁸⁹ CJUE, ord., 7 février 2012, *MA, BT, DA*, C-648/11.

²³⁹⁰ CJUE, ord., 15 juillet 2010, *G. Kita*, C-264/10, pt. 4 ; CJCE, ord., 29 septembre 2008, *Luigi Pontini e. a.*, C-375/08, pt. 8 et CJUE, 24 juin 2010, *Luigi Pontini e. a.*, C-375/08, pts. 42-43 : double rejet des demandes de mise en œuvre de la PPU et de la PPA.

²³⁹¹ CJUE, 15 juillet 2010, *Bianca Purrucker c. Guillermo Vallés Pérez*, C-296/10. Dans cette affaire, la décision de renvoi concernait une demande de mise en œuvre de la PPA. Mais ensuite, dans un courrier complémentaire daté du 1^{er} juillet 2010, la juridiction *a quo* a modifié sa demande visant à ce que la PPU soit finalement mise en œuvre.

²³⁹² C. NAÔME, « La procédure accélérée et la procédure préjudicielle d'urgence devant la Cour de justice des Communautés européennes », *JDE*, 2009, n° 162, p. 247 ; C. NAÔME, *Le renvoi préjudiciel en droit européen : guide pratique*, Larcier, 2^e éd., 2010, p. 231 ; L. CLEMENT-WILZ, « La procédure préjudicielle d'urgence : nouveau théâtre du procès européen ? », *CDE*, 2012, n° 1, p. 135 ; L. COUTRON, « Urgence et renvoi préjudiciel », *RAE*, 2012, n° 2, p. 401 ; V. KRONENBERGER, « Actualité du renvoi préjudiciel, de la procédure

faut cependant nuancer l'étendue quantitative de ces difficultés et leur persistance dans le temps. Elles n'ont été que quelques-unes et se sont principalement présentées durant les quatre ou cinq premières années d'existence de la PPU. En 2012, le Président Vassilio Skouris notait que « les motifs avancés par les juridictions nationales à l'appui de leur demande d'application de la procédure d'urgence étaient majoritairement fondés, puisque plus de la moitié des demandes ont abouti »²³⁹³. Il semblerait donc que les juges de renvoi aient finalement correctement intégré les cas permettant la mise en œuvre des procédures préjudicielles accélérée et d'urgence. Cela a d'ailleurs bien été permis par un renforcement de la motivation des décisions justifiant la mise en œuvre de ces procédures²³⁹⁴.

1224. Une détermination plus claire de l'urgence a pour avantage d'éviter une double perte de temps, à la fois pour la juridiction de renvoi qui doit formuler sa demande, mais aussi pour la juridiction *ad quem* qui doit l'examiner. La motivation des ordonnances vise donc à créer un *vade mecum* à l'attention des juridictions de renvoi. Au mieux l'urgence est connue par elles, au moins elles procèderont à des demandes injustifiées et vouées à l'échec. Celles-ci sont sources de travail supplémentaire pour le juge des lois. Il serait en effet regrettable que le prétoire de ce juge soit encombré et qu'il consacre trop de temps à l'examen de demandes inadéquates ou mal fondées.

De surcroît, la systématisation, la lisibilité et la prévisibilité des conditions de mise en œuvre des procédures accélérée et d'urgence peut permettre un regain d'intérêt des juridictions nationales quant à la formulation de demandes de mise en œuvre de ces procédures.

1225. En définitive, il ne semble pas y avoir, à ce stade, de véritables motifs permettant de justifier que le juge des lois n'ait pas à respecter l'exigence de motivation des décisions sur l'urgence. Il reste désormais à apprécier la réalité de la motivation par le juge des lois de ces décisions.

B) L'appréciation de la motivation de l'urgence à juger

préjudicielle d'urgence et de la procédure préjudicielle accélérée – *Quo vadis ?* », in S. MAHIEU (dir.), *Contentieux de l'Union européenne. Questions choisies*, Larcier, 2014, p. 427.

²³⁹³ CJUE, *Rapport sur la mise en œuvre de la procédure préjudicielle d'urgence*, Rapport remis au Conseil conformément à la déclaration en annexe à sa décision du 20 décembre 2007 (JO L 24 du 29 janvier 2008, p. 44), 31 janvier 2012, p. 4 ; J. PERTEK, *Coopération entre juges nationaux et Cour de justice de l'UE. Le renvoi préjudiciel*, Bruylant, 2013, p. 146.

²³⁹⁴ Voir *infra*.

1226. L'appréciation du caractère suffisant de la motivation d'une décision peut sembler être un exercice empreint d'une certaine subjectivité. La motivation des décisions du juge des lois sur l'urgence à juger peut cependant, en toute objectivité, être qualifiée comme étant insuffisante (1). Aussi inopportune soit-elle, lorsque la motivation de la décision sur l'urgence à juger est inexistante, cette pratique n'en demeure pas moins juridiquement fondée (2).

1) L'insuffisance de la motivation de l'urgence à juger

1227. Plus qu'insuffisante, la motivation des décisions du Conseil d'État, du Conseil constitutionnel et de la Cour EDH de statuer en urgence est inexistante (a). Seule la Cour de justice de l'UE s'est engagée dans la voie de la motivation de ses décisions relatives au déclenchement des procédures préjudicielles accélérée et d'urgence. Or, concernant ces décisions, une certaine hétérogénéité marque la motivation selon qu'elle intervient dans les décisions de rejet ou dans celles d'acceptation de l'urgence à juger (b).

a) L'absence de motivation des décisions sur l'urgence

1228. L'absence de motivation des décisions sur l'urgence par le Conseil constitutionnel, le Conseil d'État et la Cour EDH. Un premier constat flagrant s'impose : lorsque le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État décident de statuer en urgence sur un renvoi, aucune décision formelle et publique n'est prise en ce sens. À défaut de support formel et public, il n'y a en conséquence aucune espèce de motivation sur l'éventuelle décision de statuer ou non en urgence sur une QPC ou une demande d'avis contentieux.

1229. Concernant spécifiquement la Cour de Strasbourg, formellement, la décision du Président de la Grande chambre de faire application des dispositions de l'article 44 du règlement de procédure, afin de réduire les délais de jugement, se traduit par une ordonnance non-publée²³⁹⁵. La publicité de cette décision est seulement assurée par un communiqué de presse du greffe de la Cour. Celui-ci ne précise cependant aucunement ce qui matériellement rend une

²³⁹⁵ Une ordonnance du Président de la Grande chambre portant mise en œuvre de l'article 44 du règlement de procédure de la Cour a par exemple été prise le 3 décembre 2018 pour le traitement de la demande d'avis consultatif soumise par la Cour constitutionnelle d'Arménie.

demande d'avis consultatif « prioritaire ». C'est pourquoi, pour la deuxième demande d'avis consultatif dont la Cour EDH a été saisie, le communiqué de presse annonçant le déclenchement de la procédure accélérée fait uniquement référence au « caractère prioritaire »²³⁹⁶ de la demande.

Toutefois, lorsque la Cour admet ou rejette une demande de traitement accéléré, les premiers intéressés par cette décision, à savoir la juridiction demanderesse ainsi que les parties au procès principal, en sont directement informés. Cette décision est en effet confidentiellement « notifiée à la juridiction dont émane la demande d'avis consultatif, qui doit à son tour en informer les parties à la procédure »²³⁹⁷ mais n'en demeure donc pas moins inaccessible à tout observateur.

1230. L'absence originelle de motivation des décisions sur l'urgence dans le cadre des procédures préjudicielles accélérée et d'urgence. Selon une pratique originelle, les demandes de mise en œuvre des procédures préjudicielles d'urgence et accélérée ne faisaient pas l'objet d'une réponse de la Cour de justice de l'UE par voie d'ordonnance motivée.

À l'occasion des premiers arrêts, la Cour ne justifiait en effet pas les décisions de refus de mise en œuvre de la PPU²³⁹⁸. Elle mentionnait sans justification, dans la partie préliminaire de l'arrêt, qu'une demande de PPU avait été formulée par la juridiction demanderesse mais que celle-ci avait été rejetée.

De même, depuis son entrée en vigueur et jusqu'à la fin de l'année de 2003, les décisions de la Cour luxembourgeoise sur les demandes de mise en œuvre de la PPA ne recevaient aucune motivation. L'exigence de transparence a cependant rapidement mis fin à ces pratiques originelles.

1231. Deux ans après l'entrée en vigueur de la PPU, la Cour a inversé sa pratique en exposant les motifs liés à l'acceptation ou au rejet des demandes de mise en œuvre de cette procédure²³⁹⁹.

²³⁹⁶ Greffe de la CEDH, *La demande d'avis consultatif soumise par la Cour constitutionnelle d'Arménie en application du Protocole n° 16 a été acceptée*, Communiqué de presse, 11 novembre 2019, CEDH 343 (2019), p. 1.

²³⁹⁷ CEDH, *Lignes directrices concernant la mise en œuvre de la procédure d'avis consultatif prévue par le Protocole n° 16 à la Convention*, 18 septembre 2017, pt. 30.

²³⁹⁸ Voir par exemple : CJUE, 6 octobre 2009, *Wolzenbourg*, C-123/08 ; CJUE, 22 octobre 2009, *Zurita Garcia et Choque Cabrera*, aff. jtes C-264/08 et C-348/08.

²³⁹⁹ Voir les premiers arrêts : CJUE, 24 juin 2010, *Luigi Pontini e. a.*, C-375/08, pts. 42-43 ; CJUE, 16 novembre 2010, *Mantello*, C-261/09, pt. 31.

Aussi, il a fallu s'en remettre à une initiative salutaire du Président Vassilio Skouris pour que naisse en 2004 une pratique visant à motiver les décisions portant sur l'existence d'une « urgence extraordinaire » justifiant l'acceptation ou le rejet d'une demande de mise en œuvre de la PPA²⁴⁰⁰.

Concernant le traitement des demandes de mise en œuvre de la PPA, il convient cependant de regretter le changement de pratique du Président de la Cour qui s'est fait au début de l'année 2019. Alors que ces demandes faisaient sans exceptions l'objet, jusqu'au mois de janvier 2019, d'une réponse présidentielle formalisée par le biais de la production d'une ordonnance, à partir du mois suivant, cette pratique a cessé au profit d'une motivation sommaire de la décision de faire droit ou non à une telle demande au sein même des motifs des arrêts. À part une simple communication dans une « fiche thématique » élaborée par la Cour²⁴⁰¹, aucune justification à ce changement n'est officiellement donnée. L'on peut néanmoins supposer qu'il est motivé par une volonté de simplifier le déroulement formel de la PPA, d'alléger la charge des fonctions présidentielles, mais aussi d'aligner la formalisation de cette étape procédurale avec la PPU.

1232. En définitive, la Cour de justice de l'UE est la seule juridiction à produire une motivation de ses décisions sur l'urgence. Quant à sa substance, cette diligence est toutefois hétérogène entre les décisions d'acceptation et celles de rejet des demandes de déclenchement des procédures préjudicielles accélérée et d'urgence.

b) Une motivation substantiellement hétérogène des décisions de rejet et d'acceptation des procédures préjudicielles accélérée et d'urgence

1233. Il y a une différence nette de motivation entre les décisions de rejet et celles faisant droit aux demandes de mise en œuvre des procédures préjudicielles accélérée ou d'urgence. Pour les premières, la motivation demeure plus laconique comparativement à l'alternative consistant à accepter une demande de mise œuvre de ces procédures qui laisse au contraire apparaître une motivation plus fournie.

²⁴⁰⁰ V. SKOURIS, *Rapport annuel sur l'activité de la Cour de justice en 2004, 2005*, p. 13.

²⁴⁰¹ CJUE, *Fiche thématique. Procédure préjudicielle d'urgence et procédure accélérée*, avril 2019, p. 1.

1234. La motivation limitée des décisions de rejet. De prime abord, dans le cadre des procédures d'urgence et accélérée, il est parfaitement compréhensible qu'une motivation lacunaire ou absente soit préférée par le juge lorsqu'il estime qu'il n'y a aucune urgence à juger. Une exigence de motivation pourrait à cet endroit être source de lourdeur procédurale. En ce sens, le juge ordinaire des référés d'urgence doit motiver ses ordonnances rejetant une requête pour défaut d'urgence²⁴⁰². Plus particulièrement, la motivation du juge administratif des référés d'urgence sur l'existence de la condition d'urgence « peut être moins développée que lorsqu'il l'accueille, sans pour autant qu'il puisse se contenter d'affirmer qu'en l'espèce la condition de l'urgence n'est pas remplie »²⁴⁰³. L'exigence de motivation qui doit être respectée par le juge administratif des référés d'urgence est donc moins stricte lorsqu'il entend rejeter la requête pour défaut d'urgence que lorsqu'il considère cette condition comme étant remplie²⁴⁰⁴. C'est également le choix qu'a fait la Cour de justice de l'UE puisque la motivation des décisions de rejet des demandes de mise en œuvre des procédures préjudicielles accélérée ou d'urgence est plus faible²⁴⁰⁵ que celles d'acceptation.

En réponse à une demande infondée de mise en œuvre de la PPU, la Cour se contente de mentionner que « la chambre désignée a décidé, l'Avocat général entendu, de ne pas faire droit à cette demande »²⁴⁰⁶. Force est de constater que, dans l'hypothèse de rejet, et spécialement lorsque c'est la demande de PPU qui est refusée, la motivation de la Cour est « assurément plus cryptique »²⁴⁰⁷ que lorsqu'elle décide d'enclencher la PPA ou la PPU.

1235. La motivation relativement renforcée des décisions d'acceptation. Lorsque la Cour de justice accepte de mettre en œuvre la PPU, l'arrêt rendu résume brièvement les motifs

²⁴⁰² Concernant la nécessité de motiver l'absence d'urgence par le juge administratif des référés d'urgence : F. LAMY, « La motivation des ordonnances de référé. Concl. sous CE, Sect., 25 avril 2001, *Association des habitants du littoral du Morbihan*, n° 230025 », *RFDA*, 2001, n° 4, p. 849. De même, le juge judiciaire des référés doit motiver l'absence d'urgence lorsqu'il entend rejeter une requête sur ce motif : TGI Rodez, 22 avril 1977, *JCP*, 1984, n° IV, 321 ; CA Paris, 9 novembre 1977, *JCP*, 1978, n° II, 18842.

²⁴⁰³ M. GUYOMAR et P. COLLIN, « Référé et contrôle de cassation, synthèse de la jurisprudence du Conseil d'État des cinq premiers mois depuis l'entrée en vigueur du Code de justice administrative », *AJDA*, 2001, n° 5, p. 465.

²⁴⁰⁴ Lorsqu'il considère la condition d'urgence remplie, il appartient au juge des référés de « faire apparaître dans sa décision tous les éléments qui, eu égard notamment à l'argumentation des parties, l'ont conduit à considérer que la suspension demandée revêtait un caractère d'urgence » : CE, 28 février 2001, *Préfet des Alpes-Maritimes c. société Sud-Est Assainissement*, n° 229562.

²⁴⁰⁵ Voir par exemple : CJUE, 6 octobre 2009, *Wolzenbourg*, C-123/08 ; CJUE, 22 octobre 2009, *Zurita Garcia et Choque Cabrera*, aff. jtes C-264/08 et C-348/08.

²⁴⁰⁶ CJUE, 16 novembre 2010, *Gaetano Mantello*, C-261/09, pt. 31.

²⁴⁰⁷ A. TIZZANO, P. IANNUCELLI, « La procédure préjudicielle d'urgence devant la Cour de justice : Premier bilan et nouvelles questions », in L. WEITZEL (dir.), *L'Europe des droits fondamentaux : Mélanges en l'hommage à Albert Weitzel*, A. Pedone, 2013, p. 205.

avancés par la juridiction de renvoi au soutien de sa demande. Si l'on ne peut nier que la Cour précise la substance des éléments qui l'ont conduit à enclencher la PPU, ces motifs apparaissent cependant de manière « relativement sommaire »²⁴⁰⁸ lorsqu'elle statue sur le fond. Dans les affaires pénales classiques qui relèvent de l'ELSJ et plus particulièrement du MAE, la Cour se borne à dresser le constat que la partie défenderesse à l'instance pénale principale est en détention à la date où elle se prononce et que le maintien en détention de cette dernière dépend de l'issue de l'affaire au principal. C'est ce qui a pu faire dire à certains commentateurs qu'il y a un manque de « clarté »²⁴⁰⁹ et de « justification »²⁴¹⁰ en ce qui concerne la décision de la Cour de soumettre une affaire à la PPU. Cette critique doit cependant être nuancée lorsque l'on étudie la motivation des décisions d'enclencher la PPU dans le cadre d'affaires intégrant le domaine de la coopération en matière civile qui relève du titre V du TFUE, c'est-à-dire dans les cas qui concernent la séparation enfant/parent. Dans ces hypothèses, la motivation est plus complète et s'appuie bien plus sur les données subjectives du cas d'espèce issues de l'instance principale²⁴¹¹. Par ailleurs, la motivation de l'existence d'une urgence de nature à justifier la mise en œuvre de la PPU est également renforcée dans les hypothèses où la Cour a élargi son interprétation de la condition relative à la circonstance qu'une personne partie à l'instance principale est actuellement privé de liberté. Dans une affaire inédite où se posait la question d'incorporer dans le champ de la PPU le cas de ressortissants étrangers en situation de rétention de fait dans une zone de transit²⁴¹², l'arrêt comportait quatorze paragraphes dans la partie comprenant la motivation de l'acceptation du déclenchement de la PPU, quant au critère relatif à l'urgence.

1236. L'absence de motivation des décisions sur l'urgence du Conseil constitutionnel, du Conseil d'État et de la Cour EDH est critiquable, notamment du point de vue de l'exigence de

²⁴⁰⁸ *Ibid.*

²⁴⁰⁹ A. TIZZANO, P. IANNUCELLI, « La procédure préjudicielle d'urgence devant la Cour de justice : Premier bilan et nouvelles questions », *op. cit.*, p. 206.

²⁴¹⁰ L. CLEMENT-WILZ, « La procédure préjudicielle d'urgence : nouveau théâtre du procès européen ? », *CDE*, 2012, n° 1, pp. 157 et 160.

²⁴¹¹ Voir par exemple : CJUE, 1 juillet 2010, *Povse*, C-221/10 PPU ; CJCE, 11 juillet 2008, *Inga Rinau*, C-195/08 PPU ; CJUE, 23 décembre 2009, *Jasna Detiček c. Maurizio Sgueglia*, C-403/09 PPU ; CJUE, 5 octobre 2010, *J. McB*, C-400/10 PPU ; CJUE, 22 décembre 2010, *Mercredi*, C-497/10 PPU ; CJUE, 22 décembre 2010, *Aguirre Zarraga*, C-491/10 PPU.

²⁴¹² Il s'agissait en l'espèce de personnes concentrées dans le secteur d'une zone de transit réservée aux ressortissants de pays tiers dont la demande d'asile a été rejetée : CJUE, GC, 14 mai 2020, *FMS et FNZ c. Országos Idegenrendészeti Figazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság et Országos Idegenrendészeti Figazgatóság*, aff. jtes. C-924/19 PPU et C-925/19 PPU, pts. 95 et s.

bonne coopération juridictionnelles entre les juridictions *a quibus* et les juridictions *ad quem*. Elle est néanmoins solidement fondée.

2) Les fondements de l'absence de motivation des décisions sur l'urgence

1237. Quand bien même certaines considérations juridiques et pratiques invitent opportunément le juge des lois à motiver ses décisions sur l'urgence, ou du moins à le faire suffisamment s'il se prête déjà à cet exercice, d'autres considérations juridiques liées à la nature des procédures d'examen des renvois par les juridictions *ad quem* ainsi qu'à celle des décisions sur l'urgence fondent l'absence de motivation de ces décisions. Ainsi, l'obligation de motivation de l'urgence est cantonnée aux procédures dans lesquelles elle est une condition expresse de recevabilité (a). En outre, la décision de juger un renvoi d'urgence est un acte d'administration judiciaire extérieur au champ d'application de l'exigence de motivation (b).

a) Une obligation de motivation de l'urgence cantonnée aux procédures dans lesquelles elle est une condition expresse de recevabilité

1238. Il n'existe pas de procédure d'urgence d'examen des renvois par le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État, c'est-à-dire de procédures dans lesquelles l'« urgence » conditionne leur mise en œuvre. Cela n'empêche toutefois pas que l'examen d'un renvoi par ces juridictions puisse avoir lieu en urgence, c'est-à-dire dans un délai extrêmement bref. Ces deux juridictions ne sont en revanche aucunement tenues de justifier leur décision de statuer en urgence sur une QPC ou une demande d'avis contentieux. En effet, puisque, juridiquement, l'urgence n'est pas une condition qui doit être satisfaite pour le jugement urgent d'un renvoi par les juridictions du Palais Royal, ces dernières n'ont aucune obligation de s'expliquer sur ce point. De plus, elles ne sont jamais liées par une éventuelle demande de jugement en urgence d'un renvoi et jouissent par conséquent d'un véritable pouvoir discrétionnaire d'appréciation de l'urgence à juger.

À l'inverse, lorsque la mise en œuvre d'une procédure est expressément conditionnée par l'urgence, l'examen de cette condition, qu'elle soit ou non remplie, implique un minimum de motivation. C'est par exemple ainsi que, s'agissant de la condition d'urgence, le juge du référé-

suspension est tenu d'expliquer « les raisons de droit et de fait pour lesquelles il considère soit que l'urgence justifie la suspension de l'acte attaqué, soit qu'elle ne la justifie pas »²⁴¹³. Le juge administratif des référés d'urgence ne peut pas recourir en la matière à des motivations qui seraient purement formelles ou stéréotypées.

1239. La nature de la « décision » sur l'urgence éclaire également l'existence d'une obligation de motivation qui pèse sur le juge qui en est l'auteur. À ce propos, la qualité d' « acte d'administration judiciaire » de la décision sur l'urgence exclut toute opposabilité de l'exigence de motivation.

b) La « décision » sur l'urgence, un acte d'administration judiciaire non concerné par l'exigence de motivation

1240. L'absence de motivation des « décisions » sur l'urgence s'explique par le fait qu'elles ne sont pas des « décisions juridictionnelles » et qu'elles ne sont par conséquent pas sujettes à l'obligation de motivation. Ces « décisions » sont en réalité des « actes d'administration judiciaire ». Ils ont pour objet de régir l'organisation d'une instance en cours ou l'organisation générale d'une juridiction. Ces actes ne sauraient par conséquent être assimilés à des jugements, au sens de décisions juridictionnelles, et ainsi être assujettis à l'exigence de motivation.

1241. Les décisions du Conseil constitutionnel, du Conseil d'État et de la Cour EDH de statuer en urgence sur un renvoi sont des actes d'administration judiciaire.

Concernant la Cour EDH, la décision de traiter une demande d'avis consultatif par priorité au titre de l'article 41 de son règlement intérieur de procédure est un acte d'administration judiciaire insusceptible de se voir opposer toute obligation de motivation²⁴¹⁴.

De même, la demande par laquelle le Gouvernement enjoint au Conseil constitutionnel de statuer en urgence dans le cadre du contentieux *a priori* de la constitutionnalité des lois et au regard de laquelle ce dernier s'estime lié a pu être considéré par le Doyen Vedel comme « une

²⁴¹³ CE, 25 avril 2001, *Association des habitants du littoral du Morbihan c. Commune de Baden*, n° 230025.

²⁴¹⁴ Concernant également la qualification d' « acte d'administration judiciaire » du recours à cet article pour le traitement prioritaire des requêtes individuelles : A. SCHAHMANECHE, *La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, A. Pedone, 2014, note 458, p. 93.

simple pièce de procédure »²⁴¹⁵ dont la prise en compte ne mérite en retour aucune espèce de motivation. *A fortiori*, à défaut de telles demandes, la décision du Conseil constitutionnel ou du Conseil d'État de statuer en urgence sur une QPC ou une demande d'avis contentieux doit également être considérée comme un acte d'administration judiciaire non-concerné par l'exigence de motivation.

1242. En définitive, l'exigence de motivation des décisions sur l'urgence s'applique et est appliquée de manière très variable selon les procédures d'examen des renvois préalables. Il est en revanche un élément essentiel entièrement concerné par l'exigence de motivation, y compris dans les situations d'urgence : il s'agit de la décision du juge des lois prise pour répondre aux questions posées sur renvoi.

II) La motivation du résultat de l'opération de contrôle des lois

1243. Une obligation de motivation consacrée. À l'instar de toute autre juridiction, le juge *ad quem* saisi d'un renvoi préalable est tenu de motiver ses décisions. L'article 12 alinéa premier du règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les QPC prévoit que les décisions comportent « les motifs sur lesquels elles reposent ». De même, l'article 4 § 1 du protocole additionnel n° 16 à la Conv. EDH stipule que « les avis consultatifs sont motivés ». L'article 36 du statut de la Cour de justice de l'UE prévoit que les arrêts préjudiciels sont « motivés ». Enfin, aucun texte ne prévoit spécifiquement que les avis contentieux du Conseil d'État sont motivés. En revanche, au regard de la portée générale du titre préliminaire du CJA, il y a lieu de considérer que l'article L. 9 qu'il contient, disposant que « les jugements sont motivés », est applicable aux avis contentieux rendus par le Conseil d'État.

1244. Entre autres bienfaits, la motivation des décisions de justice permet de s'assurer de la qualité de l'instruction et du raisonnement suivi par le juge. Elle renforce donc l'acceptabilité, la compréhensibilité ainsi que la légitimité d'une décision juridictionnelle²⁴¹⁶. Or, cette attention qui doit être portée à la motivation est nécessairement chronophage. C'est pourquoi,

²⁴¹⁵ CC, Compte-rendu de la séance du 11 février 1982, p. 11.

²⁴¹⁶ La Cour européenne envisage la motivation comme « un rempart contre l'arbitraire » et considère « qu'elle est indispensable à la qualité même de la justice » : CEDH, 13 janvier 2009, *Taxquet c. Belgique*, n° 926/05, pt. 43.

elle peut théoriquement sembler pouvoir être allégée dans les situations d'urgence (A). Pourtant, dans ces situations, le juge des lois refuse de se saisir de cette possibilité (B).

A) L'adaptation possible de la motivation à l'urgence

1245. Aucune des dispositions précitées consacrant l'obligation de motivation des décisions ne prévoit que les juridictions *ad quem* puissent limiter, reporter ou exclure la motivation de leurs décisions, arrêts et avis rendus à titre préjudiciel. De même, les deuxième et troisième chapitres du règlement de procédure de la Cour de justice de l'UE relatifs aux procédures préjudicielles accélérée et d'urgence ne prévoient aucunement que la motivation d'un arrêt peut être allégée au titre de l'urgence à statuer sur un renvoi préjudiciel.

Pourtant, au titre de l'urgence, le juge des lois pourrait, de manière justifiée, limiter le volume de la motivation de ses décisions (1). De manière plus souhaitable encore, il pourrait lui être possible de préférer reporter ultérieurement la publication de cette motivation (2).

1) La possibilité justifiée de limiter le volume de la motivation

1246. Une motivation allégée des décisions administratives justifiable par les contraintes de l'urgence à agir. En dehors du cadre juridictionnel, l'« urgence absolue » peut légalement dispenser l'administration de motiver les actes administratifs qu'elle adopte dans ces situations²⁴¹⁷. En d'autres termes, l'« urgence absolue » n'entache pas d'illégalité un acte administratif dépourvu de motivation.

De même, la Cour de justice de l'UE a pu considérer que l'urgence et la complexité d'un domaine d'intervention pouvaient rendre impossible la motivation d'un acte adopté par la Commission européenne, sans pour autant qu'il puisse être déclaré invalide sur le fondement de ce vice²⁴¹⁸.

²⁴¹⁷ Articles L. 211-6 du code des relations entre le public et l'administration : « Lorsque l'urgence absolue a empêché qu'une décision soit motivée, le défaut de motivation n'entache pas d'illégalité cette décision ». À titre comparatif, la Belgique ne conçoit pas l'urgence comme une situation dispensant l'administration de motiver les actes qu'elle édicte. En effet, l'article 5 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs prévoit que « l'urgence n'a pas pour effet de dispenser l'autorité administrative de la motivation formelle de ses actes ».

²⁴¹⁸ CJCE, 1 décembre 1965, *Schwartz*, C-16/65, *Rec.*, p. 1096 : « le degré de précision de la motivation d'une décision [de la Commission] de cette nature doit être proportionné aux possibilités matérielles et aux conditions [...] de délai dans lesquelles elle doit intervenir ».

1247. Concernant le cas des décisions juridictionnelles, l'urgence ne saurait être invoquée par le juge pour s'exempter du respect de l'exigence de motivation. En revanche, l'urgence peut tout à fait justifier la limitation du volume de la motivation aussi bien dans le cadre des décisions rendues au provisoire que de celles rendues au fond par les juridictions *ad quem* saisies d'un renvoi préalable.

1248. Une motivation allégée des ordonnances rendues au provisoire dans le cadre de procédures d'urgence. L'urgence est assurément une contrainte permettant au juge des référés de limiter le volume de sa motivation. Mais, c'est également et surtout la « nature provisoire »²⁴¹⁹ de ces ordonnances qui justifie le caractère succinct de la motivation des ordonnances de référé. Un jugement rendu dans le cadre d'une procédure de référé d'urgence peut en effet « légitimement s'accompagner d'une motivation plus laconique qu'un jugement sur le fond »²⁴²⁰.

C'est en ce sens que l'étendue de la motivation devant le juge administratif dépend de la procédure concernée²⁴²¹. L'exigence de motivation des ordonnances rendues par le juge administratif s'applique à celui des référés d'urgence et, par application de l'article L. 9 du CJA, à celles rendues au titre des articles R. 222-1 et R. 222-13 de ce code pour le fonctionnement des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel. C'est par exemple ainsi que les ordonnances rendues par le juge unique statuant sur le fondement des procédures prévues à ces articles « sont souvent peu motivées »²⁴²².

La Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne va plus loin encore puisqu'elle peut communiquer aux parties une ordonnance provisoire ou l'opposition à cette dernière sans aucune motivation²⁴²³.

²⁴¹⁹ F. MALHIÈRE, *La brièveté des décisions de justice (Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation) : contribution à l'étude des représentations de la justice*, Dalloz, 2013, p. 317.

²⁴²⁰ J. PETIT, « La motivation des décisions du juge administratif français », in S. CAUDAL (dir.), *La motivation en droit public*, Dalloz, 2013, p. 225. Selon le professeur Laurent Richer, les procédures de référé administratif d'urgence incitent le juge à « ne pas trop perdre de temps sur la motivation de ses décisions » : L. RICHER, « L'instance de référé d'urgence », *RFDA*, 2002, n° 2, p. 269 ; F. MALHIÈRE, *La brièveté des décisions de justice (Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation) : contribution à l'étude des représentations de la justice, op. cit.*, p. 317.

²⁴²¹ M. CHATEAU-GRINE, *La motivation des décisions du juge administratif*, Thèse dact., Université de Nantes, 2018, p. 38 et s.

²⁴²² B. SEILLER, « Le juge unique », *AJDA*, 2012, p. 1205.

²⁴²³ Paragraphe 32-5 de la loi relative à la Cour constitutionnelle fédérale. La motivation de cette ordonnance est en réalité ultérieurement reportée : voir *infra*.

1249. L'allègement de la motivation dans un objectif de gain de temps ne concerne pas uniquement les affaires jugées au provisoire dans le cadre des procédures de référés. Il est à ce propos marquant de noter qu'à titre expérimental, pour une durée de deux ans à partir du 1^{er} septembre 2021, les arrêts rendus au fond par le Comités de trois juges de la Cour EDH seront rédigés de manière « nettement plus concise »²⁴²⁴ pour accélérer le règlement des affaires et réduire l'arriéré de la Cour. Pour faire face à l'urgence, cette réduction de la motivation est aussi envisageable dans le cadre des avis et décisions rendus au fond et sur renvoi par les juridictions *ad quem*.

1250. Une motivation allégée des avis et décisions rendus au fond et sur renvoi justifiable par les contraintes de l'urgence à juger. À première vue, une motivation allégée des décisions juridictionnelles rendues dans l'urgence pourrait permettre d'accélérer leur formation²⁴²⁵ et serait inhérente aux contraintes de l'urgence qui enserrant leur adoption. La célérité, et plus encore l'urgence, peuvent en effet être sources de limitation de la motivation des décisions de justice²⁴²⁶. Il est évident que lorsque le juge est sommé d'agir vite, le temps court pèse sur sa capacité à nourrir la motivation de ses décisions.

1251. La possibilité de réduire le volume de la motivation des décisions rendues par les juridictions *ad quem* est d'autant plus envisageable que l'exercice de motivation est « facilité »²⁴²⁷ dans le cadre du mécanisme de renvoi préalable notamment par rapport aux recours juridictionnels classiques. En ce sens, le juge des lois n'est pas contraint par les arguments et moyens des parties ainsi que par ceux de la juridiction de renvoi. La Cour EDH considère d'ailleurs que l'obligation de motiver dépend « des circonstances de chaque

²⁴²⁴ https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=court/howitworks&c=fre#n14731710425739772608775_pointer

²⁴²⁵ En ce sens : J.-Y. CARO, « Les dimensions économiques de la décision judiciaire, perceptions et pratiques des magistrats : entretiens avec des magistrats du siège », *Ass. d'études et de recherches de l'École nationale de la magistrature*, 1990, p. 90.

²⁴²⁶ D. CHOLET, *La célérité de la procédure en droit processuel*, LGDJ, 2006, pp. 137-138.

²⁴²⁷ G. CASU, *Le renvoi préalable. Essai sur l'unification préjudicielle de l'interprétation*, LGDJ, 2016, pp. 304 et s. L'exercice de motivation est notamment facilité par le pouvoir du juge des lois de soulever des moyens d'office et celui de reformuler la question de droit renvoyée par le juge *a quo*.

affaire »²⁴²⁸ et que l'article 6 § 1 de la Conv. EDH n'exige pas de réponse systématique à tous les arguments déployés par les parties²⁴²⁹.

C'est par exemple ainsi que la Cour EDH ne s'estime pas tenue « de répondre à chacun des moyens et arguments qui lui sont soumis »²⁴³⁰ dans la demande d'avis consultatif ni de « développer en détail les fondements de sa réponse »²⁴³¹.

1252. Même si le Président du Conseil constitutionnel invite à ne pas faire de rapprochement²⁴³², la brièveté des délais dans lesquels le Conseil constitutionnel doit statuer lorsqu'il est appelé à contrôler la constitutionnalité des lois peut expliquer le caractère concis de la motivation des décisions qu'il rend²⁴³³.

Cette justification n'est d'ailleurs pas critiquable au regard des exigences de la Cour EDH en matière de respect du droit à un procès équitable. En effet, lorsqu'elle se penche sur le respect de l'exigence de motivation des décisions juridictionnelles par les juridictions nationales, la Cour de Strasbourg intègre dans son examen le cadre temporel dans lequel un juge doit statuer, spécialement lorsque celui-ci est bref.

L'on peut également considérer que la motivation brève du premier avis de la Cour EDH est une marque de la volonté d'aller vite²⁴³⁴. Cette concision serait « le résultat d'un pragmatisme bien pensé où l'économie procédurale se conçoit tout particulièrement dans le champ consultatif »²⁴³⁵. Eu égard au délai total dans lequel cet avis a été rendu, qui fut en l'espèce de six mois, l'on est porté à douter que la motivation « brève » de l'avis ait pu jouer un rôle significatif pour la rapidité de la procédure.

²⁴²⁸ CEDH, 9 décembre 1994, *Ruiz Torija et Hiro Balani c. Espagne*, n° 18390/91, § 29 ; CEDH, 19 février 1998, *Higgins e. a. c. France*, n° 20124/92, § 42 ; CEDH, 21 mai 2002, *Jokela c. Finlande*, n° 28856/95, § 72 ; CEDH, 9 novembre 2004, *O.B. Heller c. République tchèque*, n° 55631/00 et 55728/00, § 2.4.5.

²⁴²⁹ CEDH, *Garcia Ruiz c. Espagne*, n° 30544/96, § 26 ; CEDH, 19 avril 1994, *Van de Hurk c. Pays-Bas*, § 61 ; CEDH, 9 novembre 2004, *O.B. Heller c. République tchèque*, n° 55631/00 et 55728/00 : L'exigence de motivation « ne peut se comprendre comme exigeant une réponse détaillée à chaque argument ».

²⁴³⁰ CEDH, GC, avis, 10 avril 2019, *Reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention demandé par la Cour de cassation française*, n° P16-2018-001, § 34.

²⁴³¹ *Ibid.*

²⁴³² CC, *Rapport d'activité 2020*, 2021, p. 19 : « l'économie du style de rédaction [des décisions] ne doit pas être assimilée à une économie de temps ».

²⁴³³ M. KAMAL, *Le Conseil constitutionnel et le temps*, Thèse dact., Université de Montpellier, 2018, p. 342 : « la contrainte du "temps du jugement" a un impact sur la motivation du Conseil constitutionnel, et certainement sur sa brièveté ». Voir également : N. BELLOUBET, « La motivation des décisions du Conseil constitutionnel : justifier et réformer », *NCCC*, 2017/2, n° 55-56, p. 17.

²⁴³⁴ T. LARROUTUROU, « Coup de projecteur sur les aspects procéduraux du premier avis rendu dans le cadre du Protocole 16 à la Convention européenne des droits de l'homme », *Rec. Dall.*, 2019, n° 25, p. 1404.

²⁴³⁵ L. BURGORGUE-LARSEN, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme (janvier – août 2019) », *AJDA*, 2019, n° 31, p. 1803.

1253. Afin de gagner du temps, il est, dans les situations d'urgence, une solution alternative souhaitable consistant non pas à limiter quantitativement le contenu de la motivation, mais simplement à en reporter sa publication.

2) La possibilité souhaitable de différer la motivation

1254. Il n'est pas tout à fait exagéré de considérer que, parfois, les justiciables²⁴³⁶ et les juges *a quibus* puissent n'être principalement intéressés que par le dispositif d'une décision du juge des lois²⁴³⁷. Cela peut s'avérer d'autant plus probable lorsque la décision du juge *ad quem* attendue porte sur la question de la validité d'une loi, comme cela est le cas dans la procédure de la QPC. Pour un justiciable, l'ultime finalité de ce renvoi est d'obtenir du Conseil constitutionnel qu'il prononce l'abrogation d'une disposition législative considérée comme contraire à ses droits et libertés qu'il tire de la Constitution.

En cas de décision prononçant la conformité ou la non-conformité d'une loi aux droits fondamentaux, après le délibéré, il pourrait être décidé de faire directement part au juge *a quo*, saisi par l'urgence d'une affaire, du seul dispositif de la décision. Sans devoir attendre le contenu de la motivation, le juge de renvoi pourrait ainsi plus rapidement régler le litige dont il est saisi sur la simple base du dispositif. Cela pourrait s'avérer particulièrement efficace en cas de décision du Conseil constitutionnel prononçant l'inconstitutionnalité avec effet immédiat d'une disposition législative ou de décision de conformité à la Constitution. Il pourrait souhaitablement en aller de même pour les arrêts de la Cour de Luxembourg rendus sur un renvoi préjudiciel en appréciation de validité selon la procédure préjudicielle accélérée ou d'urgence²⁴³⁸.

1255. Une fois le dispositif communiqué au juge *a quo*, le juge des lois devrait ensuite obligatoirement publier sa décision accompagnée de ses motifs.

²⁴³⁶ J.-Y. CARO, « Les dimensions économiques de la décision judiciaire, perceptions et pratiques des magistrats : entretiens avec des magistrats du siège », *Ass. d'études et de recherches de l'École nationale de la magistrature*, 1990, p. 90 : « Les partisans de la motivation allégée brocardent le magistrat rédigeant un jugement dans l'esprit du chef d'œuvre moyenâgeux, alors que le justiciable n'est intéressé que par les dernières lignes ».

²⁴³⁷ Par définition, les avis contentieux du Conseil d'État et les avis consultatifs de la Cour EDH ne présentent pas de dispositifs.

²⁴³⁸ Concernant la PPU, cette idée a déjà pu être soutenue pour répondre aux situations urgentes portées devant les juridictions nationales : A. TIZZANO, P. IANNUCELLI, « La procédure préjudicielle d'urgence devant la Cour de justice : Premier bilan et nouvelles questions », in L. WEITZEL (dir.), *L'Europe des droits fondamentaux : Mélanges en l'hommage à Albert Weitzel*, Pedone, 2013, p. 215.

C'est par exemple ainsi qu'afin de répondre le plus rapidement possible aux situations urgentes, la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne peut motiver ultérieurement une ordonnance provisoire, c'est-à-dire après qu'elle a été communiquée aux parties et commencée à être mise à exécution²⁴³⁹.

1256. La possibilité souhaitable de différer la publication des opinions séparées. Sur le fondement de l'article 94 § 8 du règlement de procédure de la Cour EDH, « tout juge peut, s'il le désire, joindre à l'avis consultatif de la Cour soit l'exposé de son opinion séparée, concordante ou dissidente, soit une simple déclaration de dissentiment ». La possibilité de produire une opinion séparée est assurément un facteur important de ralentissement de la procédure puisqu'elle implique un travail supplémentaire de rédaction puis de traduction. Elle n'est d'ailleurs aucunement limitée dans les situations d'urgence justifiant la mise en œuvre de la procédure accélérée. C'est pourquoi, il pourrait y avoir lieu de permettre à la Grande chambre, dans ces situations, de décider de la publication d'un avis dès son adoption puis de publier séparément et à une date ultérieure les éventuelles opinions séparées qu'un ou plusieurs juges auraient pu manifester.

1257. Les possibilités de limitation ou de report dans le temps de la production d'une décision juridictionnelle motivée ne sont pas inexistantes et demeurent justifiables par les contraintes de l'urgence. Pourtant, même si ces solutions sont particulièrement intéressantes dans les situations urgentes, le juge des lois refuse d'alléger la motivation de ses décisions.

B) Le refus d'une motivation allégée dans les situations d'urgence

1258. Il est faux de croire que, de manière générale, les contraintes liées aux délais réduits dans lesquels le juge rend sa décision se répercutent sur la longueur de la motivation. Non seulement la motivation des décisions rendues sur des renvois urgents n'est pas moins conséquente, en termes de volume, que celle des décisions rendues sur des renvois non urgents (1), mais elle peut aussi être potentiellement plus fournie (2).

1) Une motivation des décisions urgentes équivalente à celle des

²⁴³⁹ Paragraphe 32-5 de la loi relative à la Cour constitutionnelle fédérale : « La Cour constitutionnelle fédérale peut communiquer sans motifs sa décision relative à l'ordonnance provisoire ou l'opposition à cette dernière. Dans ce cas, *les motifs doivent ultérieurement* être communiqués aux parties à la procédure ». Nous soulignons.

1259. Une motivation traditionnellement brève des décisions et avis des juridictions *ad quem* internes saisies d'un renvoi. De manière traditionnelle, l'*imperatoria brevis* caractérise en temps normal la motivation des décisions « QPC » du Conseil constitutionnel²⁴⁴⁰ et des avis contentieux du Conseil d'État²⁴⁴¹. Ces derniers se résument quasi systématiquement par la présence d'un ou deux paragraphes dans le corps de l'avis.

En soi, le caractère particulièrement bref des motifs des décisions et avis des juridictions *ad quem* internes saisies d'un renvoi n'est pas contraire à l'exigence de motivation telle qu'elle est définie par la Cour EDH. L'étendue de cette obligation peut en effet varier selon la « nature » de la décision, mais aussi des « coutumes »²⁴⁴² ou « conceptions doctrinales »²⁴⁴³ relatives à la présentation de la rédaction des arrêts. En tout état de cause, le caractère particulièrement bref des décisions du Conseil constitutionnel et avis du conseil d'État n'offre aucune marge de manœuvre pour en réduire le volume, à moins de mettre à néant leur motivation.

1260. Une motivation des arrêts rendus au titre des procédures préjudicielles accélérée et d'urgence pas moins importante que celle des arrêts rendus au titre de la procédure ordinaire. La Cour de justice de l'UE est habituée à rendre des arrêts amplement motivés²⁴⁴⁴. À l'heure des premiers bilans de la PPU et de la nouvelle version de la PPA, l'on a

²⁴⁴⁰ Voir notamment : J.-J. URVOAS, *Rapport d'information sur la question prioritaire de constitutionnalité*, Assemblée Nationale, mars 2013, n° 842, p. 51 ; W. MASTOR, *L'art de la motivation, substance du droit : mieux motiver pour mieux juger*, Dalloz, 2020, pp. 44 et s. ; P. WACHSMANN, « Misère du contrôle de constitutionnalité des lois en France : la décision relative à l'incrimination des clients des prostituées », *Jus Politicum*, 21 février 2019. Le recours à des motifs stéréotypés caractérise également les décisions « QPC » du Conseil constitutionnel. Le professeur Denis Barranger évoque à ce propos le caractère faible et « hyperformaliste » de la motivation des décisions du Conseil constitutionnel : D. BARANGER, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle », *Jus politicum*, 2012, n° 7, p. 5.

²⁴⁴¹ Sur la brièveté des avis contentieux des cours suprêmes : F. MALHIÈRE, *La brièveté des décisions de justice (Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation) : contribution à l'étude des représentations de la justice*, Dalloz, 2013, pp. 286 et s. L'auteur considère toutefois que les avis contentieux du Conseil d'État sont plus argumentés et pédagogiques que ceux, plus laconiques, de la Cour de cassation : *Ibid.*, p. 290. La brièveté des avis contentieux formulés par les cours suprêmes serait même dictée par la nature de la norme contrôlée : « l'autorité chargée de donner l'interprétation officielle de la loi n'a, au contraire, pas lieu de se justifier, pas plus que n'a à le faire le législateur lui-même. Bien mieux, le faire affaiblirait son interprétation ; l'*imperatoria brevis* des arrêts suprêmes emprunte le style concis et ferme des lois » : F. ZENATI, « La nature juridique de la Cour de cassation », *BICC*, 15 avril 2003, n° 575.

²⁴⁴² CEDH, 9 décembre 1994, *Ruiz Torija et Hiro Balani c. Espagne*, n° 18390/91, § 29 ; CEDH, 19 février 1998, *Higgins e. a. c. France*, n° 20124/92, § 42.

²⁴⁴³ *Ibid.*

²⁴⁴⁴ Concernant la CJUE : L. COUTRON, « Style des arrêts de la Cour de justice et normativité de la jurisprudence communautaire », *RTDE*, 2009, p. 643 ; L. COUTRON, « La pratique de la motivation par la Cour de justice de l'Union européenne », *Lamy droit civil*, 2012, p. 74.

pu penser que les motivations des premiers arrêts étaient « plus courtes »²⁴⁴⁵ comparativement aux arrêts rendus au titre de la procédure préjudicielle ordinaire. À titre d'exemple, le manque d'approfondissement de certains arrêts relatifs au mandat d'arrêt européen rendus par la PPU a pu susciter quelques critiques²⁴⁴⁶. Toutefois, la professeure Laure Clément-Wilz relève, à juste titre, que « si la critique peut paraître fondée, on peut se demander si elle concerne spécifiquement les arrêts prononcés par voie de PPU »²⁴⁴⁷ sur cette matière.

Aujourd'hui, la question ne fait plus grands débats tant l'expérience a pu démontrer que la motivation des arrêts rendus au titre des procédures préjudicielles accélérée et d'urgence n'est pas moins importante que celle des arrêts rendus au titre de la procédure préjudicielle ordinaire. L'on peut à ce propos pleinement rejoindre madame Emilie Chevalier selon qui, dans les arrêts prononcés sur le fondement des procédures accélérée et d'urgence, « l'obligation de motivation n'est pas négligée »²⁴⁴⁸. Le regard global porté par cette auteure sur la jurisprudence laisse en effet apercevoir « un certain soin apporté de la part du juge » aux motivations des arrêts préjudiciels qui « demeurent conséquentes et suffisamment détaillées »²⁴⁴⁹. Deux membres de la Cour de justice de l'UE considèrent pareillement que les décisions PPU sont « solidement motivées » et qu'elles ne se distinguent « aucunement » des décisions rendues à l'issue de la procédure ordinaire²⁴⁵⁰.

1261. La doctrine est partagée sur le point de savoir si les premiers avis rendus par la Cour EDH sont plus ou moins motivés. Selon certains commentateurs, le premier avis est « solidement »²⁴⁵¹ et « soigneusement »²⁴⁵² motivé. D'autres considèrent en revanche, alors même qu'il portait sur une question de droit sensible, que sa motivation est laconique et « exceptionnellement synthétique »²⁴⁵³. Ces opinions relatives au volume de la motivation des

²⁴⁴⁵ E. CHEVALIER, « La promotion d'une justice rapide remet-elle en cause le droit au recours effectif ? Le cas de la Cour de justice de l'Union européenne », *RTDE*, 2013, n° 4, p. 710-1.

²⁴⁴⁶ C. BARNARD, « The PPU : Is it Worth the candle ? An early assessment », *ELR*, 2009, p. 291.

²⁴⁴⁷ L. CLÉMENT-WILZ, « La procédure préjudicielle d'urgence, nouveau théâtre du procès européen », *CDE*, 2012, n° 1, p. 139.

²⁴⁴⁸ E. CHEVALIER, « La promotion d'une justice rapide remet-elle en cause le droit au recours effectif ? Le cas de la Cour de justice de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 710-1.

²⁴⁴⁹ *Ibid.*

²⁴⁵⁰ A. TIZZANO et B. GENCARELLI, « La procédure préjudicielle d'urgence devant la Cour de justice de l'Union européenne », in *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Dalloz, 2010, p. 650.

²⁴⁵¹ F. SUDRE, « La reconnaissance du lien de filiation d'un enfant né d'une GPA à l'étranger avec la mère d'intention », *JCP*, 2019, n° 16, p. 773.

²⁴⁵² H. FULCHIRON, « Premier avis de la Cour européenne des droits de l'Homme : un dialogue exemplaire ? », *Rec. Dall.*, 2019, n° 19, p. 1084.

²⁴⁵³ L. BURGORGUE-LARSEN, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme (janvier – août 2019) », *AJDA*, 2019, n° 31, p. 1803.

avis ont été formulées en comparaison avec la motivation habituelle des arrêts rendus sur recours individuel. C'est pourquoi, la motivation du premier avis a pu paraître particulièrement brève²⁴⁵⁴.

Mais, si l'on compare les avis entre eux, le deuxième qui a pourtant été rendu au titre de la procédure accélérée, est plus long que le premier puisqu'il comporte une trentaine de paragraphes en plus et qu'il intègre l'exposé de l'opinion séparée concordante du juge *ad hoc* Arman Sarvarian. À ce stade, la motivation des avis considérés comme urgents est donc au moins équivalente à celle de ceux rendus dans le cadre de demandes non urgentes.

2) Une motivation potentiellement renforcée dans les situations d'urgence

1262. Contrairement à une idée simplificatrice, les décisions rendues en urgence par les cours suprêmes françaises et le Conseil constitutionnel sont « bien souvent plus longues que les autres »²⁴⁵⁵, c'est-à-dire que celles où le juge n'est pas pressé par le temps. Par exemple, alors même qu'elle a été rendue en seulement dix jours, soit dans un délai particulièrement bref, il est à noter que la décision DC du 5 août 2021 relative à l'extension du « passe sanitaire » comporte 125 paragraphes²⁴⁵⁶. Il s'agit donc clairement d'une décision du Conseil constitutionnel qui fait partie de celles dont la motivation est la plus longue.

Dans le cadre spécifique des renvois, l'urgence n'apparaît pas comme un facteur de réduction de la motivation des décisions rendues par les juridictions *ad quem*. Dans les situations d'urgence, cette motivation peut au contraire être accrue sous les effets de la concrétisation de l'opération de contrôle des lois et de la détermination des effets des décisions (a). Une motivation renforcée peut également s'avérer d'autant plus nécessaire pour faciliter l'utilité de la prise de décision de la juridiction *a quo* et ainsi être plus aisément comprise et rapidement suivie par un juge de renvoi de l'urgence (b).

²⁴⁵⁴ L. LAVRYSEN, « The mountain gave birth to a mouse : the first Advisory Opinion under Protocol No. 16 », 24 avril 2019, *Strasbourg Observers* (en ligne : <https://strasbourgobservers.com/2019/04/24/the-mountain-gave-birth-to-a-mouse-the-first-advisory-opinion-under-protocol-no-16/>) ; T. LARROUTUROU, « Coup de projecteur sur les aspects procéduraux du premier avis rendu dans le cadre du Protocole 16 à la Convention européenne des droits de l'homme », *Rec. Dall.*, 2019, n° 25, p. 1404.

²⁴⁵⁵ Recours juridictionnels et renvois préalables confondus : F. MALHIÈRE, *La brièveté des décisions de justice (Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation) : contribution à l'étude des représentations de la justice*, Dalloz, 2013, p. 27.

²⁴⁵⁶ CC, décision n° 2021-824 DC, 5 août 2021, *Loi relative à la gestion de la crise sanitaire*.

a) La concrétisation du contrôle des lois sous l'effet de l'urgence, source d'une motivation renforcée

1263. Les méthodes de raisonnement du juge se répercutent au stade de la motivation formelle. La fonction des juges *ad quem* des renvois est de rendre, par un raisonnement abstrait, une décision sur des questions de droit. Ils ne sauraient par conséquent fonder la motivation de leurs décisions ou avis sur les faits tirés de l'espèce du litige principal²⁴⁵⁷. C'est ainsi qu'à la différence des cours européennes, les deux juridictions du Palais Royal ne font jamais référence, ni même de moindre rappel, y compris dans les situations d'urgence, aux faits de l'espèce du litige principal. C'est notamment au regard de cette considération que le caractère abstrait du contrôle des lois peut être avancé pour justifier la concision de la motivation du résultat de l'opération de contrôle des lois²⁴⁵⁸. À l'inverse, en cas de concrétisation, la motivation du contrôle des lois devrait pouvoir s'étoffer²⁴⁵⁹. La prise en compte des faits urgents du litige principal peut en effet appeler une motivation enrichie. En plus des éléments de droit, la motivation devra aussi faire transparaître les données factuelles justifiant la réponse apportée à la question posée sur renvoi.

1264. Deux QPC « urgentes » renvoyées par le juge du référé-liberté ont fait l'objet de décisions du Conseil constitutionnel remarquablement motivées. Il a été évoqué précédemment que, dans ces situations, le Conseil constitutionnel avait tendance à concrétiser son contrôle de constitutionnalité spécialement au moment de la formulation des réserves d'interprétation²⁴⁶⁰. La QPC relative à la durée des émissions des campagnes électorales en vue des élections législatives²⁴⁶¹ et celle portant sur les conditions de prolongation des assignations à résidence au-delà d'un an²⁴⁶² démontrent le souci de précision des réserves d'interprétation formulées pour les dispositions législatives contrôlées. En effet, au dernier paragraphe de sa décision QPC *Association en marche !*, le Conseil constitutionnel détaille avec minutie le régime de

²⁴⁵⁷ G. CASU, *Le renvoi préalable. Essai sur l'unification préjudicielle de l'interprétation*, LGDJ, 2016, pp. 297 et s.

²⁴⁵⁸ Concernant par exemple la concision du contrôle abstrait de la constitutionnalité des lois par le Conseil constitutionnel : N. BELLOUBET, « La motivation des décisions du Conseil constitutionnel : justifier et réformer », *NCCC*, 2017/2, n° 55-56, p. 17.

²⁴⁵⁹ J. BONNET et A. ROBLOT-TROIZIER, « La concrétisation des contrôles de la loi », *RFDA*, 2017, n° 5, p. 821.

²⁴⁶⁰ Voir *supra* : Partie 2 ; Titre 1 ; Chapitre 2 ; Section 2, Paragraphe 2.

²⁴⁶¹ CC, décision n° 2017-651 QPC, 31 mai 2017, *Association En Marche ! [Durée des émissions de la campagne électorale en vue des élections législatives]*.

²⁴⁶² CC, décision n° 2017-624 QPC, 16 mars 2017, *M. Sofiyon I. [Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence II]*.

distribution du temps d'émission accordé aux partis et mouvements politiques. Également, dans le paragraphe 17 de sa décision, le Conseil constitutionnel énumère précisément les conditions de fait liées à la prolongation d'une mesure d'assignation à résidence prise en application de la loi relative à l'état d'urgence au-delà d'un an.

Toutefois, sans pouvoir constituer une certitude, il est honnête de suggérer que la richesse inhabituelle des motivations des réserves prononcées dans ces deux décisions soit possiblement encouragée par la sensibilité du contexte politique et non pas forcément par l'urgence. Le premier étant celui d'une éprouvante campagne présidentielle qui venait de prendre fin et laissait place à celle des législatives et le second étant celui de l'état d'urgence sécuritaire²⁴⁶³.

1265. Plus la décision du juge des lois correspond dans sa réponse aux faits du litige, plus son utilité pour le juge *a quo* sera grande. Par conséquent, de la clarté et de la suffisance de la motivation dépend la capacité du juge *a quo* à rapidement comprendre puis faire application de la décision ou de l'avis à la situation d'urgence à laquelle il doit apporter une solution.

b) Le renforcement de l'utilité de la décision pour le juge de renvoi, source d'une motivation accrue

1266. L'allègement de la motivation au titre de l'urgence pourrait avoir des effets pervers, voire contradictoires par rapport à l'objectif de réduction des délais de jugement. Le renvoi préalable est un mécanisme de juge à juge ; de ce fait, le temps gagné devant l'un grâce à une diminution de la motivation est fortement susceptible de se répercuter sur le temps perdu par l'autre à saisir les éléments qui ont souffert de cette amputation. Cela vaut d'ailleurs dans les deux sens de fonctionnement d'un renvoi préalable, c'est-à-dire du premier qui part du dessaisissement du juge *a quo* au profit du juge *ad quem* et du second qui fait le chemin inverse. L'on a largement pu souligner l'importance, en dépit de son caractère chronophage, de la motivation suffisante par le juge *a quo* de la consistance de la difficulté qu'il éprouve ou du doute qu'il nourrit sur la conformité d'une loi aux droits fondamentaux²⁴⁶⁴, d'une part, et sur la

²⁴⁶³ Voir en ce sens la motivation particulièrement précise et fournie des QPC suivantes relatives à l'état d'urgence sécuritaire : CC, décision n° 2015-527 QPC, 22 décembre 2015, *M. Cédric D. [Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence]*, consid. 15 ; CC, n° 2016-535 QPC, 19 février 2016, *Ligue des droits de l'homme [Police des réunions et des lieux publics dans le cadre de l'état d'urgence]*, consid. 14 ; CC, décision n° 2016-536 QPC, 19 février 2016, *Ligue des droits de l'homme [Perquisitions et saisies administratives dans le cadre de l'état d'urgence]*, consid. 10 ; CC, décision, n° 2016-567/568 QPC, 23 septembre 2016, *M. George F. et autre [Perquisitions et saisies administratives dans le cadre de l'état d'urgence II]*.

²⁴⁶⁴ Voir *supra* : Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, Paragraphe 1.

réalité de l'urgence²⁴⁶⁵, d'autre part. Afin de statuer utilement, le juge *ad quem* doit en effet saisir de la manière la plus précise possible la question de droit qui lui est posée et l'urgence qu'il y a à y répondre.

Dans le sens retour du renvoi, de la motivation suffisamment précise apportée par le juge des lois à la ou les questions de droit, dépend la bonne compréhension et mise en application de sa décision par le juge *a quo*²⁴⁶⁶ chargé de les appliquer mais aussi par les parties²⁴⁶⁷. Même s'il est souvent un juge expérimenté, le juge *a quo* de l'urgence n'en demeure pas moins souvent un juge statuant seul. Il peut par conséquent lui être mal aisé de saisir et d'appliquer en urgence une décision faiblement ou mal motivée. Pour faire face à l'urgence à laquelle il est confronté, il lui est donc d'une aide précieuse de bénéficier d'une décision suffisamment précise pour ne pas susciter de nouvelles difficultés d'interprétation. En d'autres termes, de la précision de la motivation du juge *ad quem* dépend sa correcte application par le juge *a quo* et, à plus forte raison, lorsque celui-ci est pressé par l'urgence de l'affaire dont il est saisi²⁴⁶⁸. Pareillement, de la bonne et suffisante motivation des décisions des cours suprêmes dépend l'application correcte, uniforme et effective de leur jurisprudence par les juridictions inférieures²⁴⁶⁹.

²⁴⁶⁵ Voir *supra* : Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, Paragraphe 1.

²⁴⁶⁶ La motivation « favorise l'acceptation et la compréhension des décisions de la Cour par [...] les juges nationaux chargés d'appliquer la décision rendue » : L. COUTRON, « La pratique de la motivation par la Cour de justice de l'Union européenne », *Lamy droit civil*, 2012, p. 74.

²⁴⁶⁷ Le déroulement du syllogisme retenu par le juge permet aux parties de mieux appréhender ce qui a conduit le juge jusqu'au dispositif de sa décision. Ces deux avantages de la motivation ressortent de la jurisprudence de la Cour EDH issue de l'arrêt *Taxquet c. Belgique* du 16 novembre 2010, qui précise que « la motivation a également pour finalité de montrer aux parties qu'elles ont été entendues et, ainsi, de contribuer à une meilleure acceptation de la décision » : CEDH, 16 novembre 2010, *Taxquet c. Belgique*, n° 926/05, pt. 91. Selon Laurent Coutron, la motivation « favorise l'acceptation et la compréhension des décisions de la Cour par les justiciables » : L. COUTRON, « La pratique de la motivation par la Cour de justice de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 74.

²⁴⁶⁸ D'autres considèrent en revanche qu'une motivation brève ne laisse place « ni à des incertitudes ni à des interprétations excessives » de la part du juge *a quo* chargé d'appliquer une décision du juge des lois : N. BELLOUBET, « La motivation des décisions du Conseil constitutionnel : justifier et réformer », *NCCC*, 2017/2, n° 55-56, p. 12 ; Il a également été soutenu que l'allègement de la motivation permet à la Cour de Strasbourg de rendre un avis rédigé en termes « plus clairs, car plus synthétiques et moins contextualisés, pour faciliter leur adaptation à la situation des différents États membres » : P. DEUMIER et H. FULCHIRON, « Première demande d'avis à la CEDH : vers une jurisprudence "augmentée" ? », *Rec. Dall.*, 2019, n° 4, p. 228.

²⁴⁶⁹ Concernant spécialement l'ordre juridictionnel administratif, voir : J. RIVERO, « Le Conseil d'État, Cour régulatrice », *Dalloz*, 1954, chron., p. 157 ; F. GAZIER, « De quelques perspectives ouvertes par la récente réforme du contentieux administratif », *RDP*, 1954, p. 669, spéc. p. 680 ; Concernant spécialement, la pédagogie du Conseil d'État lors de la création des référés administratifs d'urgence pour l'unification de l'application des règles de procédure : R. DENOIX DE SAINT MARC, « Les procédures d'urgence : premier bilan », *AJDA*, 2002, n° 1, p. 1.

En dehors même de toute situation d'urgence, la motivation assez faible du premier avis consultatif rendu par la Cour EDH fut à ce titre critiquée en ce qu'elle n'était pas de nature à suffisamment éclairer le juge de renvoi pour la résolution du litige dont il était saisi²⁴⁷⁰.

²⁴⁷⁰ L. LAVRYSEN, « The mountain gave birth to a mouse : the first Advisory Opinion under Protocol No. 16 », 24 avril 2019, *Strasbourg Observers* (en ligne : <https://strasbourgobservers.com/2019/04/24/the-mountain-gave-birth-to-a-mouse-the-first-advisory-opinionunder-protocol-no-16/>).

Conclusion du Chapitre 1

1267. Dès la fin du XVI^e siècle, Shakespeare démontrait, dans le « Marchand de Venise », qu'il est possible de juger équitablement un litige dans l'urgence. À ce propos, les exigences habituelles du droit à un procès équitable devant le juge des lois ne sont pas sensiblement touchées par la pression de l'urgence. Au regard de la qualité et de la légitimation des décisions de justice qu'apportent leur suffisante motivation ainsi que la correcte observation des exigences du contradictoire, le juge des lois a tout intérêt à ne pas négliger, dans les situations d'urgence, le respect de ces composantes du droit processuel fondamental à un procès équitable.

1268. Selon Olivier Gohin, il n'y a pas « d'opposition de principe entre contradiction et rapidité »²⁴⁷¹. Il ajoute justement que « contradiction et urgence ne sont pas à opposer, mais bien à concilier »²⁴⁷². Force est de constater que les procédures de traitement des renvois y parviennent parfaitement en ce sens que l'exercice effectif d'un échange contradictoire est en toute circonstance garanti. Alors que la procédure préjudicielle d'urgence exerce une « pression considérable »²⁴⁷³ sur les intervenants à la procédure, l'on peut tirer la conclusion d'un « compromis assez heureux »²⁴⁷⁴ entre l'exigence de célérité de cette procédure et celle de la contradiction. Mais même si les limites apportées au contradictoire dans la PPU revêtent une certaine importance comparativement aux autres procédures de traitement des renvois, force est de constater qu'elles n'ont pas entamé la qualité des solutions apportées aux affaires réglées selon cette procédure. C'est pourquoi, dans le cadre de cette procédure d'urgence, cette bonne conciliation favorise le rendu, par la Cour, d'un arrêt « réellement informé »²⁴⁷⁵. L'on peut tout de même préciser que la limitation de la participation des parties au contradictoire est à peine perceptible mais que les tiers au procès sont en revanche plus franchement restreints dans les modalités de participation au contradictoire.

1269. L'urgence n'a pas seulement pour effet d'écorner le respect des exigences

²⁴⁷¹ O. GOHIN, *La contradiction dans la procédure administrative contentieuse*, LGDJ, 1988, p. 244.

²⁴⁷² O. GOHIN, *La contradiction dans la procédure administrative contentieuse*, *op. cit.*, p. 258.

²⁴⁷³ N. FENGER et M. BROBERG, *Le renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne*, Larcier, 2013, p. 511.

²⁴⁷⁴ L. COUTRON, « Urgence et renvoi préjudiciel », *RAE*, 2012, n° 2, p. 394.

²⁴⁷⁵ A. TIZZANO, B. GENCARELLI, « La procédure préjudicielle d'urgence devant la Cour de justice de l'Union européenne », in *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Dalloz, 2010, p. 644.

fondamentales du droit à un procès équitable notamment dans la phase écrite du contradictoire. Elle peut aussi avoir pour effet de les rendre plus substantielles. L'oralité des échanges durant l'audience en est l'exemple. De même, la motivation ne constitue qu'à la marge un élément de ralentissement de la procédure et n'est par conséquent pas affectée par la pression de l'urgence. Le juge demeure en effet attentif, spécialement dans l'urgence, à la motivation des décisions qu'il rend. C'est pourquoi l'on peut constater que, dans les situations d'urgence, l'étendue de la motivation reste calquée sur celle qui a cours en temps de jugement ordinaire car, de la suffisante motivation des décisions du juge *ad quem*, dépend la bonne compréhension et, donc, l'application correcte de la réponse apportée à la question de droit posée. L'urgence imprime en définitive des effets contraires sur l'étendue de la motivation des décisions du juge des lois : autant pour gagner du temps, elle peut théoriquement être susceptible de justifier qu'elle en réduise le volume ; autant, et cela est préférable et largement retenu par les juridictions *ad quem*, elle peut préserver ou en accroître la densité sans rallonger déraisonnablement les délais de jugement.

1270. Tout bien considéré, l'amputation des garanties fondamentales du procès équitable est une concession indispensable pour l'accélération de la marche d'une procédure. Celle-ci ne peut toutefois être sans limites. Le respect du contradictoire et de la motivation des décisions est inhérent au rendu de toute décision juridictionnelle, y compris celles qui sont prises dans l'urgence par les juges *ad quem* saisis d'un renvoi préalable. Urgence ou non, le droit à un procès équitable ne saurait pâtir avec excès des effets de l'urgence. Il est même possible de considérer qu'il en ressort, sous certaines facettes, renforcé. Cette consolidation est également recherchée dans le cadre du second « bloc » des droits processuels fondamentaux : celui du droit à un recours effectif.

Chapitre 2 : la recherche d'un renforcement du droit à un « renvoi effectif »

1271. Les sens de la notion d'« effectivité » en droit processuel. En droit processuel, l'« effectivité » a plusieurs sens. Dans un premier sens, elle consiste à vérifier si une procédure juridictionnelle est appliquée et correctement respectée. Cette notion doit donc être différenciée de la question de l'« efficacité » d'une procédure juridictionnelle qui renvoie à sa capacité de remplir les objectifs qui lui sont assignés. Dans un autre sens, l'« effectivité » peut concerner spécifiquement les décisions de justice²⁴⁷⁶ et correspondre à la réalité de leur application factuelle et plus précisément de leur dispositif²⁴⁷⁷.

Mais lorsqu'elle sert à qualifier un recours juridictionnel, l'effectivité devient un droit processuel fondamental dont le respect incombe à toute juridiction. L'effectivité de la protection juridictionnelle des droits fondamentaux est même considérée comme l'« objectif fondamental de tout ordre juridique »²⁴⁷⁸. De l'effectivité d'un recours juridictionnel dépend la protection des droits substantiels dont un justiciable prétend être privé. L'effectivité de la garantie des droits repose sur l'étendue des pouvoirs du juge lui permettant d'enrayer la violation des droits fondamentaux et par sa disposition à répondre dans un délai utile aux demandes pressantes. L'objectif étant, dans les situations d'urgence, de faire coïncider de la manière la plus rapprochée et utile, l'instant où la violation d'un droit fondamental engendre une situation d'urgence et le moment où la jouissance de ce droit est provisoirement ou définitivement protégée ou rétablie par l'intervention d'un juge.

1272. Si le droit à un recours effectif trouve pleinement à se déployer dans le cadre des procédures de traitement des renvois préalables par les juridictions *ad quem*²⁴⁷⁹, il est intéressant de se demander si, par le truchement du droit à un recours effectif, les juridictions *ad quem* doivent intégrer, pour une protection immédiate et directe des droits fondamentaux, des

²⁴⁷⁶ De très nombreux travaux portent sur l'« effectivité des décisions de justice ». Pour ne citer qu'une thèse : S. BENZINA, *L'effectivité des décisions QPC du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2017, 746 p.

²⁴⁷⁷ La Cour EDH considère l'effectivité des décisions de justice comme une composante du droit à un procès équitable : CEDH, 19 mars 1997, *Hornsby c. Grèce*, n° 18357/91.

²⁴⁷⁸ G. TÉSAURO, Concl. présentées le 17 mai 1990 sous CJCE, 19 juin 1990, *The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame*, C-213/89, pt. 18.

²⁴⁷⁹ Voir *supra* : Partie 2, Titre 2, Chapitre préliminaire, Section 2.

procédures d'urgence de contrôle des lois (SECTION 2) et enrichir leur office du pouvoir de protection provisoire des droits fondamentaux (SECTION 1) contre des atteintes législatives.

SECTION 1 : Le droit à une protection juridictionnelle provisoire devant le juge des lois

1273. Le droit à une protection juridictionnelle provisoire « s'exprime en opposition avec un interdit, celui du déni de justice »²⁴⁸⁰. C'est pourquoi, ainsi que le soulignent les riches conclusions de l'avocat général Tésauro sous l'arrêt *Factortame*, la protection juridictionnelle provisoire est l'« instrument fondamental et indispensable de tout système juridictionnel »²⁴⁸¹. Afin de déterminer si un recours est effectif, il y a lieu de tenir compte des pouvoirs détenus par un juge²⁴⁸² lui permettant d'assurer une protection provisoire des droits des justiciables. Or, si l'on se penche sur les procédures de traitement des renvois par les juridictions *ad quem*, aucune n'offre au juge des lois la possibilité de garantir une protection juridictionnelle provisoire des droits fondamentaux, soit par un éventuel effet suspensif de sa saisine, soit par la disposition du pouvoir d'ordonner des mesures provisoires. Il n'existe pas non plus de procédure de référé accessoire à celle du traitement au fond des renvois par les juridictions *ad quem* permettant la protection provisoire et en urgence des droits fondamentaux.

1274. La protection provisoire consiste en un ensemble de mesures provisoires permettant de préserver des droits fondamentaux dont la jouissance est menacée ou de faire cesser leur violation. Dans l'optique de figer ou de régler certaines situations juridiques ou factuelles de manière provisoire, il convient de questionner l'éventuelle existence, dans le cadre des situations d'urgence soumises au juge des lois, de la faculté ouverte à ce juge de prononcer des mesures provisoires (I) et spécialement de celle ayant pour objet de suspendre provisoirement des lois (II).

I) Le pouvoir du juge des lois de prononcer des mesures provisoires

²⁴⁸⁰ C. CHAINAIS, *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droits français et italien*, Dalloz, 2007, p. 33.

²⁴⁸¹ G. TÉSAURO, Concl. présentées le 17 mai 1990 sous CJCE, 19 juin 1990, *The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame*, C-213/89, pt. 19.

²⁴⁸² Pour la Cour EDH, les pouvoirs qu'une juridiction nationale présente « entrent en ligne de compte pour déterminer si le recours est effectif » : CEDH, 6 septembre 1978, *Klass c. Allemagne*, n° 15473/89, § 67.

1275. La définition d'une mesure provisoire. Si l'on se tient au sens commun des mots, une mesure est un moyen mis en œuvre en vue d'obtenir un résultat et est provisoire celle qui est prononcée pour un temps limité en attendant quelque chose de définitif qui doit intervenir. Une mesure n'est donc pas provisoire du seul fait qu'elle est temporaire ou révisable : il faut qu'elle soit prise en attente du règlement définitif d'une difficulté. Une mesure provisoire a pour objectif de compenser les effets néfastes du temps qui passe entre la saisine du juge et le moment où une décision sur le fond intervient afin de préserver l'objet du litige et l'utilité pour le justiciable du jugement à venir. Elle est donc vouée à s'éteindre à l'instant où le juge règle le litige au fond et ne saurait d'ailleurs préjuger de la solution définitive attendue.

1276. Aucun texte constitutif, ni règlement de procédure, ni même aucune règle prétorienne n'accorde au juge des lois le pouvoir de prononcer, d'office ou à la demande des parties, des mesures provisoires. Avant d'affirmer que le droit habilite pourtant le juge *ad quem* à prononcer des mesures provisoires lorsqu'il est saisi d'un renvoi (B), il convient d'identifier les obstacles à la reconnaissance d'un tel pouvoir (A).

A) Les obstacles dépassables à la reconnaissance du pouvoir du juge des lois de prononcer des mesures provisoires

1277. Ce n'est pas un hasard si aucune des juridictions *ad quem* saisie d'un renvoi ne jouit, ou du moins n'utilise, du pouvoir de prononcer des mesures provisoires. En dehors du silence des règles constitutives et des règlements de procédure, ces juridictions ne se sont pas elles-mêmes dotées de ce pouvoir de manière prétorienne. L'on peut alors émettre l'hypothèse que l'idée de conférer au juge des lois le pouvoir de prononcer des mesures provisoires est farouchement incompatible avec la nature (1) et la fonction (2) des procédures de traitement des renvois par les juridictions *ad quem*.

1) Mesures provisoires et nature des renvois

1278. Pour assurer leur efficacité, il est forcément préférable que les mesures provisoires prononcées par un juge aient une portée obligatoire. Or, le caractère juridiquement facultatif des avis rendus par la Cour EDH et le Conseil d'État empêche que les mesures provisoires

qu'ils pourraient prononcer aient une force contraignante (a). De plus, dans le mécanisme de renvoi préalable, le juge *ad quem* étant un juge statuant au fond, le pouvoir de prononcer des mesures provisoires revient communément au juge *a quo* (b).

a) Le caractère juridiquement facultatif des avis de la Cour EDH et du Conseil d'État

1279. Le caractère juridiquement facultatif des avis de la Cour EDH et du Conseil d'État n'est pas un obstacle à l'efficacité d'éventuelles mesures provisoires puisque, empiriquement, ces avis sont en fait systématiquement respectés (α). Outre la question de leur efficacité, le caractère *consultatif* et juridiquement *facultatif* de ces avis n'est, en soi, aucunement incompatible avec la possibilité pour ces juridictions de disposer du pouvoir de prononcer des mesures provisoires (β).

a) La force empiriquement obligatoire des avis de la Cour EDH et du Conseil d'État

1280. La portée juridiquement facultative des avis. Par définition commune et juridique, un « avis » juridictionnel n'est pas contraignant.

Ainsi, à l'instar des avis consultatifs rendus par la Cour internationale de justice, la Cour interaméricaine des droits de l'Homme et la Cour africaine des droits de l'Homme et des peuples, ceux de la Cour EDH ne sont pas contraignants²⁴⁸³. De même, aucune autorité de chose jugée n'est attachée aux avis contentieux du Conseil d'État²⁴⁸⁴. Mais, au-delà de ces données purement juridiques, l'expérience révèle qu'en fait, les avis rendus par ces juridictions sont obligatoires.

1281. La portée empiriquement obligatoire des avis du Conseil d'État. En fait, les avis contentieux du Conseil d'État ont une force contraignante indéniable sur les juridictions

²⁴⁸³ L'article 5 du Protocole 16 à la Conv. EDH stipule que « les avis consultatifs ne sont pas contraignants ». Le rapport explicatif confirme que « la juridiction qui a procédé à la demande décide dès lors des effets de l'avis consultatif sur la procédure interne » : Conseil de l'Europe, *Rapport explicatif sur le protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, 2013, pt. 25. Le rapport du groupe des Sages au Comité des ministres confirme cette intention : Rapport du Groupe des Sages au Comité des Ministres, 15 novembre 2006, doc. CM(2006)203, § 82.

²⁴⁸⁴ Entre autres références : B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif*, PUF, 2008, p. 330 ; H. HOEPFFNER, « Les avis du Conseil d'État », *RFDA*, 2009, n° 5, p. 895.

inférieures²⁴⁸⁵. Il est en effet difficilement concevable, et d'ailleurs l'expérience le démontre indiscutablement²⁴⁸⁶, que la juridiction demanderesse mais aussi celles saisies de litiges soulevant les mêmes questions, ne suivent pas un avis rendu par la juridiction administrative suprême²⁴⁸⁷. À ce propos, Monsieur Gatien Gasu révèle avec rigueur, par une série d'arguments étayés²⁴⁸⁸, que le caractère facultatif des avis au Conseil d'État n'est qu'une « hypocrisie à peine dissimulée »²⁴⁸⁹. La démonstration s'appuie en premier lieu sur l'essence des mécanismes de renvoi qui fait que l'obligation leur est « inhérente »²⁴⁹⁰, puis sur l'intention même du législateur qui, par la mention expresse du caractère facultatif des avis, n'a fait que « travestir ses intentions »²⁴⁹¹. L'auteur évoque en dernier lieu deux réformes de la procédure administrative contentieuse²⁴⁹² qui confirment, par la loi, le caractère obligatoire des demandes d'avis.

1282. La portée empiriquement obligatoire des avis de la Cour EDH. Le rapport explicatif du protocole 16 à la Conv. EDH indique que les effets des interprétations de la Conv. EDH rendues par la Cour dans ses avis sont analogues à ceux établis dans ses arrêts et décisions²⁴⁹³. Si l'on ne peut tirer le droit de la pratique, il est tout de même intéressant de

²⁴⁸⁵ J. GOURDOU, « L'avis du Conseil d'État sur une question de droit », in *Mouvement du droit public. Du droit administratif au droit constitutionnel. Du droit français aux autres droits. Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Dalloz, 2004, p. 203.

²⁴⁸⁶ Faisant partie de quelques rares « curiosités historiques » (F. BRENET et A. CLAEYES, « La procédure de saisine pour avis du Conseil d'État : pratique contentieuse et influence du droit positif », *RFDA*, 2002, n° 3, p. 525), un arrêt d'une Cour administrative d'appel (CAA Lyon, 5 avril 1995, *SA Lorenzy-Palanca*, n° 90LY00810, *RJF*, 1993, n° 5, p. 687) rendu en méconnaissance d'un avis contentieux (CE, avis, 4 novembre 1992, *SA Lorenzy-Palanca*, n° 138380) dont elle était elle-même à l'origine, a par la suite été cassé par le Conseil d'État (CE, 6 mai 1996, *Ministre du Budget*, n° 148503).

²⁴⁸⁷ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, LGDJ, 2008, 13^e éd., n° 859 : « on conçoit mal que (sauf changement de l'état du droit) la juridiction qui a provoqué un tel avis ne s'y conforme pas. Il n'est pas douteux que l'avis aura suffisamment d'autorité morale... pour s'imposer en fait au respect des autres juridictions saisies de litiges posant la question qui a fait l'objet du renvoi ».

²⁴⁸⁸ G. CASU, *Le renvoi préalable. Essai sur l'unification préjudicielle de l'interprétation*, LGDJ, 2016, pp. 172-173 et pp. 344-346.

²⁴⁸⁹ G. CASU, *Le renvoi préalable. Essai sur l'unification préjudicielle de l'interprétation*, *op. cit.*, p. 345.

²⁴⁹⁰ *Ibid.*

²⁴⁹¹ G. CASU, *Le renvoi préalable. Essai sur l'unification préjudicielle de l'interprétation*, *op. cit.*, p. 344. Le rapporteur de la Commission des lois, Pierre Mazeaud, plaidait pour que la décision du Conseil d'État s'impose à l'ensemble des cours, car il ne saurait évidemment y avoir de contradiction de jurisprudence en la matière » : P. MAZEAUD, *Compte rendu des débats*, séance du 6 octobre 1987, *JO*, p. 3927. Monsieur Mazeaud a également indiqué « *urbi et orbi* qu'il s'agit non pas d'un avis, mais d'une décision du Conseil d'État qui aura même valeur de jurisprudence » : P. MAZEAUD, *Compte rendu des débats*, Sénat, Séance du 9 décembre 1987, *JO*, p. 5191. Selon Guy Braibant, le caractère facultatif des avis du Conseil d'État n'est que le résultat « d'une improvisation parlementaire ; il est évident que cet avis n'a d'intérêt que s'il s'impose aux juges du fond avec la force d'une décision » : G. BRAIBANT, *Le droit administratif français*, Dalloz, 1988, p. 486.

²⁴⁹² Voir les articles R. 122-12 alinéa 6 et R. 222-1 alinéa 6 du CJA ainsi que l'article L. 190 alinéa 3 du livre des procédures fiscales.

²⁴⁹³ Conseil de l'Europe, *Rapport explicatif sur le protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, 2 octobre 2013, pt. 27.

relever que les avis consultatifs rendus par toutes les juridictions internationales qui connaissent du même type de procédure sont en fait largement respectés²⁴⁹⁴. Par conséquent, nul doute, comme le relève le juge Sicilianos, qu'une juridiction nationale qui saisit librement la Cour EDH sera « *a priori* disposée à suivre l'avis ainsi rendu »²⁴⁹⁵.

β) La compatibilité des mesures provisoires avec le caractère consultatif et facultatif des avis

1283. Le caractère *consultatif* d'une procédure n'est pas incompatible avec le pouvoir de prononcer des mesures provisoires. En effet, les procédures de demandes d'avis consultatifs à la Cour IADH et à la CIJ ne font pas, en elles-mêmes, obstacle à la faculté pour ces juridictions de prononcer des mesures provisoires²⁴⁹⁶.

Aussi, le caractère *facultatif* d'une décision ou d'un avis n'est pas, en soi, un obstacle au pouvoir d'un juge de prononcer des mesures provisoires. Étant donné sa qualité de quasi-juridiction, les communications du Comité des droits de l'Homme de l'ONU ne sont pas obligatoires. Cela n'empêche pourtant pas qu'il jouisse du pouvoir de prononcer des mesures provisoires à l'occasion des communications qu'il rend²⁴⁹⁷. De même, aucun effet obligatoire n'était initialement attaché aux mesures provisoires prononcées par la Cour EDH. Cela ne l'a pas empêchée d'y avoir pourtant régulièrement recours. Ce n'est que par voie prétorienne, après plusieurs décennies, que le juge strasbourgeois a affirmé, sur le fondement de l'article 34 de la Conv. EDH, le caractère obligatoire des mesures provisoires ordonnées au titre de l'article 39 du règlement de procédure de la Cour²⁴⁹⁸.

b) Le juge *ad quem*, un juge du fond

²⁴⁹⁴ M.-C. RUNAVOT, *La compétence consultative des juridictions internationales. Reflet des vicissitudes de la fonction judiciaire internationale*, LGDJ, 2010, pp. 52-56.

²⁴⁹⁵ L.-A. SICILIANOS, « L'élargissement de la compétence consultative de la Cour européenne des droits de l'homme – À propos du Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2014, n° 97, p. 26.

²⁴⁹⁶ G. LE FLOCH, *L'urgence devant les juridictions internationales*, A. Pedone, 2008. Il y a toutefois lieu de préciser qu'à la différence de la nouvelle procédure de demandes d'avis consultatifs prévue par le protocole n° 16 à la Conv. EDH, ces demandes d'avis ne sont pas soulevées dans le cadre d'un procès devant une juridiction nationale.

²⁴⁹⁷ Article 92 du règlement intérieur du Comité des droits de l'Homme : « Avant de faire connaître à l'État partie intéressé ses vues définitives sur la communication, le Comité peut informer cet État de ses vues sur l'opportunité de prendre des mesures provisoires pour éviter qu'un préjudice irréparable ne soit causé à la victime de la violation alléguée. Ce faisant, le Comité informe l'État partie que l'expression de ses vues sur l'adoption desdites mesures provisoires n'implique aucune décision sur la communication quant au fond ».

²⁴⁹⁸ CEDH, 4 février 2005, *Mamatkulov et Askarov c. Turquie*, n° 46827/99.

1284. Le renvoi préalable est un mécanisme de « juge à juge » dans lequel chacun s'acquiesce d'une fonction propre. Au premier chef, celle de poser une question de droit ; au second, celle d'y répondre au fond. Dans l'attente d'une réponse définitive du juge *ad quem*, la possibilité qu'une mesure provisoire soit adoptée relève d'un pouvoir réservé au juge *a quo* (α). Il apparaît pourtant opportun que ce pouvoir soit partagé avec le juge *ad quem* (β).

α) Le pouvoir de prononcer des mesures provisoires, un pouvoir réservé au juge a quo

1285. Le refus des juridictions *ad quem* fondé sur la répartition des pouvoirs avec les juridictions *a quibus*. La Cour de justice de l'UE décline constamment sa compétence pour connaître d'une demande de mesures provisoires dans la procédure de renvoi préjudiciel²⁴⁹⁹, considérant qu'en application du principe de coopération prévu à l'article 4 § 3 du TUE, cette faculté relève de la compétence exclusive des juridictions nationales. La procédure de renvoi préjudiciel étant « fondée sur une nette séparation des fonctions entre les juridictions nationales et la Cour »²⁵⁰⁰, cette dernière justifie ainsi son refus par la volonté de ne pas se substituer à l'obligation qui incombe au juge national de renvoi d'assurer une protection juridictionnelle provisoire²⁵⁰¹. Il en va d'ailleurs de même dans les situations d'urgence. En effet, la procédure préjudicielle accélérée « n'a pas pour objet de se substituer à l'exercice, par le juge de renvoi, de son devoir d'assurer au justiciable une protection juridictionnelle provisoire lorsque le besoin s'en fait sentir »²⁵⁰². Il ne relève donc aucunement de son rôle de statuer par voie de mesures provisoires sur saisine d'un renvoi préjudiciel²⁵⁰³.

S'il était un jour saisi de conclusions en ce sens, il ne fait que peu de doutes que le Conseil

²⁴⁹⁹ CJCE, ord., 24 octobre 2001, *Alexander Dory c. Bundesrepublik Deutschland*, C-186/01 R, pts. 6 à 8, 10 et 13.

²⁵⁰⁰ CJCE, ord., 24 octobre 2001, *Alexander Dory c. Bundesrepublik Deutschland*, *op. cit.*, pt. 8.

²⁵⁰¹ CJCE, ord., 24 octobre 2001, *Alexander Dory et Bundesrepublik Deutschland*, *op. cit.*, pts. 11-12.

²⁵⁰² G. CARLOS RODRIGUEZ IGLESIAS, « L'activité de la Cour de justice » in *Rapport annuel 2001, 2002*, pt. 3.

²⁵⁰³ La doctrine considère de concert que la Cour n'a pas le pouvoir d'ordonner des mesures provisoires lorsqu'elle est saisie d'un renvoi préjudiciel : B. PASTOR et E. VAN GINDERACHTER, « La procédure en référé », *RTDE*, 1989, n° 3, p. 563 ; J.-G. HUGLO, « Cour de justice. Le référé », *Jurisclasseur Europe*, 1992, fasc. 390/161-29, pt. 7 ; J. RIDEAU, F. PICOD, *Code des procédures juridictionnelles de l'Union européenne*, Litec, 2002, p. 686 ; F. PICOD, « Référé devant la Cour de justice de l'Union européenne », *Juris. Class. Europe*, 2014, fasc. 390, pt. 5. Tout en reconnaissant que la possibilité pour la Cour de Luxembourg de prononcer des mesures provisoires « se prête mal » à la procédure du renvoi préjudiciel puisqu'elle ressort de la compétence du juge national, un auteur a toutefois pu soutenir qu'il en allait différemment concernant la possibilité d'accorder à la Cour la faculté de suspendre un acte de droit dérivé de l'UE. Dans ce dernier cas, la Cour ne saurait empiéter sur la compétence du juge national qui ne peut prononcer le sursis à exécution d'un acte de droit dérivé : J.-P. MERTENS DE WILMARS, « Het Kort geding voor het Hof van justitie van de Europese gemeenschappen », in *Sociaal Economische Wetgeving*, 1986, p. 40 (trad. et cité par R. JOLIET, « Protection juridictionnelle provisoire et droit communautaire », *Rivista di diritto europeo*, 1992, n° 2, p. 274, note n° 97).

constitutionnel refuserait, sur la base du même raisonnement que celui de la Cour de justice de l'UE, toute compétence en matière de mesures provisoires. Renvoi serait fait aux dispositions de l'article 23-3 alinéa 1 de l'ordonnance organique du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel habilitant les seules juridictions ordinaires à prononcer des mesures provisoires concomitamment à la transmission ou au renvoi d'une QPC.

Cette répartition des compétences est justifiée par le fait que le juge *a quo* est, en tant que juge du principal, le mieux à même, dans les situations d'urgence, de prononcer toute mesure provisoire utile.

1286. Le juge *a quo* est le mieux placé pour prononcer des mesures provisoires. Parce qu'il est saisi en premier lieu par les justiciables, le juge *a quo* est le plus proche et le plus à même de connaître la situation concrète dans laquelle ils se trouvent. Il est dans une position qui lui permet de garantir une protection juridictionnelle provisoire plus immédiate que le juge *ad quem*. Il est aussi plus apte à assurer cette protection parce qu'il dispose d'une manière plus complète des données factuelles du litige nécessaires à la mesure de l'urgence et à l'évaluation des mesures provisoires les plus adéquates pour une protection utile des droits fondamentaux. La Cour de justice de l'UE connaît, dans une certaine mesure, les faits de l'instance principale. Cette connaissance s'avère limitée par les données de l'espèce présentées par le juge national dans le corps du renvoi. De plus, la Cour ne peut revenir sur l'établissement des faits effectué par le juge *a quo*²⁵⁰⁴ ; elle doit s'en tenir aux éléments factuels transmis par le juge *a quo*²⁵⁰⁵. Officiellement, le Conseil constitutionnel n'a au contraire aucune connaissance des faits de l'espèce et de la situation du justiciable²⁵⁰⁶ permettant d'évaluer au mieux le type de mesure provisoire adéquate pour la protection des droits et libertés constitutionnels. En effet, la QPC étant renvoyée dans un mémoire distinct de celui relatif au recours au sein duquel elle est soulevée, le Conseil constitutionnel ne dispose pas des éléments factuels de l'affaire en cours devant le juge de renvoi.

²⁵⁰⁴ CJCE, 23 janvier 1975, *P. J. van der Hulst's Zonen c. Produktschap voor Siergewassen*, C-51/74, pt. 12 ; CJCE, 29 avril 1982, *Pabst & Richarz c. Hauptzollamt Oldenburg*, C-17/81, pt. 12 : « Il n'appartient cependant pas à la Cour, mais à la juridiction nationale, d'établir les faits qui ont donné lieu au litige et d'en tirer les conséquences pour la décision qu'elle est appelée à rendre » ; CJCE, 16 juillet 1998, *AGS Assedic Pas-de-Calais c. François Dumon et Froment, mandataire liquidateur des Etablissements Pierre Gilson*, C-235/95, pt. 25 ; CJCE, 25 février 2003, *Idryma Koinonikon Asfaliseon (IKA) c. Vasileios Ioannidis*, C-326/00, pt. 27.

²⁵⁰⁵ CJCE, 8 novembre 1990, *Krystyna Gmurzynska-Bscher c. Oberfinanzdirektion Köln*, C-231/89, pt. 23.

²⁵⁰⁶ Sur la connaissance de l'urgence par le Conseil constitutionnel, voir *supra* : Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, Paragraphe 1.

1287. Le risque du cumul de mesures provisoires entre celles du juge *ad quem* et celles du juge *a quo*. Si les deux juges du mécanisme du renvoi préalable disposaient du même pouvoir de prononcer des mesures provisoires, il serait possible que ce cumul soit la cause d'ordres divergents, voire contraires.

L'éventualité de mesures provisoires dissemblables prononcées sur une même affaire par les juges du plateau de Kirchberg et une juridiction nationale du provisoire est, en l'état du droit, déjà probable dans deux hypothèses. Il est en effet possible qu'un même litige soit porté devant le juge des référés de Luxembourg au titre de l'article 279 du TFUE et devant un juge national du provisoire. Il est autrement envisageable que, dans le cadre d'un recours en constatation de manquement, une demande de suspension provisoire d'une loi nationale soit introduite dans l'attente de l'arrêt au fond et que, dans le même temps, l'application de cette même législation soit l'objet d'un litige devant un juge national au cours duquel un renvoi préjudiciel en appréciation de validité soit mis en œuvre et qu'il soit accompagné du prononcé concomitant d'une mesure provisoire. Cette dernière hypothèse se réalisa en partie à propos du *Merchant Shipping Act* britannique de 1988. Dans le cadre d'un recours en constatation de manquement, la Commission européenne avait obtenu de la Cour de justice la suspension provisoire de cette loi britannique²⁵⁰⁷. Or, cette même législation était parallèlement à la base d'un renvoi préjudiciel des juridictions britanniques ayant abouti au célèbre arrêt *Factortame* du 25 juillet 1991 alors que la mesure provisoire de suspension courait jusqu'à l'arrêt au fond en constatation de manquement rendu le 4 octobre 1991²⁵⁰⁸.

1288. Les règles de procédure confirment la logique du renvoi préalable selon laquelle le juge *a quo* est le juge naturel pouvant disposer du pouvoir de prononcer des mesures provisoires concomitamment à la mise en œuvre d'un renvoi. Il est pourtant possible de plaider pour que ce pouvoir soit partagé avec le juge *ad quem*.

β) Le pouvoir du juge a quo de prononcer des mesures provisoires, un pouvoir pouvant être partagé avec le juge ad quem

²⁵⁰⁷ CJCE, ord., 10 octobre 1989, *Commission des Communautés européennes c. Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord*, C-246/89 R.

²⁵⁰⁸ CJCE, 4 octobre 1991, *Commission des Communautés européennes c. Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord*, C-246/89.

1289. Afin de compléter ou pallier les carences du juge *a quo*, il est opportun que le juge *ad quem* puisse, de manière complémentaire, disposer du pouvoir de prononcer des mesures provisoires. Pour éviter tout risque de cumul problématique de mesures provisoires, la mise en œuvre de ce pouvoir doit être accompagnée par des règles de conflit.

1290. La nécessité d'établir des règles de conflit relatives à l'articulation des mesures provisoires. La question se pose de savoir comment articuler les pouvoirs concurrents des juges *a quo* et *ad quem* afin d'éviter que soient prononcées des mesures provisoires divergentes en cas de cumul d'intervention de ces deux juges.

Il est possible d'envisager deux règles de conflit permettant de concilier la compétence complémentaire des juridictions *ad quem* par rapport à celle des juridictions *a quibus*. Une première solution pourrait consister à accorder une primauté aux mesures provisoires prononcées par la juridiction *ad quem* sur celles adoptées par le juge de renvoi. Une autre solution reviendrait à imposer à la juridiction saisie d'un renvoi de prendre en considération, avant de les ordonner, l'effet cumulatif des mesures provisoires²⁵⁰⁹ avec celles éventuellement prononcées par le juge *a quo*. Elle devrait ainsi s'assurer du bon respect et de la correcte articulation des mesures qu'elle prononce avec celles éventuellement accordées par le juge de renvoi.

À défaut de rapport de supériorité hiérarchique entre les juridictions du Palais Royal statuant sur renvoi et les juridictions *a quibus*, cette seconde solution paraît préférable. En revanche, en vertu du principe de primauté du droit de l'UE et de celui de la Conv. EDH, la première règle de conflit semble plus appropriée pour les mesures provisoires qui pourraient être prononcées par les Cours européennes²⁵¹⁰.

1291. Un pouvoir du juge *ad quem* pour pallier les éventuelles insuffisances de la protection provisoire du juge *a quo*. En toute hypothèse, la possibilité d'obtenir une mesure provisoire favorable à ses droits et intérêts n'est pas un droit absolu du justiciable. En cas de mise en œuvre d'un renvoi, le juge *a quo* peut en effet refuser de faire droit à une telle

²⁵⁰⁹ CJCE, 9 novembre 1995, *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft*, C-465/93, pt. 44 : Il incombe au juge de renvoi de prendre en considération, d'une part, « l'effet cumulatif provoqué, dans l'hypothèse où une multitude de juridictions adopteraient également des mesures de référé pour des motifs analogues, et, d'autre part, la spécificité de la situation du demandeur qui le différencie des autres opérateurs économiques concernés ».

²⁵¹⁰ Concernant spécifiquement cette solution au cas du renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'UE : J. CAVALLINI, *Le juge national du provisoire face au droit communautaire. Les contentieux français et anglais*, Bruylant, 1995, p. 433 ; D. BERLIN, « Voies et moyens de l'application du droit communautaire en France », *Juris. Class. Europe*, 1992, fasc. 491, pt. 83.

demande²⁵¹¹. En cas d'éventuelle carence de la protection provisoire devant le juge *a quo*, il pourrait être judicieux que le juge *ad quem* puisse, de manière subsidiaire, également assurer une telle protection en disposant d'un pouvoir de prononcer des mesures provisoires.

Il est toutefois difficile de mesurer les éventuelles insuffisances de la protection provisoire des droits fondamentaux par le juge *a quo*. Il n'est par exemple pas systématiquement indiqué dans les arrêts de la Cour de justice de l'UE si les juridictions nationales ont ou non prononcé des mesures provisoires²⁵¹². Le professeur Laurent Coutron estime pour sa part que la protection juridictionnelle provisoire est « rarement »²⁵¹³ mise en œuvre par le juge *a quo* à l'occasion de renvois préjudiciels en appréciation de validité notamment au regard de ses conditions « draconiennes »²⁵¹⁴ d'octroi. L'on a aussi constaté que le juge administratif des référés d'urgence n'a jamais eu recours à des mesures provisoires le temps que les QPC qu'il a renvoyées soient traitées par le Conseil constitutionnel²⁵¹⁵.

1292. Enfin, plus encore qu'une simple carence, il est à noter que le régime des demandes d'avis au Conseil d'État et à la Cour EDH est totalement muet sur la question de l'habilitation du juge *a quo* à prononcer des mesures provisoires concomitamment à la mise en œuvre de ce type de renvoi. À défaut d'avoir été prévu par le régime de protection provisoire des droits des justiciables, le pouvoir de prononcer des mesures provisoires ne peut être considéré comme étant réservé au juge de renvoi. La mise à disposition de ce pouvoir au juge *ad quem* n'est donc ni concurrentielle, ni surabondante. Elle apparaît nettement opportune pour pallier ces carences procédurales du régime de protection provisoire des droits des justiciables dans le cadre des procédures de demandes d'avis au Conseil d'État et à la Cour EDH.

2) Mesures provisoires et fonction du juge *ad quem*

²⁵¹¹ Voir par exemple, le refus du juge national d'accorder des mesures provisoires concomitamment à la mise en œuvre d'un renvoi préjudiciel : CJCE, 9 février 1982, *Polydor Limited et RSO Records Inc. C. Harlequin Records Shops Limited et Simons Records Limited*, 270/80, pt. 3 : « la Court of Appeal a refusé d'arrêter les mesures provisoires demandées » ; CJCE, 8 octobre 1990, *Massam Dzodzi c. État belge*, aff. jtes C-297/88 et C-197/89, pt. 8 ; CJCE, 12 janvier 2006, *Agrarproduktion Staebelow GmbH c. Landrat des Landkreises Bad Doberan*, pt. 14 : « Une demande de mesures provisoires présentée auparavant avait été rejetée tant par cette juridiction qu'en appel ».

²⁵¹² Voir par exception, les exemples précités.

²⁵¹³ L. COUTRON, *La contestation incidente des actes de l'Union européenne*, Bruylant, 2007, p. 391 et s. L'auteur avance l'exemple de l'affaire : CJCE, 15 juillet 2004, *Douwe Egberts NV c. Westrom Pharma NV and Christophe Souranis, carrying on business under the commercial name of "Etablissements FICS" and Douwe Egberts NV v FICS-World BVBA*, C-239/02.

²⁵¹⁴ L. COUTRON, *La contestation incidente des actes de l'Union européenne*, op. cit., p. 419 et s.

²⁵¹⁵ Voir *supra* : Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, Paragraphe 2.

1293. La fonction essentielle assignée au renvoi préalable est l'unification rapide de l'interprétation et de l'application du droit. De prime abord, elle n'appelle donc pas nécessairement que le juge *ad quem* soit en mesure de prononcer des mesures provisoires (a). Paradoxalement, alors qu'on le retrouve généralement dans le cadre des procédures d'urgence, le pouvoir du juge de prononcer des mesures provisoires allonge le temps de la procédure et nuit, dans une certaine mesure, à la célérité inhérente à l'épanouissement du mécanisme du renvoi préalable (b).

a) L'unification de l'interprétation et de l'application du droit

1294. La préservation de l'objet du litige, une fonction inutile avec le caractère objectif du contentieux des renvois. La mise en œuvre d'un renvoi n'a pas pour objet l'obtention de mesures provisoires. Si les demandes peuvent être pressantes, elles restent orientées vers le règlement au fond d'un conflit de normes ou d'une question de droit purement interprétative. C'est pourquoi, la décision du juge *ad quem* s'adresse par priorité au juge de renvoi et non pas aux justiciables. Elle a pour fonction de déterminer l'interprétation ou l'application du droit dans un litige principal et non d'accorder une réparation à un préjudice ou de rétablir la jouissance des droits fondamentaux d'un justiciable. Au regard de cette finalité, il est dès lors légitime d'interroger l'utilité de la possibilité d'obtenir une mesure provisoire du juge des lois.

1295. La fonction des mesures provisoires ne saurait avoir pour objet la préservation de l'objet du contentieux porté devant le juge *ad quem* puisque l'objet d'un renvoi porte sur une question de droit relative à une difficulté sérieuse d'interprétation du droit ou à des doutes sur la validité d'une norme. Par conséquent, le risque d'aggravation ou de survenance d'une atteinte grave ou irréversible aux droits fondamentaux que les mesures provisoires ont ordinairement pour but de conjurer, ne saurait, par lui-même, faire disparaître une question de droit. En d'autres termes, la résolution ou l'extinction d'un litige n'éteignent pas un doute sérieux ou une difficulté sérieuse sur l'interprétation ou la validité du droit. En ce sens, l'article 23-9 de l'ordonnance portant loi organique sur le Conseil constitutionnel précise que l'extinction de

l'instance principale, notamment pour cause de désistement d'une partie²⁵¹⁶, n'a pas pour effet de mettre un terme à la poursuite de l'examen d'une QPC devant le Conseil constitutionnel. Par conséquent, au regard de l'essence des renvois, à savoir l'unification préjudicielle de l'interprétation et de l'application du droit, la fonction classique des mesures provisoires n'apporte rien à l'effectivité du mécanisme du renvoi préalable. En revanche, ces mesures trouveraient une efficacité certaine pour garantir l'utilité des décisions du juge *ad quem*.

1296. La protection des droits fondamentaux, une fonction assignée aux mesures provisoires pour garantir l'utilité des décisions du juge *ad quem*. Juger prend un temps nécessaire à la qualité de la décision et au respect des droits processuels fondamentaux. C'est pour cela qu'une protection juridictionnelle provisoire peut apparaître nécessaire dans les procédures de renvoi préalable. Elle permet, pour le temps du jugement, de préserver les droits fondamentaux du justiciable et, *in fine*, d'assurer l'utilité de la décision du juge *ad quem* pour le règlement du litige principal. En effet, pour que le jugement d'une question de droit ait une utilité, les mesures provisoires doivent avoir pour fonction de préserver des situations juridiques subjectives. Pour cela, ces mesures servent à figer une situation juridique ou factuelle afin d'éviter le caractère irréparable d'un dommage, contenir la gravité d'une atteinte aux droits fondamentaux ou encore rétablir provisoirement la jouissance des droits fondamentaux d'un justiciable.

En ce sens, dans la procédure du renvoi préjudiciel, les mesures provisoires éventuellement prononcées par le juge *a quo* ont pour objet de « garantir la pleine efficacité de la décision définitive »²⁵¹⁷ de la Cour de justice. Cette protection juridictionnelle provisoire des droits des justiciables permet d'assurer l'efficacité et l'utilité de la décision à intervenir sur le fond quant à l'existence même de ces droits²⁵¹⁸.

²⁵¹⁶ *A contrario*, le désistement du requérant dans le cadre du procès principal fait perdre son objet à une demande d'avis contentieux au Conseil d'État : CE, avis, 26 mars 2003, *Société marseillaise du tunnel Prado-Carenage*, n° 251816.

²⁵¹⁷ M.B. ELMER, Concl. sous CJCE, 9 novembre 1995, *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft mbH e. a. c. Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, C-465/93, pt. 21.

²⁵¹⁸ CJCE, 13 mars 2007, *Unibet (London) Ltd et Unibet (International) Ltd c. Justitiekanslern*, C-432/05, pt. 77 : « le principe de protection juridictionnelle effective des droits conférés aux justiciables par le droit communautaire doit être interprété en ce sens qu'il requiert, dans l'ordre juridique d'un État membre, que des mesures provisoires puissent être octroyées jusqu'à ce que la juridiction compétente se soit prononcée sur la conformité de dispositions nationales avec le droit communautaire, lorsque l'octroi de telles mesures est nécessaire pour garantir la pleine efficacité de la décision juridictionnelle à intervenir quant à l'existence de tels droits ». La Cour de justice précise que les mesures provisoires sont « destinées à maintenir une situation de fait ou de droit afin de sauvegarder les droits dont la reconnaissance est par ailleurs demandée au juge du fond » : CJCE, 26 mars 1992, *Reichert II*, C-261/90, pt. 46.

1297. La protection provisoire des droits fondamentaux, une fonction compatible avec le caractère abstrait du contrôle des lois. Mise à part la question de l'utilité des mesures provisoires, de manière générale, le caractère objectif d'un contentieux et le caractère abstrait du contrôle opéré sur des normes à l'occasion d'un procès ne sont pas incompatibles avec le pouvoir d'un juge de prononcer de telles mesures avant de statuer au fond sur le litige dont il est saisi.

Le Conseil constitutionnel prononce déjà des mesures provisoires pour garantir l'effet utile de ses décisions : il s'agit des réserves d'interprétation transitoires. À la différence des mesures provisoires « classiques » qui s'éteignent, en principe, au moment où le jugement au fond est rendu, les réserves d'interprétation provisoires prennent fin à compter de l'adoption par le législateur d'une nouvelle loi ou à la date de la prise d'effet définitive d'une abrogation. Ce type de « mesure transitoire » permet de régler les carences de la loi par une interprétation conforme²⁵¹⁹. Serait-ce dès lors plus critiquable de laisser au Conseil constitutionnel le pouvoir d'octroyer toute mesure provisoire nécessaire à la préservation, pour le temps du procès, des droits et libertés constitutionnels du justiciable que celui de réécrire temporairement les lois ?

Le caractère objectif d'un contentieux et le caractère abstrait du contrôle opéré sur des normes ne sont d'ailleurs aucunement incompatibles avec la fonction de protection des droits fondamentaux d'une procédure. Pour preuve, la procédure de la QPC a spécifiquement pour objectif, en plus de celle d'« apurer » l'ordre juridique des dispositions législatives inconstitutionnelles au terme d'un contrôle abstrait, de protéger les droits et libertés que la Constitution garantit. Pour assurer de la manière la plus effective cette fonction dans le cadre de ce type de procédure, de nombreuses cours constitutionnelles telles que celles de la République fédérale d'Allemagne²⁵²⁰, de Bosnie-Herzégovine²⁵²¹, ou même encore celle de la République du Kosovo²⁵²² ont le pouvoir d'adopter toute mesure provisoire nécessaire dans le cadre de leur office de contrôle de la constitutionnalité des lois.

²⁵¹⁹ Voir *supra* : Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, Paragraphe 2.

²⁵²⁰ Paragraphe 32 de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale (BVerfGG) : « En cas de litige, la Cour constitutionnelle fédérale peut, par la voie d'une ordonnance provisoire, régler provisoirement une situation si, pour éviter des dommages graves, pour empêcher un recours à la violence ou pour une autre raison importante, cela est d'une nécessité urgente pour l'intérêt général ».

²⁵²¹ Article 75 alinéa 1 du règlement de la Cour constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine : « La Cour peut temporairement suspendre l'exécution des décisions, des lois (actes) ou des actes individuels (mesures temporaires), entièrement ou partiellement, jusqu'à l'adoption de la décision finale, si leur exécution peut causer des conséquences nuisibles qui ne pourraient être réparées ».

²⁵²² L'article 27 § 1 de la loi relative à la Cour constitutionnelle de la République du Kosovo dispose que « la Cour constitutionnelle d'office ou à la demande d'une partie peut décider les mesures provisoires dans une affaire qui fait l'objet de poursuites, si ces mesures sont nécessaires pour éviter des dommages irréparables ou de danger, ou si une telle mesure provisoire est dans l'intérêt public ».

b) L'unification *rapide* de l'interprétation et de l'application du droit

1298. Le prononcé de mesures provisoires, facteur d'allongement du temps de la procédure. La célérité est une qualité inhérente au fonctionnement du mécanisme du renvoi préalable dont l'essence est d'unifier *rapidement* l'interprétation et l'application du droit²⁵²³. Quant aux mesures provisoires, elles favorisent assurément l'efficacité et l'utilité d'une décision juridictionnelle en ce qu'elles ont pour principal avantage de combattre les effets néfastes du temps de la procédure sur la jouissance par les justiciables de leurs droits subjectifs fondamentaux. Mais concernant leur rapport avec le temps, elles ne permettent pas de hâter la conduite du procès. Le prononcé de ces mesures ajoute au contraire une phase supplémentaire à la procédure et provoque ainsi son allongement. En effet, le juge doit dans un premier temps considérer la nécessité et le bien-fondé du prononcé de telles mesures puis, dans un second temps, établir son jugement sur le fond du litige. Cette seconde étape se voit donc d'autant plus reportée dans le temps au regard du fait que la phase première dédiée aux mesures provisoires est assujettie au respect des exigences du droit à un procès équitable. En définitive, il paraît donc paradoxal de combiner des mesures provisoires d'urgence à un objectif global d'accélération de la procédure²⁵²⁴.

1299. La nécessaire recherche d'un équilibre entre le respect des exigences du droit à un procès équitable et la rapidité de la procédure des mesures provisoires. Le meilleur moyen d'accélérer l'octroi de mesures provisoires consiste à simplifier la procédure qui permet leur adoption. En ce sens, c'est leur caractère provisoire qui justifie qu'elles puissent être ordonnées au terme d'une procédure allégée²⁵²⁵.

²⁵²³ Voir *infra* : Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, Paragraphe 1.

²⁵²⁴ G. WIEDERKEHR, « L'accélération des procédures et les mesures provisoires », *RIDC*, 1998, n° 2, p. 449 et s., voir spéc. p. 453 : « on peut être tenté de penser que les mesures provisoires sont totalement étrangères à toute perspective d'accélération de la procédure. Il n'en est rien. L'accélération de la procédure suppose, en effet, qu'on remédie à ses causes de lenteur. De ce point de vue, on doit bien constater que les mesures provisoires risquent de prolonger la durée du procès au fond, lorsqu'elles en constituent des incidents. La marche de la procédure est, en effet, ralentie par la nécessité dans laquelle se trouve le juge d'examiner la recevabilité et le bien-fondé de la mesure sollicitée, puis de se prononcer, sans compter le temps que prendront les parties à présenter et à défendre leurs prétentions à ce sujet ».

²⁵²⁵ G. WIEDERKHER, « L'accélération des procédures et les mesures provisoires », *op. cit.*, p. 453 : « le principal remède à la lenteur consiste à soumettre les mesures provisoires à une procédure simple et rapide dont on justifie le côté sommaire par leur caractère provisoire qui nécessiterait moins de garanties que celles exigées du procès au fond ».

Il est par exemple possible pour la Cour constitutionnelle fédérale allemande²⁵²⁶ ou encore la Cour EDH²⁵²⁷ d'ordonner des mesures provisoires sans motivation ni audience publique. Plus encore, « en cas d'urgence particulière », la Cour constitutionnelle d'Allemagne peut refuser « aux parties à la procédure principale, aux personnes pouvant adhérer à la procédure ou aux personnes ayant le droit de s'exprimer dans le cadre de la procédure, l'occasion de présenter des observations »²⁵²⁸.

Rien n'empêche qu'à l'image de ces exemples, une procédure sommaire permette aux juridictions *ad quem* de prononcer des mesures provisoires sans que cela soit trop contraignant, notamment au regard des délais de jugement auxquels elles peuvent être soumises.

Mais aussi provisoires soient-elles, l'on sait que, souvent, les mesures provisoires instaurent en fait des situations irréversibles, y compris lorsqu'elles sont définitivement levées ou infirmées par un jugement au fond²⁵²⁹. C'est pourquoi, la Cour strasbourgeoise juge que « chaque fois que l'on peut considérer qu'une mesure est déterminante pour le droit ou l'obligation de caractère civil en jeu, quelle que soit la durée pendant laquelle elle a été en vigueur, l'article 6 trouvera à s'appliquer »²⁵³⁰.

La faculté éventuellement conférée au juge *ad quem* de prononcer des mesures provisoires doit donc, selon la jurisprudence *Kübler*²⁵³¹ de la Cour. EDH, respecter les exigences de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH. Il faut donc veiller à ce que la simplification de la procédure n'aille pas jusqu'au sacrifice disproportionné des garanties processuels fondamentales.

1300. *A priori*, la procédure de traitement des renvois par le juge *ad quem* n'est pas nécessairement adaptée et prévue pour que ce juge puisse prononcer des mesures provisoires. Pourtant, rien ne l'y empêche résolument. Mieux encore, dans les situations d'urgence, le droit l'habilite à recourir à ce pouvoir.

²⁵²⁶ Voir *supra* : Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, Paragraphe 2. Paragraphe 32 alinéa 2 de la loi relative à la Cour constitutionnelle fédérale : « L'ordonnance provisoire peut être rendue sans audience publique ». Paragraphe 32 alinéa 5 de la loi relative à la Cour constitutionnelle fédérale : « La Cour constitutionnelle fédérale peut communiquer sans motifs sa décision relative à l'ordonnance provisoire ou l'opposition à cette dernière ».

²⁵²⁷ La Cour EDH ne motive quasiment pas ses décisions d'acceptation ou de refus d'accorder des mesures provisoires : H. TIGROUDJA, « Les mesures provisoires dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme », in A. VIDAL-NAQUET (dir.), *Le provisoire en droit public*, Dalloz, 2009, p. 72.

²⁵²⁸ Paragraphe 32 alinéa 2 de la loi relative à la Cour constitutionnelle fédérale.

²⁵²⁹ Voir *supra* : Introduction générale, Section 1, Paragraphe 2, B), 1).

²⁵³⁰ CEDH, 15 octobre 2009, *Micallef c. Malte*, n° 17056/06, § 85.

²⁵³¹ CEDH, 13 janvier 2011, *Kübler c. Allemagne*, n° 32715/06, § 47-48.

B) Les fondements du pouvoir du juge des lois de prononcer des mesures provisoires

1301. Il n'y a pas de droit processuel fondamental a un juge doté du pouvoir de prononcer des mesures provisoires²⁵³². Si cette protection existe, elle doit seulement intervenir dans les délais les plus brefs et suivre une procédure conforme aux exigences du droit à un procès équitable. Il existe pourtant, spécialement dans les situations d'urgence, des titres formels d'habilitation expresse (1) et d'autres, d'ordre théorique (2), fondant le pouvoir du juge des lois de prononcer des mesures provisoires nécessaires à la garantie juridictionnelle effective des droits fondamentaux.

1) Les titres formels d'habilitation expresse

1302. Plusieurs titres formels habilite expressément les juridictions *ad quem* à disposer du pouvoir de prononcer des mesures provisoires. Ces titres sont de deux ordres et concernent ou bien les juridictions *ad quem* internes ou bien les juridictions *ad quem* européennes. Pour les premières, une source prétorienne habilite directement les juridictions du Palais Royal à pouvoir ordonner des mesures provisoires spécifiquement dans le cadre de l'hypothèse contentieuse correspondant à la mise en œuvre d'un renvoi préjudiciel sur renvoi d'une QPC ou d'une demande d'avis contentieux (a). Pour les cours européennes, les titres d'habilitation du pouvoir de prononcer de telles mesures trouvent leurs sources de manière indirecte dans l'application par analogie des règles de procédure relatives aux recours directs pouvant être portés devant leur prétoire (b).

a) Une source prétorienne d'habilitation directe : l'hypothèse du

²⁵³² Seules quelques dispositions du droit dérivé de l'UE prévoient, au titre du droit au juge, par exemple dans le contentieux des marchés publics, que le juge national puisse adopter des mesures provisoires. L'article 2 § 1 a) de la Directive 2007/66/CE du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics prévoit que le juge national doit pouvoir « prendre dans les délais les plus brefs et par voie de référé, des mesures provisoires ayant pour but de corriger la violation alléguée ou d'empêcher qu'il soit encore portée atteinte aux intérêts concernés y compris des mesures destinées à suspendre ou à faire suspendre la procédure de passation de marché public en cause ou l'exécution de toute décision prise par le pouvoir adjudicateur ». Dans le domaine de la récupération des aides d'État, un règlement du Conseil habilite les juridictions internes à adopter des mesures provisoires : article 14 § 3, du règlement n° 659/1999 du Conseil, 22 mars 1999 (JOCE L 83, p. 1). Un autre règlement prévoit également le pouvoir de prononcer la suspension provisoire des décisions des autorités douanières lorsqu'est en question l'application de la réglementation douanière de l'UE : article 244 du règlement n° 2913/92 du Conseil, 12 octobre 1992 (JOCE L 302, p. 1).

renvoi préjudiciel sur renvoi

1303. La notion de « renvoi sur renvoi ». Le « renvoi sur renvoi » correspond à l'hypothèse contentieuse dans laquelle une juridiction *ad quem* en saisit une autre afin de lever une difficulté sérieuse d'interprétation ou un doute sur la compatibilité d'une loi avec les droits fondamentaux. Cette formule, tirée de la thèse de doctorat de Gatien Casu, désigne la nécessité d'un renvoi pour la solution à donner à un premier renvoi²⁵³³. D'autres auteurs utilisent l'expression de « saisine sur saisine »²⁵³⁴ ou de « double préjudicialité »²⁵³⁵ pour qualifier ce même type de configuration contentieuse. L'on a encore pu voir, sous la plume de la Cour de Strasbourg, l'utilisation de l'expression de « double renvoi »²⁵³⁶ à propos de l'hypothèse de renvoi d'une demande d'avis consultatif par une cour constitutionnelle elle-même saisie d'une question de constitutionnalité par une juridiction ordinaire.

1304. Dans le cadre de la procédure d'avis contentieux, il ne peut être soulevé de QPC devant le Conseil d'État puisque ce moyen est uniquement recevable devant cette juridiction lorsqu'elle statue en premier et dernier ressort, en appel ou en cassation. À défaut d'être une juridiction administrative de premier degré ou d'appel, il est en sens inverse impossible pour le Conseil constitutionnel de saisir le Conseil d'État d'une demande d'avis contentieux. Enfin, l'Union européenne n'ayant pas adhéré à la Conv. EDH et le Conseil de l'Europe ne pouvant être membre de l'UE, les cours européennes ne peuvent se saisir l'une et l'autre d'un renvoi. Seules deux configurations peuvent donc caractériser un renvoi sur renvoi. Il s'agit du renvoi sur renvoi à la Cour de justice de l'Union européenne et du renvoi sur renvoi à la Cour européenne des droits de l'Homme. Cependant, seule la Cour luxembourgeoise habilite expressément les juridictions nationales à prononcer des mesures provisoires à l'occasion de la mise en œuvre d'un renvoi préjudiciel.

1305. Sous certaines conditions (α), les juridictions *ad quem* internes peuvent prononcer

²⁵³³ G. CASU, *Le renvoi préalable. Essai sur l'unification préjudicielle de l'interprétation*, LGDJ, 2016, p. 272.

²⁵³⁴ T. LARROUTUROU, « Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme et demandes d'avis aux cours suprêmes : saisine sur avis ne vaut ? », *Rec. Dall.*, 2018, n° 27, p. 1502.

²⁵³⁵ L. MONTANARI, « Le procès incident de constitutionnalité italien et le renvoi préjudiciel devant la C.J.U.E : la question de la double préjudicialité », in L. GAY (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé*, Bruylant, 2014, p. 459.

²⁵³⁶ CEDH, avis, 29 mai 2020, *Utilisation de la technique de « législation par référence » pour la définition d'une infraction et aux critères à appliquer pour comparer la loi pénale telle qu'elle était en vigueur au moment de la commission de l'infraction et la loi pénale telle que modifiée*, n° P16-2019-001, § 49.

des mesures provisoires à l'occasion de la saisine de la Cour de justice de l'UE d'un renvoi préjudiciel (β).

a) Les conditions permettant le prononcé de mesures provisoires à l'occasion de la saisine de la Cour de justice de l'UE d'un renvoi préjudiciel

1306. Par une succession d'arrêts, la Cour de justice de l'UE a construit le droit des justiciables à une protection juridictionnelle effective des droits qu'ils tirent du droit de l'UE à l'occasion d'un renvoi préjudiciel en appréciation de validité. Le caractère effectif de la protection de ces droits « implique notamment que puisse être assurée leur protection provisoire »²⁵³⁷. Dès 1968, dans un arrêt *Salgoil*, la Cour de justice des Communautés européennes jugeait que la garantie des dispositions du droit primaire d'application directe oblige les juridictions nationales à assurer une protection « directe et immédiate »²⁵³⁸ des droits et intérêts des justiciables. Par son arrêt *Atlanta*, la Cour élargit la jurisprudence *Zuckerfabrik* au champ plus large de toutes mesures provisoires autres que le sursis à exécution d'un acte national. Toute juridiction nationale est en effet habilitée, lorsqu'elle saisit la Cour de justice d'un renvoi préjudiciel en appréciation de validité, et sous d'autres conditions, d'ordonner toute mesure provisoire utile « aménageant ou régissant les situations juridiques ou les rapports de droit litigieux »²⁵³⁹.

Afin d'achever la construction jurisprudentielle du droit à une protection juridictionnelle provisoire, il ne manquait plus que la Cour détaille les critères permettant au juge national de décider, s'il y a lieu, de prononcer des mesures provisoires. Jusqu'à l'arrêt *Zuckerfabrik*²⁵⁴⁰, la détermination du régime régissant de telles mesures était renvoyée à l'autonomie procédurale de chaque État membre.

Les conditions d'octroi de mesures provisoires, et notamment du sursis à exécution d'un acte national pris en application d'un acte de droit dérivé dont la légalité est attaquée, sont identiques

²⁵³⁷ CJCE, 29 janvier 1997, *J. Antonissen c. Commission des Communautés européennes et Conseil de l'Union européenne*, C- 393/96.

²⁵³⁸ CJCE., 19 décembre 1968, *Salgoil*, C-13/68, pt. 2.

²⁵³⁹ CJCE, 9 novembre 1995, *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft*, C-465/93, pt. 28.

²⁵⁴⁰ CJCE, 21 février 1991, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen AG c. Hauptzollamt Itzehoe*, aff. jtes C-143/88 et C-92/89.

à celles de la procédure de référé²⁵⁴¹ applicable devant la Cour de justice²⁵⁴². En effet, les arrêts *Zuckerfabrik* et *Atlanta* précisent que l'exigence d'une protection juridictionnelle provisoire commande que des mesures provisoires puissent être décidées dès lors que le juge national est confronté à une urgence, qu'il plane un doute sérieux sur la légalité de l'acte attaqué, qu'une partie risque un préjudice grave et irréparable, et qu'avant de mettre en œuvre un renvoi préjudiciel en appréciation de validité, il mette en balance les intérêts en présence.

β) L'applicabilité du pouvoir de prononcer des mesures provisoires à l'occasion d'un renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'UE sur renvoi par les juridictions ad quem internes

1307. Le corpus jurisprudentiel de la Cour de justice tiré du principe de primauté et d'effet direct du droit de l'UE investit *tout* juge national du pouvoir de protéger par des mesures provisoires les droits des justiciables qu'ils tirent du droit de l'UE²⁵⁴³. Par sa jurisprudence, la Cour de Luxembourg consacre, selon la formule du professeur Antoine Louvaris, « un référé communautaire décentralisé »²⁵⁴⁴ auquel ni le Conseil constitutionnel ni le Conseil d'État ne sauraient échapper. Comme tout autre juge national, ces deux juridictions du Palais Royal sont juges de droit commun du droit de l'UE. L'habilitation d'un juge à saisir la Cour de justice d'un renvoi préjudiciel n'est pas conditionnée par la fonction juridictionnelle consultative ou purement contentieuse qu'il exerce puisqu'elle vaut « dans le cadre de n'importe quel office »²⁵⁴⁵. Il en résulte que, concomitamment à la mise en œuvre d'un renvoi préjudiciel sur renvoi d'une QPC ou d'une demande d'avis contentieux, le Conseil constitutionnel et le Conseil

²⁵⁴¹ Concernant les conditions du référé, voir notamment : B. PASTOR et E. VAN GINDERACHTER, « La procédure en référé », *RTDE*, 1989, n° 3, pp. 561-621 ; F. PICOD, « Référé devant la Cour de justice de l'Union européenne », *Juris. Class. Europe*, 2014, fasc. 390 ; J. RIDEAU et F. PICOD, « Les mesures provisoires ordonnées par la juridiction communautaire », *JTDE*, 1995, pp. 121-129 ; E. DAVID, « Référé », *Rep. Dr. Eur.*, 2013, pts. 59-98.

²⁵⁴² La cour énonce que « comme le pouvoir des juridictions nationales d'octroyer un tel sursis correspond à la compétence réservée à la Cour par l'article [278 du TFUE] dans le cadre des recours [directs en annulation], il convient que ces juridictions n'accordent ce sursis que dans les conditions du référé devant la Cour » : CJCE, 21 février 1991, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen AG c. Hauptzollamt Itzehoe*, aff. jtes C-143/88 et C-92/89, pts. 26-27 ; CJCE, 9 novembre 1995, *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft*, C-465/93, pt. 39.

²⁵⁴³ CJCE, 9 mars 1978, *Administration des finances de l'État c. Société anonyme Simmenthal*, C-106/77, pt. 16 : « tout juge [...], saisi dans le cadre de sa compétence, a, en tant qu'organe d'un État membre, pour mission de protéger les droits conférés aux particuliers par le droit communautaire ». Nous soulignons ; R. MUNOZ, A. RIGAUX et C. SOULARD, *Contentieux de l'Union européenne / 3. Renvoi préjudiciel, recours en manquement*, Lamy, 2011, p. 61 ; G. LEBRUN, *Office du juge administratif et questions préjudicielles. Recherche sur la situation du juge a quo*, LGDJ, 2017, p. 404.

²⁵⁴⁴ A. LOUVARIS, « Le Conseil d'État, juridiction suprême en réseau : une illustration », *Rec. Dall.*, 2005, n° 13, p. 859.

²⁵⁴⁵ G. LEBRUN, *Office du juge administratif et questions préjudicielles. Recherche sur la situation du juge a quo*, *op. cit.*, p. 404.

d'État ont le pouvoir d'ordonner des mesures provisoires.

1308. C'est donc à tort que, sans pour autant être incompétents²⁵⁴⁶, lorsqu'un renvoi préjudiciel est nécessaire, le Conseil d'État²⁵⁴⁷ et la Cour de cassation²⁵⁴⁸ refusent de saisir la Cour de justice de l'UE d'un renvoi préjudiciel et laissent le soin aux juridictions subordonnées de s'acquitter de cette tâche. Le Conseil d'État est donc non seulement compétent pour saisir la Cour de Luxembourg d'un renvoi préjudiciel, mais aussi pour ordonner concomitamment à cette saisine toute mesure provisoire nécessaire à la sauvegarde des droits que les parties au procès d'une demande d'avis contentieux tirent du droit de l'UE.

Par une décision qui fit date, le Conseil Constitutionnel a quant à lui déjà sollicité l'appui de la Cour luxembourgeoise par la voie du renvoi préjudiciel en interprétation²⁵⁴⁹. En réponse, la Cour a d'ailleurs confirmé que le Conseil constitutionnel était une « juridiction » au sens de l'article 267 du TFUE, habilitée à la saisir d'un renvoi préjudiciel²⁵⁵⁰. Il en résulte que, dans le cadre d'un renvoi préjudiciel en appréciation de validité opéré par le Conseil constitutionnel à l'occasion de l'examen d'une QPC portant sur une loi de mise en œuvre du droit de l'UE ou de transposition d'une directive, le juge constitutionnel dispose aussi d'un pouvoir de prononcer

²⁵⁴⁶ C. VOCANSON, *Le Conseil d'État français et le renvoi préjudiciel devant la Cour de justice de l'Union européenne*, Dalloz, 2014, p. 312.

²⁵⁴⁷ CE, avis, 4 février 2000, *M. Henri Mouflin*, n° 113321 : Saisi de la question de la compatibilité des dispositions du 3° du I de l'article L. 24 du code des pensions civiles et militaires de retraite avec des règles de droit primaire et de droit dérivé de l'UE, le Conseil d'État énonce qu'il revient au tribunal administratif de Châlons-en-Champagne de s'interroger sur la nécessité de saisir la CJUE d'un renvoi préjudiciel afin de trancher la question de droit ayant motivé la mise en œuvre de l'article L. 113-1 du CJA. Peu de temps après l'avis de la juridiction administrative suprême, le tribunal administratif de Châlons-en-Champagne a saisi la CJUE d'un renvoi préjudiciel : CJCE, 13 décembre 2001, *Henri Mouflin c. Recteur de l'académie de Reims*, C-206/00. Voir également les conclusions du Commissaire du Gouvernement : G. GOULARD, « Les règles relatives aux pensions de retraite des fonctionnaires ne sont pas soumises au principe de l'égalité des sexes. Concl. sous CE, avis, 4 février 2000, *M. Henri Mouflin*, n° 113321 », *AJDA*, 2000, n° 6, p. 554. Le professeur Paul Cassia considère que le Conseil d'État, saisi d'une demande d'avis contentieux, « ne statue pas comme juridiction dans le cadre de l'article L. 113-1 et ne pourrait à cet égard être considéré comme une juridiction au sens de l'article 234 CE ; il ne peut donc saisir lui-même la Cour » : P. CASSIA, « Droit administratif français et droit de l'Union européenne », *RFDA*, 2006, n° 5, p. 1062.

²⁵⁴⁸ C. cass., avis, 9 octobre 1992, n° 0920005 P ; C. cass., avis, 11 mars 1994, n° 09-30.021 P ; C. cass, avis, 2 septembre 2005, n° 005.0007. Le tribunal des affaires de sécurité sociale de Paris questionnait la Cour de cassation sur le rapport de compatibilité entre des dispositions législatives et une convention fiscale internationale. La Cour de cassation est d'avis qu'un renvoi préjudiciel à la CJUE doit être mis en œuvre pour trancher ce problème de droit. Cet avis est rendu sur l'avis contraire de l'avocat général qui présentait une solution au problème de droit ne nécessitant pas de renvoi préjudiciel à la CJUE : F. BARRAIRON, *Obs.*, sous C. cass, avis, 2 septembre 2005, n° 0050007.

²⁵⁴⁹ CC, décision n° 2013-314P QPC, 4 avril 2013, *M. Jeremy F. [Absence de recours en cas d'extension des effets du mandat d'arrêt européen - question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne]*.

²⁵⁵⁰ CJUE, 30 mai 2013, *Jeremy F. c. Premier ministre*, C-168/13 PPU, notamment pt. 29. X. MAGNON, « La révolution continue : le Conseil constitutionnel est une juridiction... au sens de l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne », *RFDC*, 2013, n° 96, p. 917.

toute mesure provisoire conformément aux conditions posées par la jurisprudence de la Cour luxembourgeoise.

b) Des sources textuelles indirectes : l'application par analogie des règles relatives aux recours aux procédures de traitement des renvois

1309. Des dispositions textuelles de portée générale accordent expressément aux cours européennes le pouvoir de prononcer des mesures provisoires. Mais, pour l'heure, ces dispositions sont considérées par ces cours comme étant uniquement applicables dans le cadre des recours directs portés devant leur prétoire. Or, la formulation de ces titres d'habilitation ne réserve pas ce pouvoir aux recours directs et ne l'exclut pas non plus pour les renvois. Il est par conséquent possible d'interpréter ces dispositions comme étant applicables par analogie aux procédures de traitement des renvois. Cette lecture concerne l'applicabilité de l'article 279 du TFUE à la procédure de traitement des renvois préjudiciels par la Cour de justice de l'UE (α) ainsi que l'article 39 du règlement de procédure de la Cour EDH à la procédure de traitement des demandes d'avis consultatifs (β).

α) L'applicabilité de l'article 279 du TFUE à la procédure de renvoi préjudiciel

1310. Le refus de la Cour de justice de l'UE d'étendre l'application de l'article 279 du TFUE à la procédure du renvoi préjudiciel. La Cour de justice de l'UE s'est déclarée incompétente pour connaître, dans le cadre de la procédure de traitement des renvois préjudiciels, d'« une demande en référé »²⁵⁵¹ formulée sur le fondement de l'article 279 du TFUE (ex-article 243 CE). Selon la Cour, en raison de « la différence substantielle existant entre la procédure contentieuse et la procédure incidente prévue à l'article [267 TFUE], on ne saurait donc, à défaut d'une disposition expresse, étendre à cette dernière procédure les règles prévues uniquement pour la procédure contentieuse »²⁵⁵².

Deux obstacles s'opposent donc, selon les mots de la Cour, à la reconnaissance de sa compétence pour ordonner des mesures provisoires. Le premier tient à « la différence substantielle » entre les recours directs et le renvoi préjudiciel ; le second est lié à

²⁵⁵¹ CJCE, ord., 24 octobre 2001, *Alexander Dory c. Bundesrepublik Deutschland*, C-186/01 R, pt. 6.

²⁵⁵² CJCE, ord., 24 octobre 2001, *Alexander Dory c. Bundesrepublik Deutschland*, *opt. cit.*, pt. 10.

l'interprétation des dispositions prévoyant le pouvoir de la Cour de prononcer des mesures provisoires dans le sens de leur applicabilité exclusive aux recours directs. Mais, le juge de Luxembourg ne relève aucune opposition de principe à l'idée qu'il puisse disposer du pouvoir de prononcer des mesures provisoires dans le cadre de la procédure préjudicielle. La Cour ouvre même la voie à cette évolution en conditionnant simplement cette hypothèse à l'existence d'une « disposition expresse », soit, en d'autres termes, à la possibilité de se fonder sur une base légale spécialement conçue pour la procédure du renvoi préjudiciel. Si ce préalable est tout à fait compréhensible, il est pourtant possible, à défaut d'une disposition expresse, de considérer le pouvoir de prononcer des mesures provisoires, prévu à l'article 279 du TFUE, comme étant applicable à la procédure de renvoi préjudiciel.

1311. Sans préciser lesquelles, l'article 279 du TFUE prévoit que la Cour de justice de l'UE peut prescrire les mesures provisoires nécessaires « dans les affaires dont elle est saisie ». De plus, l'article 39 du statut de la Cour de justice prévoit notamment que son président peut « statuer selon une procédure sommaire dérogeant, en tant que de besoin, à certaines des règles contenues dans le présent statut et qui sera fixée par le règlement de procédure, sur des conclusions tendant [...] à l'application de mesures provisoires en vertu de l'article 279 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ». La rédaction de ces règles de procédure est suffisamment large et totalement dénuée d'exception pour les considérer comme étant indistinctement applicables aux recours directs ainsi qu'à la procédure du renvoi préjudiciel. Rien ne semble donc empêcher que ces fondements puissent être valablement invoqués par la Cour de justice, statuant sur saisine d'un renvoi préjudiciel, pour ordonner, si nécessaire, toute mesure provisoire utile à la protection des droits fondamentaux que les justiciables tirent du droit de l'UE²⁵⁵³.

1312. S'il existe différentes procédures préjudicielles, c'est parce qu'il y a une nécessité de répondre de manière adaptée à des renvois opérés dans des situations d'urgence variables. Ils appellent donc, selon leur degré d'urgence, une réponse spécifique de la Cour. Pour cela, les règles ordinaires de procédure et les garanties procédurales fondamentales ont été modifiées pour créer une procédure préjudicielle accélérée ainsi qu'une procédure préjudicielle d'urgence. La procédure préjudicielle accélérée avait notamment été instituée pour « remédier à

²⁵⁵³ J. CAVALLINI, *Le juge national du provisoire face au droit communautaire. Les contentieux français et anglais*, Bruylant, 1995, p. 416.

l'impossibilité d'appliquer la procédure en référé au renvoi préjudiciel »²⁵⁵⁴. Cependant, alors que les situations d'urgence appellent des pouvoirs spécifiques, rien n'a été fait pour accroître ceux de la Cour lorsque sont enclenchées les procédures préjudicielles accélérée ou d'urgence. Il est donc possible de considérer que l'objectif d'adaptation des procédures préjudicielles à l'urgence n'est que partiellement atteint puisqu'il n'y pas eu d'accroissement des pouvoirs du juge, notamment celui de prononcer des mesures provisoires d'urgence.

1313. Le besoin de mise en cohérence du système de protection provisoire de la Cour de justice de l'UE. L'absence de pouvoir de la Cour de justice de l'UE de prononcer des mesures provisoires lorsqu'elle est saisie d'un renvoi préjudiciel est une carence de la procédure²⁵⁵⁵ et nuit à la cohérence du système de protection provisoire des droits que les justiciables tirent du droit de l'UE.

Le contentieux de la validité des actes du droit dérivé de l'UE relève de la compétence de la Cour de justice statuant sur renvoi préjudiciel en appréciation de validité ou sur recours direct en annulation. Or, c'est seulement par la voie du recours direct que la protection juridictionnelle provisoire peut jouer devant la Cour.

De même, le recours en manquement et la procédure du renvoi préjudiciel peuvent avoir pour fonction commune de contrôler, directement pour le premier et indirectement pour la seconde, la compatibilité de législations nationales avec le droit de l'UE.

Pourquoi, alors que les recours directs et la procédure du renvoi préjudiciel ont des fonctions communes, la Cour de justice de l'UE pourrait ordonner des mesures provisoires dans le cadre des recours et ne le pourrait pas dans celui des renvois préjudiciels ? L'exigence de « cohérence du système de protection provisoire »²⁵⁵⁶ des droits de l'UE des justiciables impose que ces derniers puissent bénéficier d'une telle protection lorsqu'ils sont engagés dans un procès devant la Cour aussi bien au titre d'un recours qu'à celui d'un renvoi préjudiciel.

Le pouvoir de limitation dans le temps des effets d'une annulation constitue d'ailleurs un exemple de mise en cohérence du contentieux devant la Cour de justice entre la procédure du recours en annulation et celle du renvoi préjudiciel.

²⁵⁵⁴ J. RIDEAU, F. PICOD, *Code des procédures juridictionnelles de l'Union européenne*, Litec, 2002, p. 686.

²⁵⁵⁵ J. BOULOUIS, M. DARMON et J.-G. HUGLO, *Contentieux communautaire*, Dalloz, 2^e éd., 2001, p. 35.

²⁵⁵⁶ CJCE, 21 février 1991, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen AG c. Hauptzollamt Itzehoe*, aff. jtes C-143/88 et C-92/89, pt. 18.

1314. L'exemple de la mise en cohérence réussie du système de limitation dans le temps des effets d'une annulation entre la procédure du recours en annulation et celle du renvoi préjudiciel. L'article 264 alinéa 1 du TFUE prévoit que la Cour de justice de l'UE peut, si le « recours » dont elle est saisie est fondé, déclarer nul et non avenu l'acte contesté devant son prétoire. L'alinéa suivant ajoute que la Cour « indique, si elle l'estime nécessaire, ceux des effets de l'acte annulé qui doivent être considérés comme définitifs ». Cette dernière stipulation ne prévoit cependant ce pouvoir que dans le cadre des « recours », étant implicitement compris qu'il ne peut s'agir que du recours en annulation. Elle ne prévoit donc pas expressément que la Cour de justice puisse limiter dans le temps les effets des arrêts rendus sur renvoi préjudiciel. Pourtant, la Cour a considéré cette disposition comme étant applicable à la procédure du renvoi préjudiciel en interprétation²⁵⁵⁷ et de celui en appréciation de validité. Le juge luxembourgeois a justifié cette position en mettant en avant « la nécessaire cohérence entre le renvoi préjudiciel et le recours en annulation [...] qui constituent deux modalités du contrôle de légalité organisé par le traité »²⁵⁵⁸. Sans bien que l'on perçoive de subtilité, « la différence substantielle » entre le recours en annulation et le renvoi préjudiciel et l'absence de « disposition expresse » n'ont, à la différence de la question du pouvoir de prononcer des mesures provisoires, pas empêché la Cour de considérer le pouvoir de modulation dans le temps des effets des annulations contentieuses comme étant applicable à la procédure de traitement des renvois préjudiciels.

β) L'applicabilité de l'article 39 du règlement de procédure de la Cour EDH à la procédure de demande d'avis consultatif

1315. L'applicabilité des dispositions procédurales relatives à la fonction contentieuse d'une juridiction à ses fonctions consultatives. L'article 68 du statut de la Cour internationale de justice prévoit que « dans l'exercice de ses attributions consultatives, la Cour s'inspirera en outre des dispositions du présent Statut qui s'appliquent en matière contentieuse dans la mesure où elle les reconnaîtra applicables ». Il en va pareillement concernant l'application à la procédure de demande d'avis consultatif des dispositions du règlement de procédure de la Cour de Strasbourg, et spécifiquement de l'article 39, originellement prévues pour régir le traitement des recours directs.

²⁵⁵⁷ CJCE, 8 avril 1976, *Defrenne c. Sabena*, C-43/75.

²⁵⁵⁸ CJCE, 27 mars 1985, *Société des produits de maïs*, C-112/83, pt. 17.

1316. L'article 91 du règlement de procédure de la Cour indique que la procédure des demandes d'avis consultatifs se déroule conformément aux dispositions du protocole n° 16 à la Conv. EDH. Cette même disposition ajoute que la procédure se conforme aux dispositions du titre X du règlement de procédure relatif aux avis consultatifs rendus au titre du protocole n° 16. Cet article termine en prévoyant, sans réserve, que la Cour « applique également, dans la mesure où elle le juge approprié, les autres dispositions du présent règlement ». Au titre des « autres dispositions » du règlement figure évidemment l'article 39 relatif aux mesures provisoires²⁵⁵⁹. Ainsi, « dans la mesure où elle le juge approprié », la Grande chambre ou son président peuvent, de manière discrétionnaire, « soit à la demande d'une partie ou de toute autre personne intéressée, soit d'office, indiquer aux parties toute mesure provisoire qu'ils estiment devoir être adoptée dans l'intérêt des parties ou du bon déroulement de la procédure ». De plus, il est à noter que l'article 39 est intégré dans le titre II du règlement de procédure, au sein du premier chapitre relatif aux « règles générales » de procédure, et non pas à celles spécifiques aux recours directs.

2) Les titres d'habilitation théoriques

1317. À défaut de base textuelle expresse et explicite, le titre d'habilitation d'une juridiction à exercer un pouvoir peut tout à fait se baser sur un fondement théorique. Ainsi, le principe de célérité (a) ou encore la théorie des pouvoirs inhérents à la fonction juridictionnelle (b) constituent des titres d'habilitation invocables par les juridictions *ad quem* afin de prononcer, dans les situations d'urgence, toute mesure provisoire nécessaire à la protection des droits fondamentaux.

a) Le principe de célérité

1318. Que ce soit sur le fondement du régime jurisprudentiel des circonstances exceptionnelles, des régimes législatifs ou constitutionnel d'exception, en droit public et hors matière contentieuse, la marque première de l'urgence est « l'accroissement »²⁵⁶⁰ des pouvoirs de l'administration.

²⁵⁵⁹ Concernant également l'applicabilité de l'article 41 du règlement de procédure à la procédure d'avis consultatif, voir *infra*.

²⁵⁶⁰ G. PAMBOU TCHIVOUNDA, « Recherche sur l'urgence en droit administratif français », *RDP*, 1983, p. 125 ; P.-L. FRIER, *L'urgence en droit public*, LGDJ, 1987, p. 15.

1319. En droit processuel général, l'urgence laisse la même empreinte. Elle étend les pouvoirs du juge et permet de déroger aux règles de compétence exclusive²⁵⁶¹.

Selon Didier Cholet, le principe de célérité fonde le pouvoir de tout juge interne ou international de prendre des mesures provisoires commandées par l'urgence²⁵⁶². L'auteur précise que ce principe est à la source du pouvoir de tout juge de prononcer des mesures provisoires « quel que soit le contentieux en cause »²⁵⁶³. Sur ce fondement, le contentieux des lois sur renvoi ne semble pouvoir exclure la possibilité pour les juridictions *ad quem* de jouir du pouvoir d'ordonner des mesures provisoires.

1320. Cette problématique de l'adaptation des pouvoirs du juge à l'urgence s'est posée lors de la réforme du contentieux administratif opérée par la loi du 30 juin 2000. C'est bien l'urgence qui a justifié la réforme des pouvoirs du juge administratif²⁵⁶⁴ et spécialement ceux accordés au nouveau juge du référé-liberté de prononcer toute mesure provisoire utile à la sauvegarde d'une liberté fondamentale. Ainsi que le confirme l'ancien Vice-président du Conseil d'État Jean-Marc Sauvé, la « prise en compte de l'urgence nécessite une rénovation de l'office du juge, lequel doit pouvoir suspendre des illégalités manifestes et protéger l'exercice des droits fondamentaux grâce à des mesures conservatoires »²⁵⁶⁵.

Tout comme dans ce contentieux, l'urgence justifie également que les pouvoirs du juge *ad quem* soient « rénovés » afin de s'y adapter.

1321. Si l'urgence est assurément de nature à fonder et à confirmer la nécessité de doter un juge du pouvoir de prononcer des mesures provisoires, la théorie des pouvoirs inhérents à la fonction juridictionnelle a également pour effet d'habiliter tout juge à ordonner ce type de mesures.

b) La théorie des pouvoirs inhérents à la fonction juridictionnelle

²⁵⁶¹ Voir *supra* : Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, Paragraphe 2.

²⁵⁶² D. CHOLET, *La célérité de la procédure en droit processuel*, LGDJ, 2006, pp. 421-423.

²⁵⁶³ D. CHOLET, *La célérité de la procédure en droit processuel*, *op. cit.*, p. 421.

²⁵⁶⁴ I. MONTEILLAT, « La Réforme des pouvoirs du juge administratif face à l'urgence », *Gaz. Pal.*, 9 septembre 2000, n° 252.

²⁵⁶⁵ J.-M. SAUVE, « L'urgence devant le Conseil d'État : procédures, méthodes de travail et défis nouveaux », Séminaire organisé par l'Association internationale des Hautes juridictions administratives (AIHJA) : Comment réduire les délais de jugement et accélérer les procédures devant les juridictions administratives suprêmes ?, 23 septembre 2014, p. 1.

1322. Le pouvoir d'ordonner des mesures provisoires, un pouvoir inhérent à toute fonction juridictionnelle. Un pouvoir considéré comme inhérent à la fonction juridictionnelle est un pouvoir qui est, par voie de conséquence, nécessaire à l'exercice par une juridiction de ses fonctions²⁵⁶⁶. Que l'on se trouve dans un système juridique romano-germanique ou de *common law*, en contentieux privé ou public, interne ou international, il est communément reconnu aux juges et aux arbitres le pouvoir de prononcer des mesures provisoires. C'est pourquoi, le pouvoir d'ordonner des mesures provisoires est « un pouvoir inhérent à toute fonction de caractère judiciaire, et correspond au droit de chacun à un tribunal et à un procès équitable qui soit effectif sur le plan national et européen »²⁵⁶⁷. L'intégration de mesures provisoires dans le champ des pouvoirs d'un juge serait « inhérente au déroulement normal d'une procédure judiciaire et inhérente aux pouvoirs exercés par le juge dans la direction du procès »²⁵⁶⁸.

1323. Le pouvoir de prononcer des mesures provisoires est-il pour autant inhérent et nécessaire à l'accomplissement des buts poursuivis par les juridictions *ad quem* saisies d'un renvoi préalable ? Si l'on accorde à un juge le droit de trancher définitivement un litige objectif ou même subjectif, pourquoi lui dénier le pouvoir de prononcer préalablement à sa décision finale des mesures provisoires ? Les parties étatiques et les justiciables se sont explicitement accordés pour reconnaître la compétence du juge des lois de statuer définitivement sur leur litige. Selon quelle logique pourraient-ils refuser qu'en vue du maintien de l'objet du litige qu'ils portent devant ce juge, ce dernier puisse prononcer une mesure provisoire ? L'on peut donc considérer que le pouvoir de prononcer des mesures provisoires est non seulement *inhérent* à la fonction du juge *ad quem* mais qu'il lui a aussi été *implicitement* accordé.

1324. Le pouvoir d'ordonner des mesures provisoires, un pouvoir inhérent à toute fonction juridictionnelle exempté de base légale. Concernant les juges *ad quem* saisis d'un renvoi, aucun texte constitutif ou portant règlement de procédure ne les autorise à prononcer des mesures provisoires. Or, au titre de cette théorie, l'absence de règles de procédure expresses

²⁵⁶⁶ Cette théorie fut mise en lumière par Sir Gerald Fitzmaurice : Sir G. FITZMAURICE, *The law and Procedure of the International Court of Justice*, Grotius-Cambridge, 1986, 860 p.

²⁵⁶⁷ G. COHEN-JONATHAN, « Sur la force obligatoire des mesures provisoires. L'arrêt de la Grande Chambre de la Cour européenne du 4 février 2005, *Mamatkulov et Askarov contre Turquie* », *RGDIP*, 2005, p. 434.

²⁵⁶⁸ P. PESCATORE, « Les mesures conservatoires et les référés », in SFDI, *La juridiction internationale permanente*, Pedone, 1987, p. 323.

d'habilitation du juge des lois d'assurer une protection juridictionnelle provisoire lorsqu'il est saisi d'un renvoi préalable n'empêche pas de considérer que ces juridictions disposent du pouvoir de prononcer des mesures provisoires. Il n'est donc théoriquement pas nécessaire que ce pouvoir soit formellement consacré par la voie conventionnelle pour les cours européennes ou par les voies constitutionnelle, législative ou réglementaire pour les juridictions du Palais Royal. De même, ces juridictions ne sont pas tenues de se fonder sur une disposition expresse de leur règlement de procédure pour recourir à un tel pouvoir.

L'on pourrait pourtant considérer, concernant les renvois aux cours européennes, que l'introduction de ce pouvoir doit être consenti par voie contractuelle par les États membres du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne et qu'il ne pourrait par conséquent être établi directement par les Cours de Strasbourg et de Luxembourg par voie prétorienne ou par une simple modification unilatérale de leurs règlements de procédure. Or, il n'en est rien. La théorie des pouvoirs inhérents a particulièrement été mobilisée par les cours internationales de protection des droits fondamentaux ne jouissant d'aucune habilitation textuelle leur permettant d'ordonner des mesures provisoires²⁵⁶⁹. En outre, pour celles qui disposaient déjà de ce pouvoir, cette théorie a également largement pu être empruntée pour fonder le caractère obligatoire des mesures provisoires. Par exemple, ni la Cour EDH, ni le Comité des droits de l'Homme n'avaient reçu de leur base conventionnelle²⁵⁷⁰ le pouvoir de prononcer des mesures provisoires. Cela s'est fait directement par ces organes *via* leur règlement de procédure, étant précisé que leur pouvoir d'ordonner des mesures provisoires était considéré comme étant inhérent à leur statut d'organe judiciaire.

1325. Parmi les mesures provisoires pouvant être prononcées par les juges *ad quem* saisis d'un renvoi, il en est une particulière qui est de nature à renforcer, dans les situations d'urgence, la garantie d'une protection juridictionnelle effective des droits fondamentaux. Il s'agit du pouvoir d'ordonner le sursis à exécution des lois attaquées dans le cadre des renvois.

II) Le droit à la suspension provisoire des lois sur renvoi

²⁵⁶⁹ D. SPIELMANN, « Les mesures provisoires et les organes de protection prévus par la Convention européenne des Droits de l'Homme », in *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruylant, 1992, T. 2, pp. 1299-1302.

²⁵⁷⁰ À savoir la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ainsi que le Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

1326. Parmi les mesures provisoires qui peuvent être ordonnées par un juge dans les situations d'urgence figure la suspension de l'exécution d'un acte. La suspension provisoire d'un acte sert à contrecarrer les effets néfastes du temps liés au traitement d'une requête. Actuellement, aucune pratique, ni règle expresse de procédure, ne fait état de la possibilité pour les parties à l'instance principale d'obtenir du juge *ad quem* la suspension provisoire d'une loi portant atteinte à leurs droits fondamentaux. Pourtant, théoriquement, rien n'empêche que cette suspension puisse résulter de la mise en œuvre d'un pouvoir du juge *ad quem* de prononcer un « sursis à exécution » des lois attaquées devant leur prétoire ou de l' « effet suspensif » attaché à sa saisine (A). Dans les situations d'urgence, plusieurs fondements juridiques habilitent effectivement ce juge à disposer de ce pouvoir et exigent dans certaines circonstances qu'un effet suspensif soit lié à la mise en œuvre d'un renvoi préalable (B).

A) Le pouvoir d'ordonner le sursis à exécution des lois

1327. La doctrine s'est toujours refusée d'évoquer l'existence d'un éventuel pouvoir juridictionnel de suspension des lois, et encore moins en ce qui concerne les juridictions *ad quem*. Tout au plus accepte-t-on qu'un acte administratif puisse être provisoirement suspendu. Pourtant, deux éléments permettent de s'assurer que la suspension des lois peut théoriquement être obtenue au stade du traitement d'un renvoi par une juridiction *ad quem*. D'une part, la loi étant un acte parmi d'autres, elle est à ce titre tout aussi susceptible d'être provisoirement suspendue (1). D'autre part, le renvoi est une voie de droit juridictionnelle parmi d'autres également susceptible d'avoir un effet suspensif (2).

1) La loi, un acte parmi d'autres susceptible d'être provisoirement suspendue

1328. Le caractère effectif d'une voie de droit juridictionnelle s'examine au regard de sa capacité à redresser une violation des droits fondamentaux indépendamment de la qualité de l'acte en cause et de son auteur. Autrement dit, le degré des exigences que recouvre le caractère effectif d'un recours juridictionnel ne saurait varier selon le caractère administratif ou législatif d'un acte dont l'application viole les droits fondamentaux. Le contrôle juridictionnel des actes de l'administration, tout comme ceux du Parlement, doit donc être également effectif. Pourtant, au regard du système de protection des droits fondamentaux, ces deux types d'actes ne

bénéficient pas de la même juridicité. Alors que les actes administratifs peuvent être provisoirement suspendus par l'effet de la saisine d'un juge ou d'une décision juridictionnelle, les lois ne peuvent au contraire pas l'être. Tous deux bénéficient pourtant de la même présomption de validité. Mais, pas plus que pour les actes administratifs, cet argument ne saurait constituer un obstacle au pouvoir du juge de les suspendre provisoirement (a). De nombreux exemples illustrent d'ailleurs le pouvoir de juridictions, notamment constitutionnelles, d'ordonner le sursis à exécution des lois (b).

a) Le faux obstacle de la présomption de validité des lois

1329. Dans la tradition juridique française, les tribunaux ne peuvent, depuis la Révolution et précisément les lois des 16 et 24 août 1790, troubler l'exercice du pouvoir législatif. Sans qu'il n'y ait été fait exception depuis, l'article 3 du Chapitre V de la Constitution de 1791 prévoyait que les tribunaux ne peuvent « suspendre l'exécution des lois ». Si, depuis lors, les tribunaux ont pu bénéficier, au terme d'une longue attente, du pouvoir de contrôler le produit du travail législatif, d'abord en examinant la conventionnalité des lois puis leur constitutionnalité, il leur est toujours résolument interdit d'en prononcer la suspension provisoire. Or, selon une locution populaire, « qui peut le plus, peut le moins ». Puisque par exemple, le Conseil constitutionnel peut abroger et réécrire transitoirement la loi, pourquoi ne pourrait-il pas suspendre provisoirement une loi dans des situations d'urgence ? Le poids du légicentrisme, même s'il est estompé, ne peut tout expliquer. À tort, la présomption de validité des lois fait solidement barrage, du moins en ce qui concerne les juridictions internes, à leur possibilité de disposer du pouvoir de suspendre provisoirement les lois.

1330. Tout comme les actes administratifs, les lois sont présumées valides tant que le contraire n'a pas été déclaré par un juge. Il s'agit pourtant d'une présomption simple qui supporte donc la preuve contraire. Les conclusions magistrales de l'avocat général Giuseppe Tésauero sous l'arrêt *Factortame* de la Cour de Luxembourg rappellent que s'il est justifié de considérer qu'une disposition législative, comme tout autre acte de la puissance publique, jouisse d'une présomption de légalité, celle-ci ne peut toutefois empêcher que la suspension provisoire d'une loi soit possible. En effet, la présomption de validité des lois :

« ne peut pas et ne doit pas signifier que le juge est empêché d'en paralyser temporairement les effets à l'égard du cas concret dont il est saisi lorsque, en attendant la constatation définitive de la légalité ou de la compatibilité par rapport à une disposition supérieure ou prééminente, l'une ou l'autre des positions juridiques

en présence risque de subir un préjudice irréversible et lorsqu'existe le soupçon (quitte à établir sa consistance) que la vérification définitive puisse aboutir à la constatation de l'illégalité de la loi »²⁵⁷¹.

À condition qu'il soit fait état d'un *periculum in mora* ainsi que d'un *fumus boni juris*, la présomption de légalité des lois ne constitue donc :

« pas un obstacle formel à la protection provisoire d'une position juridique subjective. Au contraire, précisément parce qu'il s'agit d'une présomption qui peut, en tant que telle, être surmontée par la constatation définitive, l'exigence de remédier au caractère tardif et/ou infructueux de cette même vérification subsiste »²⁵⁷².

L'avocat général conclut en résumant que :

« la présomption de validité de la loi ou de l'acte administratif ne peut et ne doit pas avoir pour signification d'exclure la possibilité même de la protection provisoire, dans la mesure où un système de contrôle de légalité est prévu à l'égard de l'une et de l'autre. Loin de contredire le principe de légalité de la loi ou de l'acte administratif, qui se concrétise en une présomption malgré tout surmontable par la constatation définitive, la protection provisoire élimine en effet le risque qu'une telle présomption produise l'effet pervers — assurément non voulu par un quelconque ordre juridique — de rendre vaine la fonction du contrôle juridictionnel et, en particulier, du contrôle de la légalité de la loi. Un point de vue différent équivaldrait à nier fondamentalement la possibilité de la protection provisoire, non seulement relativement à la loi, mais dans l'absolu, étant donné que tout acte de puissance publique, qu'il soit normatif au sens propre ou individuel, est présumé légal en attendant l'issue du contrôle juridictionnel de légalité »²⁵⁷³.

1331. Du point de vue des droits européens, la loi est un acte national susceptible d'être, au même titre que les autres et nonobstant toute présomption de validité, provisoirement suspendu. La Cour de justice de l'UE habilite en effet, sur le fondement du droit à une protection juridictionnelle provisoire, tout juge national à prononcer le sursis à exécution d'un acte interne²⁵⁷⁴. Ce pouvoir s'applique envers « tout acte national »²⁵⁷⁵ d'exécution du droit de l'UE ou fondé sur lui²⁵⁷⁶. La Cour formule en effet l'exigence que tout acte national d'exécution du

²⁵⁷¹ G. TESAURO, Concl. présentées le 17 mai sous CJCE, 19 juin 1990, *The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame*, C-213/89, pt. 20.

²⁵⁷² *Ibid.*

²⁵⁷³ G. TESAURO, Concl. présentées le 17 mai sous CJCE, 19 juin 1990, *The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame, op. cit.*, pt. 21. C'est l'auteur qui souligne.

²⁵⁷⁴ Voir *infra*.

²⁵⁷⁵ CJCE, 21 février 1991, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen AG c. Hauptzollamt Itzehoe*, aff. jtes C-143/88 et C-92/89, pt. 2 et CJCE, 9 novembre 1995, *Atlanta Fruchthandels-gesellschaft mbH e. a. c. Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, C-465/93, pt. 2.

²⁵⁷⁶ CJUE, *Recommandations à l'attention des juridictions nationales, relatives à l'introduction de procédures préjudicielles*, JOUE 2012/C 338/01, 6 novembre 2012, pt. 17 : « lorsqu'elle éprouve des doutes sérieux sur la validité d'un acte d'une institution, d'un organe ou d'un organisme de l'Union sur lequel se fonde un acte interne, cette juridiction peut exceptionnellement suspendre, à titre temporaire, l'application de ce dernier ».

droit de l'UE fondé sur un acte de droit dérivé souffrant d'une légalité douteuse doit pouvoir être suspendu par le juge devant lequel il est contesté. Ce pouvoir concerne donc non seulement les actes administratifs nationaux²⁵⁷⁷ mais aussi les « dispositions législatives nationales »²⁵⁷⁸. L'avocat général Misho suggère en effet que « les conditions d'octroi du sursis à l'exécution d'un acte administratif national dérogées par la Cour dans l'arrêt *Zuckerfabrik* soient également applicables au sursis à l'exécution d'une loi nationale »²⁵⁷⁹ qui violerait le droit de l'UE. Du côté de Strasbourg, le droit à un recours effectif garanti par l'article 13 de la Conv. EDH suppose qu'il puisse « empêcher l'exécution des *mesures* contraires à la Convention »²⁵⁸⁰. Il est clair que, dans les affaires concernées par la question de l'effet suspensif des recours, c'est principalement aux actes administratifs individuels que la Cour se réfère lorsqu'elle fait mention des « mesures » nationales contraires à la Conv. EDH. Mais, à défaut de précision quant à leur valeur juridique, ces « mesures » doivent être comprises comme pouvant se référer à tout type d'acte national quelle que soit sa nature, y compris donc à des « mesures législatives ».

b) Les exemples de pouvoir juridictionnel de suspension provisoire des lois

1332. Un pouvoir de suspension des lois principalement mis à la disposition des juridictions dotées de celui de les abroger. Plusieurs exemples de droit comparé permettent de constater que la loi n'est pas, par nature, un acte qui échappe à toute mesure juridictionnelle de suspension provisoire. Certaines cours constitutionnelles étrangères ont ce pouvoir de suspension des lois dans le cadre de leur compétence de contrôle de la constitutionnalité des lois afin de protéger provisoirement, dans les situations d'urgence, les droits fondamentaux des justiciables.

À ce propos, la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne peut prononcer, d'office ou sur demande de l'auteur d'une requête, une ordonnance portant suspension provisoire d'une loi²⁵⁸¹.

²⁵⁷⁷ CJCE, 21 février 1991, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen AG c. Hauptzollamt Itzehoe*, aff. jtes C-143/88 et C-92/89, pt. 1 ; Par son arrêt *Atlanta*, la Cour juge que la protection provisoire s'applique « au sujet d'un acte administratif national fondé sur un règlement communautaire qui fait l'objet d'un renvoi préjudiciel en appréciation de validité » : CJCE, 9 novembre 1995, *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft*, C-465/93, pt. 12.

²⁵⁷⁸ CJCE, 19 juin 1990, *The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame*, C-213/89, pt. 20.

²⁵⁷⁹ J. MISHO, Concl. présentées le 28 mai 1991 sous CJCE, 19 novembre 1991, *Andrea Francovich et Danila Bonifaci e. a. c. République italienne*, aff. jtes., C-6/90 et C-9/90, pt. 55.

²⁵⁸⁰ CEDH, 5 février 2002, *Čonka c. Belgique*, n° 51564/99, § 79. Nous soulignons.

²⁵⁸¹ Paragraphe 32 alinéa 1 de la loi relative à la Cour constitutionnelle fédérale : « En cas de litige, la Cour constitutionnelle fédérale peut, par la voie d'une ordonnance provisoire, régler provisoirement une situation si,

La Cour de Karlsruhe use avec parcimonie de ce pouvoir, au point qu'il est tout à fait exceptionnel qu'une loi soit suspendue²⁵⁸². Il en va de même concernant le Tribunal constitutionnel espagnol qui dispose d'un pouvoir résiduel de suspendre des lois²⁵⁸³. Aussi, l'article 161 alinéa 2 de la Constitution de Slovénie dispose que la Cour constitutionnelle peut prononcer la suspension d'une loi le temps qu'elle juge sur le fond de sa conformité à la Constitution²⁵⁸⁴. Pareillement, l'article 75 alinéa 1 du règlement de la Cour constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine prévoit que la Cour « peut temporairement suspendre l'exécution des [...], des lois ». Dans le cadre des recours en annulation, la loi organique spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle de Belgique offre un modèle et une illustration aboutie d'un régime juridique relatif au pouvoir juridictionnel de suspension des lois²⁵⁸⁵.

1333. Un pouvoir de suspension des lois indépendant du pouvoir d'abrogation des lois du juge *ad quem*. Par destination, les cours constitutionnelles ont pour fonction essentielle de connaître du contentieux des lois et, le cas échéant, d'en prononcer l'abrogation ou l'annulation. L'on pourrait ainsi croire que le pouvoir d'une juridiction de suspendre provisoirement des lois dépend du fait qu'elle détient également celui de les abroger. Or, il n'en est rien. Le pouvoir de suspension des lois d'une juridiction ne dépend pas de l'existence d'un pouvoir initial d'abrogation ou d'annulation des lois. L'on pourrait en effet croire que le pouvoir de suspension des lois d'un juge implique, en cas de contrariété d'une loi aux droits fondamentaux, qu'il puisse *in fine* l'invalidier définitivement. Il est en effet peu utile qu'une loi soit temporairement suspendue et, qu'une fois le procès terminé, elle puisse reprendre le cours de son application alors que sa contrariété aux droits fondamentaux aurait été, le cas échéant, constatée. Or, sans qu'elle ne puisse abroger une loi nationale, la Cour de justice de l'UE a le pouvoir d'en ordonner la suspension par la voie de la procédure du référé accessoirement actionnée à un

pour éviter des dommages graves, pour empêcher un recours à la violence ou pour une autre raison importante, cela est d'une nécessité urgente pour l'intérêt général ».

²⁵⁸² J.-C. BÉGUIN, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en république fédérale d'Allemagne*, Économica, 1982, p. 160.

²⁵⁸³ Voir notamment le contentieux des velléités indépendantistes catalanes : suspension provisoire de la loi n° 19/2017 sur le référendum d'auto-détermination : STC, plen., 7 septembre 2017, n° 4334/17 ; suspension provisoire de la loi n° 20/2017 relative au « processus de transition juridique et de fondation de la République » : STC, ord., 12 septembre 2017, n° 4386/17. Voir : P. BON, « Le pouvoir de suspension du juge constitutionnel : l'exemple du Tribunal constitutionnel espagnol », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle. Juger l'administration, administrer la justice*, Dalloz, 2007, p. 65.

²⁵⁸⁴ La Cour constitutionnelle « peut, jusqu'à la décision finale, suspendre en partie ou dans sa totalité l'exécution d'un acte dont elle juge de la constitutionnalité ou de la légalité ».

²⁵⁸⁵ Voir les articles 19 à 25 de la loi organique spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle de Belgique. Voir également *mutatis mutandis* les articles 34 à 40 de la loi organique (abrogée) n° 04-001 du 30 juin 2004 relative à l'organisation et aux compétences de la Cour Constitutionnelle des Comores.

recours en manquement²⁵⁸⁶.

2) Le renvoi, une voie de droit juridictionnelle parmi d'autres susceptible d'avoir un effet suspensif

1334. La question de l'effet suspensif de la saisine du juge *ad quem* lorsqu'une loi est déferée sur renvoi devant son prétoire peut paraître provocatrice, y compris si elle est limitée aux situations d'urgence. Aucune étude n'a été menée sur ce sujet tant l'idée pourrait paraître saugrenue. Cet « impensé » du contentieux provisoire des lois devant les juridictions *ad quem* mérite de questionner la faisabilité puis l'opportunité de conférer un caractère suspensif à sa saisine.

Comme pour tout recours juridictionnel, le caractère exécutoire des lois empêche d'attacher un effet suspensif à la saisine du juge *ad quem* lorsqu'il est saisi d'un renvoi préalable (a). Mais, s'il n'est pas question de conférer un effet suspensif systématique à la mise en œuvre d'une telle procédure, il peut en revanche apparaître nécessaire dans les situations d'urgence (b).

a) Le caractère exécutoire des lois comme justification à l'absence d'effet suspensif de la saisine du juge *ad quem*

1335. L'absence d'effet suspensif attaché aux recours juridictionnels et renvois préalables, y compris dans les situations d'urgence. L'absence d'effet suspensif des voies de droit juridictionnelles ouvertes à la contestation des lois est justifiée par le caractère exécutoire des lois. Sans que cela soit juridiquement requis, les lois, tout comme les actes administratifs, sont exécutoires dès leur entrée en vigueur nonobstant tout recours juridictionnel à leur encontre. C'est notamment pourquoi la saisine de tout juge, y compris ceux des référés, n'emporte aucun effet suspensif sur les lois dont la conformité aux droits fondamentaux est contestée.

1336. La saisine de la juridiction de Strasbourg pour la contestation de tout type d'acte national à l'occasion d'un recours individuel n'est assortie d'aucun effet suspensif²⁵⁸⁷. Pareillement, l'introduction d'une demande de mesures provisoires sur le fondement de l'article

²⁵⁸⁶ Voir *infra*.

²⁵⁸⁷ Comm. EDH, 18 avril 1964, *X. c. République fédérale d'Allemagne*, n° 2136/64.

39 du règlement de procédure de la Cour EDH n'emporte aucune obligation de l'État défendeur de surseoir à l'exécution d'un acte national telle qu'une décision administrative d'extradition²⁵⁸⁸ à laquelle il est fait grief de porter atteinte aux droits garantis par la Conv. EDH et ses protocoles additionnels. Il ne saurait *a fortiori* en aller différemment en cas d'introduction d'une demande d'avis consultatif par l'une des Hautes juridictions d'un État membre.

Cet état est parfaitement transposable au contentieux de l'UE devant la Cour de justice ou le Tribunal de l'UE. Qu'ils soient saisis d'un recours ou d'un renvoi contre une loi nationale, celle-ci ne saurait être suspendue par le simple engagement de ces actions. Dans les situations d'urgence, il en va strictement de même concernant la saisine du juge de l'UE des référés.

En contentieux administratif, la prévision d'un effet suspensif des actes administratifs à la saisine du juge administratif des référés d'urgence n'était jugée « ni praticable ni souhaitable »²⁵⁸⁹ par les membres du groupe de travail du Conseil d'État sollicités pour la réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif. Il en va *a fortiori* de même concernant les lois dont la conventionnalité est questionnée devant le juge des avis contentieux du Conseil d'État.

Seul le Conseil constitutionnel fait figure d'exception en matière d'effet suspensif attaché à sa saisine en tant que juge de la constitutionnalité des textes législatifs adoptés par le Parlement.

1337. L'effet suspensif de la saisine du Conseil constitutionnel sur la promulgation des textes législatifs adoptés par le Parlement. L'examen *a priori* et *a posteriori* de la constitutionnalité des lois a une fonction identique et s'opère selon les mêmes modalités. Mais les garanties d'un recours effectif sont différentes. Tandis que le premier a un effet suspensif sur la promulgation par le Président de la République des textes législatifs adoptés par le Parlement, aucun effet suspensif n'est en revanche attaché au second. C'est parce que le texte adopté par le Parlement et déféré devant le Conseil constitutionnel n'est pas encore une loi et qu'il ne jouit pas encore d'un caractère exécutoire que, dans le contrôle *a priori*, son entrée en vigueur peut être suspendue par effet de la saisine du juge constitutionnel.

Mais, à la différence du contrôle *a priori*, le contrôle *a posteriori* des lois s'exerce, par définition, durant leur application qui, parfois, est à l'origine d'atteintes graves voire irréversibles aux droits fondamentaux. Dans ces situations d'urgence, les atteintes législatives aux droits fondamentaux rendent nécessaire que leur contestation devant une juridiction *ad*

²⁵⁸⁸ CEDH, 20 février 2007, *Al-Moayad c. Allemagne*, n° 35865/03, §§ 122 et s.

²⁵⁸⁹ Groupe de travail du Conseil d'État sur les procédures d'urgence, « Rapport », *RFDA*, 2000, n° 5, p. 941.

quem soit pourvue d'un effet suspensif.

b) La nécessité d'un effet suspensif des lois attaché à la saisine sur renvoi des juridictions *ad quem*

1338. Dans certaines situations, il y a lieu de tempérer les effets pervers de « la règle fondamentale du droit public »²⁵⁹⁰ du privilège du préalable et donc de l'absence d'effet suspensif des recours dirigés contre les actes administratifs et les lois. Parfois, l'effet suspensif d'un recours est le seul moyen de lui conférer un caractère effectif systématique dans les cas d'atteintes graves et irréversibles aux droits fondamentaux. Le contentieux des mesures d'éloignement des étrangers, celui de l'extradition, ou encore celui des décisions médicales d'arrêt des traitements pouvant entraîner le décès d'un patient constituent de parfaits exemples. C'est pourquoi l'effet suspensif sur les lois attaché à la saisine du juge *ad quem* doit pouvoir être un moyen complémentaire, avec celui des mesures provisoires, d'assurer, dans les situations d'urgence, une protection juridictionnelle effective des droits fondamentaux.

1339. Le caractère potentiellement insuffisamment effectif pour la garantie des droits fondamentaux de la disposition par le juge du pouvoir d'ordonner le sursis à exécution des lois. Le sursis à exécution d'une loi prononcé par une juridiction *ad quem* peut s'avérer insuffisamment efficace pour la protection effective des droits fondamentaux dans les situations d'urgence. Il nécessite en effet l'examen de la présence de conditions permettant le recours à ce pouvoir puis l'édition et la motivation d'une décision spécifique sur la question de l'octroi de la mesure envisagée.

Même si les parties au procès principal pourraient obtenir du juge *ad quem* la suspension provisoire d'une loi ou toute autre mesure provisoire nécessaire à la protection de leurs droits fondamentaux, il ne s'agit que d'une potentialité soumise à la décision du juge et aux délais nécessaires à cette prise de décision. De plus, il est des mesures, notamment celles relatives à l'éloignement de ressortissants étrangers ou à l'arrêt des traitements de maintien en vie d'une personne, qui nécessitent, au vu du caractère irréversible des atteintes aux droits fondamentaux, une suspension provisoire dès l'instant de la saisine du juge.

1340. Le caractère potentiellement insuffisamment effectif pour la garantie des droits

²⁵⁹⁰ CE, ass., 2 juillet 1982, *Huglo*, n° 25288.

fondamentaux du possible effet suspensif de la saisine du juge *ad quem* sur les mesures d'exécution ou d'application des lois contestées sur renvoi. La mise en œuvre d'un renvoi peut avoir, de deux manières, indirectement et provisoirement pour effet de suspendre l'application d'une loi.

Tout d'abord, la saisine du juge *ad quem* sur renvoi a un effet suspensif sur l'instance en cours. Elle peut donc temporairement empêcher l'application d'une loi nécessaire au règlement d'un litige ou à des poursuites pénales. Or, cet effet suspensif sur l'instance en cours peut s'avérer insuffisant dans le cadre de la QPC puisqu'il n'est pas systématique. En effet, le juge de renvoi peut, dans les situations d'urgence, ne pas surseoir à statuer après le renvoi d'une QPC²⁵⁹¹. Il peut donc arriver que le juge *a quo*, en dépit d'un renvoi qu'il a lui-même opéré, décide de ne pas surseoir à statuer et juge au fond le litige, avant même que le juge des lois n'ait pu se prononcer.

Strictement dans le cadre du litige pendant, l'application d'une loi peut être suspendue par le prononcé d'une mesure provisoire. En effet, sans directement suspendre une loi, le juge *a quo* de l'urgence est susceptible de prononcer des mesures provisoires dont celles qui visent à ordonner la suspension de l'exécution des actes qui en assurent l'application. Mieux encore, au regard de la portée générale des effets de la suspension des lois par le simple renvoi d'une QPC, il peut paraître préférable, selon la proposition du professeur Paul Cassia, de prévoir que la saisine du Conseil constitutionnel par le biais d'une QPC ait, en plus de la suspension de l'instance en cours devant le juge *a quo*, pour effet « de suspendre l'exécution de l'acte administratif ou de droit privé qui constitue une mesure d'application de la loi critiquée »²⁵⁹². Toutefois, la seule suspension des mesures d'application des lois peut s'avérer parfaitement insuffisamment effective pour la garantie des droits fondamentaux. Une loi peut en effet, par elle-même, c'est-à-dire sans l'intermédiaire de mesures d'exécution, être source de violations graves, voire irréversibles des droits fondamentaux²⁵⁹³.

1341. En définitive, rien n'empêche, en théorie comme en pratique, que les lois puissent, de la même manière que les actes administratifs, être provisoirement suspendues soit par le prononcé d'une mesure de sursis à exécution par le juge *ad quem*, soit par le simple effet suspensif de sa saisine. Cela s'avère d'autant plus vrai que, dans les situations d'urgence, des

²⁵⁹¹ Voir *supra* : Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.

²⁵⁹² P. CASSIA, « Le renvoi préjudiciel en appréciation de constitutionnalité, une "question" d'actualité », *RFDA*, 2008, n° 5, p. 877, pt. 18.

²⁵⁹³ Voir *supra* : Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, Paragraphe 2.

fondements existent au pouvoir des juridictions *ad quem* de prononcer le sursis à exécution d'une loi ou d'accorder un effet suspensif à leur saisine.

B) Les fondements du droit à la suspension des lois devant le juge *ad quem*

1342. Concernant le caractère suspensif attaché à la saisine du juge *ad quem*, il apparaît impossible de le considérer comme une composante du droit à un recours effectif dont le respect incombe aux cours européennes. Il peut en revanche être attendu que la saisine des juridictions *ad quem* internes ait, dans les situations d'urgence et sous certaines conditions, un effet suspensif.

Les fondements du pouvoir des juridictions *ad quem* de prononcer le sursis à exécution des lois ne posent en revanche aucune difficulté puisqu'ils sont globalement similaires à ceux relatifs au pouvoir de prononcer des mesures provisoires.

Parce qu'ils sont différents, il est donc nécessaire de séparer l'étude des fondements communs au droit à la suspension provisoire des lois devant les juridictions *ad quem* internes (1) de ceux respectifs à chacune des deux cours européennes (2).

1) Les fondements communs au pouvoir des juridictions *ad quem* internes

1343. Les sources européennes du droit à un recours effectif fondent expressément et sans équivoque le pouvoir des juridictions *ad quem* internes d'ordonner la suspension provisoire des lois (a). Par un travail d'interprétation de la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative aux droits de la défense, il est aussi possible d'apporter un fondement constitutionnel supplémentaire à ce pouvoir (b).

a) Les sources européennes du droit à un recours effectif

1344. Selon des conditions identiques à celles prévues par la jurisprudence de la Cour de justice pour le prononcé de mesures provisoires, le droit de l'UE fonde le pouvoir des juridictions *ad quem* internes d'ordonner le sursis à exécution d'une loi dans l'hypothèse contentieuse d'un renvoi préjudiciel en appréciation de validité sur renvoi d'une QPC ou d'une demande d'avis contentieux (a). Ce même pouvoir peut en plus être fondé devant ces mêmes

juridictions au regard de la nature de l'atteinte législative aux droits garantis par la Conv. EDH (β).

a) Un pouvoir conditionné par la mise en œuvre d'un renvoi préjudiciel

1345. Le professeur Denys Simon relève avec justesse que les juridictions internes « exercent leur fonction dans un contexte procédural défini par le droit national, qui ne leur fournit pas toujours, et en toute hypothèse nécessairement, les moyens contentieux permettant de garantir le plein effet du droit communautaire »²⁵⁹⁴. La Cour de Luxembourg a pourtant depuis largement contribué à corriger cette situation via l'édification d'un corpus jurisprudentiel habilitant tout juge interne, quels que soient le cadre procédural et la fonction qui lui sont imposés, à suspendre provisoirement les lois ou leurs mesures d'application lorsque leur compatibilité avec le droit de l'UE est douteuse²⁵⁹⁵.

La garantie des droits que les justiciables tirent du droit de l'UE contre toute mesure étatique dont l'incompatibilité paraît sérieuse doit, pour être effective, permettre au juge national de prononcer le sursis à exécution, y compris d'une loi, en vue d'offrir aux justiciables une protection juridictionnelle immédiate et ce, même si le droit national l'interdit ou ne le prévoit pas. En d'autres termes, en contrariété ou même en dehors de tout cadre de légalité nationale, tout juge ayant saisi la Cour de justice de l'UE d'un renvoi préjudiciel a le pouvoir de prononcer, dans l'attente qu'elle statue, toute mesure provisoire de suspension à l'encontre d'un acte national dont il est suspecté qu'il violerait le droit de l'UE.

1346. Si une règle de procédure de droit national fait obstacle à ce qu'un juge puisse prononcer le sursis à exécution d'une loi incompatible avec le droit de l'UE, ce dernier peut l'écarter de sa propre autorité²⁵⁹⁶. En effet, la primauté du droit de l'UE impose au juge national

²⁵⁹⁴ D. SIMON, « Les exigences de la primauté du droit communautaire : continuité ou métamorphoses ? », in *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Dalloz, 1991, p. 484.

²⁵⁹⁵ Sur le pouvoir du juge national de suspendre une loi concomitamment à la mise en œuvre d'un renvoi préjudiciel, voir *supra* : Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, Paragraphe 2.

²⁵⁹⁶ CJCE, 19 juin 1990, *The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame*, C-213/89, pts. 21-23 : « 21. Il y a lieu d'ajouter que la pleine efficacité du droit communautaire se trouverait tout aussi diminuée si une règle du droit national pouvait empêcher le juge saisi d'un litige régi par le droit communautaire d'accorder les mesures provisoires en vue de garantir la pleine efficacité de la décision juridictionnelle à intervenir sur l'existence des droits invoqués sur la base du droit communautaire. Il en résulte que le juge qui, dans ces circonstances, accorderait des mesures provisoires s'il ne se heurtait pas à une règle de droit national est obligé d'écarter l'application de cette règle.

22. Cette interprétation est corroborée par le système instauré par l'article 177 du traité CEE, dont l'effet utile serait amoindri si la juridiction nationale qui sursoit à statuer jusqu'à ce que la Cour réponde à sa question

d'assurer une protection juridictionnelle provisoire des droits que les justiciables tirent du droit de l'UE « malgré toute règle procédurale contraire »²⁵⁹⁷, c'est-à-dire « alors même qu'en vertu du droit national l'exercice d'une telle compétence est formellement exclu »²⁵⁹⁸. Dans ce type de cas, la Cour de justice précise que tout juge national peut omettre les limitations imposées à sa compétence par le droit interne. Elle juge en effet contraire au droit communautaire :

« toute disposition d'un ordre juridique national ou toute pratique, législative, administrative ou judiciaire, qui aurait pour effet de diminuer l'efficacité du droit communautaire par le fait de refuser au juge compétent pour appliquer ce droit, le pouvoir de faire, au moment même de cette application, tout ce qui est nécessaire pour écarter les dispositions nationales formant éventuellement obstacle à la pleine efficacité des normes communautaires »²⁵⁹⁹.

Tandis qu'une vieille règle de *common law* de droit constitutionnel britannique interdit formellement aux juridictions de suspendre provisoirement un acte du Parlement ou de la Couronne, dans son arrêt *Factortame*, la Cour de justice impose au juge national un devoir de protection provisoire des droits des justiciables tirés du droit de l'Union européenne. Il est à noter que, dans le contexte juridique britannique, plus encore qu'en France, l'ordre juridique est marqué par la place « sacrée » de la loi.

1347. Si le droit national ne confère pas à un juge le pouvoir de prononcer le sursis à l'exécution d'une loi, ce dernier doit se l'octroyer « de sa propre autorité »²⁶⁰⁰. En effet, l'arrêt *Factortame* reconnaît à tout juge national « la plénitude de compétence pour prévenir une situation irréversible incompatible avec [le droit de l'UE] et préjudiciable aux individus même si cette solution implique l'exercice de pouvoirs plus amples que ceux qui leur sont reconnus en droit interne »²⁶⁰¹. Cette dernière hypothèse correspond à l'état des règles de procédure régissant le traitement des QPC et des demandes d'avis contentieux par les juridictions du Palais

préjudicielle ne pouvait pas accorder des mesures provisoires jusqu'au prononcé de sa décision prise à la suite de la réponse de la Cour.

23. Par conséquent, il convient de répondre à la question posée que le droit communautaire doit être interprété en ce sens que la juridiction nationale qui, saisie d'un litige concernant le droit communautaire, estime que le seul obstacle qui s'oppose à ce qu'elle ordonne des mesures provisoires est une règle du droit national doit écarter l'application de cette règle » ; Voir également : CE, 11 janvier 2001, *Siples*, C-226/99, pt. 19.

²⁵⁹⁷ J. CAVALLINI, *Le juge national du provisoire face au droit communautaire. Les contentieux français et anglais*, Bruylant, 1995, p. 305.

²⁵⁹⁸ A. BARAV, « La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire », in *Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Dalloz, 1991, p. 15.

²⁵⁹⁹ CJCE., 9 mars 1978, *Administration des finances de l'État c. Société anonyme Simmenthal*, C-106/77, pts. 22-23.

²⁶⁰⁰ CJCE., 9 mars 1978, *Administration des finances de l'État c. Société anonyme Simmenthal*, *op. cit.*, pt. 24.

²⁶⁰¹ A. BARAV, « La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire », in *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Dalloz, 1991, p. 16.

Royal. Sans que cela leur soit formellement interdit, ces dernières ne jouissent pas expressément du pouvoir de suspendre les lois qu'elles sont appelées à contrôler. Il n'empêche, si un renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'UE était formulé par l'une des juridictions du Palais Royal saisie d'une QPC ou d'une demande d'avis contentieux, ces dernières seraient habilitées à tenir provisoirement en échec l'application d'une loi fondée sur un acte dérivé du droit de l'UE dont la validité est contestée. Pour cela, aucune base juridique de droit français de quelque nature qu'elle soit, n'est requise. De plus, en dépit même de sa jurisprudence *IVG*, une loi qui n'aurait pas pour vocation de mettre en œuvre le droit de l'UE doit également pouvoir être suspendue par le Conseil constitutionnel en cas d'incompatibilité avec le droit de l'UE. La Cour suggère en effet que la « protection provisoire qui est assurée aux justiciables devant les juridictions nationales par le droit communautaire ne saurait varier, selon qu'ils contestent la compatibilité de dispositions de droit national avec le droit communautaire ou la validité d'actes communautaires de droit dérivé, dès lors que, dans les deux cas, la contestation est fondée sur le droit communautaire lui-même »²⁶⁰².

Enfin, il est opportun de souligner qu'à l'occasion du renvoi préjudiciel à la Cour de justice initié en 2013 par le Conseil constitutionnel lors du traitement d'une QPC, le juge de la rue de Montpensier a sursis à statuer sans qu'aucune règle de procédure n'en prévoit la possibilité²⁶⁰³. Le Conseil constitutionnel s'est ainsi lui-même doté d'un « instrument procédural »²⁶⁰⁴ nécessaire à la mise en œuvre d'un renvoi préjudiciel. Mais, bien plus qu'un « instrument procédural », le sursis à statuer est en réalité un authentique « pouvoir » que le juge constitutionnel s'est attribué de sa propre autorité en dehors de tout cadre normatif national²⁶⁰⁵.

1348. L'effet *inter partes* de la suspension provisoire d'une loi incompatible avec le droit de l'UE, concomitamment ordonnée à la mise en œuvre d'un renvoi préjudiciel. La suspension provisoire des lois ordonnée par toute juridiction nationale en vertu du titre qui lui est conféré par la Cour de justice de l'UE ne peut avoir qu'un effet *inter partes*. En effet, la mise en œuvre d'une protection juridictionnelle provisoire devant le juge national en cas

²⁶⁰² CJCE, 21 février 1991, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen AG c. Hauptzollamt Itzehoe*, aff. jtes C-143/88 et C-92/89, pt. 20.

²⁶⁰³ CC, décision n° 2013-314P QPC, 4 avril 2013, *M. Jeremy F. [Absence de recours en cas d'extension des effets du mandat d'arrêt européen - question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne]*, consid. 7 et article 3 du dispositif.

²⁶⁰⁴ J. ROUX, « Premier renvoi préjudiciel du Conseil constitutionnel à la Cour de justice et conjonction de dialogues des juges autour du mandat d'arrêt européen », *RTDE*, 2013, n° 3, p. 531.

²⁶⁰⁵ Sur le « pouvoir » du juge *a quo* de surseoir à statuer, voir *supra* : Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, Paragraphe 1.

d'incompatibilité d'une norme interne avec le droit de l'UE n'a pas « pour effet de la rendre inexistante »²⁶⁰⁶ ; elle devient simplement inapplicable dans le cas d'espèce concret et pour le temps du procès.

β) Un pouvoir conditionné par la nature de la violation d'un droit garanti par la Conv. EDH

1349. La jurisprudence de la Cour EDH relative au droit à un recours effectif prévu à l'article 13 de la Conv. EDH est significativement dense. La portée de ce droit dépend seulement de la « nature du grief »²⁶⁰⁷ invoqué mais aucunement de celle de l'acte attaqué.

1350. Le droit à un recours effectif garanti par l'article 13 de la Conv. EDH, fondement du pouvoir des juridictions *ad quem* internes de suspension des lois selon la nature des griefs invoqués. Le droit à un recours effectif garanti par l'article 13 de la Conv. EDH implique notamment que le juge saisi d'un litige en matière d'expulsion de ressortissants étrangers doit pouvoir « faire surseoir à l'exécution de la mesure litigieuse »²⁶⁰⁸ avec « célérité »²⁶⁰⁹. Plus largement, lorsqu'un justiciable court un grave risque d'atteinte à sa vie ou de subir des traitements contraires à une interdiction absolue telle que celle prévue à l'article 3 de la Conv. EDH, le droit à un recours effectif requiert la possibilité pour le juge saisi de « faire surseoir à l'exécution de la mesure litigieuse »²⁶¹⁰. L'applicabilité de cette jurisprudence ne dépend donc que de la nature du grief invoqué ou du dommage susceptible de survenir. Elle n'est pas dépendante de la nature de l'acte attaqué ou de la juridiction devant laquelle il est déféré. En conséquence, le droit à un recours effectif garanti par l'article 13 de la Conv. EDH, constitue un fondement au pouvoir des juridictions *ad quem* internes de suspendre des lois attaquées devant elles à l'occasion d'un renvoi. Les juridictions *ad quem* internes ont tout intérêt à se saisir de ce pouvoir de suspension puisqu'il peut suffire à satisfaire le droit à un recours effectif garanti par l'article 13 de la Conv. EDH²⁶¹¹.

²⁶⁰⁶ CJCE, 22 octobre 1998, *Ministero delle Finanze c. IN.CO.GE.'90 Srl, Idelgard Srl, Iris'90 Srl, Camed Srl, Pomezia Progetti Appalti Srl (PPA), Edilcam Srl, A. Cecchini & C. Srl, EMO Srl, Emoda Srl, Sappesi Srl, Ing. Luigi Martini Srl, Giacomo Srl et Mafar Srl*, aff. jtes C-10/97 à C-22/97, pt. 21.

²⁶⁰⁷ CEDH, 30 mars 2006, *Ozgür Radyo c. Turquie*, n° 64178/00, § 90.

²⁶⁰⁸ CEDH, 12 avril 2005, *Chamaïev e. a. c. Géorgie et Russie*, n° 36378/02, § 460.

²⁶⁰⁹ *Ibid.*

²⁶¹⁰ CEDH, 7 juillet 1989, *Soering c. Royaume Uni*, n° 14038/88, § 50.

²⁶¹¹ CEDH, 30 mars 2006, *Ozgür Radyo c. Turquie*, n° 64178/00, § 94 : « la Cour considère que l'existence d'un simple pouvoir de suspension pouvait suffire aux fins de l'article 13 ».

1351. Le droit à un recours effectif garanti par l'article 13 de la Conv. EDH, fondement du caractère suspensif de la saisine des juridictions *ad quem* internes selon la nature des griefs invoqués. Le droit à un recours effectif implique, dans certaines situations d'urgence, que le justiciable puisse bénéficier d'un recours suspensif lorsqu'il conteste devant un juge la légalité d'un acte portant atteinte aux droits fondamentaux qu'il tire de la Convention de 1950 et de ses protocoles additionnels. L'existence d'un recours de plein droit suspensif n'est exigée que lorsqu'est allégué un risque de torture ou de traitement inhumain et dégradant ou d'une atteinte à la vie du requérant. Par exemple, en matière d'éloignement du territoire national de ressortissants étrangers en situation irrégulière, la Cour considère que le caractère effectif d'un recours est lié à son effet suspensif « automatique »²⁶¹². Il est aussi intéressant de relever que le champ principal d'application des mesures provisoires de l'article 39 du règlement de procédure de la Cour EDH, à savoir celui des mesures d'expulsion ou d'extradition de ressortissants étrangers du territoire national d'un État membre²⁶¹³, recoupe celui dans lequel la jurisprudence de la Cour exige l'existence de recours suspensifs comme condition de leur effectivité. C'est d'ailleurs à ce titre que la France a fait l'objet de plusieurs condamnations en la matière depuis l'arrêt *Gebremedhin*²⁶¹⁴ et qu'à la suite de cette condamnation, la loi du 20 novembre 2007 a adjoint au code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile un article L. 213-9 créant un recours suspensif. C'est donc compte dûment tenu du caractère « potentiellement irréversible »²⁶¹⁵ des conséquences liées à l'exécution d'un acte national, que l'effectivité d'une garantie juridictionnelle requiert que les requérants disposent d'un recours de plein droit suspensif²⁶¹⁶.

²⁶¹² CEDH, 20 septembre 2007, *Sultani c. France*, § 50 ; CEDH, *Čonka c. Belgique*, n° 51564/99, § 83 : « en matière d'éloignement du territoire, un recours dépourvu d'effet suspensif automatique ne satisfaisait pas aux conditions d'effectivité de l'article 13 de la Convention ».

²⁶¹³ Le domaine sensible de l'éloignement de ressortissants étrangers en constitue ainsi le terrain d'élection. En ce sens, O. DE SCHUTTER et G. DE BECO, « Les mesures conservatoires et d'urgence susceptibles d'être adoptées par le juge national aux fins de prévenir une violation de la Convention. Rapport », in G. COHEN JONATHAN, J.-F. FLAUSS et E. LAMBERT ABDELGAWAD (dir.), *De l'effectivité des recours internes dans l'application de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2006, p. 141 ; J.-F. FLAUSS, « L'urgence et la Convention européenne des droits de l'homme », in O. GOHIN (dir.), *Les procédures d'urgence : approche comparative*, LGDJ, 2008, p. 25.

²⁶¹⁴ CEDH, 26 avril 2007, *Gebremedhin c. France*, n° 25386/05. Dans cette affaire, la France a été condamnée pour l'absence d'effet suspensif des recours contre les décisions de refus d'admission et de réacheminement des demandeurs d'asile. Il en a été de même en matière de contentieux disciplinaire carcéral : CEDH, 20 janvier 2011, *Payet c. France*, n° 19606/08 ; CEDH, 3 novembre 2011, *Cocaign c. France*, n° 32010/07 ; CEDH, 10 novembre 2011, *Plathey c. France*, n° 48337/09. L'absence de recours suspensif a été compensé par l'article 91 de la loi du 24 novembre 2009 permettant aux détenus d'obtenir la suspension d'une sanction disciplinaire par la saisine du juge du référé-liberté en application de l'article L. 521-2 du CJA.

²⁶¹⁵ CEDH, 5 février 2002, *Čonka c. Belgique*, n° 51564/99, § 79.

²⁶¹⁶ CEDH, 26 avril 2007, *Gebremedhin c. France* n° 25389/05, § 66 ; CEDH, 21 janvier 2011, *M.S.S c. Belgique et Grèce*, n° 30696/09, § 293.

L'exigence d'un recours suspensif est donc spécialement applicable aux recours dans lesquels l'urgence commande de faire cesser immédiatement une atteinte grave ou irréversible aux droits fondamentaux, telles que les violations des articles 2 et 3 de la Conv. EDH²⁶¹⁷. *A contrario*, un recours suspensif de plein droit n'est pas exigé pour les allégations de violation de l'article 8²⁶¹⁸. En définitive, s'il n'existe à l'évidence pas de droit processuel fondamental absolu à un recours ni même à un renvoi suspensif, cependant, dans les situations d'urgence, le droit à un recours effectif prévu à l'article 13 de la Conv. EDH constitue un fondement juridique solide soutenant l'instauration d'un effet suspensif attaché à la saisine sur renvoi des juridictions *ad quem* internes selon la nature des griefs portés à l'encontre des lois.

1352. Le droit à un recours effectif garanti par l'article 13 de la Conv. EDH constitue assurément, selon la nature des griefs invoqués et des dommages encourus, un fondement à la suspension des lois, soit par effet direct de la saisine du juge *ad quem* interne, soit par décision expresse de ce dernier. Potentiellement, au regard de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, les droits de la défense garantis par l'article 16 de la DDHC pourraient également fonder le pouvoir des juridictions *ad quem* internes d'ordonner le sursis à exécution des lois portées devant leur prétoire.

b) Les droits de la défense, fondement constitutionnel potentiel du pouvoir de suspension des lois des juridictions *ad quem* internes

1353. Les droits de la défense, fondement constitutionnel potentiel de la suspension des lois devant les juridictions *ad quem* internes. Pour le Conseil constitutionnel, le sursis à exécution est un élément permettant une « garantie effective »²⁶¹⁹ des droits constitutionnels. Autrement dit, il est une mesure juridictionnelle « destinée à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis »²⁶²⁰. Le sursis à exécution des décisions administratives est une garantie essentielle des droits de la défense²⁶²¹. Bien plus qu'une simple exception au principe

²⁶¹⁷ CEDH, 20 septembre 2007, *Gebremedhin c. France*, n° 25389/05 § 66.

²⁶¹⁸ CEDH, 13 décembre 2012, *De Souza Ribeiro c. France*, n° 22689/07, § 83 : « s'agissant d'éloignements d'étrangers contestés sur la base d'une atteinte alléguée à la vie privée et familiale, l'effectivité ne requiert pas que les intéressés disposent d'un recours de plein droit suspensif ».

²⁶¹⁹ CC, décision n° 89-261 DC, 28 juillet 1989, *Loi sur les reconduites à la frontière*.

²⁶²⁰ CC, décision n° 88-248 DC, 17 janvier 1989, *Conseil supérieur de l'audiovisuel*.

²⁶²¹ CC, décision n° 86-224 DC, 23 janvier 1987, *Conseil de la concurrence* ; CC, décision n° 88-248 DC, 17 janvier 1989, *Conseil supérieur de l'audiovisuel*.

du caractère exécutoire des actes administratifs, la portée de la jurisprudence précitée du Conseil constitutionnel est de créer un authentique droit constitutionnellement garanti²⁶²². Depuis 1987, le Conseil constitutionnel fait en effet de la possibilité d'obtenir la suspension de l'exécution d'une sanction administrative une garantie de rang constitutionnel. Il considère qu'une juridiction, saisie d'un recours non suspensif contre une décision non juridictionnelle dont elle ne peut prononcer aucune mesure de sursis à exécution « quelle que soit la gravité des conséquences de l'exécution de la décision et le sérieux des moyens invoqués contre celle-ci »²⁶²³, est contraire aux droits de la défense. En l'espèce, le Conseil constitutionnel jugea que compte tenu de :

« la nature non juridictionnelle du conseil de la concurrence, de l'étendue des injonctions et de la gravité des sanctions pécuniaires qu'il peut prononcer, le droit pour le justiciable formant un recours contre une décision de cet organisme de demander et d'obtenir, le cas échéant, un sursis à l'exécution de la décision attaquée constitue une garantie essentielle des droits de la défense »²⁶²⁴.

En d'autres termes, s'il y a absence de recours suspensif, le justiciable est en droit d'obtenir, sur le fondement des droits de la défense, la suspension d'un acte adopté par un « organe non juridictionnel » dont les pouvoirs peuvent entraîner potentiellement de graves conséquences. Classiquement, le Conseil constitutionnel juge que le droit au sursis à exécution est doublement conditionné par la gravité des conséquences attachées à l'exécution d'une décision litigieuse et le sérieux des moyens invoqués à l'appui de sa contestation. Par ailleurs, la notion d' « organe non juridictionnel » est suffisamment large pour viser non seulement l'administration ou une personne privée chargée d'un service public, mais également le Parlement. Théoriquement, il est donc tout à fait envisageable que ce considérant de principe puisse être transposé de telle manière qu'il prévoit :

Considérant que, compte tenu de la nature non juridictionnelle du Parlement, de l'étendue et de la gravité des restrictions aux libertés qu'il peut prononcer, le droit pour le justiciable soulevant une question prioritaire de constitutionnalité contre une disposition législative adoptée par le Parlement de demander et d'obtenir, le cas échéant, en cas d'urgence, un sursis à l'exécution de la disposition législative attaquée constitue une garantie essentielle des droits de la défense.

²⁶²² S. TSIKLITIRAS, « Le statut constitutionnel du sursis à exécution devant le juge administratif », *RDP*, 1992, n° 3, p. 679.

²⁶²³ CC, décision n° 86-224 DC, 23 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*, consid. 21.

²⁶²⁴ CC, décision n° 86-224 DC, 23 janvier 1987, *op. cit.*, consid. 21 et 22.

1354. L'absence de droit constitutionnel à un recours suspensif. Aucune source constitutionnelle ne peut être invoquée pour fonder l'exigence d'effet suspensif de la saisine des juridictions *ad quem* internes dans les situations d'urgence. En effet, le droit constitutionnel au recours effectif garanti par l'article 16 de la DDHC n'exige aucunement qu'une exception au privilège du préalable et au caractère exécutoire des décisions administratives et des lois soit prévue par le biais de l'instauration d'un recours suspensif de plein droit lorsque certains droits ou libertés constitutionnellement garantis sont gravement atteints. Il n'y a donc pas d'application combinée du droit à un recours suspensif avec d'autres droits et libertés constitutionnels. En effet, le Conseil constitutionnel considère que « le caractère non suspensif d'une voie de recours ne méconnaît pas, en lui-même, le droit à un recours juridictionnel effectif garanti par l'article 16 de la Déclaration de 1789 »²⁶²⁵.

Il y a là une nette différence avec le droit constitutionnel allemand. L'article 19 de la Loi fondamentale allemande qui consacre le droit constitutionnel à une protection juridictionnelle effective des droits fondamentaux implique qu'un recours doit permettre de préserver le justiciable d'atteintes irréversibles à ses droits jusqu'à ce qu'un juge ait pu statuer sur sa demande. Cette exigence constitutionnelle est à l'origine d'un droit du contentieux administratif allemand tout à fait particulier. En effet, l'article 80 alinéa 1 de la loi sur la juridiction administrative (VwGo) pose en règle de principe l'effet suspensif des recours en annulation contre les actes administratifs²⁶²⁶. Le même principe n'existe toutefois pas dans le cadre des recours dirigés contre les lois.

Concernant le droit constitutionnel français, l'on peut néanmoins noter que l'atteinte au principe d'égalité entre les nationaux et les étrangers liée à l'instauration d'un effet suspensif attaché aux recours en annulation contre les arrêtés préfectoraux de reconduite à la frontière n'a pas été censuré au regard de considérations d'intérêt général mais aussi de « la situation particulière dans laquelle se trouvent les étrangers tombant sous le coup d'un arrêté de reconduite à la frontière »²⁶²⁷. L'effet suspensif attaché aux recours en annulation contre les arrêtés

²⁶²⁵ CC, décision n° 2011-203 QPC, 2 décembre 2011, *M. Wathik M. [Vente des biens saisis par l'administration douanière]*, consid. 10. Voir également le refus de renvoi d'une QPC par le Conseil d'État : « il résulte des dispositions du second alinéa de l'article 696-18 du code de procédure pénale, telles qu'interprétées au regard de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et à la lumière d'un usage constant, qu'un décret d'extradition ne saurait être mis à exécution tant que le délai de recours n'est pas expiré et, le cas échéant, tant que le Conseil d'État, saisi d'un recours dans ce délai, n'a pas statué. Il ne peut dès lors être fait grief aux dispositions contestées de ne pas avoir prévu d'effet suspensif à l'exercice d'un tel recours » : CE, 31 décembre 2020, n° 439436, pt. 6.

²⁶²⁶ Article 80 alinéa 1 de la loi sur la juridiction administrative (VwGo) : « L'opposition et le recours en annulation ont un effet suspensif ».

²⁶²⁷ CC, décision n° 89-266 DC, 9 janvier 1990, *Loi modifiant l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, consid. 8.

préfectoraux de reconduite à la frontière d'un ressortissant étranger est donc conforme à la Constitution au regard de l'urgence caractéristique dans laquelle se trouvent les justiciables concernés par ce contentieux. Au vu de cette jurisprudence, il n'est cependant pas possible de tirer une exigence constitutionnelle nécessitant que, dans les situations d'urgence, un caractère suspensif soit attaché à la saisine du Conseil d'État ou du Conseil constitutionnel d'une demande d'avis contentieux portant sur la conventionnalité d'une loi ou d'une QPC.

1355. Les questions de concurrence entre juridictions ne sont jamais bien éloignées de l'approfondissement de leurs pouvoirs et compétences. Pourquoi le juge interne des lois ne pourrait-il pas ordonner la suspension de l'application d'une loi quand les cours européennes peuvent l'ordonner à titre provisoire ? Pourquoi le juge interne devrait faire preuve d'une révérence plus forte envers la loi que les cours européennes ?

2) Le pouvoir des juridictions *ad quem* européennes de prononcer le sursis à exécution d'une loi fondé sur celui de prononcer des mesures provisoires

1356. Le sursis à exécution n'est finalement qu'un type de mesure provisoire parmi d'autres. Par conséquent, si des mesures provisoires peuvent être ordonnées par le juge *ad quem*, alors celui-ci peut également prononcer le sursis à exécution des lois. C'est ainsi qu'il convient de comprendre les fondements du pouvoir des cours européennes de prononcer des mesures provisoires en tant qu'ils prévoient également celui de prononcer le sursis à exécution des lois nationales. En conséquence, les articles 279 du TFUE et 39 du règlement de procédure de la Cour EDH fondent respectivement le pouvoir de la Cour de justice de l'UE saisie d'un renvoi préjudiciel et celui de la Cour EDH saisie d'une demande d'avis consultatif d'ordonner la suspension provisoire d'une loi nationale.

La Cour luxembourgeoise est effectivement compétente pour suspendre des directives et des règlements de l'UE avec effet *erga omnes* dans le cadre de la procédure de référé prévue à l'article 279 du TFUE. Il lui est aussi possible, sur le fondement de cette même procédure, d'ordonner directement la suspension provisoire de lois nationales²⁶²⁸.

²⁶²⁸ Entre autres nombreux exemples : CJCE, ord., 10 octobre 1989, *Commission des Communautés européennes c. Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord*, 246/89 R ; CJUE, ord., 19 octobre 2018, *Commission européenne c. République de Pologne*, C-619/18 R ; CJUE, ord., 8 avril 2020, *Commission c. Pologne*, C-791/19 R.

De plus, en vertu du principe de primauté, une mesure provisoire de suspension d'un acte de droit dérivé de l'UE prononcée par la Cour de justice ou le Tribunal de l'UE dans le cadre d'un recours direct se répercute sur le droit national d'application de la norme européenne ainsi suspendue. La Cour de justice de l'UE dispose donc également d'un pouvoir indirect de suspension des lois nationales.

1357. La nécessité de coupler la suspension provisoire des lois à la mise en place d'une procédure d'urgence de contrôle au fond des lois. Le pouvoir du juge *a quo*, mais aussi celui du juge *ad quem*, de prononcer, dans les situations d'urgence, toute mesure provisoire utile à la protection des droits fondamentaux ne saurait exonérer ce dernier d'une obligation de statuer rapidement. Le juge des lois ne peut donc se dédouaner d'une obligation de juger en urgence au motif que les droits du justiciable au litige principal sont provisoirement préservés. En effet, parce que sa saisine peut déboucher sur la suspension d'une disposition législative et que l'éventuel prononcé d'une mesure provisoire allonge les délais de jugements, il est impératif qu'existe une procédure d'urgence formellement consacrée. La nécessité d'une procédure d'urgence est d'autant plus forte lorsque l'on envisage la possibilité d'adjoindre un effet suspensif sur les lois attaché à la saisine du juge *ad quem* d'un renvoi. Le Conseil constitutionnel a par exemple sur ce point censuré l'effet suspensif d'une voie de droit juridictionnelle prévu par l'ancien article L. 3132-24 du Code du travail contre un arrêté préfectoral autorisant le travail dominical, au motif que le jugement de ce type de recours n'était enserré dans aucun délai²⁶²⁹.

De plus, la lenteur d'un procès au fond peut être condamnée sur le fondement de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH nonobstant le prononcé d'une mesure provisoire tels que l'octroi d'une provision²⁶³⁰ ou le sursis à exécution de l'acte contesté²⁶³¹.

SECTION 2 : Le droit à une procédure d'urgence devant le juge des lois

1358. La définition d'une « procédure d'urgence » de traitement des renvois par une juridiction *ad quem*. Une procédure d'urgence de traitement des renvois par une juridiction *ad quem* est une procédure au fond de traitement des renvois alternative à une autre procédure

²⁶²⁹ CC, décision n° 2014-374 QPC, 4 avril 2014, *Société Sephora [Recours suspensif contre les dérogations préfectorales au repos dominical]*, consid. 6.

²⁶³⁰ CEDH, 19 mars 2002, *Goubert et Labbe c. France*, n° 49996/98.

²⁶³¹ CEDH, 16 avril 2002, *Ouendeno c. France*, n° 49622/99.

« ordinaire ». La première se distingue de la seconde grâce à une adaptation à l'urgence de ses traits procéduraux. Enfin, sa mise en œuvre est conditionnée par l'existence d'une urgence.

1359. Le seul exemple de « procédure d'urgence » existant pour le traitement des renvois par une juridiction *ad quem* est celui de la procédure préjudicielle d'urgence prévue par l'article 107 § 1 du règlement de procédure de la Cour de justice de l'UE. Il n'est en revanche prévu aucune procédure d'urgence de traitement des renvois par les juges *ad quem* du Palais Royal et du Palais des droits de l'Homme. Il y a donc tout lieu de se demander ce qui justifie que, devant ces trois juridictions, il n'existe aucune procédure d'urgence de traitement des renvois (I). Ce premier travail d'explication permet de conclure à l'existence d'une carence justifiant que soit formulée une proposition de création d'une authentique procédure d'urgence de traitement des renvois par ces juridictions (II).

I) Les raisons de l'absence de procédure d'urgence

1360. L'absence de procédure d'urgence n'est pas due au hasard ou à un oubli. S'il n'y en a pas, c'est que l'existence formelle de ce type de procédure n'est pas apparue nécessaire. En effet, d'une part, la célérité de la justice peut être considérée comme étant inhérente au déroulement des procédures de renvoi préalable (A) et, d'autre part, l'existence de procédures accélérées de traitement des renvois (B) éclipse la nécessité que soit expressément créée une procédure d'urgence.

A) La célérité comme exigence inhérente au fonctionnement du mécanisme de renvoi préalable

1361. Selon le professeur Roland Drago, l'urgence est « l'âme des procès »²⁶³². Cette considération peut tout à fait être transposable au mécanisme du renvoi préalable. À tout le moins, la célérité est assurément inhérente à l'esprit et au fonctionnement des renvois préalables. En effet, l'essence de ce mécanisme est, selon la thèse de Monsieur Gatien Casu, l'unification *rapide*²⁶³³ de l'interprétation et de l'application du droit. L'auteur démontre que

²⁶³² R. DRAGO, « Préface » in O. DUGRIP, *L'urgence contentieuse devant les juridictions administratives*, PUF, 1991, p. 5.

²⁶³³ G. CASU, *Le renvoi préalable. Essai sur l'unification préjudicielle de l'interprétation*, LGDJ, 2016, pp. 222-223.

cette rapidité est permise par le contournement des mécanismes traditionnels de stratification hiérarchique des recours (l'appel puis la cassation) ou du principe de subsidiarité (épuisement des voies de recours internes puis saisine du juge international). Cette voie alternative d'unification du droit doit donc sa rapidité à l'utilisation de la technique préjudicielle qui court-circuite l'organisation classique des recours juridictionnels.

En tant que parent du renvoi préalable, le rescrit était d'ailleurs déjà un moyen utilisé pour préciser « dans un bref délai »²⁶³⁴ l'interprétation du droit. Aujourd'hui encore, en matière de renvoi préalable, le « droit positif témoigne d'une volonté d'aller vite »²⁶³⁵. Les procédures internes de traitement des renvois sont notamment caractérisées par le bref délai accordé au juge *ad quem* pour traiter le problème de droit qui lui est renvoyé²⁶³⁶.

1362. Célérité et question prioritaire de constitutionnalité. Selon le professeur Guillaume Drago, le principe de célérité est un principe directeur des contentieux *a priori* et *a posteriori* de la constitutionnalité des lois²⁶³⁷. En effet, dans l'ensemble des contentieux qui relèvent de sa compétence, le Conseil constitutionnel baigne constamment dans l'urgence²⁶³⁸. Concernant spécifiquement le contentieux *a posteriori* de la constitutionnalité des lois, l'intention du législateur organique était bien, dans l'intérêt des justiciables et le succès de cette nouvelle voie de droit, de faire de la célérité une exigence majeure pour la procédure de la QPC²⁶³⁹. C'est pourquoi, le cadre temporel d'application de la QPC est tout entier façonné en vue de faire évoluer cette procédure dans un bref laps de temps²⁶⁴⁰. Tout d'abord, la juridiction devant laquelle est soulevée une QPC doit statuer « sans délai »²⁶⁴¹ sur cette question. Ensuite, lorsque, le cas échéant, la QPC est transmise au Conseil d'État ou à la Cour de cassation ou

²⁶³⁴ P. CHAUVIN, « La saisine pour avis », *BICC*, 1993, p. 53.

²⁶³⁵ G. CASU, *Le renvoi préalable. Essai sur l'unification préjudicielle de l'interprétation*, *op. cit.*, p. 222.

²⁶³⁶ Sur la question des délais de jugement des renvois par les juridictions *ad quem*, voir *supra* : Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, Paragraphe 1.

²⁶³⁷ G. DRAGO, « Quels principes directeurs pour le procès constitutionnel ? », in *Justices et droit du procès : du légalisme procédural à l'humanisme processuel : mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, 2010, pp. 445 et 451.

²⁶³⁸ Voir *infra* sur la « culture de l'urgence » du Conseil constitutionnel.

²⁶³⁹ J.-L. WARSMANN, *Rapport sur le projet de loi constitutionnelle (n° 820) de modernisation des institutions de la V^e République*, Assemblée Nationale, mai 2008, n° 898, p. 442 et pp. 535-536 ; J.-L. WARSMANN, *Rapport relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, Assemblée Nationale, septembre 2009, n° 1898, p. 19 ; H. PORTELLI, *Rapport relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, Sénat, septembre 2009, n° 637, p. 30.

²⁶⁴⁰ Le professeur Pierre Bon considère au contraire que les délais nécessaires au filtrage des QPC font que cette procédure « va à l'encontre de [la] célérité » : P. BON, « La question prioritaire de constitutionnalité après la loi organique du 10 décembre 2009 », *RFDA*, 2009, n° 6, p. 1107.

²⁶⁴¹ Article 23-1 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

lorsqu'elle est soulevée directement devant ces cours suprêmes, celles-ci disposent d'un délai maximal de trois mois pour décider de son renvoi au Conseil constitutionnel²⁶⁴². En dernier lieu, le juge constitutionnel de l'aile Montpensier du Palais Royal est sommé de rendre sa décision dans un délai identique²⁶⁴³ à celui des juridictions de renvoi. C'est ainsi que le Président Laurent Fabius peut légitimement considérer que « la capacité du Conseil constitutionnel à se prononcer diligemment est une de ses caractéristiques »²⁶⁴⁴.

1363. Célérité et demandes d'avis contentieux. Les cours suprêmes disposent d'un délai maximal de trois mois pour délivrer les avis sollicités par les juridictions qui leur sont inférieures. C'est donc à leur « célérité que les demandes d'avis [contentieux au Conseil d'État et à la Cour de cassation] doivent principalement leur consécration »²⁶⁴⁵. En effet, à l'heure de la création des cours administratives d'appel et d'une prolifération législative croissante, il s'agissait pour les demandes d'avis contentieux au Conseil d'État de permettre au juge administratif suprême d'unifier rapidement l'interprétation du droit et donc de raccourcir les

²⁶⁴² Article 23-4 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel : « Dans un délai de trois mois à compter de la réception de la transmission (...) le Conseil d'État ou la Cour de cassation se prononce sur le renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel ». Article 23-5 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel : « Le Conseil d'État ou la Cour de cassation dispose d'un délai de trois mois à compter de la présentation du moyen pour rendre sa décision lorsque le moyen est soulevé pour la première fois devant eux ».

²⁶⁴³ Article 23-10 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel : « Le Conseil constitutionnel statue dans un délai de trois mois à compter de sa saisine ».

²⁶⁴⁴ L. FABIOUS, « Entretien », in CC, *Rapport d'activité 2020*, 2021, p. 6.

²⁶⁴⁵ G. CASU, *Le renvoi préalable. Essai sur l'unification préjudicielle de l'interprétation*, LGDJ, 2016, p. 38.

délais de jugement²⁶⁴⁶, spécialement dans la matière fiscale²⁶⁴⁷. Ce délai, de trois mois, considéré comme étant « très court »²⁶⁴⁸, érige cette procédure en un « procédé d'élaboration *immédiat* de la jurisprudence »²⁶⁴⁹ qui permet « l'éclaircissement *rapide* de textes »²⁶⁵⁰. Un Commissaire du gouvernement estimait pareillement que la procédure de demande d'avis contentieux consiste à « demander d'urgence l'opinion du Conseil d'État »²⁶⁵¹ pour accélérer la fixation d'une position jurisprudentielle sur une question de droit.

1364. La rédaction initiale de l'article du projet de loi prévoyant les conditions de mise en œuvre de la procédure de demande d'avis contentieux prévoyait que la difficulté sérieuse d'interprétation soulevée par une juridiction inférieure devait appeler une réponse urgente du Conseil d'État. Il était expressément prévu que l'« urgence » serait une condition substantielle

²⁶⁴⁶ B. MARTIN-LAPRADE, « Le "filtrage" des pourvois et les "avis" contentieux », *AJDA*, 1988, n° 2, p. 85 et 89 et s. ; D. CHABANOL, « Une réforme inachevée », *AJDA*, 1988, n° 2, p. 106 ; D. LABETOUILLE, « Ni monstre, ni appendice : le "renvoi" de l'article 12 », *RFDA*, 1988, n° 4, p. 215 ; P. TEDESCHI, « Quelques aspects de la réforme du contentieux administratif », *JCP G*, 1988, n° 25, n° 3342 ; Y. GAUDEMET, « La prévention du contentieux administratif par les avis du Conseil d'État », *RA*, 1999, n° spécial, p. 97 ; H.-M. DARNANVILLE, « La saisine pour avis du Conseil d'État et de la Cour de cassation », *AJDA*, 2001, n° 5, p. 416 ; D. POUYAUD, « Les avis contentieux du Conseil d'État et de la Cour de cassation. La pratique », in *Mouvement du droit public. Du droit administratif au droit constitutionnel. Du droit français aux autres droits. Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Dalloz, 2004, p. 327 ; H. HOEPFFNER, « Les avis du Conseil d'État », *RFDA*, 2009, n° 5, p. 895 ; A. BELRHALI-BERNARD, « Les avis contentieux du Conseil d'État : remarques sur vingt années de pratique », *AJDA*, 2010, n° 7, p. 364.

Concernant spécifiquement la célérité de la procédure d'avis contentieux devant la Cour de cassation : C. cass., note explicative sous C. cass., avis, 17 juillet 2019, n° 19-70.010 et 19-70.011 : l'essence de la procédure d'avis contentieux est d'« assurer, dans un souci de sécurité juridique, une unification *rapide* des réponses apportées à des questions juridiques nouvelles » ; G. ROUHETTE, « Une fonction consultative pour la Cour de cassation », in *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Dalloz, 1991, p. 343-347 (*Le Monde*, 24 février 1990, *Gaz. Pal.*, 28 février 1990, pp. 2-5 ; M. GOBERT, « La jurisprudence, source du droit triomphante mais menacée », *RTD civ.*, 1992, n° 2, p. 344 ; J. NORMAND, « Les facteurs d'accélération de la procédure civile », in *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à Pierre Drat*, Dalloz, 2000, pp. 437-438 ; J. BUFFET, « La saisine pour avis de la Cour de cassation, exposé devant les premiers présidents de cours d'appel réunis à la Cour de cassation le 29 mars 2000 » (en ligne : www.courdecassation.fr).

Concernant enfin la célérité de la procédure du renvoi préventif au Tribunal des conflits : la célérité est certainement le « premier atout » du renvoi préventif au Tribunal des conflits prévu à l'article 35 du décret du 26 octobre 1849 portant règlement d'administration publique déterminant les formes de procédure du Tribunal des conflits : G. CASU, *Le renvoi préalable. Essai sur l'unification préjudicielle de l'interprétation*, LGDJ, 2016, p. 52.

²⁶⁴⁷ V. DUSSART, « Les avis contentieux du Conseil d'État en matière fiscale », *LPA*, 2004, n° 2010, p. 3. Le Conseil des impôts a dit ne pouvoir qu'« encourager l'utilisation la plus large possible de cette procédure de demande d'avis qui permet une clarification *rapide* du droit, conduit à la réduction des délais du contentieux fiscal » : Conseil des impôts, *Les relations entre les contribuables et l'administration fiscale. 20^e rapport au Président de la République*, JORF, 2003, p. 176. Nous soulignons.

²⁶⁴⁸ A. ASHWORTH, « Singularité et tradition : l'article 12 de la loi du 31 décembre 1987 », *RDP*, 1990, n° 5, p. 1463.

²⁶⁴⁹ B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif*, PUF, 2008, p. 329. Nous soulignons.

²⁶⁵⁰ B. PACTEAU, *Contentieux administratif*, PUF, 2002, 6^e éd., p. 263. Nous soulignons.

²⁶⁵¹ P. MARTIN, « Difficulté d'application de la taxe professionnelle en matière d'exploitation d'autoroutes. Concl. sous CE, ass., Avis, 7 juillet 1989, *Compagnie financière et industrielle des autoroutes*, n° 106902 », *RFDA*, 1989, p. 913.

de mise en œuvre de la procédure. En effet, dans son projet de loi portant réforme du contentieux administratif, le Gouvernement n'envisageait aucun délai déterminé de jugement par le Conseil d'État des demandes d'avis contentieux. L'article 10 alinéa 2 prévoyait même que la Haute juridiction administrative « se prononce d'urgence ». L'Assemblée nationale refusa toutefois que l'urgence conditionne la mise en œuvre de cette procédure car il était considéré que ce critère est « trop large dans la mesure où chaque justiciable estime que son affaire mérite d'être traitée en priorité »²⁶⁵². Dès la première lecture du projet de loi par les députés, le rapporteur Pierre Mazeaud proposa en ce sens un amendement - qui fut adopté - supprimant toute référence à l'urgence en tant que condition de recevabilité de la demande d'avis contentieux et en tant que contrainte procédurale de jugement pour le Conseil d'État. Le député Mazeaud exposait en séance publique que :

« la commission des lois propose la suppression de l'une des conditions envisagées par le Gouvernement : l'urgence. Car, en réalité, l'urgence a déjà une signification dans certaines procédures tout à fait exceptionnelles, comme les référés. Or, il s'agit ici de "toutes" les affaires ; il ne s'agit pas de procédures exceptionnelles. Quel est le justiciable qui ne considère pas que sa propre affaire exige une solution urgente ? Tous les justiciables considèrent que leur affaire est essentielle et que la solution la plus rapide qui soit doit y être apportée : c'est la raison pour laquelle nous avons pensé qu'il n'était pas souhaitable d'ajouter cette condition aux deux premières, qui touchent à des questions de droit nouvelles soulevant des difficultés sérieuses. La notion d'urgence touche en fait tous les dossiers, mais elle a réellement une signification dans le cas de procédures spéciales, je le répète, telle que celle du référé, laquelle se définit par l'urgence »²⁶⁵³.

Il est enfin intéressant de noter que la célérité de la procédure fut également un souci partagé par le Sénat. En effet, avant d'être définitivement porté à trois mois par amendement du sénateur Daniel Hoeffel²⁶⁵⁴, il fut proposé, lors de son examen devant la chambre Haute du Parlement par le sénateur Michel Dreyfus-Schmidt, que le délai imparti au Conseil d'État pour statuer soit d'un mois²⁶⁵⁵.

²⁶⁵² D. HOEFFEL, *Rapport sur le projet de loi portant réforme du contentieux administratif*, Sénat, octobre 1987, n° 67, p. 40.

²⁶⁵³ P. MAZAUD, « Compte rendu intégral », Assemblée nationale, 2^{ème} séance du 6 octobre 1987, JORF, 1987, n° 58 [2] A.N. (C.R.), 7 octobre 1987, p. 3970.

²⁶⁵⁴ D. HOEFFEL, Sénat, séance du 10 novembre 1987, JORF, 1987, n° 76 S. (C. R.) du 11 novembre 1987, p. 3791. Amendement n° 11 rectifié de la Commission des lois du Sénat visant à rédiger l'article 10 du *projet de loi portant réforme du contentieux administratif* comme suit : « Avant de statuer sur une requête soulevant une question de droit nouvelle et présentant une difficulté sérieuse conditionnant le règlement d'autres litiges, le tribunal administratif ou la cour administrative d'appel peut, par un jugement qui n'est susceptible d'aucun recours, transmettre le dossier de l'affaire au Conseil d'État qui se prononce dans *un délai de trois mois* sur la question soulevée. [...] ». Nous soulignons.

²⁶⁵⁵ M. DREYFUS-SCHMIDT, Sénat, séance du 10 novembre 1987, JORF, 1987, n° 76 S. (C. R.) du 11 novembre 1987, p. 3789. Amendements n° 33 et 34 visant à rédiger l'article 10 du *projet de loi portant réforme du contentieux administratif* comme suit : « [...] Dans le délai d'un mois, [le Conseil d'État] peut, soit rendre un avis motivé, soit

1365. Finalement, on constate que seules les procédures qui ne sont pas enserrées par des délais de jugement préfixés (renvoi préjudiciel et avis consultatif) prévoient expressément la possibilité pour le juge de décider de statuer en urgence par le biais d'une procédure accélérée ou d'urgence. En revanche, les procédures de la QPC et des avis contentieux du Conseil d'État, enserrées dans un délai de jugement identique de trois mois, ne prévoient aucunement que le juge puisse statuer en urgence. Cet état se justifie certainement par le fait que le jugement, au titre de la procédure ordinaire, des renvois préjudiciels et des avis consultatifs est long, en ce sens qu'il dépasse aisément une moyenne basse de six mois. À l'inverse, l'absence de dispositions prévoyant expressément la possibilité pour le Conseil constitutionnel ou le Conseil d'État de décider de statuer en urgence sur un renvoi est sûrement motivée par l'idée que le délai de trois mois est considéré, en soi, comme étant suffisamment court, voire correspondant même à un délai de jugement compatible avec les affaires urgentes. Puisque tout a déjà été fait pour qu'un renvoi puisse être traité rapidement, la question de la création d'une procédure d'urgence a donc pu être écartée au regard de la célérité caractéristique des mécanismes internes de renvois préalables. Les régimes de traitement des QPC et des demandes d'avis contentieux sont encadrés dans un délai court et ne semblent par conséquent pas justifier, à la différence des renvois européens, l'existence d'une procédure d'urgence ou accélérée en plus de la procédure ordinaire.

1366. Cette première explication ne saurait toutefois suffire pour comprendre l'inexistence de procédures d'urgence de traitement des renvois par les juridictions du Palais Royal et celle de Strasbourg. Un élément supplémentaire permet de justifier cette absence. Le traitement des renvois urgents est assuré par l'existence de procédures accélérées.

B) L'existence d'une procédure accélérée pour le traitement des renvois urgents

1367. La définition d'une « procédure accélérée » de traitement des renvois par les juridictions *ad quem*. Une procédure accélérée est une procédure de droit commun qui permet, en fonction de l'urgence d'une affaire, de lui conférer une priorité de traitement par rapport aux autres et d'accélérer chacune des phases de l'instruction. En d'autres termes, l'accélération

refuser de donner son avis. L'absence d'avis ou de refus dans le même délai équivaut à un refus d'avis. Il est sursis à toute décision sur le fond jusqu'au terme de ce délai d'*un mois* [...] ». Nous soulignons.

s'obtient par la priorisation d'une affaire et l'accélération de son traitement à chacune des étapes de la procédure ordinaire. Puisque chacune des étapes procédurales reste préservée, l'on peut donc dire qu'il s'agit, selon la formule imagée de l'ancien Président de la Cour de justice de l'UE Vassilio Skouris à propos de la procédure préjudicielle accélérée, d'une « procédure ordinaire, mais en version rapide »²⁶⁵⁶. Une procédure accélérée ne comporte donc aucune modification de la procédure ordinaire. Son efficacité tient au fait qu'une affaire est priorisée, au détriment des autres affaires, à tous les stades ordinaires de la procédure.

1368. Le traitement de l'urgence par les juridictions *ad quem* du Palais Royal et de Strasbourg s'opère principalement par la voie de procédures accélérées. Mais, alors qu'il existe formellement une procédure accélérée devant la Cour EDH (1), devant les juridictions du Palais Royal, l'existence d'une procédure accélérée n'est prévue par aucun texte : elle ne résulte que de la pratique (2).

1) L'existence *de jure* d'une procédure consultative accélérée devant la Cour EDH

1369. L'existence d'une procédure accélérée est compatible avec le caractère consultatif d'une procédure de renvoi. Plusieurs exemples attestent que le caractère consultatif d'une procédure de renvoi à une Cour internationale n'exclut nullement la possible existence d'une procédure accélérée pour le traitement de ce type de demande. Il existe ainsi une procédure accélérée en matière de demandes d'avis consultatifs à la Cour internationale de justice :

« Lorsque l'organe ou institution autorisé par la Charte des Nations Unies ou conformément à ses dispositions à demander un avis consultatif informe la Cour que la demande appelle une réponse urgente, ou lorsque la Cour estime qu'une prompt réponse serait désirable, la Cour prend toutes mesures utiles pour accélérer la procédure et se réunit le plus tôt possible pour tenir audience et délibérer sur la demande »²⁶⁵⁷.

Il existe également une procédure consultative accélérée devant le Tribunal international du droit de la mer :

²⁶⁵⁶ V. SKOURIS, « L'urgence dans la procédure applicable aux renvois préjudiciels », in *Liber amicorum en l'honneur de Bo Vesterdorf*, Bruylant, 2007, p. 66.

²⁶⁵⁷ Article 103 du règlement de la Cour internationale de justice.

« Si la demande d'avis consultatif indique que la question requiert une réponse urgente, la Chambre prend toutes mesures utiles pour accélérer la procédure »²⁶⁵⁸.

1370. La Cour de justice de l'UE fait cependant exception à l'existence d'une procédure accélérée pour le traitement des demandes d'avis consultatifs. En effet, ni la procédure préjudicielle accélérée ni la procédure accélérée pour les recours ne sont applicables aux demandes d'avis consultatifs²⁶⁵⁹ formulées au titre de l'article 218 paragraphe 11 du TFUE²⁶⁶⁰.

1371. Avant même que la procédure de demande d'avis consultatif n'entre en vigueur, la doctrine n'a pas manqué d'envisager l'instauration par la Cour EDH d'une procédure consultative accélérée pour le traitement des demandes urgentes²⁶⁶¹.

Enfin, ce n'est pas une procédure spécifique qui fut créée. Le nouvel article 93 § 2 du chapitre X du règlement de la Cour EDH prévoit désormais que les demandes d'avis consultatifs « doivent se voir réserver un traitement prioritaire au sens de l'article 41 du présent règlement ». La procédure accélérée prévue par cette disposition est donc applicable non seulement aux recours directs mais également au traitement des demandes d'avis consultatifs²⁶⁶². En plus de cette procédure, la Cour a clairement affiché sa volonté de prioriser le traitement des demandes d'avis consultatifs et de statuer le plus rapidement possible.

1372. Une volonté de prioriser le traitement des demandes d'avis consultatifs. Le rapport explicatif du Conseil de l'Europe sur le protocole n° 16 à la Conv. EDH indique que les demandes bénéficieront d'une « priorité haute » qui « s'impose[ra] à tous les stades de la procédure et à tous ceux qui sont concernés, à savoir à la juridiction qui doit formuler la demande de manière précise et complète, à tous ceux qui pourraient éventuellement présenter des observations écrites ou prendre part aux audiences (voir l'article 3 ci-dessous), ainsi qu'à la

²⁶⁵⁸ Article 132 du règlement du Tribunal international du droit de la mer.

²⁶⁵⁹ CJCE, ord., 29 avril 2004, avis 1/04.

²⁶⁶⁰ Article 218 § 11 du TFUE : « Un État membre, le Parlement européen, le Conseil ou la Commission peut recueillir l'avis de la Cour de justice sur la compatibilité d'un accord envisagé avec les traités. En cas d'avis négatif de la Cour, l'accord envisagé ne peut entrer en vigueur, sauf modification de celui-ci ou révision des traités ».

²⁶⁶¹ Il n'est « pas impossible que soient mises en place par le biais du règlement de la Cour des procédures accélérées lui donnant la faculté, à l'instar de la Cour de Luxembourg, de répondre avec une grande célérité à certaines demandes urgentes » : T. LARROUTUROU, « Le Protocole n° 16 à la CEDH, nouveau terrain de rencontre des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité », *RDJ*, 2018, n° 2, p. 475. Le professeur Frédéric Sudre estimait que la Cour EDH « saura mettre en place une procédure consultative accélérée, selon les besoins de la cause » : F. SUDRE, « De QPC en Qpc... ou le Conseil constitutionnel juge de la Convention EDH », *JCP G*, 2014, n° 41, doct. 1027, pt. 18.

²⁶⁶² Voir *supra* : Chapeau de la Partie 2.

Cour elle-même »²⁶⁶³. En d'autres termes, au regard de l'urgence des affaires à traiter, les demandes d'avis consultatifs bénéficieront d'une « urgence haute »²⁶⁶⁴ dans le système de « priorisation » des requêtes. En plus de ce traitement prioritaire, la Cour veillera à rendre le plus rapidement possible ses avis.

1373. Une volonté de statuer rapidement. En dépit de l'absence de délais de jugement imposés, la Cour EDH a effectivement marqué sa volonté de statuer rapidement. La juridiction strasbourgeoise a maintes fois exprimé son souhait de statuer sur les demandes d'avis dans un délai « relativement »²⁶⁶⁵ ou « raisonnablement »²⁶⁶⁶ bref. De plus, dès le premier avis rendu, la Cour a expressément affirmé que son objectif était de statuer dans « un délai aussi rapide que possible »²⁶⁶⁷ sur les demandes d'avis consultatifs dont elle est saisie. Mais, alors qu'elle « admet la nécessité de traiter les demandes avec célérité »²⁶⁶⁸, la Cour n'a cependant jamais précisé le cadre temporel auquel devait correspondre ce bref délai.

2) L'existence *de facto* d'une procédure accélérée de traitement des QPC et des demandes d'avis contentieux

1374. À la différence de la procédure du renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'UE et de celle des demandes d'avis consultatifs à la Cour EDH, les mécanismes internes de renvoi préalable n'intègrent pas formellement de procédure d'urgence ni de procédure accélérée. En dehors de considérations formelles, ce constat ne se vérifie toutefois pas lorsque l'on s'attache

²⁶⁶³ Conseil de l'Europe, *Rapport explicatif sur le protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, 2 octobre 2013, pt. 17. Voir également : Comité d'experts sur la réforme de la Cour, *Rapport préliminaire sur la proposition d'étendre la compétence de la Cour en matière d'avis consultatifs*, Strasbourg, 1 juillet 2011, DH-GDR(2011)015 FINAL, pts. 5 (vi) et 15.

²⁶⁶⁴ D. SZYMCZAK, « "Répondre et rassurer" : quelques enseignements à propos du premier avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'homme (obs. sous Cour eur. dr. h., Gde Ch., avis consultatif relatif à la gestation pour autrui, 10 avril 2019) », *RTDH*, 2019, n° 120, p. 968.

²⁶⁶⁵ CEDH, *Document de réflexion sur la proposition d'élargissement de la compétence consultative de la Cour*, pts. 22 et 39.

²⁶⁶⁶ CEDH, *Avis de la Cour sur le projet de Protocole n° 16 à la Convention élargissant la compétence de la Cour afin de lui permettre de rendre des avis consultatifs sur l'interprétation de la Convention*, 6 mai 2013, § 13 ; Voir également : Comité d'experts sur la réforme de la Cour, *Rapport préliminaire sur la proposition d'étendre la compétence de la Cour en matière d'avis consultatifs*, Strasbourg, 1 juillet 2011, DH-GDR(2011)015 FINAL, pt. 5.

²⁶⁶⁷ CEDH, GC, avis, 10 avril 2019, *Reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention demandé par la Cour de cassation française*, n° P16-2018-001, § 34 ; CEDH, avis, 29 mai 2020, *Utilisation de la technique de « législation par référence » pour la définition d'une infraction et aux critères à appliquer pour comparer la loi pénale telle qu'elle était en vigueur au moment de la commission de l'infraction et la loi pénale telle que modifiée*, n° P16-2019-001, § 51.

²⁶⁶⁸ CEDH, *Avis de la Cour sur le projet de Protocole n° 16 à la Convention élargissant la compétence de la Cour afin de lui permettre de rendre des avis consultatifs sur l'interprétation de la Convention*, *op. cit.*, § 13.

à une analyse de la mise en œuvre pratique des procédures de traitement des QPC et des demandes d'avis contentieux par les juridictions du Palais Royal. On remarque en effet, spécifiquement devant le Conseil constitutionnel, que de la pratique est apparue une procédure accélérée.

1375. Le traitement de la deuxième QPC renvoyée par le juge du référé-liberté du Conseil d'État²⁶⁶⁹ a fait émerger une « sorte de procédure d'urgence de fait »²⁶⁷⁰ qui a autrement été qualifiée de « procédure de justice constitutionnelle d'urgence »²⁶⁷¹ de traitement des QPC par le Conseil constitutionnel. La formule de « procédure d'urgence » retenue par la doctrine n'est toutefois pas appropriée pour décrire cette pratique de traitement de l'urgence. À l'observation, il n'apparaît en effet aucune véritable entorse à la procédure de droit commun, en ce sens que toutes les étapes de jugement sont respectées²⁶⁷². Il s'agit plutôt, au vu de l'urgence, d'une accélération de chacune d'entre elles et de la priorisation de la QPC par rapport aux autres affaires inscrites au rôle du Conseil constitutionnel. En d'autres termes, il ne s'agit que de la priorisation d'une affaire à chaque stade de la procédure ordinaire et de la mise en œuvre accélérée de ses étapes. Cette pratique contentieuse de traitement des QPC en urgence correspond donc à la création *praeter legem* d'une procédure accélérée de fait²⁶⁷³.

Toute une série de pouvoirs du Président du Conseil constitutionnel ainsi que ceux de la formation de jugement d'une demande d'avis contentieux permettent d'inscrire une affaire au rôle de manière plus ou moins prioritaire en fonction de l'urgence et de réduire autant que possible la phase contradictoire de l'instruction. C'est en ce sens que l'on peut dire que la procédure de la QPC « contient, de par sa conception initiale, des éléments permettant de provoquer une compression du temps afin d'obtenir un traitement accéléré de la question de constitutionnalité »²⁶⁷⁴.

1376. L'urgence que le traitement d'une affaire peut requérir est une circonstance plus contraignante que la célérité. C'est pourquoi, alors qu'il existe pourtant des procédures

²⁶⁶⁹ CC, décision n° 2015-527 QPC, 22 décembre 2015, *M. Cédric D. [Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence]*.

²⁶⁷⁰ J. BONNET et A. ROBLOT-TROIZIER, « La concrétisation du contrôle de constitutionnalité des lois au service de l'effet utile des décisions QPC », *NCCC*, 2017, n° 57, p. 167.

²⁶⁷¹ G. EVEILLARD, « État d'urgence : les assignations à résidence devant le juge administratif et le Conseil constitutionnel », *DA*, 2016, n° 4, p. 46.

²⁶⁷² Pour la définition d'une procédure d'urgence de traitement des renvois par une juridiction *ad quem*, voir *supra*.

²⁶⁷³ J. BONNET, « Les juges constitutionnels et l'état d'urgence », *DA*, 2016, n° 12, Etude 15.

²⁶⁷⁴ F. JACQUELOT, « La procédure de la QPC », *NCCC*, 2013, n° 40, p. 31.

accélérées, il est tout de même opportun de se prononcer en faveur de la création d'une procédure d'urgence formalisée d'examen des renvois par les juridictions *ad quem* du Palais Royal et du Palais des droits de l'Homme.

II) Pour la création d'une procédure d'examen en urgence des QPC et des demandes d'avis à la Cour EDH et au Conseil d'État

1377. Formellement, il n'existe aucune procédure d'urgence, c'est-à-dire de véritables spécificités procédurales adaptées aux situations urgentes, de traitement des QPC et des demandes d'avis au Conseil d'État et à la Cour EDH²⁶⁷⁵. Pourtant, pour des raisons pratiques, la création de procédures d'examen en urgence des QPC et des demandes d'avis à la Cour EDH et au Conseil d'État se justifie aisément (A). Elles sont d'autant plus justifiées qu'elles peuvent être juridiquement fondées (B).

A) Les justifications pratiques

1378. L'urgence matérielle appelle l'urgence procédurale. Même si, dans les situations d'urgence, les délais de jugement des renvois sont globalement satisfaisants et compatibles avec le droit à un délai raisonnable de jugement, il n'en demeure pas moins possible de soutenir l'opportunité (1) et la faisabilité (2) de la création de procédures formalisées d'urgence.

1) La création opportune de procédures d'urgence de traitement des renvois

1379. Pour une série de raisons d'ordre pragmatique, la création de procédures d'urgence de traitement des renvois apparaît opportune. L'absence de procédure d'urgence agit quelquefois comme un frein à la mise en œuvre des renvois par les juridictions *a quibus* elles-mêmes saisies par l'urgence (a). Parfois encore, quand bien même le traitement prioritaire d'un renvoi urgent est possible au titre des procédures ordinaire ou accélérée, celles-ci peuvent s'avérer insuffisantes pour le traitement adéquat et utile des affaires les plus urgentes (b).

²⁶⁷⁵ Les seules prises en compte de l'urgence dans la procédure se situent au stade de la phase de mise en œuvre du renvoi par le juge *a quo* au titre des dispositions relatives au sursis à statuer et de celles relatives au pouvoir de prononcer des mesures provisoires. L'urgence est enfin prise en compte devant le Conseil constitutionnel pour régir la transmission par les tiers justifiant d'un intérêt spécial de leurs interventions : voir *supra*.

a) L'absence de procédure d'urgence comme frein à la mise en œuvre des renvois

1380. Par l'effet du sursis à statuer, l'intervention de la solution du litige principal est dépendante de la durée du procès devant le juge saisi sur renvoi. L'absence de délai de jugement des renvois par les cours européennes et l'absence de procédure d'urgence devant les juridictions *ad quem* internes peut avoir un effet dissuasif quant à leur saisine par les juridictions *a quibus*. Cela est d'autant plus le cas si l'on se souvient que les juridictions *ad quem* sont largement indifférentes aux délais de jugement auxquels les juges de renvoi sont contraints²⁶⁷⁶. C'est pourquoi, de nombreuses juridictions se sont prévaluées du délai bref dans lequel elles doivent juger pour justifier leur refus de mettre en œuvre un renvoi préalable.

Dans le cadre du procès *a priori* des lois, le Conseil constitutionnel invoquait le délai d'un mois - huit jours en cas d'urgence demandée par le Gouvernement - dans lequel il doit statuer pour fonder son refus de saisir la Cour de justice de l'UE d'un renvoi préjudiciel²⁶⁷⁷. De même, saisi d'une demande d'avis contentieux, le Conseil d'État refuse, au regard du délai de trois mois dans lequel il doit statuer, de saisir la Cour de Luxembourg d'un renvoi préjudiciel²⁶⁷⁸.

Mais l'urgence peut avoir au contraire une portée incitative ou facilitatrice en servant de justification à une demande de traitement en urgence d'un renvoi par le juge *ad quem*. L'urgence n'est alors plus avancée pour exclure la mise en œuvre d'un renvoi préjudiciel mais, au contraire, pour s'en servir afin que soit accordée par la Cour de justice de l'UE le déclenchement de la procédure préjudicielle d'urgence ou accélérée. C'est ainsi que le fait pour le Conseil constitutionnel d'opérer un renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'UE a été facilité notamment par la possibilité de demander la mise en œuvre d'une procédure d'urgence²⁶⁷⁹. L'on comprend ainsi à quel point le degré de prise en compte par le juge *ad quem* des contraintes temporelles qui pèsent sur le juge *a quo* ainsi que la durée moyenne des procès incidents contribuent à l'intérêt des juridictions de renvoi au recours à ce type de mécanisme. En effet,

²⁶⁷⁶ Voir *supra* : Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, Paragraphe 3.

²⁶⁷⁷ CC, décision n° 2006-540 DC, 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, consid. 20 : « devant statuer avant la promulgation de la loi dans le délai prévu par l'article 61 de la Constitution, le Conseil constitutionnel ne peut saisir la Cour de justice des Communautés européennes de la question préjudicielle » prévue par l'article 267 du TFUE.

²⁶⁷⁸ CE, avis, 4 février 2000, *M. Henri Mouflin*, n° 113321.

²⁶⁷⁹ Selon la professeure Marie Gautier, eu égard au délai moyen de jugement des renvois préjudiciels, la saisine de la Cour de justice par le Conseil constitutionnel « n'est possible que dans le cadre de la PPU » : M. GAUTIER, « L'entrée timide du Conseil constitutionnel dans le système juridique européen », *AJDA*, 2013, n° 19, p. 1086.

de la durée moyenne de la PPU dépend « l'attrait »²⁶⁸⁰ de cette procédure pour les juridictions nationales. Dans un rapport produit par la Cour de justice de l'UE portant sur la mise en œuvre de la PPU, il est précisé qu'avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne en 2009, la part des renvois préjudiciels portant sur ce que recouvre aujourd'hui l'actuel domaine de l'ELSJ représentait seulement 4.85 % du total des renvois préjudiciels. Dans la période étudiée par la Cour (2008 à 2011), la part de ces renvois était en forte augmentation puisqu'elle a doublé pour s'établir à 11.64% des renvois préjudiciels²⁶⁸¹.

b) L'insuffisance des procédures ordinaire et accélérée pour le traitement adéquat des renvois urgents

1381. L'insuffisance des procédures ordinaires. Lorsque qu'une violation des droits fondamentaux fait naître une situation d'urgence, il est fort probable que ce litige ne puisse être tranché « sans dommage par les voies habituelles »²⁶⁸². Il est clairement « des situations qui ne pourraient se satisfaire du cours ordinaire de la justice sans préjudice grave pour l'un ou l'autre des protagonistes au conflit »²⁶⁸³.

Tirant les conséquences de l'inadaptation de la QPC à la protection des droits et libertés dans des situations d'urgence, plusieurs auteurs ont invité le législateur organique à prendre la mesure des lacunes en instaurant « une procédure d'examen des questions prioritaires de constitutionnalité en urgence »²⁶⁸⁴. Selon Serge Slama, il est nécessaire de « réformer la procédure de QPC pour davantage l'adapter aux spécificités de la protection des droits et libertés dans l'urgence »²⁶⁸⁵. En ce sens, lors d'une audition à l'Assemblée nationale, le professeur Paul Cassia énonçait qu'il lui apparaissait « indispensable de créer une procédure

²⁶⁸⁰ Parlement européen, *Rapport sur le rôle du juge national dans le système judiciaire européen*, 4 juin 2008, 2007/2027 (INI), p. 5.

²⁶⁸¹ CJUE, *Rapport sur la mise en œuvre de la procédure préjudicielle d'urgence*, Rapport remis au Conseil conformément à la déclaration en annexe à sa décision du 20 décembre 2007 (JO L 24 du 29 janvier 2008, p. 44), 31 janvier 2012, pp. 2-3.

²⁶⁸² G. PAMBOU TCHIVOUNDA, « Recherche sur l'urgence en droit administratif français », *RDP*, 1983, p. 93.

²⁶⁸³ J. NORMAND, « Le juge unique et l'urgence » in C. BOLZE et P. PEDROT (dir.), *Les juges uniques. Dispersion et réorganisation du contentieux ?*, Dalloz, XXI^e colloque des Instituts d'études judiciaires, 19 et 20 mai 1995, Toulon, 1996, p. 23-34 ; J. NORMAND, « Le traitement de l'urgence : exception ou principe ? », in L. CADIET et L. RICHEL (dir.), *in Réforme de la justice, réforme de l'État*, PUF, 2003, p. 159.

²⁶⁸⁴ S. SLAMA, « Plaidoyer pour l'instauration d'une procédure d'examen des questions prioritaires de constitutionnalité en urgence », *CRDF*, 2011, n° 9, p. 55

²⁶⁸⁵ S. SLAMA, « Plaidoyer pour l'instauration d'une procédure d'examen des questions prioritaires de constitutionnalité en urgence », *op. cit.*, p. 64.

d'examen accélérée des questions de constitutionnalité »²⁶⁸⁶ et qu'il convenait à ce propos de s'inspirer du modèle de la procédure préjudicielle accélérée prévue par le règlement de procédure de la Cour de justice de l'UE. L'absence de procédure d'urgence est peut-être un des éléments qui ont pu faire dire que la QPC est « une révolution inachevée »²⁶⁸⁷.

1382. L'insuffisance des procédures accélérées. Du fait de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne et donc de l'intégration de l'ELSJ dans le champ de compétence de la Cour, le risque a été celui de voir affluer un certain nombre de renvois préjudiciels portant sur ce domaine du droit de l'UE. Il devenait compliqué de continuer à traiter de ce genre d'affaires particulièrement urgentes selon la PPA, c'est-à-dire selon une procédure de droit commun simplement accélérée. La création de la PPU est donc liée aux insuffisances de la procédure accélérée dans de nombreuses situations d'urgence portées devant les juridictions nationales²⁶⁸⁸, mais aussi à la circonstance aggravante de l'augmentation du nombre des renvois préjudiciels introduits²⁶⁸⁹. Il était reproché à la condition d'urgence de la PPA d'être appréciée trop strictement et le principal défaut des procédures accélérées est constitué d'une limite propre à leur nature, à savoir celle de comporter les mêmes étapes que celles de la procédure ordinaire²⁶⁹⁰ à la seule différence qu'elles se déroulent dans des délais plus courts et que l'affaire est priorisée par rapport aux autres.

Selon l'ancien Président Vassilio Skouris, c'est en raison de l'insuffisance des procédures préjudicielles accélérée et ordinaire pour le traitement adéquat des affaires les plus urgentes que l'existence d'une procédure préjudicielle d'urgence est justifiée. C'est pour cette raison qu'il est apparu nécessaire en vue d'une « accélération plus substantielle » de procéder à des « adaptations des règles procédurales existantes »²⁶⁹¹.

1383. Il est aussi clair que la procédure accélérée est insuffisante dans les situations

²⁶⁸⁶ P. CASSIA, « Audition », in J.-L. WARSMANN, *Rapport relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, Assemblée Nationale, septembre 2009, n° 1898, p. 154. Voir également, P. CASSIA, « Le juge administratif des référés, la QPC et le droit de l'Union européenne. Note sous CE, ord., 16 juin 2010, *Mme. Diakité*, n° 340250 », *JCP G*, 2010, n° 26, p. 739 ; A. SAYEDE HUSSEIN, « La QPC devant le juge administratif des référés d'urgence (Trois ans et demi de saisines juridictionnelles inabouties) », *LPA*, 2013, n° 223, p. 6.

²⁶⁸⁷ J. BONNET, P.-Y. GAHDOUN (dir.), *La QPC : une révolution inachevée ?*, Institut Universitaire Varenne, 2016, 162 p.

²⁶⁸⁸ CJCE, *Document de réflexion relatif au traitement des questions préjudicielles relatives à l'espace de liberté, sécurité et justice*, 25 septembre 2006, JUR 356, COUR 42, JUSTCIV 208, ASIM 66, 13272/06, p. 1.

²⁶⁸⁹ CJCE, *Document de réflexion relatif au traitement des questions préjudicielles relatives à l'espace de liberté, sécurité et justice*, *op. cit.*

²⁶⁹⁰ CJCE, *Modifications du règlement de procédure de la Cour de justice*, JOUE, 29 janvier 2008, L 24, p. 39.

²⁶⁹¹ V. SKOURIS, « L'urgence dans la procédure applicable aux renvois préjudiciels », in *Liber Amicorum en l'honneur de Bo Vesterdorf*, Bruylant, 2008, p. 60.

d'urgence. En effet, alors que la Cour EDH a accepté de traiter prioritairement la première demande d'avis qui lui a été adressée et d' « abréger les délais »²⁶⁹² de l'instruction, la Grande chambre de la Cour a mis six mois pour statuer.

2) La faisabilité de la création de procédures d'urgence de traitement des renvois

1384. La création d'une procédure d'urgence de traitement des renvois ne bouleverserait pas totalement les habitudes de travail des juridictions du Palais Royal et de celui des droits de l'Homme. La mise en place effective de cette proposition est confortée par le fait que ces trois juridictions sont indéniablement pourvues d'une « culture de l'urgence » acquise dans le cadre des recours directs qui peut être parfaitement transposable à la prise en compte de l'urgence dans les procédures de traitement des renvois lorsqu'elles statuent en tant que juges *ad quem* (a). De plus une procédure d'urgence est tout à fait compatible avec un contentieux au fond de type objectif tel que celui dont ont à connaître les juridictions *ad quem* saisies d'un renvoi (b).

a) L'existence d'une « culture de l'urgence » chez le juge des lois

1385. Il est difficilement contestable que la « sauvegarde des droits fondamentaux essentiels suppose que les systèmes juridiques soient sensibles à une véritable culture de l'urgence »²⁶⁹³. Devant la Cour EDH et le Conseil d'État, les procédures de mesures provisoires ont été un élément formateur d'une culture de l'urgence (α). Devant le Conseil constitutionnel, elle résulte en revanche intrinsèquement et originellement de l'ensemble des types de contentieux relevant de sa compétence (β). Rien n'empêche alors que cette culture serve au traitement adéquat des QPC et des demandes d'avis urgentes.

α) Les procédures de mesures provisoires, élément formateur d'une culture de l'urgence de la Cour EDH et du Conseil d'État

1386. Culture de l'urgence et Conseil d'État. Alors qu'il y était originellement en partie

²⁶⁹² Greffe de la CEDH, *Le collège de la Grande Chambre accepte la première demande d'avis consultatif*, Communiqué de presse, 4 décembre 2018, CEDH 415 (2018), p. 2.

²⁶⁹³ G. COHEN-JONATHAN, « Avant-propos », in G. COHEN-JONATHAN, J.-F. FLAUSS (dir.), *Mesures conservatoires et droits fondamentaux*, Bruylant, 2005, p. 14.

étranger et qu'il souffrait d'une « incapacité congénitale à faire face à l'urgence »²⁶⁹⁴, le contentieux de la légalité des arrêtés de reconduite à la frontière et celui de la procédure du référé précontractuel²⁶⁹⁵, puis l'introduction de trois procédures de référés d'urgence par la loi du 30 juin 2000 aux articles L. 521-1 à L. 521-3 du CJA, ont indiscutablement permis au juge administratif de développer une « culture de l'urgence »²⁶⁹⁶. Il peut en effet fréquemment lui arriver, notamment sur le fondement de la procédure du référé-liberté, de statuer seulement quelques heures après réception d'une requête en premier ressort ou en appel.

1387. Culture de l'urgence et Cour EDH. Pouvant statuer dès l'origine sur le fondement d'une procédure de mesures provisoires, la Cour EDH est assurément « familière »²⁶⁹⁷ des procédures d'urgence. À l'instar du juge du référé-liberté du Conseil d'État, elle est en mesure de prononcer des mesures provisoires seulement quelques heures après avoir été sollicitée par un requérant. Par exemple, dans l'affaire *Gard et autres c. Royaume-Uni*²⁶⁹⁸, la Cour fut saisie le 6 juin 2017 d'une demande de mesures provisoires, à laquelle elle fit droit trois jours plus tard. Dans l'affaire *Lambert*, la Cour EDH a été saisie le jour même où le Conseil d'État français rejeta une requête en référé-liberté contre la décision d'un médecin d'interrompre l'alimentation et l'hydratation artificielles maintenant en vie un patient n'étant plus en situation de consentir ou non à un tel arrêt de soins. Le jour de sa saisine, la Cour EDH ordonna au Gouvernement français, au titre de l'article 39 de son règlement de procédure, de suspendre toute mesure visant à interrompre les traitements du patient concerné par la décision médicale litigieuse. Toujours en cours devant les instances nationales cinq ans plus tard, cette affaire est revenue devant le juge de Strasbourg le 20 mai 2019 par une requête similaire à celle du 24 juin 2014 demandant que soit provisoirement suspendue la procédure d'arrêt des traitements du même patient. Une fois encore, le jour même de saisine, la Cour EDH statua sur la demande de mesure provisoire qui lui était faite²⁶⁹⁹.

²⁶⁹⁴ R. ABRAHAM, « L'avenir de la voie de fait et le référé administratif », in *L'État de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996, p. 13.

²⁶⁹⁵ Groupe de travail du Conseil d'État sur les procédures d'urgence, « Rapport », *RFDA*, 2000, n° 5, p. 941.

²⁶⁹⁶ F. MODERNE, « Vers une culture de l'urgence dans le contentieux administratif ? », *Rec. Dall.*, 2001, n° 41, p. 3283 ; J.-M. SAUVÉ, « Bilan de quinze années d'urgence devant le juge administratif », in *L'urgence devant le juge administratif*, 5^{ème} édition des états généraux du droit administratif, colloque organisé par le Conseil d'État et le Conseil national des Barreaux, 26 juin 2015 ; J.-M. SAUVÉ, « L'urgence devant le Conseil d'État : procédures, méthodes de travail et défis nouveaux », Séminaire organisé par l'Association internationale des Hautes juridictions administratives (AIHJA) : *Comment réduire les délais de jugement et accélérer les procédures devant les juridictions administratives suprêmes ?*, 23 septembre 2014.

²⁶⁹⁷ F. SUDRE, « De QPC en Qpc... ou le Conseil constitutionnel juge de la Convention EDH », *JCP G*, 2014, n° 41, doctr. 1027, pt. 18.

²⁶⁹⁸ CEDH, 27 juin 2018, *Gard e. a. c. Royaume-Uni*, n° 39793/17.

²⁶⁹⁹ CEDH, 20 mai 2019, *Lambert e. a. c. France*, n° 21675/19.

β) Une culture de l'urgence du Conseil constitutionnel intrinsèquement liée aux contentieux relevant de sa compétence

1388. L'ensemble des facettes du fonctionnement du Conseil constitutionnel sont pétries par l'urgence²⁷⁰⁰. L'urgence serait même « inhérente » à l'office tout entier du Conseil constitutionnel²⁷⁰¹ et, en tant qu'elle y règne de manière constante, elle rapproche la juridiction, selon les termes d'un ancien Secrétaire général, « d'un juge des référés »²⁷⁰². On peut sans exagérer considérer que le Conseil constitutionnel « statue presque constamment en urgence »²⁷⁰³.

1389. Le contrôle de constitutionnalité *a priori*. Dans le cadre de l'examen de la constitutionnalité des lois ordinaires et organiques avant leur promulgation, des règlements des assemblées et des propositions de loi de l'article 11, le Conseil constitutionnel, conformément à l'article 61 de la Constitution, doit statuer dans le délai d'un mois. Toutefois, l'alinéa 3 du même article prévoit qu'à la demande du Gouvernement et si l'urgence le commande, ce délai est ramené à huit jours. Au titre de cette dernière disposition, le Conseil constitutionnel a procédé à cinq contrôles de constitutionnalité *a priori* en moins de huit jours²⁷⁰⁴. Il n'en demeure pas moins que, dans le cadre du délai ordinaire de jugement, le contrôle *a priori* « s'opère dans des conditions d'urgence »²⁷⁰⁵ et fait du Conseil constitutionnel « un juge de l'urgence »²⁷⁰⁶.

1390. Le contrôle de constitutionnalité *a priori* des lois ordinaires et organiques. Lorsqu'il est saisi pour le contrôle *a priori* d'une loi, le délai moyen de jugement dans le

²⁷⁰⁰ J.- F. DE MONGOLFIER, « L'urgence et le Conseil constitutionnel », *NCCC*, 2017, n° 54, pp. 31-45.

²⁷⁰¹ M. KAMAL, *Le Conseil constitutionnel et le temps*, Thèse dact., Université de Montpellier, 2018, p. 49.

²⁷⁰² J.-É. SCHOETTL, « Ma cinquantaine rue de Montpensier », *CCC*, 2008, n° 25, p. 48.

²⁷⁰³ J.- F. DE MONGOLFIER, « L'urgence et le Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 32.

²⁷⁰⁴ Délai de 7 jours : CC, décision n° 73-51 DC, 27 décembre 1973, *Loi de finances pour 1974* ; Délai de 6 jours : CC, décision n° 82-139 DC, 11 février 1982, *Loi de nationalisation* ; Délai de 5 jours : CC, décision n° 89-258 DC, 8 juillet 1989, *Loi portant amnistie* ; Délai de 3 jours : CC, décision n° 2021-819 DC, 31 mai 2021, *Loi relative à la gestion de la sortie de crise* ; Délai de 8 jours : CC, décision n° 2021-822 DC, 30 juillet 2021, *Loi relative à la prévention d'actes de terrorisme et au renseignement*.

²⁷⁰⁵ P. AVRIL, « L'avenir du Conseil constitutionnel », in M. VERPEAUX et M. BONNARD (dir.), *Le Conseil constitutionnel*, La Documentation française, 2007, p. 152 ; Voir également P. BLACHÈRE, « Les temps de la saisine du Conseil constitutionnel », in D. ROUSSEAU (dir.), *Le Conseil constitutionnel en questions*, L'Harmattan, 2004, p. 94.

²⁷⁰⁶ P. JAN, « Le Conseil constitutionnel », *Pouvoirs*, 2001, n° 99, p. 83.

contentieux *a priori*, mesuré à partir de l'enregistrement de la saisine, s'établit pour la période totale de fonctionnement du Conseil constitutionnel à 17,53 jours²⁷⁰⁷ et à seulement 16 jours durant ces deux dernières décennies²⁷⁰⁸. Le délai de jugement peut aussi être très largement inférieur à cette moyenne. Le contrôle de la constitutionnalité de différentes lois relatives à des régimes d'exception démontre à quel point le Conseil constitutionnel sait faire face et statuer dans l'urgence. Il a par exemple été de seulement deux jours pour le contrôle de la loi de prorogation de l'état d'urgence sanitaire²⁷⁰⁹, de trois jours pour l'examen de la constitutionnalité de la loi organique adoptée au début de l'épidémie de la covid-19 pour suspendre le délai dans lequel les cours suprêmes doivent se prononcer sur le renvoi d'une question prioritaire de constitutionnalité²⁷¹⁰ et enfin de cinq jours pour la loi organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire²⁷¹¹. Le Conseil constitutionnel a examiné en 1985 la loi portant prorogation du régime législatif de l'état d'urgence sécuritaire en Nouvelle-Calédonie le jour même de sa saisine et a rendu sa décision en à peine quelques heures²⁷¹². La même année, toujours à propos de la Nouvelle-Calédonie, le juge de la rue de Montpensier a contrôlé en seulement trois jours un texte adopté par le Parlement identique, à l'exception d'un article, à un autre précédemment contrôlé mais dont une seule disposition avait été censurée²⁷¹³.

1391. Le contrôle de constitutionnalité *a priori* des lois de finances. L'examen des lois de finances et de celles de financement de la Sécurité sociale bénéficie de *facto* d'un contrôle de constitutionnalité en urgence sous un délai maximum de dix jours. Les lois de finances sont déférées au Conseil constitutionnel aux alentours du 20 décembre de chaque année et la décision intervient toujours au plus tard le 31 décembre, soit donc en moyenne dans les dix jours qui suivent la date de saisine. Il est à noter que ce délai de jugement a pu être bien plus bref spécifiquement dans deux cas où il s'est établi à seulement deux jours²⁷¹⁴.

²⁷⁰⁷ C.-É. SÉNAC, *L'office du juge constitutionnel. Étude du contrôle de constitutionnalité par les juridictions françaises*, LGDJ, 2015, p. 276. Calcul fait sur la période 1958-2015.

²⁷⁰⁸ Sur la période allant de l'année 2000 au 31 décembre 2019, ce délai est de 16 jours : CC, « Bilan statistique », mise à jour du 30 juin 2020 (en ligne : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/>).

²⁷⁰⁹ CC, décision n° 2020-800 DC, 11 mai 2020, *Loi prorogeant l'état d'urgence et complétant ses dispositions*.

²⁷¹⁰ CC, décision n° 2020-799 DC, 26 mars 2020, *Loi organique d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19*.

²⁷¹¹ CC, décision n° 2020-803 DC, 9 juillet 2020, *Loi organisation la sortie de l'état d'urgence sanitaire*.

²⁷¹² CC, décision n° 85-187 DC, 25 janvier 1985, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances*.

²⁷¹³ CC, décision n° 85-197 DC, 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*.

²⁷¹⁴ CC, décision n° 78-93 DC, 29 avril 1978, *Loi autorisant l'augmentation de la quote-part de la France au fonds monétaire international*. Le jugement en urgence de la constitutionnalité de cette loi était motivé « en raison de la brièveté des délais impartis au Gouvernement français pour donner sa réponse » quant à l'augmentation de la quote-part de la France au fonds monétaire international : CC, Compte-rendu de la séance du 27 avril 1978, p. 4 ;

1392. Le contrôle de constitutionnalité *a priori* des résolutions relatives au règlement du Congrès. L'exemple le plus frappant de l'existence d'une culture de l'urgence des membres du Conseil constitutionnel est celui de l'examen de la constitutionnalité des résolutions du Congrès relatives à l'adoption ou la réformation de son règlement. Le Congrès se réunissant sur une journée à Versailles, le contrôle par le Conseil constitutionnel des résolutions relatives à son règlement s'effectue dès l'instant de sa saisine et la décision est rendue à l'issue du délibéré pour qu'il puisse être mis en œuvre pour la séance du jour. C'est pourquoi les décisions sont rendues le jour même de la saisine du Conseil constitutionnel²⁷¹⁵, voire « dans l'heure qui a suivi sa saisine »²⁷¹⁶.

1393. Le contentieux de la répartition des compétences entre les pouvoirs législatif et réglementaire. À l'instar du contentieux de la constitutionnalité des lois, celui de la répartition des compétences entre les pouvoirs législatif et réglementaire est enserré dans de très brefs délais. La saisine du Conseil constitutionnel en application de l'article 41 alinéa 2 de la Constitution concerne la question du caractère réglementaire ou législatif d'un texte soumis à une assemblée. La procédure de déclassement s'écoule dans un délai moyen de 18 jours²⁷¹⁷. Aussi, l'article 39 alinéa 4 de la Constitution prévoit que la réponse à une question de recevabilité et de procédure au cours du processus législatif doit intervenir sous huit jours.

1394. Le contrôle des conditions de mise en œuvre de l'article 16 alinéa 1 de la Constitution. Depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, le Conseil constitutionnel peut être saisi sur le fondement de l'alinéa 2 de l'article 16 de la Constitution pour vérifier dans « les délais les plus brefs »²⁷¹⁸ si les conditions prévues au premier alinéa de ce même article

CC, décision n° 79-111 DC, 30 décembre 1979, *Loi autorisant le Gouvernement à percevoir en 1980 les impôts et taxes existants*.

²⁷¹⁵ CC, décision n° 63-24 DC, 20 décembre 1963, *Règlement du Congrès* ; CC, décision n° 99-415 DC, 28 juin 1999, *Règlement du Congrès* ; CC, décision n° 2009-583 DC, 22 juin 2009, *Résolution modifiant le règlement du Congrès*.

²⁷¹⁶ CC, « commentaire des décisions : n° 2009-583 DC du 22 juin 2009, *Résolution modifiant le Règlement du Congrès* ; n° 2009-581 DC du 25 juin 2009 *Résolution modifiant le Règlement de l'Assemblée nationale* ; n° 2009-582 DC du 25 juin 2009 *Résolution modifiant le Règlement du Sénat* », CCC, n° 27, p. 4.

²⁷¹⁷ Sur la période allant de l'année 2000 au 31 décembre 2019 : CC, « Bilan statistique », mise à jour du 30 juin 2020 (en ligne : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/>).

²⁷¹⁸ Article 16 alinéa 2 de la Constitution : « Après trente jours d'exercice des pouvoirs exceptionnels, le Conseil constitutionnel peut être saisi par le Président de l'Assemblée nationale, le Président du Sénat, soixante députés ou soixante sénateurs, aux fins d'examiner si les conditions énoncées au premier alinéa demeurent réunies. Il se prononce dans les délais les plus brefs par un avis public. Il procède de plein droit à cet examen et se prononce

sont toujours remplies.

1395. Le contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. Le contentieux *a posteriori* de la constitutionnalité des lois a pleinement bénéficié de la culture de l'urgence du Conseil constitutionnel acquise durant les décennies précédentes grâce au contentieux constitutionnel *a priori*. Cette culture de l'urgence s'est particulièrement manifestée lorsque le juge de la rue de Montpensier, confronté à la tenue d'une élection imminente, a rendu une décision QPC en matière électorale en seulement deux²⁷¹⁹ et vingt jours²⁷²⁰. La première concernait la répartition des temps d'antenne entre les partis politiques pour une campagne électorale législative et la seconde avait été posée par une candidate à l'élection présidentielle, afin que la décision, portant sur la constitutionnalité de certaines dispositions relatives à la publication du nom et de la qualité des élus habilités à présenter un candidat à l'élection présidentielle, soit rendue avant l'ouverture de la période de recueil des « parrainages ». Le Conseil constitutionnel a également fait montre d'une célérité particulièrement remarquable en se prononçant en seulement onze jours à propos de la première QPC relative aux mesures d'assignation à résidence prises sous le régime législatif de l'état d'urgence sécuritaire.

b) La compatibilité d'une procédure d'urgence avec le contentieux des lois sur renvoi

1396. Aujourd'hui, la rapidité de l'intervention du juge constitue une demande forte des justiciables²⁷²¹. Leurs attentes se concentrent sur le rapprochement des temporalités qui sont les

dans les mêmes conditions au terme de soixante jours d'exercice des pouvoirs exceptionnels et à tout moment au-delà de cette durée ».

²⁷¹⁹ CC, décision n° 2017-651 QPC, 31 mai 2017, *Association En Marche ! [Durée des émissions de la campagne électorale en vue des élections législatives]*.

²⁷²⁰ CC, décision n° 2012-233 QPC, 22 février 2012, *Mme Marine LE PEN [Publication du nom et de la qualité des citoyens élus habilités à présenter un candidat à l'élection présidentielle]*.

²⁷²¹ J. ARTHUIS et H. HAENEL, *Justice sinistrée : démocratie en danger*, Economica, 1991, p. 11 ; Y. STRICKLER, *Le juge des référés, juge du provisoire*, Thèse dact., Université Robert Schuman Strasbourg III, 1993, tome I, XII ; M.-A. FRISON-ROCHE, « Les offices du juge », in *Jean Foyer auteur et législateur : « leges tulit, jura docuit » : écrits en l'hommage à Jean Foyer*, PUF, 1997, p. 463 et s. ; F. OST, « L'accélération du temps juridique » in F. OST, P. GÉRARD et M. VAN DE KERSOVE, (dir.), *L'accélération du temps juridique*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2000, p. 10 ; S. BRACONNIER, « Synthèse du colloque de Poitiers. L'urgence, mode d'emploi », *LPA*, 2001, n° 52, p. 36 ; J.-P. JEAN, « Les demandes des "usagers" de la justice », in M.-L. CAVROIS, H. DALLE et J.-P. JEAN, *La qualité de la justice*, La Documentation française, 2002, p. 36 ; J. VAN COMPERNOLLE, « Le droit d'être jugé dans un délai raisonnable : les effectivités d'un droit processuel autonome », in *Justice et droit fondamentaux. Études offertes à Jacques Normand*, Litec, 2003, p. 471 ; L. CADIET, « Le spectre de la société contentieuse », in *Écrits en hommage à Gérard Cornu*, PUF, 2004, p. 29 et s. ; X. LAMEYRE, « Actualité et acte de juger : éthique d'une poétique du procès », *LPA*, 2005, n° 138, p. 17 ; R. VANDERMEEREN, « L'office du juge administratif des référés : entre évolution et révolution », in

leurs avec celles du juge. Tout délai est généralement ressenti comme un insupportable attermoiement. Or, la justice ne doit céder à aucune « sorte de droit [du justiciable] à l'impatience »²⁷²². C'est ainsi que peut se résumer le dilemme de la conciliation du contentieux des lois sur renvoi et de l'existence de procédures d'urgence. Même si le traitement des renvois par une juridiction *ad quem* est un procès parmi d'autres susceptible de se voir appliquer une procédure d'urgence (β), il ne saurait être perdu de vue que l'unification de l'interprétation du droit et le contrôle des lois sur renvoi sont des contentieux dont la sensibilité implique qu'un temps suffisant lui soit consacré (α).

a) La recherche nécessaire d'un équilibre entre célérité et qualité de l'unification de l'interprétation du droit et du contrôle des lois sur renvoi

1397. Toute démarche visant à réformer une procédure pour l'adapter aux situations d'urgence soulève la difficulté de correctement placer le curseur entre la réduction du temps de jugements et le risque de diminution de la qualité de la décision rendue. Il y a donc un équilibre à trouver entre le gain de temps obtenu et la perte de qualité consentie. Selon Roland Drago, « la conciliation entre la rapidité et la qualité est non seulement possible, elle est nécessaire au sens le plus fort du mot, car elle est au cœur de l'office du juge »²⁷²³. Mais dans cette difficile équation, encore faut-il conserver à l'esprit que la célérité n'est qu'une « composante »²⁷²⁴, qu'un « élément parmi d'autres qui favorise une justice de qualité »²⁷²⁵ et « n'est pas une valeur en soi ; elle ne constitue pas un objectif en soi »²⁷²⁶. L'on peut même dire que « c'est presque le contraire : la justice est rendue à l'issue d'un processus juridictionnel. Le procès est un processus qui réclame du temps. Ce temps est nécessaire »²⁷²⁷. Il est donc normal de prendre garde à ce que « tout ne cède pas devant l'urgence »²⁷²⁸. Si « une justice qui n'est pas rendue à

Études offertes au professeur René Hostiou, Litec, 2008, p. 523 ; F. MALLOL, « "Veuillez patienter" : regard dubitatif sur la qualité et la célérité de la justice administrative », *RFAP*, 2016, n° 159, p. 782.

²⁷²² M.-A. FRISON-ROCHE et H. HAENEL, *Le juge et le politique*, PUF, 1998, p. 198.

²⁷²³ R. DRAGO, « Préface », in O. DUGRIP, *L'urgence contentieuse devant les juridictions administratives*, PUF, 1991, p. 5.

²⁷²⁴ S. AMRANI-MEKKI, « Le principe de célérité », *RFAP*, 2008, n° 125, p. 43 ; D. CHOLET, *La célérité de la procédure en droit processuel*, LGDJ, 2006, p. 147 et s.

²⁷²⁵ J.-C. MAGENDIE, *Célérité et qualité de la justice. La gestion du temps dans le procès. Rapport remis au Garde des sceaux*, La documentation française, 2004, p. 19.

²⁷²⁶ *Ibid.*

²⁷²⁷ *Ibid.*

²⁷²⁸ A. BRETONNEAU et J. LESSI, « Référés : l'irrésistible ascension », *AJDA*, 2014, n° 26, p. 1484.

temps est une justice de mauvaise qualité »²⁷²⁹, le juge ne peut néanmoins « faire vite qu'à condition de pouvoir bien faire »²⁷³⁰. Dans la recherche d'une prise en compte accrue de l'urgence, les juridictions *ad quem* saisies d'un renvoi préalable ne sauraient minimiser ces considérations. Leur culture de l'urgence est précieuse mais il faut prendre garde aux travers d'une justice de l'urgence, à savoir que « la dérive de l'immédiateté » transforme la culture de l'urgence en « culte de l'urgence »²⁷³¹.

1398. Les renvois ne concourent pas uniquement à l'unification de l'interprétation et de l'application du droit. Pour deux d'entre eux, la finalité consiste dans le contrôle de la validité de normes, à savoir celle des lois au regard des droits et libertés que la Constitution garantit pour la QPC et celle du droit dérivé de l'UE par rapport au droit primaire pour le renvoi préjudiciel en appréciation de validité. Puisque les réponses à apporter aux questions posées sur renvoi ne sont jamais évidentes²⁷³², la justice rendue sur renvoi nécessite du temps. La portée des décisions, la valeur des actes contrôlés et de ceux dont l'interprétation est unifiée nécessitent une réponse mûrement réfléchie à la question posée sur renvoi et fruit d'une participation large des acteurs du contradictoire. Toute hâte ou précipitation excessives sont dès lors condamnables. Elles entameraient la légitimité du juge des lois et la qualité des interprétations adoptées. La recherche de ce nécessaire équilibre entre célérité et qualité de l'interprétation du droit a parfaitement été consacrée par une décision du 18 février 2009 du Tribunal constitutionnel de Pologne au terme de laquelle il a été jugé que « si les justiciables ont effectivement le droit à ce que leur cause soit entendue avec célérité, ils ont également le droit à ce que justice soit rendue à bon escient, i.e. sans que cela se fasse au détriment de l'interprétation et de l'application correcte des normes juridiques »²⁷³³.

Ainsi que le soulève Gatién Casu, la problématique de l'urgence dans les procédures de renvoi préalable peut se poser en ces termes : « le débat est légitime de savoir si, à vouloir aller trop vite, le mécanisme ne risque pas de manquer ses objectifs. Tout n'est ici qu'une question d'équilibre. Son efficacité implique des délais suffisamment courts, mais la fixation d'une interprétation demeure un acte grave justifiant qu'un temps de réflexion raisonnable soit

²⁷²⁹ S. AMRANI-MEKKI, « Le principe de célérité », *RFAP*, 2008, n° 125, p. 43 ; D. CHOLET, *La célérité de la procédure en droit processuel*, LGDJ, 2006, p. 147 et s.

²⁷³⁰ A. BRETONNEAU et J. LESSI, « Référés : l'irrésistible ascension », *op. cit.*, p. 1484.

²⁷³¹ F. MALLOL, « "Veuillez patienter" : regard dubitatif sur la qualité et la célérité de la justice administrative », *RFAP*, 2016, n° 159, p. 777.

²⁷³² Voir *supra* : Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, Paragraphe 2.

²⁷³³ Tribunal constitutionnel polonais, 18 février 2009, Kp 3/08.

attribué à ceux qui doivent la délivrer »²⁷³⁴. Si l'urgence ne doit bien évidemment pas entamer la capacité des renvois préalables à remplir leur fonction, notamment grâce au maintien de certaines caractéristiques formelles et garanties fondamentales de la procédure²⁷³⁵, ce type de mécanisme n'en demeure pas moins sujet à l'existence de procédures d'urgence. En ce sens, le modèle de la procédure préjudicielle d'urgence atteste qu'une procédure d'urgence de traitement des renvois peut concilier avec succès ces deux exigences. En effet, à la lecture des arrêts de la Cour de justice rendus au titre de la PPU, force est d'admettre que « la qualité n'apparaît pas avoir été sacrifiée sur l'autel de la rapidité »²⁷³⁶. L'on doit également reconnaître que la création de la PPU a considérablement amélioré la protection juridictionnelle, par la voie du renvoi préjudiciel, des droits fondamentaux que les justiciables tirent du droit de l'UE²⁷³⁷. De manière plus générale, rien ne semble pouvoir raisonnablement faire dire que les décisions et avis rendus dans l'urgence souffrent de plus que les autres de contestations doctrinales quant à leur qualité ou au niveau de leur exécution par les juridictions de renvoi.

β) Le traitement des renvois par une juridiction ad quem, un procès parmi d'autres susceptible de se voir appliquer une procédure d'urgence

1399. L'existence de procédures d'urgence, une exigence pour la justice. L'on ne saurait aujourd'hui dénombrer les écrits confrontant la donnée temporelle au procès juridictionnel²⁷³⁸. Déjà, en 1935, l'on faisait remarquer que toutes les réformes de procédure contentieuse avaient pour but d'« accélérer la marche du procès »²⁷³⁹. Au début des années 2000, l'on considérait,

²⁷³⁴ G. CASU, *Le renvoi préalable. Essai sur l'unification préjudicielle de l'interprétation*, LGDJ, 2016, p. 277.

²⁷³⁵ Voir *supra*.

²⁷³⁶ A. TIZZANO, B. GENCARELLI, « La procédure préjudicielle d'urgence devant la Cour de justice de l'Union européenne », in *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Dalloz, 2010, p. 650.

²⁷³⁷ De l'aveu de membres de la Cour de justice, au terme des cinq premières années, la PPU a été un « véritable succès » : A. TIZZANO, P. IANNUCELLI, « La procédure préjudicielle d'urgence devant la Cour de justice : Premier bilan et nouvelles questions », in L. WEITZEL (dir.), *L'Europe des droits fondamentaux : Mélanges en l'hommage à Albert Weitzel*, A. Pedone, 2013, p. 202.

²⁷³⁸ Parmi les plus importantes références : J.-M. COULON et M.-A. FRISON ROCHE (dir.), *Le temps dans la procédure*, Dalloz, 1996, 78 p. ; S. GABORIAU et H. PAULIAT (dir.), *Le temps, la justice et le droit*, PULIM, 2003, pp. 255-260 ; F. OST, P. GÉRARD et M. VAN DE KERSOVE, (dir.), *L'accélération du temps juridique*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2000, 931 p. ; D. CONNIL, *L'office du juge administratif et le temps*, Dalloz, 2010, 904 p. ; M. KAMAL, *Le Conseil constitutionnel et le temps*, Thèse dact., Université de Montpellier, 2018, 792 p. ; J. PAMART, *Le temps dans la procédure préjudicielle devant la Cour de justice de l'Union européenne*, Thèse dact., Université Paris 2 Panthéon-Assas, 2018, 742 p.

²⁷³⁹ P. HÉBRAUD, « La réforme de la procédure. Le décret-loi du 30 octobre 1935 », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1936, n° 56, p. 39. « La nouvelle contraction temporelle du processus judiciaire, le rabattement de l'immédiateté de la réponse pénale sur l'actualité infractionnelle, l'érosion du trajet judiciaire au moyen d'un "traitement en temps réel" des procédures » : X. LAMEYRE, « Actualité et acte de juger : éthique d'une poétique du procès », *LPA*, 2005, n° 138, p. 17.

pour les temps à venir, le principe de célérité comme étant un principe directeur du procès commun à « toutes les procédures »²⁷⁴⁰. Plus encore que la célérité, c'est aujourd'hui le traitement efficace de l'urgence qui défie la justice. D'ailleurs, pour justifier l'opportunité de la création d'une procédure d'urgence de traitement des renvois, il ne peut être fait l'économie d'une formule incontournable du professeur René Chapus dans une étude relative à l'urgence contentieuse. Selon l'éminent professeur, « le signe extérieur d'une bonne justice, c'est l'excellence de ses procédures d'urgences »²⁷⁴¹. Un autre auteur abonde en ce sens : « un traitement temporellement adapté de l'urgence est l'apanage de toute juridiction moderne soucieuse de protection juridique effective »²⁷⁴². Dans l'intérêt du justiciable, il paraît donc indispensable de doter le juge des lois d'une procédure d'urgence « que suppose toute justice moderne »²⁷⁴³. Plus encore, d'autres accordent à l'urgence le caractère de « composante » de la justice²⁷⁴⁴ et considèrent que la nécessité de l'existence de procédures d'urgence « participe à la notion même de justice »²⁷⁴⁵. Qu'importe le juge devant lequel une situation urgente est portée, sa nature même « appelle un traitement juridictionnel dérogatoire »²⁷⁴⁶ et rien ne semble justifier que le juge *ad quem* saisi d'un renvoi préalable soit écarté de cette attente.

1400. La compatibilité d'une procédure d'urgence avec un contentieux au fond de type objectif. Généralement, les procédures d'urgence sont l'apanage des recours dans lesquels le juge ne statue qu'au provisoire sur des prétentions relatives à l'existence ou la sauvegarde de droits ou intérêts subjectifs. Qu'en est-il d'un contentieux dont l'essence est d'unifier l'interprétation et l'application du droit et dans lequel il peut être procédé au contrôle de la validité de normes ? Traditionnellement, les litiges d'ordre normatif évoluent plutôt au rythme

²⁷⁴⁰ S. GUINCHARD, « Quels principes directeurs pour les procès de demain ? », in *Mélanges Jacques Van Compernelle*, Bruylant, 2004, pp. 236 et s. ; S. GUINCHARD, « Les métamorphoses de la procédure à l'aube du troisième millénaire », in *Clés pour le siècle*, Dalloz, 2002, p. 1201 ; Voir également : D. CHOLET, *La célérité en droit processuel*, LGDJ, 2006, 713 p.

²⁷⁴¹ R. CHAPUS, « Rapport de synthèse », in *Actes du Colloque du trentième anniversaire des tribunaux administratifs*, CNRS, 1986, p. 338.

²⁷⁴² F. FERRAND, « Des circuits différenciés au filtrage des pourvois. La tentation radicale de la Cour de cassation », *Rec. Dall.*, 2017, n° 31, p. 1170.

²⁷⁴³ R. ABRAHAM, « L'avenir de la voie de fait et le référé administratif », in *L'État de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996, p. 13.

²⁷⁴⁴ P. THÉRY, « La justice entre l'exigence de la durée et la contrainte de l'urgence », *Droits*, 1999, n° 30, p. 91. Un magistrat considère en revanche qu'« inscrire l'urgence dans l'idée même de justice constitue en soi un paradoxe proche de la contradiction » : F. RUELLAN, « Le juge et l'urgence », *Les cahiers de la sécurité intérieure*, 1995, n° 22, p. 47.

²⁷⁴⁵ D. LE PRADO, « Avant-propos », in D. LE PRADO (dir.), *Les procédures d'urgence devant les juges de l'administration. Étude comparative*, Société de législation comparée, 2015, p. 11.

²⁷⁴⁶ J. NORMAND, « Le traitement de l'urgence : exception ou principe ? », in L. CADIET et L. RICHET (dir.), *Réforme de la justice, réforme de l'État*, PUF, 2003, p. 159.

de procédures dotées de toutes les garanties sans qu'elles soient nécessairement attentives aux situations particulières d'urgence des justiciables. Il n'empêche, l'existence d'une procédure d'urgence n'est pas incompatible avec le jugement au fond d'une question de droit posée sur renvoi. Par conséquent, les litiges d'ordre juridique peuvent être jugés, « le cas échéant, selon des procédures spéciales d'urgence, plus légères et plus rapides »²⁷⁴⁷.

1401. Tout État, Communauté ou Union de droit se doit de mettre en place des recours permettant de garantir effectivement les droits fondamentaux. Pour cela, l'existence d'un juge à même de traiter les situations urgentes portées devant son prétoire permet d'approcher cet objectif. La jurisprudence des Cours européennes relatives à l'effectivité des recours établit clairement le lien entre procédures juridictionnelles d'urgence et État ou Communauté de droit. L'exigence de procédures d'urgence pour les contentieux de type objectif peut donc, en plus de pouvoir être tirée du droit à un recours effectif, être considérée comme inhérente au respect de l'État ou d'une Communauté de droit²⁷⁴⁸. En définitive, eu égard à l'objet des mécanismes de renvoi qui consiste à solliciter d'une juridiction *ad quem* l'interprétation conforme du droit, l'existence de procédures d'urgence est, à condition de respecter un socle minimal de garanties procédurales, de nature à garantir l'État ou la Communauté de droit. Mais, plus encore que ces considérations théoriques, il est possible, spécifiquement sur le fondement des droits processuels fondamentaux, de trouver une source au droit à une procédure d'urgence de traitement des renvois.

B) Les sources du droit à une procédure d'urgence de traitement des renvois

1402. L'urgence procédurale est une composante du caractère effectif d'un recours. Elle permet de satisfaire les exigences du droit à un délai raisonnable de jugement et renforce le principe matriciel du droit au procès équitable que constitue le droit au juge. Au titre de ces droits processuels, on peut tirer, *a minima*, une exigence de prise en compte de l'urgence dans le cadre des procédures ordinaires de traitement des renvois par les juridictions *ad quem* internes (1), voire, au mieux, une exigence de création d'une procédure formalisée d'urgence (2).

²⁷⁴⁷ P.-L. FRIER, « Un inconnu : le vrai référé administratif », *AJDA*, 1980, n° 2, pp. 71-72.

²⁷⁴⁸ En ce sens : M. DELMAS MARTY, « Trois brèves remarques d'une pénaliste sur l'urgence », in H. RUIZ FABRI et J.-M. SOREL (dir.), *Le contentieux de l'urgence et l'urgence dans le contentieux devant les juridictions internationales : regards croisés*, A. Pedone, 2003, p. 193. À propos de l'existence de procédures d'urgence devant le juge administratif, l'actuel Vice-président du Conseil d'État considère qu'il n'y a, sans elles, « pas de garantie effective de l'État de droit » : B. LASSERRE, « Éditorial », in CE, *Activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives en 2020*, La documentation française, 2021, p. 10.

1) L'exigence de prise en compte de l'urgence dans les procédures ordinaires de jugement des renvois par les juridictions *ad quem* internes

1403. L'exigence de prise en compte de l'urgence dans le cadre d'une procédure ordinaire trouve son fondement dans deux composantes de la catégorie des droits processuels fondamentaux : celle du droit à un délai raisonnable de jugement garanti par l'article 6 § 1 de la Conv. EDH (a) et celle du droit constitutionnel à un recours effectif (b).

a) L'exigence de prise en compte de l'urgence au titre du droit à un délai raisonnable de jugement garanti par l'article 6 § 1 de la Conv. EDH

1404. L'impossibilité de tirer le droit à une procédure d'urgence du droit à un délai raisonnable de jugement. La recherche d'un droit à une procédure d'urgence ne trouve pas à s'étendre dans le cadre du droit à un délai raisonnable de jugement. Assimiler ou confondre ces deux droits processuels fondamentaux n'est pas exact car le second n'est que le socle d'un standard minimal qui se traduit par une obligation négative et se contrôle de manière *a posteriori*, c'est-à-dire au terme de l'épuisement des voies de recours internes. L'exigence d'un délai raisonnable de jugement permet uniquement de sanctionner les excès de lenteur intolérables et non de postuler *ab initio* une obligation positive d'instaurer un recours juridictionnel pourvu d'une procédure d'urgence. L'on ne peut alors pas considérer que le droit à une procédure d'urgence constitue la facette positive de l'exigence d'un délai de procédure raisonnable. S'il existe, le droit à une procédure d'urgence ne réside pas dans le champ du délai raisonnable et sera à rechercher dans celui du droit à un recours effectif. Il n'en demeure pas moins qu'à défaut de procédure d'urgence, au titre de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH, l'urgence doit être une donnée prise en compte dans le cadre des procédures ordinaires de traitement des renvois.

1405. L'article 6 § 1 de la Conv. EDH, fondement de l'exigence de prise en compte de l'urgence. La Cour. EDH interprète l'article 6 paragraphe 1 de la Conv. de 1950 en ce sens

qu'il « prescrit la célérité des procédures judiciaires »²⁷⁴⁹. Initialement, seule comptait la complexité de l'affaire pour l'examen de la durée de l'instance²⁷⁵⁰. La Cour est ensuite devenue attentive à ce que le délai de jugement soit en adéquation avec les circonstances propres à l'affaire soumise au juge national²⁷⁵¹. Désormais, le juge « doit trancher le litige dans un délai raisonnable eu égard à l'urgence et à la complexité de l'affaire »²⁷⁵². En d'autres termes, parmi les éléments pris en compte pour le contrôle du respect du délai raisonnable, la Cour retient « l'enjeu du litige » pour le requérant. C'est en ce sens que l'urgence d'une affaire doit donc être prise en compte par le juge pour statuer. C'est ainsi qu'à de nombreuses reprises, la Cour a condamné des dépassements du délai raisonnable de jugement²⁷⁵³ au regard du « degré d'urgence »²⁷⁵⁴ de certaines affaires présentées au juge national.

Par ailleurs, pour que l'engorgement conjoncturel du prétoire d'une juridiction nationale n'entraîne pas l'engagement de la responsabilité de l'État pour non-respect du droit au délai raisonnable de jugement, la Cour concède que « parmi les moyens provisoires qui peuvent être pris figure le choix d'un certain ordre de traitement des affaires, fondé non sur leur simple date d'introduction mais sur leur degré d'urgence et d'importance, en particulier sur l'enjeu pour les intéressés »²⁷⁵⁵. Dans les situations temporaires d'engorgement du prétoire d'une juridiction, au nom du respect du droit au procès équitable, le justiciable est donc en droit d'attendre de la juridiction encombrée la mise en place d'un traitement prioritaire d'une requête urgente qu'il a introduite.

Toutes ces données doivent donc être correctement intégrées et respectées par les juridictions du Palais Royal saisies en urgence sur renvoi d'une QPC ou d'une demande d'avis contentieux.

1406. L'article 6 § 1 de la Conv. EDH, fondement de l'exigence de prise en compte de l'urgence pour le traitement des QPC et des demandes d'avis contentieux par les juridictions du Palais Royal. Le calcul du caractère raisonnable d'un délai de jugement part

²⁷⁴⁹ CEDH, 12 octobre 1992, *Boddaert c. Belgique*, n° 12919/87, § 39 ; CEDH, 16 septembre 1996, *Süsmann c. Allemagne*, n° 20024/92, § 57.

²⁷⁵⁰ Comm. EDH, 20 octobre 1992, *NP, BB, NP c. Italie*, n° 12884/84, § 41.

²⁷⁵¹ CEDH, 24 octobre 1989, *H c. France*, n° 10073/82.

²⁷⁵² O. DUGRIP et F. SUDRE, « Du droit à un procès équitable devant les juridictions administratives. L'arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme du 24 octobre 1989 », *RFDA*, 1990, n° 2, p. 203.

²⁷⁵³ CEDH, 26 février 1993, *De Micheli c. Italie*, n° 12775/87, § 21 ; CEDH, 26 février 1993, *Salesi c. Italie*, n° 13023/87, § 25 ; CEDH, 26 février 1993, *Trevisian c. Italie*, n° 13688/88, § 19 ; CEDH, 26 avril 1994, *Vallée c. France*, n° 22121/93, §§ 33-49.

²⁷⁵⁴ J. CALLEWAERT, « La Cour européenne des droits de l'Homme et l'urgence », *RTDH*, 1994, n° 19, p. 392. C'est l'auteur qui souligne.

²⁷⁵⁵ CEDH, 13 juillet 1983, *Zimmermann et Steiner c. Suisse*, n° 8737/79, § 29 ; CEDH, 10 juillet 1984, *Guincho c. Portugal*, n° 8990/80, § 40.

du jour de l'introduction de l'instance principale jusqu'à celui de l'exécution de la décision de justice définitive. Dans ce délai total, doit être comprise la durée de traitement d'une question incidente par une autre juridiction telle que celle posée au titre d'un renvoi préalable. Il est cependant regrettable que l'intégration du délai d'un procès incident dépende du caractère national ou international de la juridiction *ad quem* saisie du renvoi.

1407. Dans un arrêt *Pafitis*²⁷⁵⁶, la Cour de Strasbourg déclare ne pas tenir compte du temps pris par la Cour luxembourgeoise pour traiter un renvoi préjudiciel dans son appréciation du respect du délai raisonnable de jugement d'une instance nationale²⁷⁵⁷. Selon la Cour EDH, il n'y a pas lieu de retenir la durée d'une procédure préjudicielle devant son homologue de Luxembourg car « cela porterait atteinte au système institué par l'article [267 du TFUE] et au but poursuivi en substance par cet article ». Le juge de Strasbourg justifie donc visiblement cette position en renvoyant à l'esprit de l'article 267 du TFUE. Il y a en réalité plutôt lieu de fonder ce refus sur l'incompétence de la Cour EDH de connaître du respect du délai raisonnable de jugement par la Cour de justice de l'UE²⁷⁵⁸. L'on peut *a fortiori* considérer que la Cour EDH n'est pas encline à condamner ses propres excès en matière de délai de jugement des demandes d'avis consultatifs soumises par les Hautes juridictions internes des États qui ont ratifié le protocole n° 16 à la Conv. EDH.

Lorsque l'on examine les raisons pour lesquelles la Cour EDH intègre le délai de jugement d'une question incidente de constitutionnalité renvoyée à une Cour constitutionnelle, il paraît difficilement tenable qu'il en aille de même pour les renvois faits aux cours européennes.

1408. À la différence des renvois effectués par une juridiction nationale à une Cour internationale, le juge de Strasbourg intègre dans le calcul du délai raisonnable de jugement la durée des procédures de traitement des questions incidentes de constitutionnalité par les cours constitutionnelles. La Cour conditionne cette jurisprudence au fait que la décision attendue d'une cour constitutionnelle saisie d'une question incidente de constitutionnalité est susceptible d'« influencer sur l'issue du litige débattu devant les juridictions ordinaires »²⁷⁵⁹ de renvoi. C'est

²⁷⁵⁶ CEDH, 26 février 1998, *Pafitis e. a. c. Grèce*, n° 20323/92, § 95.

²⁷⁵⁷ La Cour reconnaît toutefois que le délai de deux ans, sept mois et neuf jours « peut à première vue paraître relativement long » : *ibid.*

²⁷⁵⁸ Dans la perspective de l'adhésion de l'UE à la Conv. EDH, il est douteux que cette jurisprudence soit maintenue. Voir en ce sens : L. COUTRON, « Urgence et renvoi préjudiciel », *RAE*, 2012, n° 2, p. 385.

²⁷⁵⁹ CEDH, 29 mai 1986, *Deumeland c. Allemagne*, n° 9384/81, § 77 ; CEDH, 29 mars 1989, *Bock c. Allemagne*, n° 11118/84, § 37 ; CEDH, 23 juin 1993, *Ruiz-Mateos c. Espagne*, n° 12952/87.

ainsi que la Commission européenne des droits de l'Homme jugeait en ce sens dans une espèce qu'elle ne saurait « soustraire de la période à considérer [...] les délais relatifs à la procédure devant la Cour constitutionnelle puisque, en l'occurrence, l'issue de cette procédure, déclenchée d'office par le juge, était déterminante pour la solution du litige entre les parties »²⁷⁶⁰. Autrement dit, la question incidente posée sur renvoi constitue « un prolongement ou une continuation de celle menée devant les juridictions ordinaires. Par conséquent, l'instance en cours devant le juge ordinaire et l'instance constitutionnelle sont « tellement imbriquées qu'à les dissocier on verserait dans l'artifice et l'on affaiblirait à un degré considérable la protection des droits des requérants »²⁷⁶¹. C'est donc ce « lien étroit »²⁷⁶² existant entre les objets respectifs de ces instances qui justifie le respect par la cour constitutionnelle d'un délai raisonnable de jugement. Dans le même sens, la Cour a jugé, dans un arrêt *Giancarlo Lobardo*, qu'« il n'y a pas lieu d'en retrancher les deux intervalles [...] pendant lesquels la Cour constitutionnelle eut à se prononcer sur des exceptions d'inconstitutionnalité. Sans doute ladite Cour ne se trouvait-elle pas directement saisie de l'affaire [...], mais les décisions d'ordre général qu'il lui incombait de rendre ne pouvaient manquer de se répercuter sur l'issue du litige »²⁷⁶³. Tout porte donc à considérer la procédure de la QPC comme étant directement visée par le respect de cette jurisprudence. Rien ne semble non plus exclure qu'il en aille de même pour le traitement par le Conseil d'État des demandes d'avis contentieux.

1409. L'absence d'exigence de prise en compte de l'urgence dans le cadre d'un droit constitutionnel à un délai de jugement raisonnable. À première vue, les droits constitutionnels du procès ne semblent pas idoines pour la recherche d'un fondement juridique à l'obligation de création d'une procédure d'urgence devant le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État pour le traitement des renvois ou, du moins, d'une exigence particulière de prise en compte d'une éventuelle urgence à statuer sur ces types de renvoi. Tout d'abord, le droit à un délai raisonnable de jugement n'est pas expressément consacré au rang de droit processuel constitutionnellement garanti. Dans sa thèse de doctorat consacrée à l'étude des principes directeurs du procès dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, Éric Lestrade renonce largement à développer la question de l'exigence de célérité du procès. Il s'avère en ce sens que

²⁷⁶⁰ Commission EDH, 1 juillet 1992, *A.F.M c. Italie*, n° 13686/88, § 19.

²⁷⁶¹ CEDH, 23 juin 1993, *Ruiz-Mateos c. Espagne*, n° 12952/87, § 59.

²⁷⁶² *Ibid.* Le jugement d'une QPC devant le Conseil constitutionnel est selon l'expression du professeur Dominique Rousseau « la continuité nécessaire du litige ordinaire » : D. ROUSSEAU, « Le procès constitutionnel », *Pouvoirs*, 2011, n° 137, p. 49.

²⁷⁶³ CEDH, 26 novembre 1992, *Giancarlo Lombardo c. Italie*, n° 12490/86, § 18.

la jurisprudence du Conseil constitutionnel, « sans être totalement muette sur la question, est encore insuffisamment établie »²⁷⁶⁴ sur cette exigence pour être exploitable. Le principe de célérité est cependant mobilisé pour contrôler les mesures législatives d'accélération de procédures juridictionnelles ou les recours ouverts contre les mesures privatives de liberté. Ce principe constitue donc plus vraisemblablement un « objectif » qu'un « droit » constitutionnel imposant l'édiction de procédures d'urgence. Mais, un peu à l'image de la conception allemande de l'exigence de célérité de la justice rattachée par la jurisprudence de la Cour de Karlsruhe au droit à une protection juridictionnelle effective²⁷⁶⁵, l'exigence de prise en compte de l'urgence trouve un fondement dans le droit constitutionnel à un recours effectif.

b) L'exigence de prise en compte de l'urgence au titre du droit constitutionnel à un recours effectif

1410. Selon une jurisprudence constante, spécifiquement en matière de privation de liberté, le droit à un recours juridictionnel effectif « impose que le juge judiciaire soit tenu de statuer dans les plus brefs délais »²⁷⁶⁶. La liberté individuelle ne peut être tenue pour sauvegardée qu'en cas de possible intervention d'un juge « dans le plus court délai possible »²⁷⁶⁷ ou, dit autrement, dans « le plus bref délai possible »²⁷⁶⁸. C'est ainsi que le juge de la rue de Montpensier a pu estimer que les « délais de vingt jours ou quinze jours prévus à l'article 696-19 du code de procédure pénale dans lesquels le juge judiciaire doit statuer sur une mesure privative de liberté (en l'espèce, une demande de mise en liberté formée par une personne incarcérée dans le cadre d'une procédure d'extradition) ne sont pas excessifs au regard du droit à un recours juridictionnel effectif »²⁷⁶⁹. Au demeurant, en matière de privation de liberté, une procédure ne prévoyant pas de délai maximum dans lequel le juge doit statuer n'est pas contraire à la

²⁷⁶⁴ E. LESTRADE, *Les principes directeurs du procès dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Thèse dact., Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2013, p. 39.

²⁷⁶⁵ C. const. féd., 3^e ch. du 1^{er} Sénat, 5 août 2013, 1 BvR 2965/10.

²⁷⁶⁶ CC, décision n° 2016-602 QPC du 9 décembre 2016, *M. Patrick H [Incarcération lors de l'exécution d'un mandat d'arrêt européen]*, consid. 20 ; CC, décision n° 2014-446 QPC du 29 janvier 2015, *M. Maxime T. [Détenue provisoire - examen par la chambre de l'instruction de renvoi]*, consid. 8 ; CC, 9 septembre 2016, décision n° 2016-561/562 QPC, *M. Mukhtar A. [Écrou extraditionnel]*, consid. 17.

²⁷⁶⁷ CC, décision n° 2020-800 DC, 11 mai 2020, *Loi prorogeant l'état d'urgence et complétant ses dispositions*, pt. 41.

²⁷⁶⁸ CC, 26 novembre 2010, décision n° 2010-71 QPC, *Mlle Danielle S. [Hospitalisation sans consentement]*, consid. 25 et 39 : « s'agissant d'une mesure privative de liberté, le droit à un recours juridictionnel effectif impose que le juge judiciaire soit tenu de statuer sur la demande de sortie immédiate dans les plus brefs délais ».

²⁷⁶⁹ CC, 9 septembre 2016, décision n° 2016-561/562 QPC, *M. Mukhtar A. [Écrou extraditionnel]*, consid. 18.

Constitution dès lors que le juge judiciaire statue dans les plus brefs délais²⁷⁷⁰. De même, le Conseil constitutionnel retient que le juge judiciaire doit être en mesure de statuer dans « les plus brefs délais » sur une demande de sortie immédiate afin que le dispositif d'hospitalisation sur demande d'un tiers n'entre pas en contrariété avec le droit au recours effectif garanti par l'article 16 de la DDHC. Aussi, à l'occasion d'une QPC relative à la procédure collégiale préalable à la décision de limitation ou d'arrêt des traitements d'une personne hors d'état d'exprimer sa volonté prévue par le code de la santé publique, le juge constitutionnel a considéré que, pour être effectif, le recours contre une telle décision ayant des effets potentiellement irréversibles sur la vie d'une personne doit « pouvoir être examiné dans les meilleurs délais »²⁷⁷¹.

Aussi louable soit-elle, cette jurisprudence vise principalement le juge judiciaire et exclut de ce fait le Conseil constitutionnel, lorsqu'il est saisi d'une QPC au sein de laquelle est fait grief à une disposition législative de porter atteinte à la liberté individuelle, du respect de cette exigence de statuer dans un bref délai. Sur le modèle du lien mis en lumière par la Cour EDH entre un procès incident et un autre principal, il y a tout lieu de soutenir une évolution jurisprudentielle du Conseil constitutionnel tenant à ce que l'exigence de statuer dans un bref délai pesant sur les juridictions ordinaires, soit également applicable à la procédure suivie devant lui pour le traitement des QPC.

Les recours devant le juge administratif contre des mesures administratives restrictives de liberté telles que celles portant assignation à résidence d'une personne aux fins de lutte contre le terrorisme ne sont pas non plus exempts d'une obligation de statuer dans un bref délai pour satisfaire l'exigence d'effectivité des recours²⁷⁷². Une fois encore, aucun obstacle ne se dresse contre l'application de cette jurisprudence au Conseil d'État statuant sur saisine d'une demande d'avis contentieux.

1411. Plus encore qu'une simple « prise en compte » de l'urgence dans la célérité avec laquelle une procédure doit être conduite, il est possible de considérer que la concrétisation du

²⁷⁷⁰ CC, 26 janvier 2015, décision n° 2014-446 QPC, *M. Maxime T. [Détenue provisoire - examen par la chambre de l'instruction de renvoi]*, consid. 8 et 9.

²⁷⁷¹ CC, décision n° 2017-632 QPC, 2 juin 2017, *Union nationale des associations de familles de traumatisés crâniens et de cérébro-lésés [Procédure collégiale préalable à la décision de limitation ou d'arrêt des traitements d'une personne hors d'état d'exprimer sa volonté]*, pt. 7.

²⁷⁷² CC, 16 février 2018, décision n° 2017-691 QPC, *M. Farouk B. [Mesure administrative d'assignation à résidence aux fins de lutte contre le terrorisme]*, pt. 18 : « le droit à un recours juridictionnel effectif impose que le juge administratif soit tenu de statuer sur la demande d'annulation de la mesure dans de brefs délais ».

droit à un recours effectif implique que les renvois puissent être traités par les juridictions *ad quem* selon d'authentiques procédures d'urgence.

2) L'obligation de création d'une procédure formalisée d'urgence

1412. Il n'y a pas, sur le fondement des droits processuels fondamentaux, d'obligation positive de création d'une procédure juridictionnelle d'urgence pour la garantie effective des droits fondamentaux. L'existence d'une procédure d'urgence est seulement recommandée comme élément de concrétisation du droit à un recours effectif (a). En revanche, l'insuffisance de l'existence d'une procédure d'urgence de fait permet négativement de fonder l'obligation de création d'une procédure formalisée d'urgence (b).

a) L'existence d'une procédure d'urgence comme élément de concrétisation du droit à un recours effectif

1413. Selon le professeur Serge Slama, la création d'une procédure d'urgence devant le Conseil constitutionnel « s'imposera nécessairement car c'est la condition *sine qua non* pour que la QPC devienne un vrai instrument au service d'une protection effective et efficace des droits et libertés fondamentaux »²⁷⁷³. En ce sens, selon la professeure Lauréline Fontaine, imaginer une procédure d'urgence serait « la moindre des choses »²⁷⁷⁴ pour assurer la protection effective des droits fondamentaux constitutionnels. S'il y a bien un lien entre l'existence d'une procédure d'urgence et le caractère effectif d'une procédure juridictionnelle, ce droit processuel fondamental ne constitue pourtant pas le fondement d'une obligation positive de création d'une procédure d'urgence. Il fait simplement figure de recommandation dans des documents de *soft law*, d'objectif adressé au législateur ou, plus globalement, d'élément de concrétisation du droit à un recours effectif.

1414. L'existence d'une procédure d'urgence comme élément de concrétisation du droit constitutionnel à un recours effectif. Il ressort de la jurisprudence du Conseil constitutionnel que la création par le législateur de procédures d'urgence est de nature à rendre

²⁷⁷³ S. SLAMA, « Plaidoyer pour l'instauration d'une procédure d'examen des questions prioritaires de constitutionnalité en urgence », *CRDF*, 2011, n° 9, p. 67.

²⁷⁷⁴ L. FONTAINE, « Le contrôle de constitutionnalité par voie préjudicielle en France : quelles pratiques ? », *Compte-rendu analytique, critique... et pédagogique du colloque du 16 février 2009, organisé à Paris par le Ministère de la Justice, l'UMR 6201, Institut Louis Favoreu, GERC, CDPC, IEIA et l'AFDC*, p. 15.

effectifs les recours auxquelles elles s'appliquent. Par exemple, en matière électorale, en ce qui concerne les éventuelles contestations préliminaires aux opérations relatives aux élections législatives, le Conseil constitutionnel recommande au législateur d'instaurer « une procédure d'urgence de nature juridictionnelle en déterminant précisément les cas dans lesquels celle-ci pourrait être mise en œuvre par le juge compétent, administratif ou judiciaire »²⁷⁷⁵. De même, l'instauration par le législateur de procédures d'urgence est de nature à rendre effectives les dispositions du dernier alinéa de l'article 72 de la Constitution qui imposent au représentant de l'État de préserver les intérêts nationaux, d'assurer un contrôle administratif et le respect des lois mais, aussi, de garantir les droits constitutionnels tirés de l'article 16 de la DDHC. En effet, « il appartient au législateur de mettre le représentant de l'État en mesure de remplir en toutes circonstances les missions que lui confie le dernier alinéa de l'article 72 de la Constitution, notamment en ayant recours à des procédures d'urgence »²⁷⁷⁶. Toujours selon le Conseil constitutionnel, la création d'une procédure accélérée est de nature à assurer « un exercice plus effectif du droit de recours »²⁷⁷⁷ des demandeurs d'asile. Il est enfin à noter qu'en tant que procédure d'urgence par excellence, l'ouverture du référé-liberté contre les mesures administratives de fermeture provisoire d'un lieu public ou d'interdiction de réunion rend conformes au droit à recours effectif les dispositions législatives de la loi relative à l'état d'urgence sécuritaire prévoyant ces mesures²⁷⁷⁸.

Tout porte à croire qu'à défaut d'obligation positive de création d'une procédure d'urgence, la création d'une procédure de traitement en urgence des QPC et des demandes d'avis contentieux par les juridictions du Palais Royal aurait assurément pour effet de concrétiser le droit à un recours juridictionnel effectif en matière de contrôle des lois sur renvoi.

1415. Le droit de l'UE comme source directe de la création de procédures d'urgence.

²⁷⁷⁵ CC, 29 mars 1994, décision n° 94-9 ELEC, *Observations du Conseil constitutionnel relatives aux élections législatives des 21 et 28 mars 1993*, pt. 2 ; CC, 4 juin 1998, décision n° 98-15 ELEC, *Observations du Conseil constitutionnel relatives aux élections législatives des 25 mai et 1^{er} juin 1997*, pt. 3.

²⁷⁷⁶ CC, 12 février 2004, décision n° 2004-490 DC, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, consid. 109 et 110.

²⁷⁷⁷ CC, décision n° 2003-485 DC, 4 décembre 2003, *Loi modifiant la loi n° 52-893 du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile*, consid. 51 : « qu'en permettant d'écarter, selon une procédure accélérée, des demandes manifestement infondées, la mesure contestée tend à réduire les délais de jugement de la Commission des recours des réfugiés et à assurer ainsi un exercice plus effectif du droit de recours des demandeurs d'asile ».

²⁷⁷⁸ « Les dispositions [...] ne privent pas les personnes affectées par une mesure de fermeture provisoire ou une mesure d'interdiction de réunion de la possibilité de la contester devant le juge administratif, y compris par la voie du référé. [...] Par suite, ne sont pas méconnues les exigences de l'article 16 de la Déclaration de 1789 » : CC, décision n° 2016-535 QPC, 19 février 2016, *Ligue des droits de l'homme [Police des réunions et des lieux publics dans le cadre de l'état d'urgence]*, consid. 1 et 14 ; CC, décision n° 2015-527 QPC, 22 décembre 2015, *M. Cédric D. [Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence]*, consid. 15.

La création de procédures juridictionnelles nationales d'urgence a souvent résulté d'obligations découlant directement du droit de l'UE. C'est, en effet, pour mettre en conformité le droit interne à différentes directives que la procédure du référé précontractuel a été créée par la loi du 4 janvier 1992. Cette procédure est en effet commandée pour la transposition d'une directive visant à rapprocher les recours juridictionnels nationaux ouverts aux entreprises candidates à des marchés publics en matière de réclamations portant sur le respect des règles européennes relatives aux adjudications de marchés²⁷⁷⁹.

Aucune règle du droit de l'UE n'implique cependant qu'une procédure d'urgence soit instituée devant les juridictions du Palais Royal pour le traitement des renvois qui leur sont adressés. Il est en revanche à noter que l'article 267 alinéa 4 du TFUE prévoit, dès lors qu'un renvoi préjudiciel est soulevé dans le cadre d'une instance en cours devant une juridiction nationale concernant une personne détenue, que la Cour de justice de l'UE « statue dans les plus brefs délais ». Cette stipulation institutionnalise l'exigence de la mise en place d'une procédure d'urgence de traitement des renvois préjudiciels à la Cour de justice²⁷⁸⁰ et le concours de la procédure préjudicielle accélérée²⁷⁸¹.

1416. L'existence d'une procédure d'urgence comme élément de concrétisation du droit à un recours effectif garanti par l'article 13 de la Conv. EDH. L'article 13 de la Conv. EDH n'exige pas des États qu'ils instituent une forme ou un type particulier de recours²⁷⁸². Il n'y a donc pas, sur le fondement de cette stipulation, de droit expressément consacré à une procédure de traitement en urgence des renvois. Les États parties à la Conv. EDH jouissent en

²⁷⁷⁹ Conseil des communautés européennes, Directive, 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, n° 89/665/CEE, JOCE L 395 du 30 décembre 1989, p. 33 ; Voir également : Directive du Conseil n° 92/13, 25 février 1992, JOCE L 76, 23 mars 1992, p. 14.

De même, il a pu être considéré que les procédures administratives contentieuses d'urgence issues de la loi de juin 2000 prennent indirectement racine dans le droit de l'UE : B. LE BAUT-FERRARÈSE, « Le droit communautaire à la recherche d'un juge administratif français de l'urgence », *Les Cahiers du CDRE*, 1999, n° 1, p. 39.

²⁷⁸⁰ C. BLUMANN et L. DUBUIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, LexisNexis, 2016, 6^e éd., n° 1013, p. 776 ; M. WATHELET et J. WILDEMEERSCH, *Contentieux européen*, Larcier, 2010, p. 355 ; D. SIMON, « Le traité de Lisbonne et la juridiction communautaire », *Europe*, 2010, n° 1, 1. D'autres auteurs considèrent que l'article 267 alinéa 4 du TFUE instaure une procédure préjudicielle spécifique et distincte des procédures préjudicielles accélérée et d'urgence : J. RIDEAU, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, LGDJ, 6^e éd., 2010, p. 1050, n° 678 ; C. VOCANSON, *Le Conseil d'État français et le renvoi préjudiciel devant la Cour de justice de l'Union européenne*, Dalloz, 2014, pp. 88 et s.

²⁷⁸¹ CJUE, ord., 1^{er} mars 2010, *Procédure pénale c. E et F*, C-550/09, pt. 12 ; CJUE, ord., 12 mai 2010, *Melki et Abdeli*, C-188/10 et C-189/10, pts. 17-18 : « 17. [...], l'article 267, quatrième alinéa, TFUE prévoit que la Cour statue dans les plus brefs délais si l'affaire pendante devant la juridiction nationale concerne une personne détenue. 18. Dès lors, il convient de faire droit à la demande de la juridiction de renvoi tendant à ce que les affaires C-188/10 et C-189/10 soient soumises à la procédure accélérée ».

²⁷⁸² CEDH, 30 octobre 1991, *Vilvarajah e. a. c. Royaume-Uni*, § 122, A/215.

effet d'une certaine marge d'appréciation « quant à la manière d'offrir le recours exigé par l'article 13 et de se conformer à l'obligation que leur fait cette disposition de la Convention »²⁷⁸³.

Néanmoins, principalement depuis les années 2000 et l'arrêt *Kudla*²⁷⁸⁴, la Cour. EDH. déploie, sur le fondement de l'article 13 de la Convention, son activisme quant à la célérité des voies juridictionnelles nationales. Dans deux arrêts²⁷⁸⁵, la Cour EDH tente, selon les propos du professeur Jean-François Flauss, « d'inculquer une culture de la célérité, voire de l'urgence »²⁷⁸⁶. Cet auteur relève depuis que « l'urgence procédurale devant les juridictions nationales est devenue une exigence de plus en plus présente »²⁷⁸⁷ dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, sans toutefois constituer une obligation positive.

Par la voie du *soft law*, l'existence de procédures juridictionnelles d'urgence est considérée par la Cour EDH comme une « bonne pratique » renforçant la mise en œuvre du droit à un recours effectif. Elle a en ce sens pu citer la France pour donner exemple de « l'effectivité des recours permettant de contester des décisions qui affectent les droits reconnus aux détenus par la Convention, [qui] repose sur la possibilité de soumettre de telles décisions (telles que des mesures d'isolement, des transfèrements multiples, des fouilles répétées de détenus) au contrôle de la juridiction administrative *par le biais d'une procédure d'urgence* »²⁷⁸⁸.

1417. Sans qu'une procédure d'urgence ne soit donc expressément exigée par la Cour EDH pour le traitement des renvois urgents par les juridictions *ad quem*, sa jurisprudence relative à l'article 13 de la Conv. EDH prévoit néanmoins qu'un « un recours inapte à prospérer en temps utile n'est ni adéquat ni effectif »²⁷⁸⁹. En d'autres termes, si une procédure ordinaire ou même

²⁷⁸³ CEDH, GC, 26 octobre 2000, *Kudla c. Pologne*, n° 30210/96, § 154.

²⁷⁸⁴ CEDH, GC, 26 octobre 2000, *Kudla c. Pologne*, *op. cit.*

²⁷⁸⁵ La Cour EDH considère, au regard de la situation dans laquelle se trouvait le requérant, « indispensable que la procédure engagée par lui fût conduite avec célérité pour qu'il pût avoir un accès effectif aux tribunaux » : CEDH, 23 juillet 2002, *Janosevic c. Suède*, n° 34619/97, § 88 ; CEDH, 23 juillet 2002, *Västberga Taxi Aktiebolag et Vulic c. Suède*, n° 36985/97.

²⁷⁸⁶ J.-F. FLAUSS, « L'urgence et la Convention européenne des droits de l'homme » in O. GOHIN (dir.), *Les procédures d'urgence : approche comparative*, Panthéon Assas, 2008, p. 16 ; L'auteur évoque, dès 2002, la volonté de la Cour EDH d'inculquer aux juridictions nationales une « culture de l'urgence » : J.-F. FLAUSS, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 2002, n° 20, p. 1277.

²⁷⁸⁷ J.-F. FLAUSS, « L'urgence et la Convention européenne des droits de l'homme », in O. GOHIN (dir.), *Les procédures d'urgence : approche comparative*, Panthéon Assas, 2008, p. 22.

²⁷⁸⁸ CEDH, *Guide de bonnes pratiques en matière de voies de recours internes*, p. 27. Nous soulignons. Voir : CEDH, 9 juillet 2009, *Khider c. France*, n° 39364/05, § 140 ; CEDH, 20 janvier 2011, *Alboreo c. France*, n° 51019/08, § 185 ; CEDH, *Payet c. France*, n° 19606/08, § 122 ; CEDH, 20 janvier 2011, *El Shennawy c. France*, n° 51246/08, § 57.

²⁷⁸⁹ CEDH, 20 janvier 2011, *Payet c. France*, n° 19606/08, § 133. Voir également : CEDH, 29 novembre 1991, *Pine Valley Developments Ltd. e. a. c. Irlande*, série A, n° 222, § 47 ; CEDH, 8 février 2001, *Podkolzina c. Lettonie*, n° 46726/99 ; CEDH, 4 mai 2006, *Kadiķis c. Lettonie (n° 2)*, n° 62393/00, § 62.

accélérée ne permet pas un traitement adéquat des affaires urgentes, il doit alors être institué une procédure d'urgence spécifiquement prévue pour le traitement de ce type situations.

b) Un fondement négatif : l'insuffisance de l'existence de fait d'une procédure d'urgence

1418. La procédure accélérée appliquée de fait par le Conseil constitutionnel pour le traitement des QPC urgentes s'est avérée d'une redoutable efficacité. C'est pourquoi l'interrogation suivante se pose : plutôt que de vouloir intégrer le caractère suspensif de la saisine du juge des lois, de lui accorder le pouvoir de prononcer des mesures provisoires, ou de créer des procédures d'urgence sur le modèle d'un « référé au fond », n'est-il pas plus judicieux de s'en remettre au réalisme et au pragmatisme de ce juge *ad quem* qui, de sa propre initiative, trouve en lui une sensibilité à l'urgence et sait faire évoluer les règles de procédure relatives à son office en les assouplissant et les adaptant à l'urgence ? De prime abord, cette solution faisant nettement place à la souplesse procédurale et accordant une certaine confiance dans le pragmatisme du juge paraît satisfaisante. Or, la sécurité juridique et l'égalité de tous face aux garanties juridictionnelles commandent de consacrer formellement des procédures d'urgence de traitement des QPC et des demandes d'avis contentieux par les juridictions du Palais Royal et des demandes d'avis consultatif par le Palais des droits de l'Homme.

1419. L'existence de fait d'une procédure accélérée ne garantit pas le traitement en urgence d'une affaire. C'est pourquoi, la jurisprudence de la Cour EDH implique que les États prévoient de manière expresse et *a priori*, dans le droit textuel positif, une procédure spécifique permettant de traiter en urgence les affaires qui nécessitent ce type de traitement²⁷⁹⁰. La Cour énonce que pour respecter la lettre de l'article 13 de la Conv. EDH, un recours « doit être effectif *en droit* comme en pratique »²⁷⁹¹. Autrement dit, une procédure accélérée appliquée *de facto* dans les situations d'urgence ne saurait suffire en elle-même.

1420. Dans l'affaire *Čonka*, la Cour EDH a examiné la compatibilité de la procédure du « référé d'extrême urgence » applicable devant le Conseil d'État belge avec l'article 13 de la Conv. EDH combiné avec l'interdiction des expulsions collectives d'étrangers prévue par

²⁷⁹⁰ D. CHOLET, *La célérité de la procédure en droit processuel*, LGDJ, 2006, p. 219.

²⁷⁹¹ CEDH, GC, 26 octobre 2000, *Kudla c. Pologne*, n° 30210/96, § 151. Nous soulignons.

l'article 4 du Protocole additionnel n° 4. En dépit d'une pratique conférant *de facto* un effet suspensif à ce référé d'extrême urgence, la Cour a condamné la Belgique au regard de l'absence d'effet suspensif *de plein droit* du déclenchement de la procédure litigieuse. En effet, selon le juge de Strasbourg, « les exigences de l'article 13, tout comme celles des autres dispositions de la Convention, sont de l'ordre de la garantie, et non du simple bon vouloir ou de l'arrangement pratique »²⁷⁹². Par conséquent, la violation est liée au fait que les requérants dans cette procédure n'ont « aucune garantie de voir le Conseil d'État [...] se conformer dans tous les cas à la pratique décrite, ni *a fortiori* de voir le Conseil d'État statuer, ou même siéger, avant son expulsion »²⁷⁹³. En d'autres termes et selon une heureuse formule de Talleyrand : « si cela va bien sans le dire, cela ira encore mieux en le disant »²⁷⁹⁴.

En définitive, l'application d'une procédure accélérée de fait pour le traitement des QPC et des demandes d'avis contentieux par les juridictions du Palais Royal ne satisfait pas pleinement les exigences du droit à un recours effectif. Il conviendrait que de véritables procédures d'urgence soient expressément prévues au sein des dispositions régissant les procédures d'examen des QPC et des demandes d'avis contentieux. Étant maître de son règlement de procédure, cette tâche n'a rien de redoutable pour le Conseil constitutionnel. Le succès de ce type de procédure devant plusieurs cours constitutionnelles étrangères et celle de Luxembourg font figure de parfaits exemples en la matière.

²⁷⁹² CEDH, 5 février 2002, *Čonka c. Belgique*, n° 51564/99, § 83.

²⁷⁹³ *Ibid.*

²⁷⁹⁴ DE TALLEYRAND, Congrès de Vienne, 1814.

Conclusion du Chapitre 2

1421. Il est clair que « pour réaliser une protection efficace des droits de l'homme, il ne suffit pas de consacrer des droits matériels. Encore faut-il des garanties fondamentales de procédure de nature à renforcer les mécanismes de sauvegarde de ces droits »²⁷⁹⁵. Par conséquent, il ne suffit pas que le contrôle des lois par rapport aux droits fondamentaux puisse être opéré par le juge *ad quem* saisi d'un renvoi ; ce contrôle doit encore pouvoir prétendre offrir les garanties d'un recours effectif. Or, dans les situations d'urgence, force est de constater que, pour l'heure, les procédures de traitement des renvois ne se conforment quasiment pas aux canons habituels du droit à un recours effectif.

1422. Il est tout d'abord un premier élément de concrétisation de ce droit que les procédures de traitement des renvois n'intègrent aucunement : celui d'habiliter le juge *ad quem* à prononcer toute mesure provisoire nécessaire à la sauvegarde des droits fondamentaux dont il est le garant, y compris celles ordonnant le sursis à exécution des lois, soit par décision expresse, soit par l'effet suspensif attaché à sa saisine. S'il est bien un juge du fond, le juge *ad quem* est aussi un juge du provisoire qui s'ignore. Au regard de la fonction qui est la sienne, il n'aurait rien à perdre à le reconnaître.

1423. Il est enfin un élément de renforcement du caractère effectif des procédures de traitement des renvois auquel le juge *ad quem* pourra difficilement résister : celui de la création de procédures d'urgence de traitement des renvois. La Cour de justice de l'UE fait figure de modèle en la matière avec la création de la procédure préjudicielle accélérée puis celle d'urgence. Le succès, notamment de cette dernière, confirme la possibilité et la nécessité de faire coexister des procédures d'urgence de traitement des renvois avec celles qui sont « accélérées » ou « ordinaires ».

²⁷⁹⁵ J. VELU et R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 1990, p. 335.

Conclusion du Titre 2

1424. Les juridictions européennes et celles du Palais Royal sont les gardiennes des textes suprêmes de garantie des droits fondamentaux parmi lesquels figurent ceux du procès. L'observation insuffisante des droits processuels fondamentaux par les procédures de traitement des renvois préalables applicables devant ces juridictions s'avérerait dès lors peu acceptable. Quoiqu'elles soient chargées de procédures particulières de renvoi de juges à juges, les juridictions *ad quem* ne peuvent, de surcroît, pas s'exonérer des exigences fondamentales du procès qu'elles font peser sur les recours juridictionnels devant les juridictions « ordinaires ».

1425. Lorsqu'elles sont confrontées à l'urgence, cette circonstance agit sur les garanties procédurales applicables devant le juge des lois de deux manières antinomiques. Pour accélérer la procédure, l'urgence allège très raisonnablement les garanties du droit au procès équitable ; pour la rendre plus utile, elle renforce de manière encore trop insuffisante celles du droit à un « recours effectif ». Il y a donc encore une marge d'amélioration dans la prise en compte de l'urgence par les procédures de traitement des renvois. Plus précisément, alors qu'elles sont globalement respectées de manière satisfaisante, la mise en œuvre des exigences du principe du contradictoire ainsi qu'à la bonne la motivation des avis et décisions de justice peut encore être allégée ou modelée. La concrétisation du droit à un recours effectif mérite pour sa part d'être sérieusement approfondie par l'instauration expresse d'authentiques procédures d'urgence et l'organisation d'une protection juridictionnelle provisoire des droits fondamentaux complémentaire à celle offerte au moment de la mise en œuvre des renvois par les juridictions *a quibus*. Le suivi de ces recommandations aurait assurément pour avantage d'améliorer la conciliation de l'urgence avec le contrôle, par les juridictions *ad quem* saisies d'un renvoi, des atteintes législatives aux droits fondamentaux.

Conclusion de la Partie 2

1426. L'urgence procédurale peut à la fois être un moyen de renforcer l'effectivité du mécanisme du renvoi préalable, mais aussi être un catalyseur de leur mauvais fonctionnement et de l'abaissement de la qualité des décisions rendues. C'est pourquoi, *a priori*, l'urgence procédurale paraît inadaptée au jugement des renvois au regard des effets et de la portée des décisions rendues par les juridictions *ad quem*, mais aussi de l'objet du contentieux qu'elles ont à traiter. Le curseur se situe entre une décision qui interviendrait trop tard ou trop vite. La première serait inutile, la seconde souffrirait d'une qualité et d'une légitimité potentiellement fragiles.

Il y avait aussi à craindre, au regard de la nature principalement factuelle de l'urgence, qu'elle dénature l'essence des renvois préalables. L'on pourrait ainsi considérer que l'uniformisation de l'application et de l'interprétation du droit ne devrait pouvoir se faire dans l'urgence.

Mais il apparaît que l'urgence, telle qu'elle est intégrée par les règles de procédure et prise en compte par le juge *ad quem*, préserve les traits caractéristiques des renvois préalables²⁷⁹⁶ et la qualité des décisions rendues. À titre principal, l'urgence portée devant les juridictions *ad quem* a pour effet d'accélérer la procédure d'examen des renvois et de prioriser le traitement de ceux qui répondent le plus à ce type de situation par rapport aux renvois moins urgents. Aussi, l'urgence n'a pas changé les méthodes et la nature du contrôle des lois ni même élargi les compétences du juge. L'on peut seulement regretter qu'elle n'ait pas accru les pouvoirs du juge et plus précisément ceux qui sont de nature à le mettre en capacité d'assurer une protection juridictionnelle provisoire et immédiate des droits fondamentaux.

1427. L'analyse de l'influence de l'urgence sur l'introduction du renvoi et son examen par le juge *a quo* puis l'influence de l'urgence sur le déroulement et l'issue de l'instance devant les juridictions *ad quem* apporte une contribution certaine à l'étude des renvois préalables dans le champ du droit public interne et européen. Alors que le mécanisme du renvoi préalable se développe et prend de l'ampleur dans le paysage contentieux, la bonne prise en compte de l'urgence au stade des procédures applicables devant les juridictions *ad quem* devient

²⁷⁹⁶ La PPU « n'a pas entraîné de dénaturation » du renvoi préjudiciel : A. TIZZANO et P. IANNUCELLI, « La procédure préjudicielle d'urgence devant la Cour de justice : Premier bilan et nouvelles questions », in L. WEITZEIL (dir.), *L'Europe des droits fondamentaux : Mélanges en l'hommage à Albert Weitzel*, A. Pedone, 2013, p. 205.

inévitables. Elle dépend néanmoins, à titre premier, du soin apporté, par la juridiction *a quo*, dans son ordonnance de renvoi, à la présentation des éléments factuels constitutifs d'une situation d'urgence. Cette bonne prise en compte de l'urgence dépend en aussi de l'apport des observations tant écrites qu'orales des acteurs du contradictoire. De la bonne disposition du juge à pouvoir répondre sans délai à l'urgence, dépend, en dernier lieu, l'assouplissement des règles ordinaires de l'organisation formelle du jugement.

1428. L'étude des règles de procédure et de l'office du juge ne peut toutefois suffire à évaluer dans sa globalité la prise en compte de l'urgence dans sa dimension contentieuse. Pour être complète, la traduction contentieuse de l'urgence suppose des techniques particulières de management, d'organisation et de gestion des moyens humains, logistiques et techniques par les juridictions. Sans entrer dans ces aspects structurels, il convient de garder à l'esprit que la justice, toujours plus sollicitée, souffre d'un manque chronique de moyens logistiques et humains.

CONCLUSION GÉNÉRALE

1429. Cette thèse a eu pour ambition de faire état du droit positif et de ce qu'il pourrait être en matière de contentieux des lois dans l'urgence. Il était nécessaire pour cela, après en avoir établi les régimes juridiques, de souligner les insuffisances des systèmes de contrôle juridictionnel des atteintes législatives aux droits fondamentaux pour faire œuvre propositionnelle par l'ouverture de pistes d'amélioration de la conciliation du contentieux des lois et de l'urgence. Assurément, le contrôle des lois est délicat dans les situations d'urgence. Il n'empêche, la dynamique est clairement au rapprochement et à l'amélioration de la rencontre des situations d'urgence avec le contrôle juridictionnel des lois. Mieux encore, l'urgence n'est pas un frein au contrôle juridictionnel des lois ; au contraire, elle permet d'accroître les compétences et pouvoirs du juge chargé de l'opérer.

1430. Plus spécifiquement, il était aussi question de savoir si le contrôle des lois dans l'urgence pouvait se conjuguer avec les fonctions juridictionnelles du juge du provisoire de préserver les droits fondamentaux et celle du juge *ad quem* d'unifier l'interprétation du droit. Autrement dit, il s'agissait de savoir, d'une part, si le juge du provisoire est un juge du droit compétent pour connaître du contentieux des lois et si, d'autre part, le juge de l'unification de l'interprétation du droit peut aussi être un juge de l'urgence. Il ressort de l'étude que le juge du provisoire et le juge *ad quem* saisi d'un renvoi peuvent non seulement opérer un contrôle des lois dans les situations d'urgence, mais aussi, qu'ils le doivent. En effet, le respect de la hiérarchie des normes et la protection juridictionnelle des droits fondamentaux dans les situations d'urgence ne sauraient varier selon que le juge saisi statue au provisoire ou au fond ou encore qu'il est saisi directement d'un recours juridictionnel ou indirectement par la voie d'un renvoi préalable.

Si « percevoir son office est le rôle premier du juge »²⁷⁹⁷, force a été de constater que le juge du provisoire et celui des lois n'ont pas tout de suite su mêler, de manière satisfaisante, dans leur office, le traitement de l'urgence et le contentieux des lois. Pourtant, il s'avère que le contrôle des lois fait partie à part entière de l'office du juge du provisoire et qu'il est de celui du juge des lois de prendre en compte l'urgence des situations portées devant les juridictions *a*

²⁷⁹⁷ G. DARCY, « Regard elliptique sur l'office du juge », in *Confluences. Mélanges en l'honneur de Jacqueline Morand-Deville*, Dalloz, 2008, p. 293.

quibus. Ces juges ont, au début, été réticents à accepter cette dimension de leur office. Mais avec le temps, les exigences du droit processuel européen et la concurrence qui se joue entre juridictions, ils se sont convertis à l'acceptation de la conciliation de l'urgence avec le contentieux des lois et ne sauraient désormais ni refuser ni différer le droit ou la justice²⁷⁹⁸ face à l'urgence de certaines situations d'atteintes législatives aux droits fondamentaux. Le procès des lois s'est donc adapté à l'urgence sur plusieurs plans : celui du temps du procès et de son organisation procédurale, et celui des pouvoirs et des compétences du juge.

1431. Déjà au début du XX^e siècle, l'on cherchait à « vaincre la réelle timidité »²⁷⁹⁹ du juge en matière de contrôle des lois. L'on ne pouvait déjà pas « se résigner [...] à ce que certaines parties du droit restent à l'état de droit imparfait, à l'état de droit sans sanction »²⁸⁰⁰. À cette époque, Paul Duez affirmait que « la loi est soumise au droit ; il peut y avoir des lois contraires au droit. Mais il ne suffit point de proclamer un tel principe : il faut l'organiser et lui assurer une sanction pratique et effective »²⁸⁰¹. Comment ne pas aussi s'inscrire dans cette opinion formulée par des juges de la Cour EDH selon lesquels « il ne peut y avoir deux poids et deux mesures » pour la protection juridictionnelle des droits fondamentaux selon « l'"origine" de l'ingérence »²⁸⁰². Même si l'émergence du contrôle juridictionnel des lois ne s'est pas faite sans résistances, beaucoup de chemin a été parcouru dans l'approfondissement de la justiciabilité des lois. Hier, l'expression de la volonté générale était sacralisée et l'on refusait qu'elle puisse être remise en cause devant un juge. Puis, par étapes successives, l'exigence de conformité des lois aux textes qui leur sont supérieurs s'est installée. Aujourd'hui, la compétence des organes juridictionnels pour garantir cet impératif ne fait plus grande controverse. Depuis lors, le contentieux des lois tend à se banaliser et l'urgence pénètre peu à peu le contrôle juridictionnel des atteintes législatives aux droits fondamentaux.

C'est justement dans un contexte croissant d'extension de l'importance des droits fondamentaux et de développement de l'internationalisation de leurs sources, qu'étudier le contentieux des lois dans les situations d'urgence interroge le rôle et la place des juges internes et européens face à la loi dont le statut contentieux est également mis en question. À l'instar de

²⁷⁹⁸ *Magna Carta*, 1215, § 40 : « [...] nous ne refuserons ou ne différerons pas le droit ou la justice ».

²⁷⁹⁹ P. DUEZ, « Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois en France. Comment il convient de poser la question », in *Mélanges Maurice Hauriou*, Sirey, 1929, p. 244.

²⁸⁰⁰ R. LATOURNERIE, « Conclusions sous CE, 6 novembre 1936, *Arrighi et Coudert* », *Dalloz*, 1938, n° 3, p. 2.

²⁸⁰¹ P. DUEZ, « Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois en France. Comment il convient de poser la question », in *Mélanges Maurice Hauriou*, Sirey, 1929, p. 214.

²⁸⁰² ZIEMELE, SAJÓ, KALAYDJIEVA, VUČINIĆ et DE GAETANO, Opinion dissidente commune sous CEDH, GC, 22 avril 2013, *Animal Defenders International c. Royaume-Uni*, n° 48876/08, pt. 9.

la réduction du champ des actes administratifs insusceptibles de recours tels que les actes de gouvernement ou les mesures d'ordre intérieur, et donc de l'élargissement des actes faisant grief tels que, par exemple, les « documents de portée générale » émanant d'autorités publiques, le contrôle contentieux des lois s'est largement développé. Le juge peut, désormais, sanctionner, y compris dans l'urgence, sa contrariété aux droits fondamentaux. La loi devient ainsi un acte comme les autres susceptible d'être contrôlée, puis abrogée ou déclarée inapplicable pour la résolution d'un litige en cours. Si elle cause un dommage et qu'elle est inconstitutionnelle ou inconstitutionnelle, elle peut aussi engager la responsabilité de l'État. Alors pourtant qu'il existe favorablement des fondements juridiques d'habilitation, seul semble subsister le refus des juges de prononcer la suspension provisoire des lois. La suspension provisoire des lois constitue en effet un pan de la protection juridictionnelle des droits fondamentaux qui reste à développer.

1432. Le droit processuel de l'UE, auquel il faut rendre hommage, irrigue avec force le contentieux urgent des lois, spécialement les règles relatives à la compétence et aux pouvoirs du juge. Au terme de cette étude, il est clair que « l'un des plus grands mérites du droit européen consiste à avoir réveillé la réflexion en droit interne quant à la protection juridictionnelle des particuliers »²⁸⁰³ et, plus particulièrement, quant à la protection juridictionnelle *provisoire* de leurs droits fondamentaux. Cela s'est vérifié concernant la procédure du référé-liberté et celles de la QPC et des demandes d'avis contentieux au Conseil d'État pour lesquelles le vaste corpus jurisprudentiel de la Cour de justice de l'UE commande que les insuffisances processuelles soient surmontées et que les pouvoirs et compétences des juges soient développés. Pour la protection juridictionnelle provisoire des droits que les justiciables tirent de l'UE, la Cour luxembourgeoise « veut mettre au point un comportement juridictionnel stéréotypé et standardisé en matière d'urgence contentieuse »²⁸⁰⁴. Dans ces situations d'urgence, la Cour commande au juge national de s'« affranchir des restrictions institutionnelles de son office lorsqu'elles l'empêchent d'assurer effectivement la protection des droits qu'en tirent les justiciables »²⁸⁰⁵. Le droit de l'UE invite clairement le juge national à « interpréter extensivement ses pouvoirs »²⁸⁰⁶ en matière de mesures provisoires et lui accorde un « titre

²⁸⁰³ H. LABAYLE, « L'effectivité de la protection juridictionnelle des particuliers. Le droit administratif français et les exigences de la jurisprudence européenne », *RFDA*, 1992, n° 4, p. 619.

²⁸⁰⁴ B. LE BAUT-FERRARESE, « Arrêts récents de la Cour de justice des Communautés européennes en matière de mesures provisoires : réflexions sur l'effet de "modèle" des procédures issues de la Communauté européenne », *Rec. Dall.*, 1998, n° 32, chron. p. 306.

²⁸⁰⁵ G. CANIVET, « Le droit communautaire et l'office du juge national », *Droit et Société*, 1992, n° 20-21, p. 138.

²⁸⁰⁶ D. RITLENG, « Le principe de primauté du droit de l'Union : quelle réalité ? », *Revue de l'Union européenne*, 2015, n° 593, p. 633, note 25.

pour agir »²⁸⁰⁷ en matière de contrôle de la compatibilité avec le droit de l'UE du droit interne. C'est en effet sous l'impulsion du droit de l'UE que « la loi devient un acte comme un autre et doit, au moins au regard du droit communautaire, pouvoir être contestée de la même manière que les autres actes »²⁸⁰⁸. C'est à ce titre que le juge du provisoire peut contrôler la compatibilité des lois avec droit de l'UE et que le juge *ad quem* saisi d'un renvoi peut accorder une protection juridictionnelle provisoire contre les atteintes législatives aux droits fondamentaux que les justiciables tirent du droit de l'UE.

²⁸⁰⁷ L. AZOULAI, « Les fondements de l'autorité de l'Union », in L. AZOULAI et L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), *L'autorité de l'Union Européenne*, Bruylant, 2006, p. 7. C'est l'auteur qui souligne.

²⁸⁰⁸ J.-C. BONICHOT, « Les pouvoirs d'injonction du juge national pour la protection des droits conférés par l'ordre juridique communautaire. Note sous Cour de justice des Communautés européennes, 19 juin 1990 *Factortame* », *RFDA*, 1990, n° 5, p. 912.

BIBLIOGRAPHIE

I) Ouvrages

A) Thèses

- C.-T. AMBO AVERTY, *Le juge des référés en droit communautaire*, Thèse dact., Université d'Orléans, 1989, 319 p.
- G. BACHOUÉ PEDROUZO, *Le contrôle juridictionnel de la coopération intergouvernementale dans l'Union européenne. Contribution au principe de juridictionnalisation de l'Union*, Institut Universitaire Varenne, 2013, 610 p.
- M.-A. BAHMAEI, *L'intervention du juge étatique des mesures provisoires et conservatoires en présence d'une convention d'arbitrage. Droit français, anglais et suisse*, LGDJ, 2002, 340 p.
- A. BARAV, *La fonction communautaire du juge national*, Thèse dact., Université de Strasbourg, 1983, 674 p.
- M. BENIGNI, *L'application dans le temps des décisions QPC*, IFJD, 2019, 558 p.
- C. BEHRENDT, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Une analyse comparative en droit français, belge et allemand*, Bruylant-LGDJ, 2006, 537 p.
- S. BENZINA, *L'effectivité des décisions QPC du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2017, 746 p.
- F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaires*, Dalloz, 2003, 1136 p.
- A.-S., BILGE, *La responsabilité internationale des États et son application en matière d'actes législatifs*, Thèse dact., Université de Genève, 1950, 164 p.
- J. BONNET, *Le juge ordinaire français et le contrôle de la constitutionnalité des lois. Analyse critique d'un refus*, Dalloz, 2009, 716 p.
- C. CALLET, *Le sérieux et le manifeste en droit judiciaire privé. Contribution à une étude de la certitude en droit*, Thèse dact., Université d'Aix-Marseille, 2015, 393 p.
- G. CASU, *Le renvoi préalable. Essai sur l'unification préjudicielle de l'interprétation*, LGDJ, 2016, 429 p.
- J. CAVALLINI, *Le juge national du provisoire face au droit communautaire. Les contentieux français et anglais*, Bruylant, 1995, 527 p.
- J.-F. CESARO, *Le doute en droit privé*, LGDJ, 2003, 772 p.

- C. CHAINAIS, *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droits français et italien*, Dalloz, 2007, 946 p.
- J. CHAPPEZ, *La règle de l'épuisement des voies de recours interne*, Pedone, 1972, 263 p.
- M. CHATEAU-GRINE, *La motivation des décisions du juge administratif*, Thèse dact., Université de Nantes, 2018, 604 p.
- D. CHOLET, *La célérité de la procédure en droit processuel*, LGDJ, 2006, 713 p.
- M. COLLET, *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, LGDJ, 2003, 397 p.
- D. CONNIL, *L'office du juge administratif et le temps*, Dalloz, 2010, 904 p.
- C. COUDERT, *Réflexions sur le concept de fondamentalité en droit public français*, Université d'Auvergne-Clermont-Ferrand I, 2011, 481 p.
- L. COUTRON, *La contestation incidente des actes de l'Union européenne*, Bruylant, 2007, 872 p.
- O. DE SHUTTER, *Fonction de juger et droits fondamentaux. Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européens*, Bruylant, 1999, 1164 p.
- L. DELBEZ, *Les principes généraux du contentieux international*, LGDJ, 1962, 339 p.
- I. S. DELICOSTOPOULOS, *Le procès civil à l'épreuve du droit processuel européen*, LGDJ, 2003, 485 p.
- C.-E. DELVALLEZ, *Le juge administratif et la primauté du droit communautaire*, L'Harmattan, 2011, 355 p.
- L. DESFONDS, *Langage et conceptualisation du contentieux provisoire des décisions administratives. Réflexions sur la procédure de suspension des décisions administratives*, PUAM, 2006, 427 p.
- T. DI MANNO, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions « interprétatives » en France et en Italie*, Economica-PUAM, 1997, 617 p.
- O. DORD, *Cours constitutionnelles nationales et normes européennes*, Thèse dact., Université Paris X, 1996, 714 p.
- O. DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire : contribution à l'étude des transformations de la fonction juridictionnelle dans les États membres de l'Union européenne*, Dalloz, 2001, 1015 p.
- T. DUCHARME, *La responsabilité de l'État du fait des lois déclarées contraires à la Constitution*, LGDJ, 2019, 564 p.

- O. DUGRIP, *L'urgence contentieuse devant les juridictions administratives*, PUF, 1991, 411 p.
- S. FATAL, *Recherche sur la catégorie juridique des questions préjudicielles*, Thèse dact., Université de Montpellier, 2014, 494 p.
- L. FAVOREU, *Du déni de justice en droit public français*, LGDJ, 1964, 582 p.
- J.-F. FLAUSS, *Les questions préjudicielles et le principe de séparation des autorités administrative et judiciaire*, Thèse dact., Université de Strasbourg, 1976, 330 p.
- P.-L. FRIER, *L'urgence en droit public*, LGDJ, 1987, 600 p.
- O. GABARDA, *Essai sur le principe de conventionnalité internationale en droit public français. Analyse administrative du rapport entre les ordres juridiques externe et interne*, PUAM, 2005, 478 p.
- C. GABOLDE, *Essai sur la notion d'urgence en droit administratif français. (Les pourvois d'urgence de l'administration)*, Thèse dact., Université de Paris, 1951, 244 p.
- O. GOHIN, *La contradiction dans la procédure administrative contentieuse*, LGDJ, 1988, 495 p.
- F.-V. GUIOT, *La distinction du fait et du droit par la Cour de justice de l'Union européenne : recherche sur le pouvoir juridictionnel*, Institut Universitaire Varenne, 2014, 1007 p.
- S. HUTIER, *Le contrôle de la procédure parlementaire par le Conseil constitutionnel. Étude sur la juridictionnalisation du fonctionnement des assemblées parlementaires françaises*, Institut Universitaire Varenne, 2016, 624 p.
- G. ISBACHIAN, *Le référé, un enjeu pour demain ?*, Thèse dact., Université de Nice, 2005, 411 p.
- P. JESTAZ, *L'urgence et les principes classiques du droit civil*, LGDJ, 1968, 329 p.
- M. KAMAL, *Le Conseil constitutionnel et le temps*, Thèse dact., Université de Montpellier, 2018, 792 p.
- C. LAPORTE, *Le contrôle de conventionnalité par le juge administratif français*, Thèse dact., Université Nice-Sophia-Antipolis, 2005, 669 p.
- O. LE BOT, *La protection des libertés fondamentales par la procédure du référé-liberté. Étude de l'article L. 521-2 du Code de la justice administrative*, LGDJ, 2007, 672 p.
- G. LEBRUN, *Office du juge administratif et questions préjudicielles. Recherche sur la situation du juge a quo*, LGDJ, 2017, 659 p.
- A.-M. LECIS COCCO ORTU, *Les interventions des tiers porteurs d'intérêts collectifs dans les contentieux constitutionnels incidents français et italien*, LGDJ, 2018, 468 p.

- C. LECLERC, *Le renouvellement de l'office du juge administratif français*, L'Harmattan, 2015, 938 p.
- N. LEPOUTRE, *Le dialogue entre le juge administratif français et la Cour de justice de l'Union européenne par le mécanisme du renvoi préjudiciel*, 2016, Thèse dact., Université de Lille 2, 1266 p.
- E. LESTRADE, *Les principes directeurs du procès dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Thèse dact., Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2013, 722 p.
- G. LE FLOCH, *L'urgence devant les juridictions internationales*, A. Pedone, 2008, 517 p.
- F. MALHIÈRE, *La brièveté des décisions de justice (Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation) : contribution à l'étude des représentations de la justice*, Dalloz, 2013, 665 p.
- O. MAMOUDY, *La modulation dans le temps des effets des décisions de justice en droit français*, Thèse dact., Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2013, 603 p.
- V. MARINESE, *L'idéal législatif du Conseil constitutionnel. Étude sur les qualités de la loi*, Université de Nanterre-Paris X, 2007, 800 p.
- G. MICHEL, *La notion d'urgence en droit administratif de l'environnement*, 2006, 392 p.
- L. MILANO, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Dalloz, 2006, 674 p.
- L. MINIATO, *Le principe du contradictoire en droit processuel*, LGDJ, 2008, 447 p.
- J. PAMART, *Le temps dans la procédure préjudicielle devant la Cour de justice de l'Union européenne*, Thèse dact., Université Paris 2 Panthéon-Assas, 2018, 742 p.
- J.-J. PARDINI, *Le juge constitutionnel et le « fait » en Italie et en France*, PUAM, 2001, 442 p.
- J. PIASECKI, *L'office du juge administratif des référés : entre mutations et continuité jurisprudentielle*, Thèse dact., Université du Sud Toulon Var, 2008, 541 p.
- H. RASPAIL, *Le conflit entre droit interne et obligations internationales de l'État*, Dalloz, 2013, 586 p.
- S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, LGDJ, 1981, 564 p.
- K. ROUDIER, *Le contrôle de constitutionnalité de la législation antiterroriste : Étude comparée des expériences espagnole, française et italienne*, LGDJ, 2011, 550 p.
- M.-C. RUVANOT, *La compétence consultative des juridictions internationales. Reflet des vicissitudes de la fonction judiciaire internationale*, LGDJ, 2010, 465 p.

- A. SAYEDE HUSSEIN, *Le juge administratif, juge du référé suspension. Douze ans de mutations juridictionnelles et jurisprudentielles*, PUAM, 2014, 534 p.
- S. SALLES, *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2016, 780 p.
- T. SANTOLINI, *Les parties dans le procès constitutionnel*, Bruylant, 2010, 436 p.
- A. SCHAHMANECHE, *La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, A. Pedone, 2014, 794 p.
- C.-É. SÉNAC, *L'office du juge constitutionnel. Étude du contrôle de constitutionnalité par les juridictions françaises*, LGDJ, 2015, 613 p.
- G. SERGES, *La dimension constitutionnelle de l'urgence en France et en Italie*, Editoriale Scientifica, 2020, 811 p.
- C. SEVERINO, *La doctrine du droit vivant*, PUAM-Economica, 2003, 282 p.
- Y. STRICKLER, *Le juge des référés, juge du provisoire*, Thèse dact., Université Robert Schuman Strasbourg III, 1993, 2 tomes, 949 p.
- D. TSEVAS, *Le contrôle de la légalité des actes administratifs individuels par le juge judiciaire*, LGDJ, 1995, 217 p.
- S. TSIKLITIRAS, *La protection effective des libertés publiques par le juge judiciaire en droit français*, LGDJ, 1991, 386 p.
- A. VANDER STICHELE, *La notion d'urgence en droit public*, Bruylant, 1986, 149 p.
- A. VARNEK, *Le juge des requêtes, juge du provisoire*, Thèse dact., Université de Strasbourg, 2013, 712 p.
- J.-Y. VINCENT, *L'évidence en contentieux administratif*, PUR, 2013, 333 p.
- C. VOCANSON, *Le Conseil d'État français et le renvoi préjudiciel devant la Cour de justice de l'Union européenne*, Dalloz, 2014, 694 p.
- S. WATTHÉE, *Les mesures provisoires devant la Cour européenne des droits de l'homme. La protection préventive des droits conventionnels en puissance ?*, Nemesis-Anthémis, 2014, 512 p.

B) Monographies

- J.-C. BÉGUIN, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en république fédérale d'Allemagne*, Economica, 1982, 311 p.

- P. ESTOUP, *La pratique des procédures rapides. Référé, ordonnances sur requête, procédures d'injonction, procédures à jour fixe et abrégées*, Litec, 2^e éd., 1998, 469 p.
- B. FRYDMAN, *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, Bruylant, 2011, 2^e éd., 720 p.
- H. KELSEN (trad. C. EISENMANN), *Théorie pure du droit*, LGDJ, 1999, 376 p.
- W. MASTOR, *L'art de la motivation, substance du droit : mieux motiver pour mieux juger*, Dalloz, 2020, 178 p.
- F. OST, *Le temps du droit*, Odile Jacob, 1999, 376 p.
- J. PERTEK, *Coopération entre juges nationaux et Cour de justice de l'UE. Le renvoi préjudiciel*, Bruylant, 2013, 357 p.
- J. VAN MEERBEECK, *L'accès à la justice*, Anthemis, 2017, 245 p.

C) Ouvrages collectifs et actes de colloques

- *Actes du colloque du trentième anniversaire des tribunaux administratifs*, CNRS, 1986, 377 p.
- *Actes du colloque tenu au Sénat les 21 et 22 janvier 1988. Conseil constitutionnel et Conseil d'État*, LGDJ, 1988, 560 p.
- *La Constitution et l'Europe. Journée d'étude du 25 mars 1992 au Sénat*, Montchrestien, 1992, 372 p.
- Société Française pour le Droit International, *Le droit international et le temps*, A. Pedone, 2001, 282 p.
- R. ANDERSEN, F. DÉLPÉRÉ, L. FAVOREU et alii, *La crise du juge*, LGDJ, 1996, 171 p.
- J. ANDRIANTSIMBAZOVNA, L. BURGORGUE-LARSEN et S. TOUZÉ (dir.), *La protection des droits de l'homme par les Cours supranationales*, A. Pedone, 2016, 270 p.
- J. ARLETTAZ et J. BONNET (dir.), *L'objectivation du contentieux des droits et libertés fondamentaux. Du juge des droits au juge du droit ?*, LGDJ, 2015, 200 p.
- J. ARTHUIS et H. HAENEL, *Justice sinistrée : démocratie en danger*, Economica, 1991, 132 p.
- L. AZOULAI et L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), *L'autorité de l'Union Européenne*, Bruylant, 2006, 274 p.
- X. BIOY, X. MAGNON, W. MASTOR et S. MOUTON (dir.), *Le réflexe constitutionnel. Question sur la question prioritaire de constitutionnalité*, Bruylant, 2013, 230 p.

- C. BOLZE et P. PEDROT (dir.), *Les juges uniques. Dispersion et réorganisation du contentieux ?*, Dalloz, 1996, 182 p.
- P. BON, T. DI MANNO et L. GAY (dir.), *La QPC vue du droit comparé : le contrôle de constitutionnalité sur renvoi du juge ordinaire en France, Espagne et Italie*, Mission de recherche Droit et justice, 2013, 510 p.
- B. BONNET (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, LGDJ, 2016, 1821 p.
- J. BONNET et P.-Y. GAHDOUN (dir.), *La QPC : une révolution inachevée ?*, Institut Universitaire Varenne, 2016, 162 p.
- L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), *Les défis de l'interprétation et de l'application des droits de l'homme. De l'ouverture au dialogue*, A. Pedone, 2017, 423 p.
- L. CADIET et L. RICHET (dir.), *Réforme de la justice, réforme de l'État*, PUF, 2003, 335 p.
- E. CARTIER (dir.), *La QPC, le procès et ses juges. L'impact sur le procès et l'architecture juridictionnelle*, Dalloz, 2013, 544 p.
- E. CARTIER, L. GAY, et A. VIALA (dir.), *La QPC : vers une culture constitutionnelle partagée ?*, Institut Universitaire Varenne, 2015, 280 p.
- S. CAUDAL (dir.), *La motivation en droit public*, Dalloz, 2013, 304 p.
- V. CHRISTIANOS (dir.), *Évolution récente du droit judiciaire communautaire*, Institut européen d'administration publique, 1994, Vol I, 177 p.
- G. COHEN-JONATHAN et J.-F. FLAUSS (dir.), *Mesures conservatoires et droits fondamentaux*, Bruylant, 2005, 311 p.
- G. COHEN-JONATHAN, J.-F. FLAUSS et E. LAMBERT ABDELGAWAD (dir.), *De l'effectivité des recours internes dans l'application de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2006, 314 p.
- J.-M. COULON et M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Le temps dans la procédure*, Dalloz, 1996, 78 p.
- L. COUTRON (dir.), *L'obligation de renvoi préjudiciel à la Cour de justice : une obligation sanctionnée ?*, Bruylant, 2014, 512 p.
- L. COUTRON (dir.), *Pédagogie judiciaire et application des droits communautaire et européen*, Bruylant, 2012, 322 p.
- D. D'AMBRA, F. BENOÎT-ROHMER et C. GREWE (dir.), *Procédure(s) et effectivité des droits*, Bruylant, 2003, 237 p.
- G. DARCY, M. DOAT et V. LABROT (dir.), *L'office du juge*, 2006, 544 p.

- A. DE RAULIN (dir.), *Situations d'urgence et droits fondamentaux*, L'Harmattan, 2006, 333 p.
- N. DROIN et A. FAUTRÉ-ROBIN, *Le non-renvoi des QPC. Unité ou diversité des pratiques de la Cour de cassation et du Conseil d'État*, Institut Universitaire Varenne, 2018, 300 p.
- P. ESPUGLAS-LABATUT, X. MAGNON, W. MASTOR et alii. (dir.), *L'office du juge constitutionnel face aux exigences supranationales*, Bruylant, 2015, 331 p.
- M. FATIN-ROUGE STEFANINI, L. GAY et J. PINI (dir.), *Autour de la qualité des normes*, Bruylant, 2010, 327 p.
- M. FATIN-ROUGE STEFANINI et C. SEVERINO (dir.), *Le contrôle de constitutionnalité des décisions de justice : une nouvelle étape après la QPC ?*, Confluence des droits, 2016, 502 p.
- L. FONTAINE (dir.), *Droit et pluralisme*, Bruylant, 2007, p. 398 p.
- L. GAY (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé*, Bruylant, 2014, 734 p.
- O. GOHIN (dir.), *Les procédures d'urgence : approche comparative*, Panthéon Assas, 2008, 219 p.
- G. GONZALEZ (dir.), *La subsidiarité conventionnelle en question*, Nemesis, 2016, 300 p.
- L. HENNEBEL et H. TIGROUDJA (dir.), *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme. En l'honneur du 40^e anniversaire de la Convention américaine des droits de l'homme*, A. Pedone, 2009, 413 p.
- S. HENNETTE-VAUCHEZ (dir.), *Ce qui reste(ra) toujours de l'urgence*, Institut Universitaire Varenne, 2018, 388 p.
- D. LE PRADO (dir.), *Les procédures d'urgence devant les juges de l'administration. Étude comparative*, Société de législation comparée, 2015, 178 p.
- B. MATHIEU et M. VERPEAUX (dir.), *L'examen de la constitutionnalité de la loi par le Conseil d'État*, Dalloz, 2011, 138 p.
- D. MAZEAUD et P. DUPICHOT (dir.), *Le temps et le droit*, Dalloz, 2014, 126 p.
- P. MBONGO (dir.), *La qualité des décisions de justice*, Éditions du Conseil de l'Europe, 2007, 187 p.
- M. MELCHIOR, A. ALEN et F. MEERSSCHAUT, *XII^{ème} congrès de la conférence des cours constitutionnelles européennes à Bruxelles les 14 et 16 mai 2002*, Cour d'arbitrage, 2005, 2 T., 779 p.
- F. OST, P. GÉRARD et M. VAN DE KERSOVE, (dir.), *L'accélération du temps juridique*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2000, 931 p.

- C. PUIGELIER (dir.), *La loi*, Economica, 2005, 415 p.
- J. RIDEAU (dir.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, LGDJ, 1998, 230 p.
- H. RUIZ FABRI et J.-M. SOREL (dir.), *Le contentieux de l'urgence et l'urgence dans le contentieux devant les juridictions internationales : regards croisés*, A. Pedone, 2003, 210 p.
- D. SIMON (dir.), *Le droit communautaire et les métamorphoses du droit*, Presse universitaire de Strasbourg, 2003, 105 p.
- J.-M. SOREL et F. POIRAT (dir.), *Les procédures incidentes devant la Cour internationale de Justice : exercice ou abus de droits ?*, A. Pedone, Contentieux International, 18 mai 2000, 2001, 158 p.
- G. TARZIA et J. VAN COMPERNOLLE (dir.), *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien. Étude de droit comparé*, Bruylant, 1998, 554 p.
- R. TINIÈRE (dir.), *Question prioritaire de constitutionnalité et droit européen des droits de l'homme : entre autonomie et convergence*, Nemesis Anthemis, 2017, 212 p.
- C. TZUTZUIANO et T. DISPERATI (dir.), *Le Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme. Mise en œuvre et effets de la procédure d'avis consultatif*, PUAM, 2021, 244 p.
- M. VAN DE KERCHOVE et F. OST, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Facultés Universitaires Saint-Louis Bruxelles, 2002, 596 p.
- J. VELU et R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 1990, 1185 p.
- A. VIDAL-NAQUET (dir.), *Le provisoire en droit public*, Dalloz, 2009, 172 p.

D) Manuels, guides, traités

- J.-B. AUBY et J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), *Droit administratif européen*, Bruylant, 2007, 1122 p.
- J.-C. BÉCANE, M. COUDERC et J.-L. HÉRIN, *La loi*, Dalloz, 2010, 270 p.
- P. BELLOIR, *La question prioritaire de constitutionnalité*, L'Harmattan, 2012, 1^{ère} éd., 112 p.
- C. BLUMANN et L. DUBUIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, LexisNexis, 2016, 6^e éd., 922 p.
- J. BONNET, P.-Y. GAHDOUN et D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, LGDJ, 2016, 11^e éd., 870 p.

- J.-C. BONICHOT, P. CASSIA et B. POUJADE, *Les grands arrêts du contentieux administratif*, Dalloz, 2011, 3^e éd., 1378 p.
- J.-C. BONICHOT, P. CASSIA et B. POUJADE, *Les grands arrêts du contentieux administratif*, Dalloz, 2018, 6^e éd., 1516 p.
- J. BOULOUIS, M. DARMON et J.-G. HUGLO, *Contentieux communautaire*, Dalloz, 2^e éd., 2001, 435 p.
- L. BURGORGUE LARSEN et A. UBEDA DE TORRES, *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, Bruylant, 2008, 995 p.
- P. CASSIA, *Les référés administratifs d'urgence*, LGDJ, 2003, 198 p.
- D. CHABANOL et F. BOURRACHOT, *Code de justice administrative*, Le moniteur, 2019, 9^e éd., 1344 p.
- R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, LGDJ, 2006, 12^e éd., 1487 p.
- R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, LGDJ, 2008, 13^e éd., 1540 p.
- M. DELMAS-MARTY et C. LUCAS DE LEYSSAC (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Seuil, 1996, 398 p.
- P. DELVOLLÉ et G. VEDEL, *Droit administratif*, PUF, 1992, T. 1, 720 p.
- M. DISANT, *Droit de la question prioritaire de constitutionnalité : cadre juridique, pratiques jurisprudentielles*, Lamy, 2011, 420 p.
- F. DONNAT, *Contentieux communautaire de l'annulation*, LGDJ, 2008, 243 p.
- G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, PUF, 2016, 4^e éd., 792 p.
- L. FAVOREU et alii., *Droit constitutionnel*, 9^e éd., Dalloz, 2006, 992 p.
- L. FAVOREU (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 2005, 3^e éd., 576 p.
- N. FENGER et M. BROBERG, *Le renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne*, Larcier, 2013, 666 p.
- C. GAVALDA et G. PARLÉANI, *Droit communautaire des affaires*, Litec, 1988, 745 p.
- GOESEL-LE BIHAN, *Contentieux constitutionnel*, Ellipses, 2010, 286 p.
- O. GOHIN, *Contentieux administratif*, Litec, 2012, 7^e éd., 520 p.
- J. GOURDOU et A. BOURREL, *Les référés d'urgence devant le juge administratif*, L'Harmattan, 2002, 112 p.

- M. GUYOMAR et B. SEILLER, *Contentieux administratif*, Dalloz, 2010, 463 p.
- M. GUYOMAR et B. SEILLER, *Contentieux administratif*, Dalloz, 2017, 4^e éd, 614 p.
- M. GUYOMAR et B. SEILLER, *Contentieux administratif*, Dalloz, 2019, 5^e éd, 660 p.
- E. LAFFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, LGDJ, Vol. I, 1989, 722 p.
- O. LE BOT, *Le guide des référés administratifs et des autres procédures d'urgence devant le juge administratif*, Dalloz, 2013/2014, 914 p.
- J. LOTARSKI et J. MOLINIER, *Droit du contentieux de l'Union européenne*, LGDJ, 2012, 4^e éd., 274 p.
- X. MAGNON (dir.), *QPC. La question prioritaire de constitutionnalité. Principes généraux, pratique et droit du contentieux*, LexisNexis, 2011, 1^e éd., 466 p.
- X. MAGNON (dir.), *QPC. La question prioritaire de constitutionnalité. Principes généraux, pratique et droit du contentieux*, LexisNexis, 2013, 2^e éd., 454 p.
- S. MAHIEU (dir.), *Contentieux de l'Union européenne. Questions choisies*, Larcier, 2014, 595 p.
- B. MATHIEU, *La loi*, Dalloz, 2004, 2^e éd., 142 p.
- F. MELIN-SOUCRAMANIEN et P. PACTET, *Droit constitutionnel*, Sirey, 2012, 31^e éd., 638 p.
- J. MOLINIER et J. LOTARSKI, *Droit du contentieux européen*, LGDJ, 2009, 2^e éd., 231 p.
- J. MOLINIER et J. LOTARSKI, *Droit du contentieux de l'Union européenne*, LGDJ, 2012, 4^e éd., 274 p.
- R. MUNOZ, A RIGAUX, C. SOULARD, *Contentieux de l'Union européenne / 3. Renvoi préjudiciel, recours en manquement*, Lamy, 2011, 386 p.
- C. NAÔME, *Le renvoi préjudiciel en droit européen : guide pratique*, Larcier, 2010, 2^e éd., 384 p.
- R. ODENT, *Contentieux administratif*, Dalloz, 2007, T. 1, 1051 p.
- B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif*, PUF, 2008, 646 p.
- P. PASQUINO et D. ROUSSEAU, *La question prioritaire de constitutionnalité. Une mutation réelle de la démocratie constitutionnelle française ?*, Mare et martin, 2018, 152 p.
- B. PLESSIX, *Droit administratif général*, LexisNexis, 2016, 1^{ère} éd., 1504 p.
- D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, LGDJ, 2013, 10^e éd., 584 p.

- D. ROUSSEAU (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité*, Lextenso, 2010, 208 p.
- G. ROY, *La Cour internationale de justice et les droits de l'homme*, Bruylant, 2002, 222 p.
- F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 2016, 13^e éd., 1005 p.
- G. VANDERSANDEN, *La procédure préjudicielle devant la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruylant, 2011, 174 p.
- M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel*, Dalloz, 2016, 202 p.
- J. VUITTON et X. VUITTON, *Les référés. Procédure civile. Contentieux administratif. Procédure pénale*, LexisNexis, 2018, 4^e éd., 415 p.
- M. WATHELET et J. WILDEMEERSCH, *Contentieux européen*, Larcier, 2010, 790 p.

II) Articles

A) Articles de revues

- R. ABRAHAM, « Les incidences de la CEDH sur le droit constitutionnel et administratif des États parties », *RUDH*, 1992, Vol. 4, n° 10-11, pp. 409-418.
- M. AFROUKH, « L'identification d'une tendance récente à l'objectivisation du contentieux dans le contrôle de la Cour européenne des droits de l'Homme », *RDP*, 2015, n° 5, pp. 1355-1379.
- M. AFROUKH, « Le contrôle de conventionnalité *in concreto* est-il vraiment "dicté" par la Convention européenne des droits de l'homme ? », *RDLF*, 2019, chron. n° 04 (en ligne : <http://www.revuedlf.com>).
- M. AFROUKH, « Le juge des référés, censeur de la loi ! », *Gaz. Pal.*, 2016, n° 24, p. 23.
- M. AFROUKH, « Référé-liberté et Convention européenne des droits de l'homme », *RFDA*, 2016, n° 4, pp. 685-696.
- S. AMRANI-MEKKI, « Le principe de célérité », *RFAP*, 2008, n° 125, pp. 43-53.
- C. ALONSO, « Le référé-liberté, la police administrative et l'état d'urgence : contexte actuel », *AJDA*, n° 11, pp. 552-556.
- A. ASHWORTH, « Singularité et tradition : l'article 12 de la loi du 31 décembre 1987 », *RDP*, 1990, n° 5, pp. 1439-1491.
- N. AUBERT, « Le sens de l'urgence », *Sciences de la société*, 1998, n° 44, pp. 29-41.

- G. BACHELIER, « Le référé-liberté », *RFDA*, 2002, n° 2, pp. 261-268.
- D. BAILLEUL, « Le juge administratif et la conventionnalité de la loi : vers une remise en cause de la jurisprudence *Nicolo* ? », *RFDA*, 2003, n° 5, pp. 876-889.
- D. BARANGER, « Quel "État de droit" ? Quels contrôles ? Le juge des référés et le maintien en vigueur de l'état d'urgence », *RFDA*, 2016, n° 2, pp. 355-364.
- D. BARANGER, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle », *Jus politicum*, 2012, n° 7.
- A. BARAV et D. SIMON, « Le droit communautaire et la suspension provisoire des mesures nationales. Les enjeux de l'affaire *Factortame* », *RMC*, 1990, n° 340, p. 591.
- C. BARNARD, « The PPU : Is it Worth the candle ? An early assessment », *ELR*, 2009, p. 281.
- J. BARTHÉLEMY et L. BORÉ, « La QPC entre recours objectif et recours subjectif », *Constitutions*, 2010, n° 4, pp. 553-556.
- J. BARTHÉLEMY et L. BORÉ, « Les cas dans lesquels la question de constitutionnalité n'est pas prioritaire », *Constitutions*, 2010, n° 4, pp. 549-552.
- G. BEBR, « Examen en validité au titre de l'article 177 du traité C.E.E. et cohésion juridique de la Communauté », *CDE*, 1975, n° 4, pp. 379-424.
- K. BELGHITI et N. KORCHI, « Référé libertés sur les mesures d'assignation à résidence : Un contrôle juridictionnel de façade », *La Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, 21 décembre 2015.
- N. BELLOUBET, « Des ordres juridiques et des juges : complémentarité, hiérarchie, articulation », *Dr. soc.*, 2017, n° 5, pp. 388-392.
- N. BELLOUBET, « La motivation des décisions du Conseil constitutionnel : justifier et réformer », *NCCC*, 2017/2, n° 55-56, pp. 5-21.
- A. BELRHALI-BERNARD, « Les avis contentieux du Conseil d'État : remarques sur vingt années de pratique », *AJDA*, 2010, n° 7, pp. 364-371.
- A. BÉNABENT, « Un culte de la proportionnalité... un brin disproportionné ? », *Rec. Dall.*, 2016, n° 3, p. 137.
- V. BERGER, « Le Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme, ou l'institutionnalisation du "dialogue des juges" », *Gaz. Pal.*, 2015, n° 178, pp. 8-9.
- D. BERLIN, « L'application du droit communautaire de la concurrence par les autorités françaises », *RTDE*, 1991, n° 2, pp. 211-238.
- D. BERLIN, « La peau de chagrin des situations purement internes », *JCP G*, 2013, n° 14, p. 394.

- D. BERLIN, « Voies et moyens de l'application du droit communautaire en France », *Juris. Class. Europe*, 1992, fasc. 491.
- E. BERNARD, « La nouvelle procédure préjudicielle d'urgence applicable aux renvois relatifs à l'espace de liberté, de sécurité et de justice », *Europe*, 2008, n° 5, étude 5.
- P. BERTIN, « Le juge des référés et le droit communautaire », *Gaz. Pal.*, 1984, n° 1, doct. 48.
- J.-R. BINET, « Insémination *post mortem* : quand le Conseil d'État s'affranchit de l'interdit légal ! », *Droit de la famille*, 2016, n° 9, étude 15.
- X. BIOY, « L'apparition timide du droit de la santé dans le champ de la QPC », *NCCC*, 2013, n° 39, pp. 264-269.
- C. BOITEAU, « Le juge unique en droit administratif », *RFDA*, 1996, n° 1, pp. 10-30.
- P. BON, « La question prioritaire de constitutionnalité après la loi organique du 10 décembre 2009 », *RFDA*, 2009, n° 6, pp. 1107-1124.
- J. BONNET, « Les contrôles *a priori* et *a posteriori* », *NCCC*, 2013, n° 40, pp. 105-115.
- J. BONNET, « Les juges constitutionnels et l'état d'urgence », *DA*, 2016, n° 12, Etude 15.
- J. BONNET, P.-Y. GAHDOUN et D. ROUSSEAU, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle 2014 », *RDP*, 2015, n° 1, pp. 228-256.
- J. BONNET et A. ROBLLOT-TROIZIER, « L'état d'urgence devant le Conseil constitutionnel : contrôle vous avez dit contrôle ? », *NCCC*, 2016, n° 51, pp. 85-98.
- J. BONNET et A. ROBLLOT-TROIZIER, « La concrétisation des contrôles de la loi », *RFDA*, 2017, n° 5, pp. 821-854.
- J. BONNET et A. ROBLLOT-TROIZIER, « La concrétisation des réserves d'interprétations », *NCCC*, 2017, n° 55-56, pp. 140-142.
- J. BONNET et A. ROBLLOT-TROIZIER, « La concrétisation du contrôle de constitutionnalité des lois au service de l'effet utile des décisions QPC », *NCCC*, 2017, n° 57, pp. 165-170.
- J. BORÉ et L. BORÉ, « Pourvoi en cassation », *Rep. Dt. Pen et de Proced. Pen.*, Avril 2013 (actualisation : avril 2020).
- D. BOTTEGHI et A. LALLET, « De l'art faussement abstrait (et pas vraiment concret) du contrôle de conventionnalité », *AJDA*, 2010, n° 43, p. 2416-2422.
- C. BOYER-CAPELLE, « L'influence renouvelée de la Cour européenne des droits de l'homme dans le domaine des mesures provisoires et l'office du juge administratif français », *RDP*, 2011, n° 2, pp. 321-346.

- S. BRACONNIER, « Synthèse du colloque de Poitiers. L'urgence, mode d'emploi », *LPA*, 2001, n° 52, pp. 36-40.
- F. BRENET et A. CLAEYES, « La procédure de saisine pour avis du Conseil d'État : pratique contentieuse et influence du droit positif », *RFDA*, 2002, n° 3, p. 525-537.
- A. BRETONNEAU et J. LESSI, « Référés : l'irrésistible ascension », *AJDA*, 2014, n° 26, pp. 1484-1488.
- C. BROUELLE, « Les mesures ordonnées en référé », *RFDA*, 2007, n° 1, pp. 73-75.
- A. BUGADA, « La formation pour avis de la Cour de cassation, "juge des lois" ? », *Droit et procédures : la revue des huissiers de justice*, 2004, n° 3, pp. 137-143.
- A. BUGADA, « *Mission control* : un petit pas pour le barème, un bond de géant pour le contrôle de conventionnalité », *Dr. soc.*, 2019, n° 10, pp. 803-813.
- L. BURGORGUE-LARSEN, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 2018, n° 3, pp. 150-161.
- L. BURGORGUE-LARSEN, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme (janvier – août 2019) », *AJDA*, 2019, n° 31, pp. 1803-1813.
- L. BURGORGUE-LARSEN, « L'influence de la Cour européenne sur le fonctionnement des cours constitutionnelles », *RIDC*, 2008, Vol. 60, n° 2, pp. 265-282.
- J. CALLEWAERT, « La Cour européenne des droits de l'Homme et l'urgence », *RTDH*, 1994, n° 19, pp. 391-404.
- J.-F. CALMETTE, « Pas de présomption d'urgence pour le placement à l'isolement d'un détenu ou sa prolongation », *AJDA*, 2012, n° 21, pp. 1177-1180.
- G. CANIVET, « Le droit communautaire et l'office du juge national », *Droit et Société*, 1992, n° 20-21, pp. 133-141.
- D. et F. DONNAT, « L'office du juge administratif dans la jurisprudence récente du Conseil d'État », *DA*, 2004, n° 5, pp. 9-12.
- G. CASU, « Qu'est-ce qu'une question préjudicielle ? », *Procédures*, 2016, n° 8-9, Étude 8.
- P. CASSIA, « Arrêt de traitement médical : un bien étrange référé-liberté », *AJDA*, 2014, n° 22, pp. 1225-1227.
- P. CASSIA, « L'examen de la légalité en référé-suspension et en référé-liberté », *RFDA*, 2007, n° 1, pp. 45-57.
- P. CASSIA, « Le juge des référés peut-il statuer sur la compatibilité d'une loi avec le droit communautaire ? », *AJDA*, 2004, n° 9, pp. 465-473.

- P. CASSIA, « Le renvoi préjudiciel en appréciation de constitutionnalité, une "question" d'actualité », *RFDA*, 2008, n° 5, pp. 877-898.
- J. CAVALLINI, « Le juge national des référés en droit communautaire : vers de nouvelles fonctions », *Dall. Aff.*, 1996, n° 41, pp. 1306-1312.
- D. CHABANOL, « Une réforme inachevée », *AJDA*, 1988, n° 2, pp. 102-108.
- F. CHALTIEL, « Le juge administratif, juge européen », *AJDA*, 2008, n° 6, pp. 283-290.
- M. CHARITÉ, « Réserves d'interprétation transitoires dans la jurisprudence QPC », *AJDA*, 2015, n° 29, pp. 1622-1625.
- P. CHAUVIN, « La saisine pour avis », *BICC*, 1993.
- F. CHÉNEDÉ, « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *Rec. Dall.*, 2016, n° 14, pp. 796-806.
- F. CHÉNEDÉ, « Nullité du mariage entre alliés. Regard rétrospectif sur le contrôle de conventionalité *in concreto* », *Rec. Dall.*, 2017, n° 17, pp. 953-960.
- J.-Y. CHÉROT, « Qu'est-ce que le contrôle *in concreto* ? », *RRJ*, 2018/5, n° 32, pp. 2083-2092.
- B. CHEVALIER, « Les nouveaux développements de la procédure préjudicielle dans le domaine de l'espace judiciaire européen : la procédure préjudicielle d'urgence et les réformes principales prévues par le traité de Lisbonne », *ERA Forum*, 2009, n° 9, pp. 591-607.
- E. CHEVALIER, « La promotion d'une justice rapide remet-elle en cause le droit au recours effectif ? Le cas de la Cour de justice de l'Union européenne », *RTDE*, 2013, n° 4, p. 710-1.
- C. CHEVALLIER-GOVERS, « Le président du tribunal administratif au secours de la célérité de la justice administrative », *Gaz. Pal.*, 2000, pp. 1030-1047.
- P. CHRÉTIEN, « Premier bilan de la réforme des procédures d'urgence dans le contentieux administratif. La notion d'urgence », *RFDA*, 2007, n° 1, pp. 38-44.
- M. CHRISTELLE, « Des effets du caractère prioritaire de la QPC », *AJDA*, 2015, n° 6, pp. 348-351.
- L. CLEMENT-WILZ, « La procédure préjudicielle d'urgence : nouveau théâtre du procès européen ? », *CDE*, 2012, n° 1, pp. 135-166.
- S. COMELLAS, « L'effet (in)utile des décisions du Conseil constitutionnel », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2014, n° 4, pp. 833-838.
- L. COUTRON, « Chronique Droit du contentieux de l'Union européenne - Réforme de la Cour de justice de l'Union européenne : d'abord l'accessoire, l'urgent peut attendre ! », *RDTE*, 2013, n° 2, pp. 293-303.

- L. COUTRON, « Contrôle abstrait / Concret : l'impossible systématisation de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne relative au contrôle des actes des États membres », *RDLF*, 2019, chron. n° 3 (en ligne : <http://www.revuedlf.com>).
- L. COUTRON, « L'arrêt *Schul* : une occasion manquée de revisiter la jurisprudence *Foto-Frost* ? », *RTDE*, 2007, n° 3, pp. 491-512.
- L. COUTRON, « Urgence et renvoi préjudiciel », *RAE*, 2012, n° 2, pp. 385- 401.
- H.-M. DARNANVILLE, « La saisine pour avis du Conseil d'État et de la Cour de cassation », *AJDA*, 2001, n° 5, pp. 416-427.
- E. DAVID, « Référé », *Rep. Dr. Eur*, 2013 (actualisation : juin 2013).
- J. DAVID, « Le Conseil d'État et le contrôle de la conventionnalité procédurale de la loi : autopsie d'un refus », *AJDA*, 2018, n° 22, pp. 1255-1261.
- D. DE BÉCHILLON, « Cinq cours suprêmes ? Apologie (mesurée) du désordre », *Pouvoirs*, 2011, n° 137, pp. 33-45.
- D. DE BÉCHILLON, « Conflits de sentences entre les juges de la loi », *Pouvoirs*, 2001, n° 96, pp. 107-122.
- J.- F. DE MONGOLFIER, « L'urgence et le Conseil constitutionnel », *NCCC*, 2017, n° 54, pp. 31-45.
- B. DE LAMY, « La question prioritaire de constitutionnalité : une nouveauté... lourde et inachevée. (Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution : Cons. Const. 3 décembre 2009, décision n° 2009-595 DC) », *RSC*, 2010, n° 1, pp. 201-208.
- B. DE LAMY, « Les incidences, possibles et souhaitables, de l'avènement de la question préjudicielle de constitutionnalité (Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République) », *RSC*, 2009, n° 1, pp. 154-162.
- S. DE LA ROSA, « L'article 6 § 1 de la Convention européenne, le Conseil constitutionnel et la question préjudicielle de constitutionnalité », *RFDC*, 2009, n° 80, pp. 817-836.
- O. DE SCHUTTER « La protection juridictionnelle provisoire dans le droit de l'Union européenne et les droits fondamentaux », *CRIDHO Working Paper*, 2005, n° 8, 21 p.
- C. DEBOUY, « Intégration communautaire et pratique procédurale du juge administratif français », *JCP G*, 1992, n° 1, pp. 437-444.
- P. DELVOLVÉ, « Droits subjectifs contre interdit législatif », *RFDA*, 2016, n° 4, pp. 754-760.
- P. DELVOLVÉ, « Glissement », *RFDA*, 2014, n° 4, pp. 702-710.

- B. DELZANGLES, « Les enjeux institutionnels de la première demande d'avis consultatif adressés à la Cour européenne des droits de l'Homme », *RDP*, 2020, n° 1, pp. 171-190.
- C. DEMUNCK, « Vers un élargissement de la compétence consultative de la CEDH », *Dall. actu.*, 23 juillet 2013.
- F. DESPORTES, « La procédure d'avis en matière pénale », *BICC*, 15 février 2002, n° 550, p. 24.
- P. DEUMIER, « Contrôle concret de conventionnalité : l'esprit et la méthode », *RTD civ.*, 2016, n° 3, pp. 578-585.
- P. DEUMIER et H. FULCHIRON, « Première demande d'avis à la CEDH : vers une jurisprudence "augmentée" ? », *Rec. Dall.*, 2019, n° 4, pp. 228-234.
- T. DI MANNO, « Recours devant le Conseil constitutionnel par la voie préjudicielle : la question prioritaire de constitutionnalité », *Juris. Class. Libertés*, fasc. 210.
- M. DISANT, « Les effets dans le temps des décisions QPC. Le Conseil constitutionnel "maître du temps" ? Le législateur, bouche du Conseil constitutionnel ? », *NCCC*, 2013/3, n° 40, pp. 63-82.
- X. DOMINO et A. BRETONNEAU, « Dix ans d'urgence », *AJDA*, 2011, n° 24, pp. 1369-1375.
- X. DOMINO et A. LALLET, « An I ap. QPC », *AJDA*, 2011, n° 7, pp. 375-387.
- G. DRAGO, « Exceptions d'inconstitutionnalité. Prolégomènes d'une pratique contentieuse », *JCP G*, 2008, n° 49, doct. 217.
- R. DRAGO, « La procédure de référé devant le Conseil d'État », *RDP*, 1953, pp. 297-316.
- R. DRAGO, « Les droits fondamentaux entre juge administratif et juges constitutionnel et européens », *DA*, 2004, n° 6, étude 11.
- E. DREYER, « Embarras du juge des référés face à la loi du 29 juillet 1881 », *Dalloz*, 2011, n° 25, pp. 1734-1737.
- É. DUBOUT, « L'efficacité structurelle de la question prioritaire de constitutionnalité en question », *RDP*, 2013, n° 1, pp. 107-134.
- T. DUCHARME, « L'effet inutile des QPC confronté aux droits européens », *RDP*, 2019, n° 1, pp. 107-132.
- G. DUMORTIER, « La procédure devant le Conseil constitutionnel, juge électoral : sous les pavés, la plage ? », *NCCC*, 2013/4, n° 41, pp. 33-45.
- X. DUPRÉ DE BOULOIS, « La Cour européenne des droits de l'homme et l'affaire Vincent Lambert : à la recherche du temps perdu... », *RDLF*, 2015, chron. n° 24.

- V. DUSSART, « Les avis contentieux du Conseil d'État en matière fiscale », *LPA*, 2004, n° 210, pp. 3-12.
- L. DUTHEILET DE LAMOTHE et J. LESSI, « Cinq ans de QPC devant le juge administratif : retour d'expérience », *AJDA*, 2015, n° 13, pp. 755-762.
- L. DUTHEILET DE LAMOTHE et G. ODINET, « Contrôle de conventionnalité : *in concreto veritas* ? », *AJDA*, 2016, n° 25, pp. 1398-1405.
- L. DUTHEILET DE LAMOTHE et G. ODINET, « L'urgence dans tous ses états », *AJDA*, 2016, n° 5, pp. 247-254.
- O. DUTHEILET DE LAMOTHE, « La Convention européenne et le Conseil constitutionnel », *RIDC*, 2008, Vol. 60, n° 2, pp. 293-308.
- C. EISENMANN, « Le contrôle juridictionnel des lois en France », *in Actualité du contrôle juridictionnel des lois*, Travaux des sixièmes journées d'études juridiques Jean Dabin, Larcier, 1973, pp. 71-95.
- C. EISENMANN, « Le droit administratif et le principe de légalité », *ECDE*, 1957, n° 11, p. 25.
- L. ERSTEIN, « La QPC dans le référé suspension », *JCP ADP*, 2013, n° 21, act. 436.
- G. EVEILLARD, « Chronique de droit administratif », *JCP G*, 2016, n° 50, doct. 1367.
- G. EVEILLARD, « État d'urgence : les assignations à résidence devant le juge administratif et le Conseil constitutionnel », *DA*, 2016, n° 4, pp. 46-53.
- M. EYNARD, « La modulation des effets dans le temps des déclarations d'inconstitutionnalité prononcées dans le cadre de questions prioritaires de constitutionnalité : typologie des solutions et perspectives », *RFDC*, 2018, n° 2, pp. 317-342.
- D. FALLON, « Le juge et l'abrogation de la loi », *RFDA*, 2017, n° 5, pp. 865-881.
- M. FATIN-ROUGE STEFANINI, « La question préjudicielle de constitutionnalité : étude du projet français au regard du droit comparé », *AIJC*, vol. XXIII-2007, 2008, pp. 13-23.
- M. FATIN-ROUGE STEFANINI, « La singularité du contrôle exercé *a posteriori* par le Conseil constitutionnel : la part de concret et la part d'abstrait », *NCCC*, 2013/1, n° 38, pp. 211-216.
- B. FAURE, « RÉFÉRÉ. – Juge administratif des référés statuant en urgence. – Référé-liberté », *Juris. Class. Justice administrative*, 2016, Fasc. 51.
- L. FAVOREU, « La notion de liberté fondamentale devant le juge administratif des référés », *Rec. Dall.*, 2001, n° 22, pp. 1739-1744.
- F. FERRAND, « Des circuits différenciés au filtrage des pourvois. La tentation radicale de la Cour de cassation », *Rec. Dall.*, 2017, n° 31, pp. 1170-1177.

- J. FERRERO, « L'ouverture de la saisine de la Cour européenne des droits de l'homme du Protocole n° 16 au Conseil constitutionnel français : interlude dans le dialogue des juges », *RDP*, 2019, n° 4, pp. 1047-1072.
- J.-M. FÉVRIER, « La jurisprudence communautaire et le contentieux administratif du sursis à exécution », *AJDA*, 1995, n° 12, pp. 867-874.
- J.-F. FLAUSS, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 2002, n° 20, pp. 1277-1286.
- J.-F. FLAUSS, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 2005, n° 10, pp. 541-551.
- J.-F. FLAUSS, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 2010, n° 42, pp. 2362-2368.
- J.-F. FLAUSS, « Convention européenne des droits de l'homme et contentieux constitutionnel », *RFDC*, 1993, n° 13, pp. 207-216.
- J.-F. FLAUSS, « *Nicolo*, côté cour », *LPA*, 1990, n° 17, pp. 6-7.
- L. FONTAINE, « Le contrôle de constitutionnalité par voie préjudicielle en France : quelles pratiques ? », Compte-rendu analytique, critique... et pédagogique du colloque du 16 février 2009, organisé à Paris par le Ministère de la Justice, l'UMR 6201, Institut Louis Favoreu, GERC, CDPC, IEIA et l'AFDC, 16 p.
- P.-L. FRIER, « Un inconnu : le vrai référé administratif », *AJDA*, 1980, n° 2, pp. 67-76.
- M. FROMONT, « Présentation de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne », *CCC*, 2004, n° 15 (Dossier : Allemagne).
- H. FULCHIRON, « Cadrer le contrôle de proportionnalité : des règles "hors contrôle" ? », *Rec. Dall.*, 2018, n° 9, pp. 467-468.
- H. FULCHIRON, « Contrôle de proportionnalité ou décision en équité ? », *Rec. Dall.*, 2016, n° 25, pp. 1472-1476.
- H. FULCHIRON, « Le contrôle de proportionnalité au service du principe de subsidiarité », *Rec. Dall.*, 2018, n° 12, pp. 649-652.
- H. FULCHIRON, « Pas de famille homoparentale hors adoption », *Rec. Dall.*, 2018, n° 18, pp. 983-986.
- H. FULCHIRON, « Premier avis de la Cour européenne des droits de l'Homme : un dialogue exemplaire ? », *Rec. Dall.*, 2019, n° 19, pp. 1084-1091.
- M.-A. GAUDISSERT, « La refonte du Règlement de procédure de la Cour de justice », *CDE*, 2012, n° 3, pp. 603-669.

- M. GAUTIER, « L'entrée timide du Conseil constitutionnel dans le système juridique européen », *AJDA*, 2013, n° 19, pp. 1086-1091.
- M. GAUTIER, « QPC et droit communautaire. Retour sur une tragédie en cinq actes », *DA*, 2010, n° 10, étude 19.
- P.-Y. GAUTIER, « Contrôle de proportionnalité subjectif, profitant aux situations illicites : "l'anti-Daguesseau" », *JCP G*, 2016, n° 7, p. 189.
- C. GAUTHIER, « L'entrée en vigueur du Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, entre espérances et questionnements... », *RTDH*, 2019, n° 117, pp. 43-65.
- L. GAY, « Du contentieux *a priori* au contentieux *a posteriori* : l'occasion manquée d'un contrôle concret de constitutionnalité en France ? », *AIJC*, vol. XXIX-2012, 2013, pp. 55-59.
- B. GENEVOIS, « L'application du droit communautaire par le Conseil d'État », *RFDA*, 2009, n° 2, pp. 201-214.
- D. GILTARD, « Référés (Urgence) », *Rep. Ctx. Admin*, octobre 2011 (actualisation : janvier 2016)
- T.-X. GIRARDOT, « Le retour de la loi écran devant le juge des référés, la jurisprudence *Carminati* confirmée par le juge des référés du Conseil d'État », *AJDA*, 2006, n° 34, pp. 1875-1880.
- G. GLÉNARD, « Les critères d'identification d'une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative », *AJDA*, 2003, n° 38, pp. 2008-2017.
- M. GOBERT, « La jurisprudence, source du droit triomphante mais menacée », *RTD civ.*, 1992, n° 2, pp. 344-353.
- V. GOESEL-LE BIHAN, « Conseil constitutionnel et état d'urgence : état des lieux », *AJDA*, 2017, n° 36, pp. 2033-2035.
- O. GOHIN, « Le recours pour excès de pouvoir et les référés », *JCP A.*, 2012, n° 38-39, 2314.
- G. GONDOUIN, « L'oralité dans la procédure de référé », *RFDA*, 2007, n° 1, pp. 68-72.
- F. GRANET-LAMBRECHTS, « Droit de la filiation. Janvier 2016 - février 2017 », *Rec. Dall.*, 2017, n° 23, p. 729.
- M. GRIENENBERGER-FASS, « Les filtres juridictionnels dans la question préalable en appréciation de constitutionnalité, préfiguration d'un contrôle diffus de constitutionnalité ? », *LPA*, 2009, n° 212, pp. 24-30.
- C. GROULIER, « Contrôle de conventionnalité de la loi et référé. De quelques doutes sérieux sur la jurisprudence *Carminati* », *AJDA*, 2007, n° 24, pp. 1274-1281.

- M. GUILLAUME, « Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme », *NCCC*, 2011, n° 32, pp. 67-95.
- M. GUILLAUME, « QPC : textes applicables et premières décisions », *CCC*, 2010, n° 29, p. 9.
- M. GUILLAUME, « Question prioritaire de constitutionnalité », *Rep. Ctx. Admin*, 2015.
- M. GUILLAUME « La question prioritaire de constitutionnalité », *Justice et cassation, revue annuelle des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation*, 2010, p. 279.
- M. GUILLAUME, « Le règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité », *LPA*, 2010, n° 38, pp. 3-11.
- M. GUYOMAR, « Référé-liberté et contrôle de conventionnalité de la loi : nouveau mode d'emploi », *Gaz. Pal.*, 26 juillet 2016, n° 28, p. 29.
- M. GUYOMAR et P. COLLIN, « Le référé-liberté : les libertés concernées et le rôle du Conseil d'État juge d'appel », *AJDA*, 2001, n° 2, pp. 153-157.
- B. HAFTEL, « Insémination *post mortem* internationale, contrôle de proportionnalité et méthodes du droit international privé », *Rec. Dall.*, 2016, n° 25, pp. 1477-1480.
- V. HAÏM, « L'écrit et le principe du contradictoire dans la procédure administrative contentieuse », *AJDA*, 1996, n° 10, pp. 715-721.
- P. HAY, « Une approche politique de l'application de l'article 177 par les juridictions nationales », *CDE*, 1971, pp. 503-521.
- P. HÉBRAUD, « *La réforme de la procédure. Le décret-loi du 30 octobre 1935* », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1936, n° 56, pp. 37-119.
- N. HERVIEU, « Cour européenne des droits de l'homme : Bilan d'étape d'un perpétuel chantier institutionnel » *Lettre "Actualité Droits-Libertés" du CREDOF*, 3 septembre 2013.
- N. HERVIEU, « Cour européenne des droits de l'homme : De la résilience juridictionnelle à l'audace contentieuse ? Bilan annuel 2017 », *La Revue des droits de l'homme*, 2018, 14 p.
- T. HOCHMANN, « Et si le Conseil constitutionnel était une "cour constitutionnelle de référence" ? », *RDLF*, 2019, chron. n° 32.
- H. HOEPFFNER, « Les avis du Conseil d'État », *RFDA*, 2009, n° 5, pp. 895-909.
- J.-G. HUGLO, « Cour de justice. Le référé », *Juris. Class. Europe*, 1992, fasc. 390/161-29.
- J.-G. HUGLO, « Voies de droit et moyens d'application du droit de l'Union Européenne en France », *Juris. Class. Europe Traité*, 2012, fasc. 490.

- H. HURPY, « La protection du droit au refus de l'acharnement thérapeutique par le juge des référés dans le cadre de l'affaire "Vincent Lambert" », *La Revue des droits de l'homme*, 2014 (en ligne : <https://journals.openedition.org/revdh/868>).
- G. ISAAC, « Procédure préjudicielle et libération des prix des carburants français », *RTDE*, 1985, n° 1, pp. 381-391.
- J.-P. JACQUÉ, « Union européenne et Conseil de l'Europe. À propos des droits de l'homme en Europe », *RTDE*, 2013, n° 2, pp. 195-200.
- F. JACQUELOT, « La procédure de la QPC », *NCCC*, 2013, n° 40, pp. 7-36.
- P. JAN, « L'accès au juge : modalités et procédures », in *Rapport pour le deuxième congrès de l'A.C.C.P.U.F.*, 1 février 2000, 56 p. (en ligne : https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/pdf/Conseil/jan2000.pdf).
- P. JAN, « Le Conseil constitutionnel », *Pouvoirs*, 2001, n° 99, pp. 71-86.
- F. JAURÉGUIBERRY, « Télécommunications et généralisation de l'urgence », *Sciences de la Société*, 1998, n° 44, pp. 83-96.
- A. JEAMMAUD, « Le droit constitutionnel dans les relations de travail », *AJDA*, 1991, n° 9, pp. 612-622.
- A. JEAMMAUD, « Propos conclusifs », *Dr. soc.*, 2019, n° 4, pp. 329-333.
- G. JÈZE, « Le contrôle juridictionnel des lois », *RDP*, 1924, p. 399.
- R. JOLIET, « La protection juridictionnelle des particuliers contre les manquements étatiques », *RFDA*, 1994, n° 5, pp. 865-874
- R. JOLIET, « Protection juridictionnelle provisoire et droit communautaire », *Rivista di diritto europeo*, 1992, n° 2, pp. 253-284.
- O. JOUANJAN, « Les effets dans le temps des décisions de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne », *NCCC*, 2015, n° 47, pp. 91-98.
- H. KANNINEN, « Le renvoi préjudiciel à la Cour de Justice des Communautés européennes », in *Rapport général du colloque de l'Association des Conseils d'États et des juridictions administratives suprêmes de l'Union européenne*, 20 et 21 mai 2002, Helsinki, 48p. (en ligne : http://www.aca-europe.eu/images/media_kit/colloquia/2002/gen_report_fr.pdf).
- R. KOVAR, « Le droit des personnes privées à obtenir devant la Cour des Communautés le respect du droit communautaire par les États membres », *AFDI*, 1966, n° 12, pp. 509-543.
- F. KRENC, « "Dire le droit" "Rendre la justice". Quelle Cour européenne des droits de l'homme ? », *RTDH*, 2018, n° 114, pp. 312-346.

- H. LABAYLE, « L'effectivité de la protection juridictionnelle des particuliers. Le droit administratif français et les exigences de la jurisprudence européenne », *RFDA*, 1992, n° 4, pp. 619-642.
- H. LABAYLE, « La Cour de justice des Communautés européennes et la modulation des effets de sa jurisprudence : autres lieux ou autres mœurs ? », *RFDA*, 2004, n° 4, pp. 663-675.
- H. LABAYLE, « Le droit européen de l'asile devant ses juges : précisions ou remises en question ? », *RFDA*, 2011, n° 2, pp. 273-290.
- D. LABETOULLE, « Ni monstre ni appendice : le "renvoi" de l'article 12 », *RFDA*, 1988, pp. 213-218.
- J.-F. LACHAUME, « Les stratégies de l'urgence et la réponse juridictionnelle », *LPA*, 2001, n° 52, pp. 18-35.
- M. LAGRANDE, « Cour de justice des communauté européenne et tribunaux nationaux, "la théorie de l'acte clair" : pomme de discorde ou trait d'union ? », *Gaz. Pal.*, 1971, pp. 130-134.
- X. LAMEYRE, « Actualité et acte de juger : éthique d'une poétique du procès », *LPA*, 2005, n° 138, p. 17-24.
- C. LANTERO, « Les libertés fondamentales au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative », *Le blog de Droit administratif*, 2018 (en ligne : blogdroitadministratif.net).
- T. LARROUTUROU, « Coup de projecteur sur les aspects procéduraux du premier avis rendu dans le cadre du Protocole 16 à la Convention européenne des droits de l'homme », *Rec. Dall.*, 2019, n° 25, pp. 1404-1407.
- T. LARROUTUROU, « Le Protocole n° 16 à la CEDH, nouveau terrain de rencontre des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité », *RDP*, 2018, n° 2, pp. 475-498.
- T. LARROUTUROU, « Premières décisions de la CEDH relatives aux effets des décisions du Conseil constitutionnel », *Constitution*, 2018, n° 1, pp. 74-81.
- T. LARROUTUROU, « Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme et demandes d'avis aux cours suprêmes : saisine sur avis ne vaut ? », *Rec. Dall.*, 2018, n° 27, pp. 1502-1503.
- P. LAURENT, « La fonction communautaire du juge judiciaire français des référés », *Gaz. Pal.*, 1984, n° 2, doct. 544.
- P. LAURENT, « Le juge national, juge communautaire des référés », *Gaz. Pal.*, 1992, n° 3, doct. 227.
- L. LAVRYSEN, « The mountain gave birth to a mouse : the first Advisory Opinion under Protocol No. 16 », 24 avril 2019, *Strasbourg Observers*, (en ligne : <https://strasbourgobservers.com/2019/04/24/the-mountain-gave-birth-to-a-mouse-the-first-advisory-opinion-under-protocol-no-16/>).

- F. LAZAUD, « L'objectivisation du contentieux européen des droits de l'homme. (Lecture de l'arrêt *Broniowski* à la lumière du protocole n° 14 », *RRJ*, 2005, n° 2, pp. 913-934.
- B. LE BAUT-FERRARESE, « Arrêts récents de la Cour de justice des Communautés européennes en matière de mesures provisoires : réflexions sur l'effet de "modèle" des procédures issues de la Communauté européenne », *Rec. Dall.*, 1998, n° 32, chron. 306.
- B. LE BAUT-FERRARÈSE, « L'office du juge administratif des référés face à la règle européenne », *LPA*, 2004, n° 40, pp. 4-11.
- B. LE BAUT-FERRARÈSE, « Le droit communautaire à la recherche d'un juge administratif français de l'urgence », *Les Cahiers du CDRE*, 1999, n° 1, pp. 39-72.
- B. LE BAUT-FERRARÈSE, « Les procédures d'urgence et le langage du droit », *RFDA*, 2002, n° 2, pp. 296-314.
- O. LE BOT, « Contrôle de conventionnalité et référé-suspension : quelques précisions sur l'office du juge des référés et l'étendue du contrôle de cassation », *AJDA*, 2003, n° 20, pp. 1065-1067.
- O. LE BOT, « Référé-liberté et état d'urgence », *LPA*, 2016, n° 48, p. 8.
- G. LE CHATELLIER, « Les incidences du droit communautaire sur le droit du contentieux administratif », *AJDA*, 1996, n° spécial, pp. 97-101.
- Y. LEQUETTE, « Renvoi », *Rep. Dr. Inter.*, décembre 1998 (actualisation : mars 2009).
- S.-J. LIÉBER, D. BOTTEGHI et V. DAUMAS, « La question prioritaire de constitutionnalité vue du Conseil d'État », *NCCC*, 2010, n° 29, pp. 101-120.
- A. LOUVARIS, « Le Conseil d'État, juridiction suprême en réseau : une illustration », *Rec. Dall.*, 2005, n° 13, pp. 859-864.
- G. LÜBBE-WOLFF, « Rapport. La Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne », XV^e Congrès de la Conférence des cours constitutionnelles européennes, 2011, pp. 1-17.
- J.-C. MAGENDIE, *Célérité et qualité de la justice. La gestion du temps dans le procès. Rapport remis au Garde des sceaux*, La documentation française, 2004, 90 p.
- X. MAGNON, « La modulation des effets dans le temps des décisions du juge constitutionnel », *AJJC*, vol. XXVII-2011, 2012, pp. 557-591.
- D. MAILLARD DESGRÉES DU LOÛ, « Conseil d'État. – Avis sur une question de droit », *Juris. Class. Justice administrative*, Novembre 2016, fasc. n° 11.
- A. MAITREPIERRE, « Le droit de l'Union européenne et le juge français : circonstances et incidences d'une rencontre », *RAE*, 2007/2008, n° 3, pp. 539-548.

- F. MALLOL, « "Veuillez patienter" : regard dubitatif sur la qualité et la célérité de la justice administrative », *RFAP*, 2016, n° 159, pp. 775-788.
- C. MALVERTI et C. BEAUFILS, « Le référé en liberté », *AJDA*, 2020, n° 21, pp. 1154-1164.
- P. MANIN, « Les effets des juridictions européennes sur les juridictions françaises », *Pouvoirs*, 2001, n° 96, pp. 51-64.
- A. MARAIS, « La procréation *post-mortem* », *RDSS*, 2018, n° 3, pp. 498-506.
- P. MARCANTONI, « Le non-examen de la recevabilité du recours principal ou la priorité renforcée de la QPC », *Constitution*, 2017, n° 4, pp. 569-577.
- J.-P. MARGUÉNAUD, « L'appréciation par la Cour de Strasbourg des efforts d'adaptation du droit français des écoutes téléphoniques aux exigences de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme », *RTD civ.*, 1998, n° 4, pp. 994-995.
- J.-P. MARGUÉNAUD, « Le refus de la procréation médicalement assistée à un couple d'homosexuelles mariées ou la subsidiarité otage de la proportionnalité », *RTD civ.*, 2018, n° 2, pp. 349-352.
- A. MARKETOU, « Examen de proportionnalité et raisonnement par cas dans l'application de la Convention européenne des droits de l'homme », *RRJ*, 2018/5, n° 32, pp. 1865-1884.
- J.-P. MARKUS, « L'appréciation de la conventionnalité d'une loi par le juge des référés », *AJDA*, 2003, n° 33, pp. 1786-1789.
- J.-P. MARKUS, « Le contrôle de conventionnalité des lois par le Conseil d'État », *AJDA*, 1999, n° 2, p. 99.
- B. MARTIN-LAPRADE, « Le "filtrage" des pourvois et les "avis" contentieux », *AJDA*, 1988, n° 2, pp. 85-92.
- B. MATHIEU, « Neuf mois de jurisprudence relative à la QPC. Un bilan », *Pouvoirs*, 2011, n° 137, pp. 57-71.
- R. MEHDI, « Le droit communautaire et les pouvoirs du juge national de l'urgence (quelques enseignements d'une jurisprudence récente) », *RTDE*, 1996, n° 1, pp. 77-100.
- F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, « Le Conseil constitutionnel, juge électoral », *Pouvoirs*, 2003, n° 105, pp. 117-132.
- L. MILANO, « Techniques préjudicielles et exigences du procès équitable dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. UE*, 2019, n° 631, pp. 470-478.
- L. MILANO et X. DUPRÉ DE BOULOIS, « Jurisprudence administrative et Convention européenne des droits de l'homme », *RFDA*, 2017, n° 4, pp. 762-770.

- F. MODERNE, « Premier bilan de la réforme des procédures d'urgence dans le contentieux administratif. Rapport de synthèse : vers la banalisation des procédures d'urgence », *RFDA*, 2007, n° 1, pp. 91-99.
- F. MODERNE, « Vers une culture de l'urgence dans le contentieux administratif ? », *Rec. Dall.*, 2001, n° 41, pp. 3283-3285.
- N. MOLFESSIS, « La résistance immédiate de la Cour de cassation à la QPC », *Pouvoirs*, 2011, n° 137, pp. 83-99.
- M. MORALES, « L'office du juge du référé-liberté à l'épreuve du principe d'impartialité », *RDP*, 2018, n° 1, pp. 115-140.
- C. MORLOT-DEHAN, « La protection provisoire devant les juridictions administratives dans l'Union européenne [L'exemple de l'Allemagne, de la Belgique, de l'Espagne, de la France, de la Grèce et de l'Italie] », *RIDC*, 2004, n° 2, pp. 459-474.
- S. MOUTON et M. CARPENTIER (dir.), « L'effet utile des décisions QPC du Conseil constitutionnel : un bilan critique », *Titre VII*, 2020, n° hors-série.
- C. NAÔME, « La procédure accélérée et la procédure préjudicielle d'urgence devant la Cour de justice des Communautés européennes », *JDE*, 2009, n° 162, pp. 237-247.
- S. NICOT, « La question préjudicielle de constitutionnalité une procédure "eurocompatible" ? », *AIJC*, vol. XXIV-2008, 2009, pp. 59-75.
- J. NORMAND, « Jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé », *RTD. civ.*, 1984, pp. 762-768.
- P. OLIVIER, « Le droit communautaire et les voies de recours nationales », *CDE*, 1992, n° 3-4, pp. 348-374.
- P. ORIANNE, « Les standards et les pouvoirs du juge », *RRJ*, 1988, n° 4, pp. 1037-1068.
- C. ORSINI, « Le juge des référés et l'application des normes communautaires », *Gaz. Pal.*, 1985, n° 2, doct. 395.
- G. PAMBOU TCHIVOUNDA, « Recherche sur l'urgence en droit administratif français », *RDP*, 1983, pp. 81-133.
- J.-J. PARDINI, « La jurisprudence constitutionnelle et les "faits" », *CCC*, 2000, n° 8, pp. 122-130.
- J.-J. PARDINI, « La prise en compte des faits de l'espèce dans l'interprétation de la loi par le juge constitutionnel », *Cahiers du CDPC*, 2012, n° 9, pp. 13-22.
- J.-J. PARDINI, « Question prioritaire de constitutionnalité et question incidente de constitutionnalité italienne : *ab origine fidelis* », *Pouvoirs*, 2011, n° 137, pp. 101-122.
- J.-J. PARDINI, « Réalisme et contrôle des lois en Italie », *CCC*, 2007, n° 22, pp. 160-171.

- C. PARISI, « L'extension du système de juge unique en Europe », *RIDC*, 2007, n° 3, pp. 647-671.
- G. PARLEANI, « Le juge des référés face au droit communautaire », *Rec. Dall.*, 1990, n° 11, chron., pp. 65-72.
- P. PASSAGLIA, « La distinction entre contrôle abstrait et contrôle concret en Italie », *AIJC*, vol. XXIX-2013, 2014, pp. 61-76.
- B. PASTOR et E. VAN GINDERACHTER, « La procédure en référé », *RTDE*, 1989, n° 3, pp. 561-621.
- G. PAYAN, « La saisine pour avis de la Cour EDH : entrée en vigueur du Protocole n° 16 à la Convention européenne », *Lamy Droit civil*, 2018, n° 161, pp. 32-36.
- J. PERTEK, « Renvoi préjudiciel », *Juris. Class. Europe*, fasc. 360-1, pts. 133-134, (mise à jour octobre 2015).
- J.-B. PERRIER, « Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par la Cour de cassation », *RFDA*, 2011, n° 4, pp. 711-722.
- X. PHILIPPE, « Rapprochements et divergences persistantes des systèmes juridiques de *Civil Law* et de *Common Law* », *AIJC*, vol. XXIV, 2008, pp. 40-55.
- F. PICOD, « Référé devant la Cour de justice de l'Union européenne », *Juris. Class. Europe*, 2014, fasc. 390.
- F. PICOD, « Cour de justice : procédure », *Rep. Dr. Eur.*, mai 2016 (actualisation : février 2020).
- F. PICOD et J. RIDEAU, « Renvoi préjudiciel », *Rep. Dr. Eur.*, 2006 (actualisation : octobre 2013).
- D. PINARD, « Le droit et le fait dans l'application des standards et la clause limitative de la charte canadienne des droits et libertés », *RRJ*, 1988, n° 4, p. 1069-1122.
- S. PLATON, « La singularité du droit de l'Union européenne dans le contrôle de conventionnalité des lois. *Fluctuat net mergitur ?* », *AJDA*, 2019, n° 36, pp. 2111-2119.
- S. PLATON, « Les interférences entre l'office du juge ordinaire et celui du Conseil constitutionnel : "malaise dans le contentieux constitutionnel" », *RFDA*, 2012, n° 4, pp. 639-649.
- B. PLESSIX, « Le caractère provisoire des mesures prononcées en référé. Premier bilan de la réforme des procédures d'urgence dans le contentieux administratif », *RFDA*, 2007, n° 1, pp. 76-79.

- J. PRÉVOST-GELLA, « Contrôle abstrait et contrôle concret : les juges confrontés à l'application de la jurisprudence *Gonzalez-Gomez* », *RFDA*, 2017, n° 5, pp. 855-864.
- P. PUIG, « L'excès de proportionnalité (À propos de la réforme de la Cour de cassation et quelques décisions récentes) », *RTD civ.*, n° 1, 2016, pp. 70-75.
- M. QUYOLLET, « Question prioritaire de constitutionnalité (QPC) », *Juris. Class. Admin.*, 2016 (mis à jour le 2 avril 2019), Fasc. 1405.
- M.-J. REDOR-FICHOT, « Le Conseil constitutionnel, la question prioritaire de constitutionnalité et les "droits et libertés que la Constitution garantit" », *CRDF*, 2011, n° 9, pp. 41-53.
- L. RICHER, « L'instance de référé d'urgence », *RFDA*, 2002, n° 2, pp. 269-271.
- H. RIHAL, « L'aide médicale d'Etat aux étrangers : restriction des droits et juridiction compétente », *AJDA*, 2006, n° 17, pp. 944-947.
- D. RITLENG, « Le principe de primauté du droit de l'Union : quelle réalité ? », *Rev. UE*, 2015, n° 593, pp. 630-637.
- D. RITLENG, J.-P. KOVAR et A. BOUVERESSE, « Jurisprudence administrative française intéressant le droit de l'Union », *RTDE*, 2010, n° 4, p. 975.
- J. ROBERT, « Les situations d'urgence en droit constitutionnel », *RIDC*, Vol. 42, n° 2, 1990, pp. 751-764.
- A. ROBLLOT-TROIZIER, « État d'urgence et protection des libertés », *RFDA*, 2016, n° 3, pp. 424-436.
- A. ROBLLOT-TROIZIER, « La question prioritaire de constitutionnalité devant les juridictions ordinaires : entre méfiance et prudence », *AJDA*, 2010, n° 2, pp. 80-87.
- A. ROBLLOT-TROIZIER, « Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil d'État. Vers la mutation du Conseil d'État en un juge constitutionnel de la loi », *RFDA*, 2011, n° 4, pp. 691-710.
- A. ROBLLOT-TROIZIER, « Renvoi préjudiciel sur renvoi prioritaire : le droit au recours théâtre d'une collaboration inédite entre juges constitutionnel et européen », *NCCC*, 2013, n° 41, pp. 245-262.
- A. ROBLLOT-TROIZIER et G. TUSSEAU, « Chronique de jurisprudence - Droit administratif et droit constitutionnel », *RFDA*, 2018, n° 6, pp. 1141-1160.
- J. ROUX, « Premier renvoi préjudiciel du Conseil constitutionnel à la Cour de justice et conjonction de dialogues des juges autour du mandat d'arrêt européen », *RTDE*, 2013, n° 3, pp. 531-558.
- F. RUELLAN, « Le juge et l'urgence », *Les cahiers de la sécurité intérieure*, 1995, n° 22, pp. 47-56.

- M.-C. RUVANOT, « Le protocole n°16 à la convention européenne : réflexions sur une nouvelle espèce du genre », *RGDIP*, 2014, n° 1, pp. 71-93.
- T. SANTOLINI, « La question prioritaire de constitutionnalité au regard du droit comparé », *RFDC*, 2013, n° 93, pp. 83-105.
- T. SANTOLINI, « Les parties dans le procès constitutionnel en droit comparé », *CCC*, 2008, n° 24, pp. 122-130.
- F. SAVONITTO, « État d'urgence et risque d'inconstitutionnalité », *RDLF*, 2016, chron. n° 15.
- F. SAVONITTO, « Les cas d'absence de double filtrage des QPC », *Gaz. Pal.*, 2012, n° 185, p. 15-18.
- A. SAYEDE HUSSEIN, « La QPC devant le juge administratif des référés d'urgence (Trois ans et demi de saisines juridictionnelles inabouties) », *LPA*, 2013, n° 223, pp. 6-14.
- A. SAYEDE HUSSEIN, « Le juge du référé-suspension, juge de l'inconventionnalité manifeste des lois. Dix ans de mutations jurisprudentielles inachevées », *LPA*, 2013, n° 170, pp. 10-14.
- S. SCHMITT, « La nature objective du contentieux constitutionnel des normes : les exemples français et italien », *RFDC*, 2007, n° 72/4. pp. 719-747.
- J. SCHMITZ, « Le juge du référé-liberté à la croisée des contentieux de l'urgence et du fond », *RFDA*, 2014, n° 3, pp. 502-511.
- B. SEILLER, « Le juge du référé-liberté peut se prononcer sur l'exception d'inconventionnalité d'une loi », *Gaz. Pal.*, 11 octobre 2016, n° 35, p. 30.
- B. SEILLER, « Question préjudicielles », *Rep. Ctx. Admin*, septembre 2014 (actualisation : mars 2020).
- J.-É. SCHOETTL, « Ma cinquantaine rue de Montpensier », *CCC*, 2008, n° 25, pp. 47-54.
- L.-A. SICILIANOS, « L'élargissement de la compétence consultative de la Cour européenne des droits de l'homme – À propos du Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2014, n° 97, pp. 9-30.
- D. SIMON, « Directive », *Rep. Dr. Eur.*, 2018 (actualisation juillet 2019).
- D. SIMON, « Le traité de Lisbonne et la juridiction communautaire », *Europe*, 2010, n° 1, 1.
- D. SIMON et A. RIGAUX, « La priorité de la question prioritaire de constitutionnalité : harmonie(s) et dissonance(s) des monologues juridictionnels croisés », *NCCC*, 2010, n° 29, pp. 63-88.

- J. SIRINELLI, « La subjectivisation du recours pour excès de pouvoir », *RFDA*, 2016, n° 3, pp. 529-544.
- V. SKOURIS, « Quelle souveraineté juridique des États et de l'Union ? », *RFDA*, 2016, n° 3, pp. 411-416.
- S. SLAMA, « Le Conseil constitutionnel temporise sur l'absence de recours effectif contre les expulsions en urgence absolue », *Lexbase, La lettre juridique*, 27 octobre 2016, n° 674, pp. 1-8.
- S. SLAMA, « Plaidoyer pour l'instauration d'une procédure d'examen des questions prioritaires de constitutionnalité en urgence », *CRDF*, 2011, n° 9, pp. 55-67.
- S. SLAMA, « Prendre au sérieux la Charte des droits fondamentaux en droit des étrangers », *La Revue des droits de l'homme*, 2014, n° 5 (en ligne : <https://journals.openedition.org/revdh/785>).
- S. SLAMA, « Référé-liberté, QPC et contrariété au droit communautaire de l'absence de recours suspensif devant la CNDA pour ressortissants de pays "d'origine sûrs" », *Lettres Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 21 juin 2010.
- B. STIRN, « Le Conseil d'État et les juridictions communautaires : un demi-siècle de dialogue des juges », *Gaz. Pal.*, 2009, n° 45, pp. 3-7.
- B. STIRN, « Le point de vue du juge », *RFDA*, 2021, n° 4, pp. 649-651.
- F. SUDRE, « De QPC en Qpc... ou le Conseil constitutionnel juge de la Convention EDH », *JCP G*, 2014, n° 41, doct. 1027, pp. 1799-1806.
- F. SUDRE, « La compatibilité avec l'article 6, § 1 de la Convention EDH du refus de renvoi d'une QPC au Conseil constitutionnel », *JCP G*, 2015, n° 46-47, p. 1257.
- F. SUDRE, « La subsidiarité, "nouvelle frontière" de la Cour européenne des droits de l'homme. À propos des Protocoles 15 et 16 à la Convention », *JCP G*, 2013, n° 42, doct. 1086.
- F. SUDRE, « Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme. De quoi est-il question ? », *JCP G*, 2017, n° 11, doct. 289.
- F. SUDRE, « Question préjudicielle de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'Homme », *RDP*, 2009, n° 3, p. 671.
- F. SUDRE, « Ratification de la France et entrée en vigueur du Protocole n° 16. Une embellie pour la Convention EDH ? », *JCP G*, 2018, n° 17, p. 473.
- D. SZYMCZAK et S. TOUZÉ, « Cour européenne des droits de l'homme et droit international général », *AFDI*, 2013, n° 59, pp. 279-300.
- F. TARLET et G. LÉONARD, « Mutations génétiques et juridiques autour de la décision Arcelor », *AJDA*, 2017, n° 5, pp. 288-295.

- M. TARUFFO, « La justification des décisions fondées sur des "standards" », *RRJ*, 1988, n° 4, pp. 1123-1145.
- P. THÉRY, « La justice entre l'exigence de la durée et la contrainte de l'urgence », *Droits*, 1999, n° 30, pp. 89-95.
- S. TOUZÉ, « Pour une lecture "anzilottienne" de la Convention européenne des droits de l'homme. A travers la subsidiarité, un dualisme oublié ? », *Droits*, 2012, n° 56, pp. 255-276.
- M. TOUZEIL-DIVINA, « *Ultima ne cat* ? Quatrième décision "Lambert" en six mois : non à l'acharnement ? », *JCP A.*, 2014, n° 26, act. 539, pp. 13-14.
- S. TSIKLITIRAS, « Le statut constitutionnel du sursis à exécution devant le juge administratif », *RDP*, 1992, n° 3, pp. 679-723.
- F. TULKENS, « La Cour européenne des droits de l'homme et les avis consultatifs », *CDE*, 2018, n° 3, pp. 653-659.
- G. TUSSEAU, « Plaidoyer pour le droit processuel constitutionnel », *Constitutions*, 2012, n° 4, pp. 585-587.
- S. VAN DER JEUGHT et I. KOLOWCA, « La nouvelle procédure préjudicielle d'urgence devant la Cour de justice des Communautés européennes », *JDE*, 2008, n° 150, pp. 175-176.
- G. VALDELIEVRE, « Le renvoi d'une question prioritaire de constitutionnalité par le juge des référés du Conseil d'État », *Constitutions*, 2016, n° 4, pp. 621-624.
- X. VANDENDRIESSCHE, « Le contrôle par le Conseil d'État sur les mesures prises au titre de l'état d'urgence », *AJDA*, 2018, n° 23, pp. 1322-1333.
- R. VANDERMEEREN, « Commentaire de la loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives », *AJDA*, 2000, n° 9, pp. 706-720.
- B. VIDARD, « La mise en œuvre de la QPC par les tribunaux administratifs », *AJDA*, 2011, n° 22, p. 1242-1245.
- P. WACHSMANN, « L'atteinte grave à une liberté fondamentale », *RFDA*, 2007, n° 1, pp. 58-63.
- R. WASS, « L'influence contentieuse des "avis sur des question de droit" », *LPA*, 2011, n° 80, p. 3.
- A. WEBER, « Le juge administratif unique, nécessaire à l'efficacité de la justice ? », *RFAP*, 2008/1, n° 125, pp. 179-196.
- G. WIEDERKHER, « L'accélération des procédures et les mesures provisoires », *RIDC*, 1998, Vol. 50, n° 2, pp. 449-462.
- L. WEYMULLER, « Le Conseil d'État face aux mutations du contrôle de conventionnalité », *Jus Politicum*, 2018, n° 19, pp. 403-576.

- G. ZAGREBELSKY, « Aspects abstraits et aspects concrets du contrôle de constitutionnalité des lois en Italie », *LPA*, 2009, n° 126, pp. 12-17.
- F. ZAMPINI, « La Cour de justice des Communautés européennes, gardienne des droits fondamentaux "dans le cadre du droit communautaire" », *RTDE*, 1999, n° 4, pp. 659-708.
- A. ZARADNY, « Le contrôle de conventionnalité du juge administratif des référés », *JCP A*, 2011, n° 49, n° 2379, pp. 12-16.
- F. ZENATI, « La nature juridique de la Cour de cassation », *BICC*, 15 avril 2003, n° 575.
- F. ZENATI-CASTAING, « La juridictionnalisation de la cour de cassation », *RTD civ.*, 2016, n° 3, pp. 511-530.

B) Articles dans des mélanges

- R. ABRAHAM, « L'application des traités internationaux et l'office du juge des référés administratifs », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle. Juger l'administration, administrer la justice*, Dalloz, 2007, pp. 1-10.
- R. ABRAHAM, « L'avenir de la voie de fait et le référé administratif », in *L'État de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996, pp. 1-13.
- A. BARAV, « Déformations préjudicielles », in *Promenades au sein du droit européen. Mélanges en hommage à Georges Vandersanden*, Bruylant, 2008, pp. 21-88.
- A. BARAV, « La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire », in *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Dalloz, 1991, pp. 1-20.
- F. BENOÎT-ROHMER, « Le protocole 16 à la Convention Européenne des Droits de l'homme. Du soliloque au dialogue », in *Liber amicorum Stelios Perrakis. Écrits sur la communauté internationale : enjeux juridiques, politiques et diplomatiques*, I. Sidéris, 2017, pp. 431-446.
- P. BON, « Le pouvoir de suspension du juge constitutionnel : l'exemple du Tribunal constitutionnel espagnol », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle. Juger l'administration, administrer la justice*, Dalloz, 2007, pp. 65-79.
- J. BOULOUIS, « Nouvelles réflexions à propos du caractère "préjudiciel" de la compétence de la Cour de justice des Communautés européennes statuant sur renvois des juridictions nationales », in *Mélanges offerts à Pierre-Henri Teitgen*, Pedone, 1984, pp. 23-31.
- L. BURGORGUE-LARSEN, « Les interventions éclairées devant la Cour européenne des droits de l'homme ou le rôle stratégique des *amici curiae* », in *La conscience des droits. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Dalloz, 2011, pp. 67-82.

- G. DARCY, « Regard elliptique sur l'office du juge », in *Confluences. Mélanges en l'honneur de Jacqueline Morand-Deville*, Dalloz, 2008, pp. 287-300.
- D. DE BÉCHILLON, « Plaidoyer pour l'attribution aux juges ordinaires du pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois et la transformation du Conseil constitutionnel en Cour suprême », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, pp. 109-130.
- G. DRAGO, « Quels principes directeurs pour le procès constitutionnel ? », in *Justices et droit du procès : du légalisme procédural à l'humanisme processuel : mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, 2010, pp. 439-452.
- P. DUEZ, « Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois en France. Comment il convient de poser la question », in *Mélanges Maurice Hauriou*, Sirey, 1929, pp. 211-249.
- G. COHEN-JONATHAN, « La fonction quasi constitutionnelle de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, pp. 1127-1153.
- O. COUTARD, « Le contrôle de l'erreur de droit sur le doute sérieux du juge des référés-suspension -ou le contrôle "élastique" », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle. Juger l'administration, administrer la justice*, Dalloz, 2007, pp. 201-208.
- J. DHOMMEAUX, « Le comité des droits de l'Homme : 25 ans d'expérience », in *Mélanges en l'hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruylant, 2004, vol. I, pp. 653-676.
- O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle. Juger l'administration, administrer la justice*, Dalloz, 2007, pp. 315-327.
- J.-F. FLAUSS, « Les Cours constitutionnelles et la règle du délai raisonnable : le contrôle de la Cour européenne des droits de l'Homme », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu.*, Dalloz, 2007, pp. 1263-1277.
- M.-A. FRISON-ROCHE, « Les offices du juge », in *Jean Foyer auteur et législateur : « leges tulit, jura docuit »*. *Écrits en l'hommage à Jean Foyer*, PUF, 1997, pp. 463-476.
- H. FULCHIRON, « Vers un rééquilibrage des pouvoirs en matière de protection des droits et libertés fondamentaux ? Libre propos sur le rôle du juge judiciaire en tant qu'acteur du principe de subsidiarité », in *Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre. Les droits de l'homme à la croisée des droits*, LexisNexis, 2018, pp. 245-254.
- Y. GAUDEMET, « Remarques sur l'évolution des sources du droit du contentieux administratif », in *Mélanges offerts à Pierre Drai. Le juge entre deux millénaires*, Dalloz, 2000, pp. 329-341.
- J. GOURDOU, « L'avis du Conseil d'Etat sur une question de droit », in *Mouvement du droit public. Du droit administratif au droit constitutionnel. Du droit français aux autres droits. Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Dalloz, 2004, pp. 189-217.

- F. GRÉVISSE et J.-C. BONICHOT, « Les incidences du droit communautaire sur l'organisation et l'exercice de la fonction juridictionnelle dans les États membres », in *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Dalloz, 1991, pp. 297-310.
- M. GUILLAUME, « Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme », in *La conscience des droits. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Dalloz, 2011, pp. 293-309.
- S. GUINCHARD, « Quels principes directeurs pour les procès de demain ? », in *Mélanges Jacques Van Compernelle*, Bruylant, 2004, pp. 201-248.
- M. GUYOMAR, « Contrôle *in concreto* : beaucoup de bruit pour rien de nouveau », in *Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre. Les droits de l'homme à la croisée des droits*, LexisNexis, 2018, pp. 323-334.
- F. HAMON, « *Vox imperatoris, vox populi* ? (réflexions sur la place du référendum dans un État de droit) », in *L'État de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996, pp. 389-402.
- R. KOVAR, « L'interprétation des droits nationaux en conformité avec le droit communautaire », in *La France, l'Europe et le Monde, Mélanges en l'honneur de Jean Charpentier*, Pedone, 2008, pp. 381-394.
- H. LABAYLE, « Le juge de l'Espace de liberté, sécurité et justice de l'Union européenne », in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois*, Dalloz, 2009, pp. 591-615.
- D. LABETOULLE, « Une histoire de troïka », in *Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis. Au carrefour des droits*, Dalloz, 2002, pp. 83-90.
- J. MATRINGE, « Le contrôle de la licéité internationale de la loi nationale par la Cour européenne des droits de l'Homme », in *Justice et tolérance. Mélanges en l'hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruylant, 2004, vol. II, pp. 1225-1246.
- J. NORMAND, « Les facteurs d'accélération de la procédure civile », in *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à Pierre Drai*, Dalloz, 2000, pp. 427-438.
- J.-J. PARDINI, « L'opération de qualification des faits dans le contrôle de constitutionnalité des lois », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, pp. 335-359.
- R. PERROT, « Du "provisoire" au "définitif" », in *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à Pierre Drai*, Dalloz, 2000, pp. 447-461.
- R. PERROT, « L'évolution du référé », in *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, pp. 645-663.
- D. POUYAUD, « Les avis contentieux du Conseil d'État et de la Cour de cassation. La pratique », in *Mélanges en l'honneur de Franck Moderne. Mouvement du droit public. Du droit*

administratif au droit constitutionnel. Du droit français aux autres droits, Dalloz, 2004, pp. 327-355.

- G. ROUHETTE, « Une fonction consultative pour la Cour de cassation », in *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Dalloz, 1991, pp. 343-347.

- L.-A. SICILIANOS, « Le dialogue des juges nationaux et européens : la nouvelle fonction consultative de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Les limites du droit international. Essai en l'honneur de Joe Verhoeven*, Bruylant, 2014, pp. 501-517.

- D. SIMON, « Les exigences de la primauté du droit communautaire : continuité ou métamorphoses ? », in *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Dalloz, 1991, pp. 481-493.

- V. SKOURIS, « L'urgence dans la procédure applicable aux renvois préjudiciels », in *Liber Amicorum en l'honneur de Bo Vesterdorf*, Bruylant, 2007, pp. 59-78.

- D. SPIELMANN, « Les mesures provisoires et les organes de protection prévus par la Convention européenne des Droits de l'Homme », in *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruylant, 1992, T. 2, pp. 1293-1317.

- B. STIRN, « Juge des référés, un nouveau métier pour le juge administratif », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle. Juger l'administration, administrer la justice*, Dalloz, 2007, pp. 795-801.

- B. STIRN, « Référé-liberté et Convention européenne des droits de l'homme, un même combat ? », in *Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre. Les droits de l'homme à la croisée des droits*, LexisNexis, 2018, pp. 743-749.

- F. SUDRE, « Défense des droits et libertés et dialogue des juges de l'urgence », in *Études offertes au professeur Jean-Louis Autin. Indépendance(s)*, Presse de la Faculté de Droit et Science Politique de Montpellier, 2011, Vol. 2, pp. 1293-1304.

- A. TIZZANO et B. GENCARELLI, « La procédure préjudicielle d'urgence devant la Cour de justice de l'Union européenne », in *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Dalloz, 2010, pp. 639-651.

- A. TIZZANO et P. IANNUCELLI, « La procédure préjudicielle d'urgence devant la Cour de justice : Premier bilan et nouvelles questions », in L. Weitzel (dir.), *L'Europe des droits fondamentaux : Mélanges en l'hommage à Albert Weitzel*, A. Pedone, 2013, pp. 201-224.

- J. VAN COMPERNOLLE, « Le droit d'être jugé dans un délai raisonnable : les effectivités d'un droit processuel autonome », in *Justice et droit fondamentaux. Études offertes à Jacques Normand*, Litec, 2003, pp. 471-483.

- J. VAN COMPERNOLLE, « Propos sur la juridiction des référés en droit belge », in *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à Pierre Drai*, Dalloz, 2000, pp. 473-482.

- R. VANDERMEEREN, « L'office du juge administratif des référés : entre évolution et révolution », in *Études offertes au professeur René Hostiou*, Litec, 2008, pp. 521-534.

- P. WACHSMANN, « Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme », in *L'homme et le droit. En hommage au professeur Jean-François Flauss*, A. Pedone, 2014, pp. 797-816.

III) Conclusions de commissaires du gouvernement, rapporteurs publics et avocats généraux

A) Conclusions de commissaires du gouvernement et de rapporteurs publics du Conseil d'État et du Tribunal des conflits

- R. ABRAHAM, « Le droit de timbre sur les requêtes présentées au juge administratif. Concl. sous CE, avis, 18 février 1994, *Mme. Zoubida Ahmed Fouatih, épouse Chatbi*, n° 155152 », *RFDA*, 1994, n° 5, pp. 925-934.

- R. ABRAHAM, « Contrôle par le juge de l'interprétation d'un traité international et de la conformité à celui-ci d'une circulaire ministérielle. Concl. sous CE, 26 juin 1990, *GISTI*, n° 78519 », *AJDA*, 1990, n° 9, pp. 621-640.

- R. ABRAHAM, « La Convention européenne des droits de l'homme et les mesures d'éloignement d'étrangers. Concl. sous CE, ass., 19 avril 1991, *M. Babas et Mme Naima Belgacem*, n° 107470 et 117680 », *RFDA*, 1991, n° 3, p. 497.

- J. ARRIGHI DE CASANOVA, « Les témoins de Jéhovah peuvent-ils constituer des associations cultuelles ? Concl. sous CE, ass., 24 octobre 1997, *Association locale pour le culte des témoins de Jéhovah de Riom* », *RFDA*, 1998, n° 1, pp. 61-68.

- J. ARRIGHI DE CASANOVA, « Une Cour administrative d'appel peut interpréter le traité de Rome sans être tenue de saisir la CJCE d'une question préjudicielle. Concl. sous CE, 1^{er} juin 1994, *Letierce*, n° 129829 », *AJDA*, 1994, n° 9, pp. 633-636.

- S. BOISSARD, « Référé-liberté et voie de fait : à propos du secret des correspondances. Concl. sous CE, 9 avril 2004, *Vast* », *RFDA*, 2004, n° 4, pp. 778-781.

- A. BRETONNEAU, « Droits subjectifs contre interdit législatif. Concl. sous CE, ass., 31 mai 2016, n° 396848, *M^{me} Gonzalez-Gomez* », *RFDA*, 2016, n° 4, pp. 740-753.

- A. BRETONNEAU, « L'intérêt à agir d'un syndicat professionnel ne dépend pas de ses statuts. Concl. sous CE, 27 mai 2015, *Syndicat de la magistrature*, n° 388705 », *AJDA*, 2015, n° 27, pp. 1543-1544.

- N. BOULOUIS, « La double notion d'"inconventionnalité" de la loi. Concl. sous CE, 10 novembre 2010, *Communes de Palavas-les-Flots et de Lattes*, n° 314449 et 314580 », *RFDA*, 2011, n° 1, pp. 124-134.

- D. CHAUVAUX, « Suspension de la décision du Conseil national de l'Ordre des chirurgiens-dentistes qui refuse à un dentiste l'autorisation de s'installer dans un immeuble où un autre professionnel exerce déjà. Concl. sous Conseil d'État, Section, 28 février 2001, *MM. Philippart et Lesage* », *RFDA*, 2001, n° 2, pp. 390-398.
- É. CRÉPEY, « Concl. sous CE, 28 décembre 2017, *Molénat*, n° 396571 ».
- I. DE SILVA, « Référé-liberté et droit à une vie familiale normale. Concl. sous CE, sect., 30 oct. 2001, n° 238211, *Ministre de l'intérieur c/ M^{me} Tliba* », *RFDA*, 2002, n° 2, pp. 324-334.
- C. DEVYS, « Concl. sous CE, 1^{ère} et 6^e SSR, 23 novembre 2005, *CGT-FO*, n° 286440 », *RJEP*, 2005, n° 626, p. 512.
- X. DOMINO, « Assignations à résidence en état d'urgence. Concl. sous CE, ord., 11 décembre 2015, *Domenjoud*, n° 395009 », *RFDA*, 2016, n° 1, pp. 105-122.
- C. ETTORI, « concl. sous CE, ass. 3 juillet 1931, *Karl et Toto Samé* », *S.*, 1931, n° 3, p. 132.
- P. FRYDMAN, « Appréciation par le juge administratif de la compatibilité d'une loi française avec les traités internationaux antérieurs. Concl. sous CE, ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, n° 108243 », *Rev. crit. DIP*, 1990, n° 1, pp. 125-138.
- É. GEFFRAY, « Les suites tirées par le Conseil d'État des décisions du Conseil constitutionnel. Concl. sous CE, ass., 13 mai 2011, *Mme. M'Rida*, n° 316734 », *RFDA*, 2011, n° 4, pp. 789-805.
- E. GLASER, « Référé-expertise et conciliation (à propos du calcul du "forfait d'externat"). Concl. sous CE, Section, 11 février 2005, *Organisme de gestion du Cours du Sacré Coeur et autres* », *RFDA*, 2005, n° 3, pp. 546-556.
- G. GOULARD, « Les règles relatives aux pensions de retraite des fonctionnaires ne sont pas soumises au principe de l'égalité des sexes. Concl. sous CE, avis, 4 février 2000, *M. Henri Mouflin*, n° 113321 », *AJDA*, 2000, n° 6, pp. 554-560.
- F. GREVISSE, « Concl. sous CE, 14 mars 1958, *Secrétaire d'État à la Reconstruction et au logement c. Cts Hué* », *AJDA*, 1958, n° 2, pp. 186-190.
- M. GUYOMAR, « Les rapports entre droit communautaire, droit de la Convention européenne et droit interne. A propos du secret professionnel des avocats. Concl. sous CE, 10 avril 2008, *Conseil national des barreaux e. a.*, n° 296845 », *RFDA*, 2008, n° 3, pp. 575-602.
- M. GUYOMAR, « Quel contrôle peut opérer le juge des référés sur une décision de rejet d'un retrait d'une association communale de chasse agréée ? Concl. sous CE, 6^e et 4^e SSR, 30 décembre 2002, *Ministre de l'aménagement du territoire et de l'environnement c/ Carminati* », *BJCL*, 2003, n° 7, pp. 486-489.
- P. JOSSE, « Concl. sous TC, 8 avril 1935, *Action française* », *Dalloz*, 1935, n° 3, p. 25.

- R. KELLER, « Droit au respect de la vie et droits du patient - La question de l'interruption d'un traitement : la réponse. Concl. sous CE, ass, 14 juin 2014, *M^{me} Rachel Lambert*, n° 375081, *M. François Lambert*, n° 375090 et *Centre hospitalier universitaire de Reims*, n° 375091 », *RFDA*, 2014, n° 4, pp. 657-670.
- F. LAMY, « La motivation des ordonnances de référé. Concl. sous CE, Sect., 25 avril 2001, *Association des habitants du littoral du Morbihan*, n° 230025 », *RFDA*, 2001, n° 4, pp. 849-854.
- P. MARTIN, « Difficulté d'application de la taxe professionnelle en matière d'exploitation d'autoroutes. Concl. sous CE, ass., Avis, 7 juillet 1989, *Compagnie financière et industrielle des autoroutes*, n° 106902 », *RFDA*, 1989, pp. 909-916.
- R. LATOURNERIE, « Concl. sous CE, 6 novembre 1936, *Arrighi et Coudert* », *Dalloz*, 1938, III, pp. 2-8.
- N. QUESTIAUX, « Concl. sous CE, 1^{er} mars 1968, *Syndicat général des fabricants de semoules de France*, n° 62814 », *AJDA*, 1968, pp. 235-239.
- N. QUESTIAUX, « Concl. sous CE, ass., 19 juin 1964, *Société des pétroles Shell-Berre et autres*, n° 47007, 47008, 47028, 47029, 47030, 48961, 48692, 49019 », *Rec. p.* 344.
- H. SAVOIE, « L'application de la directive sur les marchés publics de services aux contrats entre personnes publiques. Concl. sous CE, 20 mai 1998, *Communauté de communes du Piémont de Barr et autres*, n° 188239 », *RFDA*, 1998, n° 3, pp. 609-619.

B) Observations d'avocats généraux et rapports de conseillers référendaires près la Cour de cassation

- F. BARRAIRON, Obs., sous C. cass, avis, 2 septembre 2005, n° 0050007.
- Mmes COUTOU et VASSALLO, rapport sur C. cass., avis, 8 octobre 2007, n° 0070011 P.
- J.-D. SARCELET, « Question prioritaire de constitutionnalité : le sort de l'hospitalisé d'office, une situation qui impose de se prononcer en urgence. Obs. sous C. cass., civ 1^{ère}, 8 avril 2011, *M. X c. Préfet d'Ille-et-Vilaine*, n° 10-23534 », *Gaz. Pal.*, 2011, n° 111, p. 8.
- S. KEHRIG, Obs. sous C. cass, avis, 16 décembre 2002, n° 0020008 P.

C) Conclusions d'avocats généraux près la Cour de justice de l'Union européenne

- M. BOBEK, Concl. présentées le 25 juillet 2018 sous CJUE, *Cresco Investigation GmbH c. Markus Achatzi*, C-193/17.
- F. CAPOTORTI, Concl. présentées le 5 mai 1977 sous CJCE, 24 mai 1977, *Hoffmann-La Roche AG/Centrafarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse mbH*, C-107/76.
- M. B. ELMER, Concl. présentées le 5 juillet 1995 sous CJCE, 9 novembre 1995, *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft mbH e. a. c. Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, C-465/93.
- C.O. LENZ, Concl. présentées le 8 novembre 1990 sous CJCE, 21 février 1991, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen*, aff. jtes C-143/88 et C-92/89.
- F. MANCINI, Concl. présentées le 19 mai 1987, sous CJCE, *Foto-Frost/Hauptzollamt Lubeck-Ost*, C-314/85.
- J. MISHO, Concl. présentées le 28 mai 1991 sous CJCE, 19 novembre 1991, *Andrea Francovich et Danila Bonifaci e. a. c. République italienne*, aff. jtes., C-6/90 et C-9/90.
- D. RUIZ-JABARO COLOMER, Concl. présentées le 30 juin 2005 sous CJCE, 6 décembre 2005, *Gaston Schul Douane-expediteur BV c. Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit*, C-461/03.
- E. SHARPSTON, Concl. présentées le 9 juillet 2012 sous CJUE, 19 juillet 2012, *Atiqullah Adil*, C-278/12 PPU.
- G. TÉSAURO, Concl. présentées le 17 mai 1990 sous CJCE, 19 juin 1990, *The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame*, C-213/89.
- J.-P. WARNER, Concl. présentées le 23 janvier 1980 sous CJCE, 11 mars 1980, *Foglia c. Mariella Novello*, C-104/79.
- M. WATHELET, Concl. présentées le 25 juillet 2018 sous CJUE, 4 octobre 2018, *Commission c. France*, C-416/17.

IV) Notes de jurisprudences

- J. BENREDOUANE, « Le principe de fraternité à l'épreuve des arrêtés anti-mendicité. Note sous TA Besançon, ord., 28 août 2018, *M. Guardado*, n° 1801454 », *RDSS*, 2018, n° 6, p. 1096-1104.
- A. BLAISSE, « Note sous C.A. Aix-en-Provence, 8^e ch. civ., 21 mai 1985, *S.A. Aldis c. Chabrand* », *JCP G*, 1987, n° 2, 20722.

- J.-C. BONICHOT, « Les pouvoirs d'injonction du juge national pour la protection des droits conférés par l'ordre juridique communautaire. Note sous Cour de justice des Communautés européennes, 19 juin 1990 *Factortame* », *RFDA*, 1990, n° 5, pp. 912-919.
- A. BRETONNEAU et X. DOMINO, « La recevabilité d'une QPC devant le juge des référés. Note sous CE, sect., 11 décembre 2015, *Domenjoud*, n° 395009 », *Gaz. Pal.*, 2016, n° 25, p. 28.
- A. BRETONNEAU et X. DOMINO, « Recevabilité d'une QPC devant le juge des référés suspension. Note sous CE, ord., 22 juillet 2016, *Schreuer*, n° 400913 et CE, 3 octobre 2016, *M. G.*, n° 397744 », *Gaz. Pal.*, 2016, n° 43, p. 40.
- A. BRETONNEAU et X. DOMINO, « Recevabilité d'une QPC devant le juge du référé-liberté. Note sous CE, 6^e et 1^{ère} SSR, 16 janvier 2015, *Mme Léhuédé*, n° 374070 », *Gaz. Pal.*, 2015, n° 178, p. 14.
- S. BRONDEL, « Articulation entre QPC et procédure d'urgence. CE, ord., 16 juin 2010, *Diakité*, n° 340250 », *AJDA*, 2010, n° 22, pp. 1230-1231.
- S. BRONDEL, « Quel sort pour une QPC quand le litige au fond est clos ? », *AJDA*, 2012, n° 21, p. 1132.
- A.-S. BRUN-WAUTHIER et G. VIAL, « Gestation pour autrui : le cercle vertueux du dialogue des juges – À propos de l'avis consultatif de la CourEDH du 10 avril 2019 », *RDLF*, 2019, chron. n° 22.
- P. CASSIA, « La contribution du juge administratif français des référés au caractère complet des voies de droit communautaire. (À propos de l'ordonnance *Sté Techna e. a.*, CE, 29 octobre 2003, n° 260768, 261033 et 261034) », *Europe*, 2004, n° 1, chron. 1.
- P. CASSIA, « Le juge administratif des référés, la QPC et le droit de l'Union européenne. Note sous CE, ord., 16 juin 2010, *Mme. Diakité*, n° 340250) », *JCP G*, 2010, n° 26, p. 739.
- D. CHAUVAUX et T.-X. GIRARDOT, « Il n'est pas possible d'invoquer les stipulations de l'article 26 du Pacte des Nations unies sur les droits civils et politiques à l'encontre de la législation française sur les pensions. Note sous CE, avis, 2 mai 1996, *Mme Doukouré*, n° 176399 », *AJDA*, 1996, n° 7-8, pp. 507-512.
- G. COHEN-JONATHAN, « Sur la force obligatoire des mesures provisoires. L'arrêt de la Grande Chambre de la Cour européenne du 4 février 2005, *Mamatkulov et Askarov contre Turquie* », *RGDIP*, 2005, pp. 421-434.
- P. COSSALTER, « Le contrôle par le juge des référés de la légalité des assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence. Note sous CE, Sect. 11 décembre 2015, n° 394989, 394990, 394991, 394992, 394993, 395002, 395009 », *Revue générale du droit*, 2015, n° 23098 (en ligne : www.revuegeneraledudroit.eu/?p=23098).
- P. COSSALTER, « Le juge administratif peut contrôler la conventionnalité d'une loi organique. Note flash sous CE 6 avril 2016, M.A. c. CSM n° 380570 », *Revue générale du droit*, 2016, n° 23792 (en ligne : www.revuegeneraledudroit.eu/?p=23792).

- P. COSSALTER, « Pas une révolution, une évolution : le Conseil d'État peut ne pas se prononcer sur la recevabilité d'une requête à l'occasion de laquelle est soulevée une question prioritaire de constitutionnalité (QPC). Note sous CE, SSR., 21 novembre 2014, *Société Mutuelle des Transports Assurances*, requête n° 384353 », *Revue générale du droit*, 2014, n° 18498 (en ligne : www.revuegeneraledudroit.eu/?p=18498).
- L. COUTRON, « Chronique Contentieux de l'Union européenne – Vitalité du recours en manquement. Note sous CJUE, GC, 2 décembre 2014, *Commission c. Grèce*, C-378/13 ; CJUE, GC, 2 décembre 2014, *Commission c. Italie*, C-196/13 ; CJUE, 4 décembre 2014, *Commission c. Suède*, C-243/13 ; CJUE, 18 décembre 2014, *Commission c. Royaume-Uni*, C-640/13 », *RTDE*, 2015, n° 2, pp. 365-367.
- M.-C. DE MONTECLER, « Office du juge des référés saisi d'une QPC. CE, 16 janv. 2015, n° 374070 », *Dall. actu.*, 22 janvier 2015.
- M.-C. DE MONTECLER, « Un contrôle de conventionnalité *in concreto*. Note sous CE, 31 mai 2016, req. n° 396848 », *Dall. actu.*, 2 juin 2016.
- P. DEUMIER, « Conventionnalité et saisine pour avis. Note sous Soc., avis, 12 juill. 2017, n° 17-70.009 », *RTD civ.*, 2018, n° 1, pp. 66-71.
- P. DEUMIER, « QPC : la question fondamentale du pouvoir d'interprétation (à propos du filtrage). Note sous C. cass., 7 mai 2010, n° 09-80.774 et CE, 16 avril 2010, *Association Alcaly*, n° 320667 », *RTD civ.*, 2010, n° 3, pp. 504-507.
- S. DEYGAS, « La QPC est recevable devant le juge des référés administratifs », *Procédures*, 2010, n° 8-9, comm. 332.
- S. DEYGAS, « Le contrôle de conventionnalité et le juge du référé-liberté. Note sous CE, ass., 31 mai 2016, *M^{me} Gonzalez-Gomez*, n° 396848 », *Procédures*, 2016, n° 7, comm. 244.
- S. DEYGAS, « Le juge des référés administratif et la QPC », *Procédures*, 2013, n° 7, comm. 226.
- S. DEYGAS, « Liberté fondamentale et office du juge administratif », *Procédures*, 2014, n° 4, comm. 127.
- S. DEYGAS, « Référé-liberté et QPC », *Procédures*, 2015, n° 3, comm. 103.
- S. DEYGAS, « Toute illégalité ne porte pas une atteinte grave à une liberté fondamentale. Note sous CE, juge réf., 27 oct. 2011, n° 353508, *Ministre de l'Intérieur de l'Outre-mer, des Collectivités territoriales et de l'Immigration* », *Procédures*, 2011, n° 12, comm. 388.
- O. DUGRIP et F. SUDRE, « Du droit à un procès équitable devant les juridictions administratives. L'arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme du 24 octobre 1989 », *RFDA*, 1990, n° 2, pp. 203-223.
- X. DUPRÉ DE BOULOIS, « Contrôle de conventionnalité *in concreto* : À quoi joue le Conseil d'État ? Note sous CE, 26 décembre 2017, *Molénat* », *RDLF*, 2018, chron. n° 4.

- C. EISENMAN, « Note sous CE, 6 novembre 1936, *Arrighi et Coudert* », *Dalloz*, 1938, n° 3, pp. 1-6.
- L. FAVOREU, « L'interprétation de l'article 55 de la Constitution. Note sous *Nicolo* », *RFDA*, 1989, n° 6, pp. 993-999.
- J.-F. FLAUSS, « Contrôle de conventionnalité et contrôle de constitutionnalité devant le juge administratif. Note sous CE, Ass., 30 octobre 1998, *MM. Sarran et Levacher et autres* », *RDP*, 1999, n° 3, pp. 919-945.
- P. LE MAIGAT, « Mère d'intention et gestation pour autrui : la Cour de cassation à l'épreuve du dialogue des juges et de la filiation désincarnée. Note sous Cass. ass. plén., 5 oct. 2018, n° 12-30138 et Cass. ass. plén., 5 oct. 2018, n° 10-19053 », *Gaz. Pal.*, 2018, n° 38, p. 15.
- M. GAUTIER, « Le juge des référés face au droit communautaire. Note sous CE, ord., 18 octobre 2006, *M^{me} Milana Djabrailova, épouse Mutsulkhanova*, n° 298101 », *AJDA*, n° 42, 2006, pp. 2352-2355.
- B. GENEVOIS, « Note sous CE, ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, n° 108243 », *RFDA*, 1989, n° 5, pp. 825-833.
- D. GIRARD, « Le contrôle concret de conventionnalité de la loi enfin admis par le juge administratif des référés. Note sous CE, ass., 31 mai 2016, *Gonzalez-Gomez*, n° 396848 », *Revue générale du droit*, 2016 (en ligne : www.revuegeneraledudroit.eu/?p=24295).
- A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE, « Protocole 16 - L'audace d'une première demande d'avis consultatif à la Cour EDH. Note sous C. Cass., ass. plén., 5 oct. 2018, n° 10-19.053 », *JCP G*, 2018, n° 46, 1190.
- M. GUYOMAR, « Le juge du référé-suspension ne peut pas se prononcer sur la compatibilité d'une loi avec un traité. Note sous CE, 30 décembre 2002, *Ministre de l'aménagement du territoire et de l'environnement c/ Carminati* », *DA*, 2003, n° 3, comm. 74.
- M. GUYOMAR et X. DOMINO, « Renvois préjudiciels et bonne administration de la justice. Note sous TC, 17 octobre 2011, n° 3823 et 3829 », *AJDA*, 2012, n° 1, pp. 27-34.
- D. KATZ, « Note sur l'ordonnance *Scté Techna e. a.* », *JCP A*, 2004, n° 4, p. 65.
- O. LE BOT, « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de compatibilité avec le droit de l'Union européenne devant le juge des référés. Note sous CE, ord., 16 juin 2010, *Mme Assetou Diakité*, n° 340250 », *AJDA*, 2010, n° 29, pp. 1662-1666.
- O. LE BOT, « Référé-liberté à la Maison d'arrêt de Nîmes. Note sous CE, ord, 30 juillet 2015, *Section française de l'Observatoire international des prisons*, n° 392043 », *AJDA*, 2015, n° 39, pp. 2216-2222.
- O. LE BOT, « Référé-suspension : la violation du droit de l'Union européenne reconnue comme une situation d'urgence. Note sous CE, ord., 14 février 2013, *Lailier*, req. n° 365459 », *Rec. Dall.*, 2013, n° 9, pp. 628-631.

- O. LE BOT, « Vers un discret abandon de la jurisprudence *Carminati* ? Note sous CE, ord., 6 mars 2008, *Ministre de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du codéveloppement c. M. Dociev*, n° 313915 », *AJDA*, 2009, n° 2, pp. 102-108.
- G. LOISEAU, « Le barème d'indemnités : mésaventures en prud'homie. Note sous Cons. prud'h. Le Mans, 26 sept. 2018, Cons. prud'h. Troyes, 13 déc. 2018, Cons. prud'h. Caen, 18 déc. 2018, Cons. prud'h. Lyon, 21 déc. 2018, Cons. prud'h. Lyon, 7 janv. 2019 et Cons. prud'h. Grenoble, 18 janv. 2019 », *Gaz. Pal.*, 2019, n° 4, p. 19.
- J.-P. MARKUS, « L'appréciation de la conventionnalité d'une loi par le juge des référés. Note sous TA Lyon, ord., 23 mai 2003, n° 031752 », *AJDA*, 2003, n° 33, pp. 1786-1789.
- D. POUPEAULE, « Conséquence de l'absence d'examen d'une QPC par le juge des référés. Note sous CE, 6^e et 1^{ère} SSR, 29 avril 2013, *Agiopan*, n° 366058 », *Dall. actu.*, 21 mai 2013.
- A. RIGAUD, « Régime de la procédure accélérée. Précisions sur la notion d'"urgence extraordinaire" au sens de l'article 104 bis du règlement de procédure de la CJCE. Note sous CJCE, ord., 19 oct. 2009, aff. C-310/09, min. du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique c/ Accor », *Europe*, 2009, n° 12, comm. 450.
- D. RITLENG, « Chronique Jurisprudence administrative française intéressant le droit de l'Union – L'étendue de la protection provisoire du droit de l'Union en question. Note sous CE, ord., 25 janvier 2011, *Chakraborty*, n° 345800 », *RTDE*, 2011, n° 4, p. 889.
- A. ROBLLOT-TROIZIER, « Assignation à résidence et état d'urgence. Note sous Conseil d'État, Section, 11 décembre 2015, *M. C. Domenjoud*, n° 395009 », *RFDA*, 2016, n° 1, pp. 123-138.
- C. ROULHAC, « Hospitalisation d'office : une censure constitutionnelle à la réouverture du débat parlementaire (Cons. constit., n° 2011-135/140 QPC du 9 juin 2011, M. Abdellatif et a.) », *Lettre « Actualité Droits-Libertés » du CREDOF*, 12 juin 2011.
- D. SIMON, « "Il y a toujours une première fois" – À propos de la décision 2013-314 QPC du Conseil constitutionnel du 4 avril 2013 », *Europe*, 2013, n° 5, pp. 6-10.
- S. SLAMA, « Le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État abattent leurs cartes face à la Cour de cassation (CC n° 2010-605 DC du 12 mai 2010 ; CE 14 mai 2010, *M. Senad Rujovic*) », *Lettre "Actualités droits-libertés" du CREDOF*, 18 mai 2010.
- S. SLAMA, « Pénalisation de l'irrégularité : une question préjudicielle en urgence sur l'article L. 621-1 du CESEDA (CA Paris, 29 juin 2011, *A. Achughbajian*) », *Lettres d'Actualités Droits-Libertés du CREDOF*, 25 octobre 2011.
- S. SLAMA, « Réadmissions "Dublin II" vers la Grèce : transmission d'une QPC au Conseil d'État sur le droit au recours suspensif (TA Paris, réf., 26 janvier 2011, *Negmatullah X.*) », *Combat pour les droits de l'homme*, 30 janvier 2011, (en ligne : <http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2011/01/30/readmissions-dublin-ii-vers-la-grece-transmission-dune-qpc-au-conseil-detat-sur-le-droit-au-recours-suspensif-ta-paris-ref-26-janvier-2011-negmatullah-x/>).

- F. SUDRE, « La fin de vie devant la Cour EDH : un brevet de conventionnalité délivré à la loi Leonetti. Note sous CEDH, gr. ch., 5 juin 2015, n° 46043/14, Lambert et a. c/ France », *JCP G*, 2015, n° 27, p. 805.

- M. SZTULMAN, « La vidéosurveillance permanente des détenus n'implique aucune atteinte manifestement illégale aux libertés. Note sous CE, ord., 28 juillet 2016, *Abdeslam*, n° 401800 », *AJDA*, 2016, n° 36, pp. 2052-2057.

- D. SZYMCZAK, « "Répondre et rassurer" : quelques enseignements à propos du premier avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'homme (obs. sous Cour eur. dr. h., Gde Ch., avis consultatif relatif à la gestation pour autrui, 10 avril 2019) », *RTDH*, 2019, n° 120, p. 955-978.

V) Rapports

A) Rapports, recommandations et avis institutionnels

- CE, « Le Conseil d'État français et le renvoi préjudiciel à la Cour de justice des Communautés européennes », *in* Colloque de l'Association des Conseils d'États et des juridictions administratives suprêmes de l'Union européenne, 20 et 21 mai 2002, Helsinki, 34 p.

- CEDH, *Avis de la Cour sur le projet de Protocole n° 16 à la Convention élargissant la compétence de la Cour afin de lui permettre de rendre des avis consultatifs sur l'interprétation de la Convention*, 6 mai 2013, 3 p.

- CEDH, *Document de réflexion sur la proposition d'élargissement de la compétence consultative de la Cour*, non daté, 11 p.

- CEDH, *La politique de priorisation de la Cour*, 30 mai 2017, 1 p.

- CEDH, *Lignes directrices concernant la mise en œuvre de la procédure d'avis consultatif prévue par le Protocole n° 16 à la Convention*, 18 septembre 2017, 22 p.

- CEDH, *Réflexions sur le Protocole n° 16*, 2019, 22 p.

- Comité d'experts sur la réforme de la Cour, *Rapport préliminaire sur la proposition d'étendre la compétence de la Cour en matière d'avis consultatifs*, Strasbourg, 1 juillet 2011, DH-GDR(2011)015 FINAL, 12 p.

- Commission des communautés européennes, *Avis sur la demande de modification du statut de la Cour de justice, présentée par la Cour au titre de l'article 245, deuxième alinéa, du traité CE, et ayant pour objet de permettre l'introduction, dans des domaines déterminés, d'une procédure préjudicielle d'urgence qui déroge à certaines dispositions du statut*, 20 novembre 2007, 2007/0812 (CNS), 3 p.

- Conseil d'État, « *Vade-mecum* » sur l'application de la question prioritaire de constitutionnalité devant les juridictions administratives, 2010.
- Conseil de l'Europe, *Rapport explicatif sur le protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, 2 octobre 2013, 7 p.
- Conseil de l'UE, *Traitement des questions préjudicielles relatives à l'Espace de liberté, de sécurité et de justice. Projet de lettre au Président de la Cour de justice des Communautés européennes*, 28 février et 21 mars 2007, Doc. n° 6900/07 et 7646/07.
- Conseil de l'UE, *Déclaration annexée à la décision 2008/79/CE, Euratom du Conseil du 20 décembre 2007 portant modification du statut de la Cour de justice* (JO L 24/42, 29 janvier 2008), p. 44.
- CJCE, *Document de réflexion relatif au traitement des questions préjudicielles relatives à l'espace de liberté, sécurité et justice*, 25 septembre 2006, JUR 356, COUR 42, JUSTCIV 208, ASIM 66, 13272/06, 6 p.
- CJUE, *Instructions pratiques aux parties, relatives aux affaires portées devant la Cour*, 14 février 2020, JOUE L 42 I/1, 14 p.
- CJUE, *Fiche thématique. Procédure préjudicielle d'urgence et procédure accélérée*, avril 2019, 24 p.
- CJUE, *Rapport sur la mise en œuvre de la procédure préjudicielle d'urgence*, Rapport remis au Conseil conformément à la déclaration en annexe à sa décision du 20 décembre 2007 (JO L 24 du 29 janvier 2008, p. 44), 31 janvier 2012, 13 p.
- CJUE, *Note informative sur l'introduction de procédures préjudicielles par les juridictions nationales. Complément suite à l'entrée en vigueur de la procédure préjudicielle d'urgence applicable aux renvois relatifs à l'espace de liberté, de sécurité et de justice*, JO C 064, 8 mars 2008.
- CJUE, *Note informative sur l'introduction des procédures préjudicielles par les juridictions nationales*, JO C 297/01, 5 décembre 2009, pp. 1-5.
- CJUE, *Note informative sur l'introduction de procédures préjudicielles par les juridictions nationales*, JO C 160, 28 mai 2011.
- CJUE, *Recommandations à l'attention des juridictions nationales, relatives à l'introduction de procédures préjudicielles*, JOUE 2012/C 338/01, 6 novembre 2012, 6 p.
- CJUE, *Recommandations à l'attention des juridictions nationales, relatives à l'introduction de procédures préjudicielles*, JOUE 2016/C 439/01, 25 novembre 2016, 8 p.
- CJUE, *Recommandations à l'attention des juridictions nationales, relatives à l'introduction de procédures préjudicielles*, JOUE 2018/C 257/01, 20 juillet 2018, 8 p.
- CJUE, *Recommandations à l'attention des juridictions nationales, relatives à l'introduction de procédures préjudicielles*, JOUE 2019/C 380/01, 8 novembre 2019, 9 p.

- Groupe de travail du Conseil d'État sur les procédures d'urgence, « Rapport », *RFDA*, 2000, n° 5, pp. 941-958.

- Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, *Procédures d'examen des requêtes. Fiches d'information sur les droits de l'homme n° 7*, 2003, 50 p.

- Ministère de l'Europe et des affaires étrangères, *Étude d'impact du projet de loi concernant la ratification du protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, NOR : EAEJ1729498L/Bleue-1.

- Ministère de la justice et des libertés, *Présentation de la question prioritaire de constitutionnalité*, Circulaire n° CIV/04/10, 24 février 2010, 51 p.

B) Rapports parlementaires

- Assemblée Nationale, *Auditions sur le projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution (n° 1599)*, Compte-rendu de la Commission des lois de l'Assemblée nationale, 30 juin 2009, n° 63, 46 p.

- Parlement européen, *Rapport sur le rôle du juge national dans le système judiciaire européen*, 4 juin 2008, 2007/2027 (INI), 61 p.

- R. GARREC, *Rapport sur le projet de loi relatif au référé devant les juridictions administratives*, Sénat, mai 1999, n° 380.

- D. HOEFFEL, *Rapport sur le projet de loi portant réforme du contentieux administratif*, Sénat, octobre 1987, n° 67, 64 p.

- J.-J. HYEST, *Rapport sur le projet de loi constitutionnelle, adopté par l'Assemblée nationale, de modernisation des institutions de la V^e République*, Sénat, mai 2008, n° 387, 314 p.

- B. POLETTI, *Rapport sur le projet de loi autorisant la ratification du protocole n° 16 à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Assemblée Nationale, 2018, n° 642, 27 p.

- H. PORTELLI *Rapport relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, Sénat, septembre 2009, n° 637, 94 p.

- M. RUDLOFF, *Rapport sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée Nationale, modifiant le code de l'organisation judiciaire et instituant la saisine pour avis de la Cour de cassation*, Sénat, 1991, n° 297, 14 p.

- H. SAURY, *Rapport sur le projet de loi autorisant la ratification du protocole n° 16 à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Sénat, 2018, n° 358, 10 p.

- J.-J. URVOAS, *Rapport d'information sur la question prioritaire de constitutionnalité*, Assemblée Nationale, mars 2013, n° 842, 157 p.

- J.-L. WARSMANN, *Rapport d'information sur l'évaluation de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, Assemblée Nationale, octobre 2010, n° 2838, 111 p.

- J.-L. WARSMANN, *Rapport relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, Assemblée Nationale, septembre 2009, n° 1898, 210 p.

- J.-L. WARSMANN, *Rapport sur le projet de loi constitutionnelle (n° 820) de modernisation des institutions de la V^e République*, Assemblée Nationale, mai 2008, n° 898, 626 p.

VI) Discours

- D. BONMATI, « Le traitement des QPC par les juges du fond », in *Question sur la Question : la QPC façonnée par ses acteurs. Quelle(s) tendance(s) ?*, Intervention orale lors de la deuxième journée d'études toulousaine sur la Question Prioritaire de Constitutionnalité organisée par l'IMH et l'IFRD, sous le haut patronage du Conseil constitutionnel, 1^{er} juin 2012.

- J. BUFFET, « La saisine pour avis de la Cour de cassation », Exposé devant les premiers présidents de cours d'appel réunis à la Cour de cassation, 29 mars 2000, 9 p. (en ligne : https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/avis_15/presentation_saisine_avis_8018/loin_expose_36050.html).

- O. COTTE, « La mise en œuvre de la question prioritaire de constitutionnalité dans la juridiction administrative », Interventions lors de l'audience solennelle de rentrée du tribunal administratif de Lyon, 12 septembre 2011, 7 p. (en ligne : <http://www.cnda.fr/content/download/6602/19936/version/1/file/>).

- J.-L. DEBRÉ, « Discours d'ouverture », in P. PASQUINO et D. ROUSSEAU (dir.), *La QPC : quel renouveau pour le droit constitutionnel ?*, 24 janvier 2014, 3 p. (en ligne : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-membres/colloque-sur-la-qpc>).

- M. GUYOMAR, « Les rapports entre les cours nationales et la Cour européenne des droits de l'homme », Conférence des chefs des cours suprêmes des États membres du Conseil de l'Europe, Paris, 12 et 13 septembre 2019, 7 p. (en ligne : <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/>).

- P. MAZEAUD, « L'erreur en droit constitutionnel », in Colloque à l'Institut de France : « L'erreur », 25 et 26 octobre 2006, 26 p. (en ligne : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/>).

- J.-L. PEZANT, « Cours suprêmes et Convention européenne des droits de l'homme », Discours prononcé lors de la visite du Président et d'une délégation de la Cour EDH au Conseil constitutionnel, 13 février 2009.

- J.-M. SAUVÉ, « Bilan de quinze années d'urgence devant le juge administratif », *in L'urgence devant le juge administratif*, 5^{ème} édition des états généraux du droit administratif, colloque organisé par le Conseil d'État et le Conseil national des Barreaux, 26 juin 2015.
- J.-M. SAUVÉ, « Propos introductifs. L'avenir du modèle français de droit public en Europe », *in L'avenir du modèle français de droit public en Europe*, colloque organisé par la chaire Mutations de l'action et du droit public de Sciences Po, sous le patronage du Conseil d'État avec le soutien de la Mission de recherche droit et justice, 15 mars 2011, 14 p.
- J.-M. SAUVÉ, « L'urgence devant le Conseil d'État : procédures, méthodes de travail et défis nouveaux », Séminaire organisé par l'Association internationale des Hautes juridictions administratives (AIHJA) : *Comment réduire les délais de jugement et accélérer les procédures devant les juridictions administratives suprêmes ?*, 23 septembre 2014.
- J.-M. SAUVÉ, « Le Conseil d'État et le droit européen et international », Discours à l'Université de Tokyo, 26 octobre 2016, 17 p. (en ligne : <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/>).
- B. STIRN, « Le Conseil d'État, juge des référés administratifs et la Constitution », *in* Colloque Justice administrative et Constitution de 1958 le 10 janvier 2019 à l'Université Paris II Panthéon Assas, 6 p. (en ligne : <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/>).

INDEX

Les nombres renvoient aux numéros de paragraphes

- A -

Acte clair : 678 et s., 681 et s., 729

Acte d'administration judiciaire : 1240 et s.

Assignation à résidence : 290, 320 et s.,
660, 820, 885, 1090

- C -

Célérité : 735, 1319, 1361 et s., 1397 et s.

Contentieux électoral

Devant le Conseil constitutionnel :

866 et s., 754, 1022, 1082, 1089,
1395

Devant le juge judiciaire : 754

- D -

Délai

Raisonné : 687, 742 et s., 842,
977, 983, 986, 1404 et s.

Utile : 986, 991

Sans (délais) : 374 et s., 992

Demande d'avis contentieux à la Cour de
cassation : 79, 108, 304, 380, 912, 923, 971

Déni de justice : 578, 579, 991

Détention provisoire : 108, 818, 883, 927,
928, 1028

Droits fondamentaux (conception
formelle) : 51, 203

- E -

Effet immédiat procédural : 1074 et s.

Effet utile : 291, 316, 318, 1046 et s., 1052
et s., 1074 et s., 1085

Espace de liberté, de sécurité et de justice :
841, 863, 930 et s.

- H -

Hospitalisation d'office : 320, 983

- I -

Interprétation conforme : 16, 526, 552 et s.,
675, 684 et s., 693 et s., 698 et s., 702 et s.,
1064

- J -

Juge unique : 395 et s., 466 et s., 956 et s.,
966

- M -

Mandat d'arrêt européen : 864, 933, 1028

- P -

Procédure accélérée : 830, 1367 et s., 1369 et s., 1374 et s., 1382, 1418 et s.

Procédure d'urgence (Voir urgence)

- Q -

Question préjudicielle : 28, 78, 99, 145, 173, 299, 681 et s., 727, 741 et s.

- R -

Recours

Direct (définition)

En annulation devant le juge administratif : 962, 991, 1354

En annulation devant la Cour de justice de l'UE : 1314

En manquement devant la Cour de justice de l'UE : 1313

Référé-instruction : 425 et s.

Référé-réexamen : 115, 312, 312

Réserve d'interprétation transitoire : 1078 et s., 1297

Rétention administrative : 108, 320, 321, 819, 922, 932

Renvoi préventif au Tribunal des conflits : 79, 145, 1163

- S -

Sursis à statuer : 280 à 320, 899, 1053, 1347

- U -

Urgence

Culture (de l'urgence) : 1385 et s., 1397

Procédure (d'urgence) : 749 et s., 765, 1357, 1358 et s., 1399 et s., 1404, 1413 et s.

Standard jurisprudentiel : 8, 808, 1215

- V -

Voie de fait : 64, 630, 728, 752

Table des matières

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS	9
SOMMAIRE	13
INTRODUCTION GÉNÉRALE	15
SECTION 1 : OBJET DE L'ETUDE	15
I) L'urgence	15
A) L'origine factuelle de l'urgence	17
B) La traduction juridique contentieuse de l'urgence	19
1) Une nécessité d'agir en temps utile	19
2) Une contrainte procédurale	21
II) Le contrôle juridictionnel des atteintes législatives aux droits fondamentaux	22
1) La définition du contrôle	22
2) Le caractère juridictionnel du contrôle	25
B) Les juges chargés du contrôle	26
1) Le juge du provisoire	27
2) Le juge des lois	29
a) Les questions prioritaires de constitutionnalité au Conseil constitutionnel	31
b) Les renvois préjudiciels en interprétation ou en validité à la Cour de justice de l'Union européenne	31
c) Les demandes d'avis consultatifs à la Cour européenne des droits de l'Homme. ...	38
d) Les demandes d'avis contentieux au Conseil d'État	43
C) Les lois, objet du contrôle	46
D) Les droits fondamentaux, paramètres du contrôle	47
SECTION 2 : INTERETS D'UNE ETUDE SUR LE CONTENTIEUX DES LOIS DANS LES SITUATIONS D'URGENCE	48
I) Le contentieux des lois dans les situations d'urgence	49
A) L'existence de lois gravement attentatoires aux droits fondamentaux	49
B) La loi, un acte juridique comme les autres susceptible d'être suspendu et contrôlé en urgence	50
C) La nécessité d'un contrôle juridictionnel des lois adapté aux situations d'urgence	53
II) Le choix d'une étude sur le « juge des lois » et le « juge du provisoire »	54
A) La multiplication des mécanismes de renvoi préalable	54
B) Le développement quantitatif et qualitatif des recours juridictionnels de protection provisoire des droits fondamentaux	55
III) Considérations méthodologiques	57

A) Le droit processuel public interne et européen	58
1) La méthode du droit processuel	58
2) Le champ du droit public interne et européen.....	59
B) Le recours à l' « information comparative »	61
IV) Problématiques	64
A) Les problématiques écartées	65
B) La problématique retenue.....	67
V) Justification du plan.....	68
PARTIE 1 : LE CONTENTIEUX DES LOIS DANS LES RECOURS D'URGENCE DE PROTECTION PROVISOIRE DES DROITS FONDAMENTAUX.....	70
TITRE 1 : LE PRE-CONTROLE DES LOIS PAR LE JUGE DU PROVISOIRE.....	72
CHAPITRE PRELIMINAIRE : LE CARACTERE OPERANT DES PROCEDURES DE RENVOI PREALABLE DEVANT LE JUGE DU REFERE-LIBERTE.....	74
SECTION 1 : LE CARACTERE OPERANT DES RENVOIS DE DROIT INTERNE DEVANT LE JUGE DU REFERE-LIBERTE.....	77
I) La question prioritaire de constitutionnalité	78
II) Les demandes d'avis contentieux au Conseil d'État.....	83
SECTION 2 : LE CARACTERE OPERANT DES RENVOIS DE DROIT EUROPEENS DEVANT LE JUGE DU REFERE-LIBERTE.....	87
I) Le renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne	87
II) Les demandes d'avis consultatifs à la Cour européenne des droits de l'Homme	97
CONCLUSION DU CHAPITRE PRELIMINAIRE	99
CHAPITRE 1 : LA COMPATIBILITE DES CONDITIONS SUBSTANTIELLES DES RENVOIS AVEC CELLES DU REFERE-LIBERTE	101
SECTION 1 : LE PRE-CONTROLE DES LOIS PAR LE JUGE DES ATTEINTES MANIFESTES AUX LIBERTES FONDAMENTALES.....	101
I) L'équilibre entre les degrés d'illégalités requis par le référé-liberté et les mécanismes de renvoi préalable	101
A) Une intensité de pré-contrôle des lois <i>a priori</i> incompatible avec la procédure de référé-liberté.....	102
1) Les causes de l'incompatibilité des intensités de pré-contrôle des lois avec l'office du juge du référé-liberté	102

a) Une intensité de pré-contrôle des lois exclusive de l'office du juge du référé-liberté	103
α) La détermination du double office du juge du référé-liberté	103
i) Le juge des illégalités manifestes	103
ii) Le juge des illégalités apparentes	104
β) Une intensité de pré-contrôle des lois excédant l'office du juge du référé-liberté	109
b) Le caractère inadapté de l'obligation de motiver l'opération de pré-contrôle des lois	111
2) Le refus d'une identité systématique d'appréciation entre l'intensité du pré-contrôle conditionnant la mise en œuvre des renvois et l'intensité de contrôle des illégalités administratives	113
a) Une identité systématique exclue par les règles de procédure	113
b) Le refus jurisprudentiel d'une identité systématique	116
B) Une intensité de pré-contrôle des lois compatible avec l'office limité du juge du référé-liberté.....	118
1) L'adaptation de l'intensité du pré-contrôle des lois à l'office du juge du référé-liberté par des règles d'exception justifiées par l'urgence	119
a) Le rapprochement des intensités de pré-contrôle des lois avec l'office du juge du référé-liberté	119
α) Le recours possible à l'évidence dans le pré-contrôle des lois par le juge du référé-liberté	119
β) Le rapprochement avéré du pré-contrôle des lois à l'office du juge référé-suspension	124
b) L'atténuation implicite des exigences de motivation des décisions de renvoi dans les situations d'urgence	129
α) Les fondements de l'atténuation des exigences de motivation des décisions de renvoi dans les situations d'urgence.....	130
β) Les effets pervers de la limitation de l'obligation de motivation des décisions de renvoi.....	132
2) Le sens du pré-contrôle des lois intrinsèquement compatible à l'intensité limitée de l'office du juge du référé-liberté	134

II) De la protection des droits fondamentaux protégés dans le cadre des mécanismes de renvoi préalable à la sauvegarde des « libertés fondamentales » garanties par le référé-liberté..... 137

A) Une dissemblance des droits et libertés fondamentaux protégés dans le cadre de la procédure de référé-liberté et de celles des renvois préalables	138
1) Les causes des divergences	138
a) La détermination autonome et indépendante des droits et libertés fondamentaux	139
α) Une détermination formelle des droits fondamentaux protégés dans le cadre des renvois indépendante de celle du juge <i>a quo</i>	139
β) Une détermination matérielle des libertés fondamentales protégées par le juge du référé-liberté indépendante du champ des droits fondamentaux protégés par le juge <i>ad quem</i> des renvois	140
b) La différence de nature des contentieux en référé-liberté et sur renvoi préalable .	141
2) Les conséquences des divergences	144
a) Une protection inutile des droits fondamentaux garantis sur renvoi.....	144
b) L'extension indirecte et circonstanciée du champ des libertés fondamentales protégées par le juge du référé-liberté.....	148

B) Une dissemblance source d'enrichissements mutuels.....	149
1) Un mouvement d'influence à double sens	149
a) L'influence du juge des lois sur les libertés fondamentales garanties par le juge du référé-liberté	149
b) L'influence du juge du référé-liberté sur les droits fondamentaux garantis par le juge des lois	152
2) Les facteurs d'harmonisation	158
a) Les facteurs d'harmonisation tirés de la procédure de référé-liberté	158
b) Les facteurs d'harmonisation tirés des éléments communs à la procédure de l'article L. 521-2 du CJA et à certains renvois préalables	159
c) Les facteurs d'harmonisation tirés des procédures de renvois préalables.....	160

SECTION 2) LE PRE-CONTROLE DES LOIS ET L'OFFICE DU JUGE DE L'URGENCE 162

I) Les implications de l'exercice du pré-contrôle des lois sur la condition d'urgence du référé-liberté 162

A) Les effets du pré-contrôle des lois sur l'établissement de la condition d'urgence du référé-liberté	162
1) Le principe : l'absence d'effet du pré-contrôle des lois sur la condition d'urgence du référé-liberté	163
2) Les exceptions : l'urgence caractérisée par le pré-contrôle de la loi	164
B) L'ordre d'examen de l'urgence du référé-liberté et du pré-contrôle des lois.....	168
1) La priorité de la condition d'urgence	168
2) Les exceptions à la priorité d'examen de la condition d'urgence.....	170

II) L'articulation des conditions d'urgence des mécanismes de renvoi et du référé-liberté 173

A) La coïncidence des conditions d'urgence du référé-liberté et celles d'examen des renvois par le juge <i>ad quem</i>	173
B) La correspondance entre les conditions d'urgence ouvrant droit aux mesures provisoires	177
1) La proximité d'appréciation des conditions d'urgence ouvrant droit aux mesures provisoires	177
2) La proximité des conditions de gravité ouvrant droit aux mesures provisoires.....	179

CONCLUSION DU CHAPITRE 1 183

CHAPITRE 2 : LES ADAPTATIONS PROCEDURALES DES RENVOIS PREALABLES AUX SPECIFICITES PROCESSUELLES DU REFERE-LIBERTE 185

SECTION 1 : LES EFFETS DE LA MISE EN ŒUVRE DES RENVOIS SUR LES POUVOIRS DU JUGE DU REFERE-LIBERTE 185

I) Le dilemme du sursis à statuer 186

A) La suspension privilégiée de l'instance en cours	187
1) Les raisons de la préférence du juge du référé-liberté pour le sursis à statuer	187
a) L'absence de nécessité de recourir aux pouvoirs de compensation des effets du sursis à statuer au vu des faits de l'affaire.....	188

b) L'absence de nécessité de recourir aux pouvoirs de compensation des effets du sursis à statuer motivée par la décision du juge <i>ad quem</i> d'examiner le renvoi en urgence	188
2) Les inconvénients du sursis à statuer	190
a) Un pouvoir contraire à l'essence des référés.....	190
b) Le risque d'une perte de maîtrise de la durée du sursis à statuer.....	193
B) Des exceptions au sursis à statuer inusitées	193
1) Le régime des exceptions au sursis à statuer motivées par l'urgence.....	194
a) Les sources des exceptions au sursis à statuer	194
α) Les sources des exceptions facultatives au sursis à statuer	195
β) Les sources des exceptions obligatoires au sursis à statuer	198
b) L'existence de voies correctives en cas d'absence de sursis à statuer	199
α) L'utilité relative du retour devant le juge du référé-liberté.....	200
β) L'utilité du référé-réexamen	202
γ) La fermeture du recours dans l'intérêt de la loi contre une ordonnance de référé	203
2) L'explication de la préférence du juge du référé-liberté de ne pas surseoir à statuer	203
a) Les inconvénients du recours aux exceptions à l'obligation de surseoir à statuer	204
α) La dénaturation de l'essence première des mécanismes de renvoi préalable	204
β) Les incidences hétérogènes de l'absence de sursis à statuer sur le maintien de l'objet du renvoi	205
b) La rareté des hypothèses contentieuses portées devant le juge du référé-liberté justifiant le recours aux exceptions obligatoires au sursis à statuer	206
α) L'intégration incertaine des mesures d'assignation à résidence et de rétention administrative dans le champ des hypothèses obligatoires d'interdiction de surseoir à statuer	207
β) La rareté des hypothèses dans lesquelles un étranger en situation irrégulière peut contester devant le juge du référé-liberté une mesure de rétention administrative ou d'assignation à résidence.....	208
II) Le pouvoir de prononcer des mesures provisoires.....	209
A) Un régime globalement propice au prononcé de mesures provisoires.....	210
1) L'autonomie procédurale du juge du référé-liberté préservée pour le prononcé de mesures provisoires concomitantes à un renvoi	210
a) Les conditions permettant le prononcé de mesures provisoires	211
b) Le libre choix de la durée et du moment du prononcé des mesures provisoires....	212
c) Le libre choix du type de mesures provisoires.....	214
α) Les mesures provisoires nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale	215
β) Le sursis à exécution des lois.....	216
2) Le caractère facultatif du recours aux mesures provisoires	218
B) Une pratique traduisant l'absence de recours aux mesures provisoires	220
1) Les raisons invoquées au soutien du refus de prononcer des mesures provisoires ou conservatoires en cas de renvoi d'une QPC	221
2) Les raisons invocables au soutien du refus de prononcer des mesures provisoires de mise en œuvre d'un renvoi préjudiciel.....	222
 SECTION 2 : L'ARTICULATION DE L'EXAMEN DES RENVOIS PREALABLES AVEC LA PROCEDURE DU REFERE-LIBERTE.....	 226

I) L'ordre procédural d'examen de la recevabilité de la requête en référé et des demandes de renvois	227
A) La priorité de la recevabilité interne de la requête	227
1) La compétence du juge du référé-liberté.....	228
2) La recevabilité de la requête en référé-liberté.....	229
B) Les hypothèses de traitement prioritaire des renvois	230
1) La priorité relative de la recevabilité interne de la requête.....	231
a) L'examen prioritaire des renvois sur la compétence du juge du référé-liberté.....	232
b) L'examen prioritaire des renvois sur la recevabilité de la requête en référé-liberté	232
2) La priorité des renvois sur l'examen du caractère mal fondé de la requête.....	235
C) Le sort de la demande de renvoi après le rejet de la requête en référé.....	237
II) L'organisation juridictionnelle de l'examen des renvois	239
A) Les délais de traitement des renvois	240
1) Les délais d'examen des renvois impartis au juge du référé-liberté	240
a) Le délai de transmission des QPC par le juge du référé-liberté des tribunaux administratifs	241
b) Le délai de renvoi des QPC par le juge du référé-liberté du Conseil d'État.....	242
2) Les délais impartis à la contradiction entre les parties	244
a) De la nécessité d'un temps consacré au contradictoire	244
b) La maîtrise par le juge du référé-liberté des délais impartis à la contradiction entre les parties	246
α) Le temps de la contradiction devant le juge du référé-liberté des tribunaux administratifs	247
β) Le temps de la contradiction devant le juge du référé-liberté du Conseil d'État	248
B) Les formations de jugement des demandes de renvois	249
1) La généralisation souhaitable du simple degré de filtrage des renvois.....	249
a) Le principe globalement partagé du simple degré de filtrage des renvois	249
b) L'abandon souhaitable du double filtrage des QPC soulevées devant le juge du référé-liberté des tribunaux administratifs	250
2) Le maintien souhaitable du libre choix du juge du référé-liberté de traiter les renvois à juge unique ou en formation collégiale	252
a) Le principe du traitement des renvois par un juge unique du référé-liberté	252
b) La préférence du juge du référé-liberté de traiter les renvois en formation collégiale	254

SECTION 3 : LES STRATEGIES CONTENTIEUSES DE MISE EN ŒUVRE DES RENVOIS ANTE ET POST REFERE-LIBERTE

I) Les renvois préalables, apanage du juge statuant au fond ?	256
A) L'absence de véritables adaptations normatives et jurisprudentielles des renvois préalables aux spécificités du référé-liberté	257
1) Le constat de la réception insuffisante des mécanismes de renvoi par les textes et la jurisprudence	258
2) Les raisons de la réception insuffisante des mécanismes de renvoi par les textes et la jurisprudence	260
B) La préférence donnée au juge statuant au fond	263
1) La possibilité pour le justiciable de saisir le juge statuant au fond.....	263

2) L'intervention imminente du juge statuant au fond	265
II) Le référé-instruction, instrument d'anticipation du contrôle des lois ?	266
A) Les obstacles à l'érection du référé-instruction en instrument d'anticipation du contrôle des lois	267
1) Les obstacles liés à la procédure du référé-instruction	267
a) La compétence du juge du référé-instruction limitée aux questions de fait	267
b) Le refus explicite des saisines motivées par une seule demande de renvoi	268
2) Les obstacles liés à la recevabilité des renvois	269
B) Les moyens permettant d'écarter les obstacles à l'utilisation du référé-instruction en vue de l'anticipation du contrôle des lois	271
1) Les conditions essentielles de saisine du juge du référé-instruction	272
a) L'utilité des mesures d'instruction de saisine d'un autre juge	272
b) L'absence de décision administrative ou d'action préalable nécessaires à la saisine du juge du référé-instruction	273
2) La finalité préventive des renvois	274
 CONCLUSION DU CHAPITRE 2	 276
 CONCLUSION DU TITRE 1	 277
 TITRE 2 : LE CONTROLE DIRECT DES LOIS PAR LE JUGE DU PROVISOIRE	 279
 CHAPITRE 1 : LA COMPETENCE DU JUGE DU PROVISOIRE DE CONTROLER LES LOIS	 281
 SECTION 1 : LE TEMPS DES RETICENCES	 281
I) Le refus du contrôle de la conventionnalité des lois	281
A) Des arguments juridiques insuffisants	282
1) Les finalités des recours d'urgence de protection juridictionnelle provisoire des droits fondamentaux	282
a) Une finalité substantielle : la protection des droits subjectifs fondamentaux des requérants	283
b) Une finalité procédurale : la préservation de l'objet d'un recours individuel au fond en réparation	288
2) Les contraintes procédurales structurelles	290
a) Le juge unique du provisoire	290
b) Un contrôle exercé en urgence	292
B) Des raisons profondes de nature politique	295
1) La « nature » juridique irréfutable des lois	296
2) Un contentieux réservé par « nature » au juge statuant au fond	300
a) La thèse de l'existence d'une hiérarchie des offices déterminant la compétence d'un juge de connaître du contentieux des lois	300
b) La thèse de la compétence naturelle du juge statuant au fond de connaître du contentieux des lois	302
 II) L'émiettement du refus initial	 303
A) La formalisation des exceptions	305

1) La « reprise » d'un précédent jurisprudentiel rendu au fond	305
a) La reprise d'une décision rendue par le juge compétent à titre préjudiciel.....	306
b) La reprise d'une décision d'un juge saisi au principal statuant au fond	308
α) Justifications	308
β) Applications	309
γ) Critiques	310
2) Un régime d'exception basé sur le domaine des droits fondamentaux atteints	312
a) La limitation des libertés fondamentales invocables à l'appui d'un moyen tiré de l'inconventionnalité d'une loi	312
α) Une exception fondée sur une discrimination matérielle des libertés fondamentales : le cas du droit à la vie	313
β) Une exception fondée sur un critère formel : le cas des libertés fondamentales tirées du droit de l'UE	313
b) La hiérarchisation contestable des libertés fondamentales invoquées à l'appui d'un moyen tiré de l'inconventionnalité d'une loi	315
α) Une hiérarchisation contestable des libertés fondamentales selon leur source..	316
β) Une hiérarchisation contestable des libertés fondamentales selon leur contenu	317
B) Les exceptions inédites.....	319
1) Une première période d'incertitude sur la portée de la jurisprudence <i>Carminati</i> (2002-2005).....	320
2) Une seconde période d'incertitude sur la portée des jurisprudences <i>Carminati</i> et <i>Allouache</i> (2005-2015).....	321

SECTION 2 : LA CONSECRATION DE LA COMPETENCE DU JUGE DU PROVISOIRE DE CONTROLER LES LOIS 323

I) La reconnaissance jurisprudentielle de la compétence du juge du provisoire de contrôler la conventionnalité des lois 325

A) La consécration jurisprudentielle explicite de la compétence du juge du référé-liberté de contrôler la conventionnalité des lois	325
B) La compétence du juge du provisoire déduite de celle du juge statuant au fond.....	329
1) L'existence d'un principe de parallélisme des compétences et de continuité des moyens invocables devant le juge statuant au fond et celui du provisoire	329
a) La compétence de la Cour EDH de connaître au fond du contentieux des lois	329
b) L'application du principe de parallélisme des compétences et de continuité des moyens invocables devant les juges de la Cour EDH statuant au fond et au provisoire	332
2) La théorie des « compétences implicites »	334

II) Les fondements de la compétence du juge du provisoire de contrôler les lois 336

A) Les fondements juridiques de la compétence du juge du provisoire de contrôler les lois	336
1) Les fondements liés à l'office même et à l'essence du juge du provisoire.....	336
a) Le contrôle d'une loi applicable à un litige comme compétence commune et inhérente à toute fonction juridictionnelle	336
α) L'obligation de l'interprétation conforme des lois applicables au litige	337
β) L'obligation d'écarter l'application d'une loi contraire aux droits fondamentaux	338
b) Le contrôle des lois applicables au litige comme compétence intrinsèquement liée à la fonction juridictionnelle du juge du provisoire	339

α) Une compétence déduite d'une condition de fond de saisine du juge du provisoire : le <i>fumus boni juris</i>	340
β) Une compétence déduite de la condition de recevabilité de la saisine du juge provisoire de la Cour EDH liée à la qualité de victime « potentielle ».....	341
2) Une compétence fondée sur des exigences exogènes au juge du provisoire	343
a) Les fondements principaux	343
α) Le principe de primauté	343
β) Le principe de subsidiarité.....	346
b) Les droits processuels fondamentaux	348
α) L'interdiction du déni de justice	348
β) Le droit à un recours effectif.....	353
B) Les considérations d'opportunité	357
1) La concurrence du contrôle des lois sur renvoi préalable.....	357
2) La concurrence du contrôle direct des lois dans les recours internes et internationaux	359

CONCLUSION DU CHAPITRE 1..... 362

CHAPITRE 2 : LES MODALITES DU CONTROLE DES LOIS PAR LE JUGE DU PROVISOIRE..... 364

SECTION 1 : LA METHODE DU CONTROLE 364

I) Les données prises en compte pour le contrôle des lois 364

A) Une dominance différente de nature du contrôle des juges du provisoire liée à l'office respectif des juges statuant au fond.....	366
1) Le contrôle <i>essentiellement</i> concret du juge du provisoire de la Cour EDH.....	366
2) Le contrôle <i>principalement</i> abstrait du juge du référé-liberté	367
B) Un mouvement commun de dédoublement de la nature du contrôle des lois.....	368
1) L'abstractisation supposée du contrôle des lois par le juge du provisoire de la Cour EDH.....	368
2) La concrétisation consacrée du contrôle des lois par le juge du référé-liberté	370
a) L'influence du contrôle concret exercé par les juridictions concurrentes.....	371
α) L'influence déterminante de la Cour européenne des droits de l'Homme	371
β) L'influence supplémentaire de la Cour de cassation	374
b) La complémentarité du contrôle concret des lois par rapport au contrôle abstrait	375
α) Un contrôle complémentaire par rapport au contrôle abstrait des lois rendu sur renvoi.....	375
β) Un contrôle complémentaire par rapport au contrôle abstrait des lois rendu en premier lieu par voie d'exception.....	376

II) L'intensité du contrôle des lois 377

A) Un contrôle minimal de principe.....	378
1) Les conflits entre <i>compétence</i> et <i>intensité</i> du contrôle de la conventionnalité des lois	378
a) Une intensité minimale de contrôle de conventionnalité prétendument incompatible avec la nature des lois.....	378
b) L'extension résolument incompatible du contrôle des inunionités manifestes au référé-suspension.....	380

2) Un contrôle des inconventionnalités manifestes des lois finalement compatible avec le contentieux des lois devant le juge du provisoire	382
a) Une intensité de contrôle de conventionnalité compatible avec la nature des lois	383
b) Une intensité de contrôle des lois compatible avec l'office du juge du provisoire	384
B) Un contrôle entier possible.....	385
1) Un contrôle entier de la conventionnalité des lois conditionné par le degré de gravité ou d'irréversibilité de l'atteinte aux droits fondamentaux	386
a) Le modèle du contrôle entier de la légalité des actes administratifs.....	386
b) L'application de la jurisprudence <i>Gonzalez-Gomez</i>	387
2) Un contrôle entier de la conventionnalité des lois conditionné par l'importance de la liberté fondamentale atteinte	389
a) Une intensité de contrôle tirée des exigences de la Conv. EDH.....	389
b) Le traitement de l'affaire <i>Lambert</i>	391

SECTION 2 : LES TECHNIQUES DE CONTROLE DES LOIS..... 393

I) La recherche privilégiée de l'applicabilité des lois.....	395
A) La neutralisation du recours aux procédures de renvois préalables.....	395
1) La théorie de l'acte clair.....	396
2) Le recours à l'interprétation conforme d'une loi	399
B) Le contournement de la technique de l'exception d'inconventionnalité des lois	404
1) Le contournement de l'incompétence du juge du référé-liberté de connaître des exceptions d'inconventionnalité des lois.....	405
2) Le contournement des prétendus inconvénients de la technique de l'exception d'inconventionnalité concrète des lois	406
a) L'interprétation conforme, une technique prétendument plus « respectueuse » de l'œuvre législative	407
b) L'interprétation conforme, technique prétendument gage de sécurité juridique ...	411

II) Plaidoyer pour la reconnaissance du caractère opérant devant le juge du référé-liberté des exceptions tirées de la contrariété d'une disposition législative aux droits et libertés que la Constitution garantit..... 414

A) Le jugement <i>provisoire</i> de l'évidence, fondement de la <i>compétence</i> du juge du référé-liberté de contrôler la conformité d'une disposition législative aux droits et libertés que la Constitution garantit.....	416
1) La compétence exclusive du contrôle au fond de la validité des lois préservée par la portée provisoire du contrôle des exceptions d'inconstitutionnalité des lois.....	416
a) La possibilité d'un contrôle provisoire par le juge du référé-liberté de la conformité d'une disposition législative aux droits et libertés que la Constitution garantit.....	417
b) Les illustrations de compétences élargies au titre du jugement au provisoire.....	419
2) La compétence exclusive de l'unification préjudicielle de l'interprétation de la Constitution préservée par le caractère évident du contrôle des exceptions d'inconstitutionnalité des lois.....	421
a) La possibilité du juge du référé-liberté de connaître des moyens tirés de la méconnaissance manifeste de droits et libertés que la Constitution garantit par une disposition législative	421
b) Les illustrations de compétences élargies au titre du jugement de l'évidence	424
B) Le jugement dans l'urgence, fondement du <i>pouvoir</i> du juge du référé-liberté d'écarter l'application d'une disposition législative contraire aux droits et libertés que la Constitution garantit.....	427

1) Un fondement positif : le juge du référé-liberté peut et doit juger en urgence	427
a) Le principe de célérité de la procédure, fondement de l'extension des pouvoirs du juge du référé-liberté	428
α) Le pouvoir exclusif du Conseil constitutionnel d'abroger explicitement une disposition législative avec effet <i>erga omnes</i>	428
β) La préservation du pouvoir exclusif du Conseil constitutionnel par l'octroi au juge du référé-liberté du pouvoir de déclarer une loi inapplicable avec effet inter partes	429
b) Le principe de bonne administration de la justice de l'urgence, fondement du pouvoir du juge du référé-liberté de ne pas se dessaisir au profit du Conseil constitutionnel	430
α) Le principe de bonne administration de la justice de l'urgence, fondement du non-recours aux questions préjudicielles	430
β) Le principe de bonne administration de la justice de l'urgence, fondement du non-recours aux renvois préalables	432
2) Un fondement négatif : le Conseil constitutionnel peut mais ne doit pas juger en urgence les QPC	433
a) L'absence de procédure obligeant le Conseil constitutionnel d'abroger en urgence et avec effet immédiat une disposition législative inconstitutionnelle.....	434
b) Les illustrations de pouvoirs élargis au titre de l'absence de procédure d'urgence devant le juge compétent à titre exclusif.....	435
 CONCLUSION DU CHAPITRE 2	438
 CONCLUSION DU TITRE 2.....	439
 CONCLUSION DE LA PARTIE 1.....	441
 PARTIE 2 : L'URGENCE DANS LES PROCÉDURES DE JUGEMENT DES RENVIS PRÉALABLES	443
 TITRE 1 : LA PRISE EN COMPTE DE L'URGENCE PAR LE JUGE DES LOIS....	445
 CHAPITRE 1 : L'URGENCE A JUGER	447
 SECTION 1 : L'APPRECIATION DE L'URGENCE A JUGER.....	447
I) La compétence de connaître l'urgence à juger	447
A) La compétence de connaître les faits de l'instance principale constitutifs de l'urgence à juger.....	448
1) Les fondements de la compétence du juge des lois de connaître des faits urgents du litige principal	448
2) Les modèles de manifestation de la connaissance de l'urgence à juger	450
B) L'initiative de la demande de jugement en urgence d'un renvoi	452
1) Une initiative partagée	453
a) Le rôle premier de la juridiction de renvoi.....	453
b) Le rôle préservé du Président de la juridiction <i>ad quem</i>	455
2) Une initiative encadrée.....	457

a) Les conditions relatives au contenu de la demande	457
b) Les recommandations relatives à la forme de la demande	459
II) Les caractères du pouvoir d'appréciation de l'urgence à juger	461
A) Un large pouvoir d'appréciation de l'urgence à juger	461
1) La faible détermination de l'urgence par les règles de procédure	461
a) Le silence des règles textuelles	462
b) Les précisions du <i>soft law</i>	463
2) Les raisons de l'indétermination textuelle et jurisprudentielle de l'urgence à juger .	465
a) Une prédétermination textuelle impossible.....	465
b) Une détermination jurisprudentielle volontairement limitée	467
B) L'appréciation stricte de l'urgence à juger.....	469
1) Les manifestations de l'appréciation stricte de l'urgence à juger	469
a) Une appréciation stricte de l'urgence par rapport aux bases textuelles de référence	469
α) L'existence de cas d'appréciation souple de la condition d'urgence de la PPU	470
β) L'appréciation globalement stricte de l'urgence des procédures préjudicielles accélérées et d'urgence.....	472
b) Une appréciation stricte de l'urgence étayée par un faible taux d'acceptation des demandes de jugement en urgence.....	474
2) Les raisons de l'appréciation stricte de l'urgence à juger	476
a) Une volonté d'éviter le ralentissement du traitement des affaires non urgentes....	476
b) Une volonté d'éviter la dénaturation des procédures d'urgence et accélérée	480
α) Une volonté d'éviter le ralentissement des procédures accélérée et d'urgence.	480
β) Une volonté d'éviter le dévoiement des procédures d'urgence et accélérée	484
c) Une volonté d'éviter la dénaturation du mécanisme de renvoi préalable	485
 SECTION 2 : LA NATURE DE L'URGENCE A JUGER	 486
I) Une urgence à juger objective conforme à l'essence des renvois : l'unification de l'interprétation et de l'application du droit.....	487
A) L'urgence de lever une incertitude sur l'interprétation ou la validité du droit	487
1) Le degré d'incertitude sur le droit comme élément principal de caractérisation d'une situation d'urgence	487
2) La masse des affaires concernées par l'incertitude sur le droit.....	490
B) La sensibilité de la matière du droit à interpréter.....	492
1) La spécialisation du champ de l'urgence à juger	492
a) Le traitement urgent par la Cour de justice de l'UE des renvois préjudiciels relatifs à l'Espace de liberté, de sécurité et de justice.....	493
b) Le traitement urgent des QPC relatives au contentieux électoral avant la tenue d'une élection imminente	496
2) Une urgence à juger généraliste	498
 II) Le caractère accessoire de la protection des droits subjectifs fondamentaux des particuliers dans la détermination de l'urgence à juger.....	 499
A) Le caractère complémentaire de la protection des droits fondamentaux subjectifs des justiciables dans la détermination de l'urgence à juger.....	500
1) Un objectif théorique de protection des droits fondamentaux poursuivi pour la mise en œuvre des procédures accélérée et d'urgence	501
2) Le caractère complémentaire de l'urgence à protéger les droits fondamentaux.....	504

B) L'absence de prise en compte par les juridictions du Palais Royal de la violation des droits fondamentaux dans la détermination de l'urgence à juger.....	506
1) Les manifestations de l'absence de prise en compte du caractère urgent des atteintes législatives aux droits fondamentaux	506
2) L'urgence des intérêts étatiques.....	509
III) Une urgence à juger globalement affranchie de l'urgence procédurale de la juridiction de renvoi.....	513
A) Les ressorts d'une conciliation difficile	513
1) Une volonté affichée de coopération	514
2) Une recherche délaissée de correspondance entre les délais de jugement des juridictions <i>ad quem</i> et ceux des juridictions <i>a quibus</i>	518
B) Une urgence à juger indépendante de celle des juridictions de renvoi	519
1) L'indifférence de l'urgence à juger quant à la nature de la procédure en cours devant la juridiction de renvoi	520
a) Les renvois effectués dans le cadre d'une procédure pénale	520
b) Les renvois mis en œuvre dans le cadre d'une procédure de référé conditionnée par l'urgence.....	523
c) Les renvois mis en œuvre par un juge devant statuer dans un délai bref.....	527
2) L'indifférence de l'urgence à juger quant à la valeur de la source de l'obligation pour la juridiction de renvoi de juger en urgence	530
a) Le délai de jugement bref imposé par le droit constitutionnel à un recours effectif	530
b) Le délai de jugement bref imposé par le droit de la Conv. EDH.....	532
c) Le délai de jugement bref imposé par le droit de l'UE	533
α) La prise en compte de dispositions intégrant le champ de l'ELSJ imposant aux juridictions nationales de statuer en urgence pour la mise en œuvre de la PPU	533
β) L'absence de prise en compte de dispositions du droit dérivé de l'UE imposant aux juridictions nationales de statuer en urgence pour la mise en œuvre de la PPA	535
CONCLUSION DU CHAPITRE 1	537
CHAPITRE 2 : JUGER DANS L'URGENCE	539
SECTION 1 : LES EFFETS DE L'URGENCE SUR LE JUGEMENT DES RENVOIS	539
I) L'organisation formelle du jugement.....	539
A) La formation de jugement	540
1) La formation de jugement de l'urgence	540
a) Le jugement de l'urgence par le Président de la juridiction <i>ad quem</i>	541
b) Le jugement de la condition d'urgence de la PPU par une formation collégiale spécialisée.....	542
2) La formation de jugement des lois.....	544
a) Le choix unanime du jugement des renvois en formation collégiale.....	544
α) La mise en place <i>a priori</i> souhaitable d'un juge unique dans les situations d'urgence	545

β) Les raisons de la préférence pour une formation collégiale de jugement des lois	546
b) Les types de formations collégiales de jugement des renvois	551
α) La mise en place d'une formation restreinte pour le jugement des renvois urgents	552
β) La possibilité de renvoi des affaires urgentes aux chambres solennelles ou spécialisées	555
B) Les délais de jugement des renvois urgents	557
1) Les avantages de la prédétermination d'un bref délai de jugement	558
a) Une prédétermination des délais de jugement gage de prévisibilité pour la juridiction <i>a quo</i>	558
b) Une prédétermination des délais de jugement gage de respect du « délai raisonnable » de jugement	559
2) La préférence pour l'absence de délais de jugement prédéterminés	560
a) Les faux avantages de la prédétermination d'un délai de jugement	560
α) L'absence de prévision d'un délai de jugement n'empêche pas le juge de statuer en urgence	561
β) La relativité des avantages de la prédétermination d'un délai de jugement	563
b) Le rejet de délais de jugement préfixés pour les renvois urgents	566
α) Le caractère relatif de l'urgence justifie qu'il ne faille pas imposer de délais déterminés de jugement	566
β) La mise en place de standards temporels adaptés aux situations d'urgences	568
II) Les effets de l'urgence sur les modalités de l'opération de contrôle des lois.....	571
A) L'influence négligeable de l'urgence sur la nature du contrôle des lois.....	571
1) La nature essentiellement abstraite du contrôle	572
a) La nature principalement objective du contentieux soumis aux procédures de renvoi préalable	572
b) Le rejet systématique des questions de fait posées sur renvoi	576
2) La concrétisation du contrôle des lois dans les situations d'urgence.....	578
a) La concrétisation du contrôle <i>a posteriori</i> et sur renvoi des lois	578
α) Une tendance croissante à la prise en compte des faits du litige dans le jugement des renvois	578
β) La subjectivisation du contentieux des lois sur renvoi	581
b) La concrétisation du contrôle des lois dans les situations d'urgence.....	583
α) Une concrétisation théoriquement accrue du contrôle des lois dans les situations d'urgence	583
β) Une concrétisation du contrôle des lois dans les situations d'urgence en pratique limitée.....	586
B) L'absence d'influence de l'urgence sur l'intensité du contrôle des lois	590
1) Le rejet d'un contrôle minimal généralisé dans les situations d'urgence	590
2) Les raisons du rejet d'une limitation de l'intensité du contrôle dans les situations d'urgence	593
a) L'objet des questions de droit posées sur renvoi	594
b) Le rejet d'un contrôle minimal justifié par la nature des procédures de renvoi préalable	595
SECTION 2 : LA PRISE EN COMPTE DE L'URGENCE PAR LE JUGE DES LOIS DANS LA DETERMINATION DES EFFETS DE SES DECISIONS.....	596

I) Une prise en compte limitée de l'urgence dans la détermination des effets des décisions	596
.....	
A) Le report dans le temps des décisions QPC préféré par le Conseil constitutionnel, dans les situations d'urgence	597
1) Un effet utile en principe recherché	597
2) Un effet utile insuffisamment accordé dans les situations d'urgence	599
a) Les manifestations de la prise en compte limitée de l'urgence dans la détermination des effets des décisions QPC	599
a) Le recours fréquent au report dans le temps des effets des décisions dans les situations d'urgence substantielles	599
β) La faible prise en compte du caractère urgent des instances en cours	601
b) Les raisons de la prise en compte limitée de l'urgence dans la détermination des effets des décisions QPC	602
α) L'application insuffisante du principe du contradictoire concernant le recours au pouvoir de modulation dans le temps des effets des décisions	602
β) Une prise en compte de l'urgence limitée par le caractère objectif du contentieux a posteriori de la constitutionnalité des lois	604
B) Les limites procédurales à la prise en compte de l'urgence par le Conseil d'État et les cours européennes	605
1) Un pouvoir de contrôle des lois limité	606
2) L'absence de modulation dans le temps des effets des avis et des arrêts préjudiciels rendus au titre des procédures préjudicielles d'urgence et accélérée	608
a) L'absence de modulation dans le temps des effets des arrêts préjudiciels rendus au titre des procédures préjudicielles d'urgence et accélérée	608
b) L'absence de pouvoir de la Cour EDH et du Conseil d'État de modulation dans le temps des effets de leurs avis	610
II) Les moyens de renforcement de la prise en compte de l'urgence	610
A) La généralisation souhaitable de l'effet immédiat procédural des décisions QPC dans les situations d'urgence	611
B) La préservation de l'effet utile dans les situations d'urgence par le recours aux outils interprétatifs	614
1) Le recours aux réserves d'interprétation transitoires au service de l'effet utile des décisions	614
a) La technique des réserves d'interprétation transitoires, source de protection <i>immédiate</i> des droits fondamentaux	614
b) Les limites de la technique des réserves d'interprétation transitoires	617
2) La concrétisation des réserves d'interprétation	619
 CONCLUSION DU CHAPITRE 2	622
 CONCLUSION DU TITRE 1	623
 TITRE 2 : LA CONCILIATION DES GARANTIES PROCESSUELLES FONDAMENTALES ET DE L'URGENCE DEVANT LE JUGE DES LOIS	625
 CHAPITRE PRELIMINAIRE : L'APPLICABILITE DU DROIT A UN PROCES EQUITABLE ET DU DROIT A UN RECOURS EFFECTIF DEVANT LE JUGE DES LOIS	627

SECTION 1 : L'APPLICABILITE CONTESTEE DES DROITS PROCESSUELS FONDAMENTAUX DEVANT LE JUGE DES LOIS.....	627
---	------------

SECTION 2 : L'APPLICABILITE CONFIRMEE DES DROITS PROCESSUELS FONDAMENTAUX DEVANT LE JUGE DES LOIS.....	630
---	------------

CHAPITRE 1 : L'ALLEGEMENT DES GARANTIES D'UN PROCES DES LOIS EQUITABLE	636
---	------------

SECTION 1 : L'APPLICATION DU PRINCIPE DU CONTRADICTOIRE AU PROCES URGENT DES LOIS	636
--	------------

I) Une participation préservée des différents acteurs du contradictoire 637

A) Les parties au procès urgent des lois..... 638

1) Les parties au procès principal..... 639

a) Une participation des parties au procès principal contestée..... 639

b) Une participation préservée des parties au procès principal 640

2) La partie chargée d'intervenir en défense de la loi 642

a) La participation préservée de la partie en défense dans le contentieux urgent des actes administratifs 643

b) La participation préservée de la partie en défense dans le contentieux urgent des lois 643

B) Les tiers au procès urgent des lois..... 645

1) La participation préservée des tiers privilégiés..... 645

a) La participation préservée des autorités institutionnelles 645

b) La participation préservée d'un magistrat indépendant tiers à la formation de jugement..... 646

2) La participation des tiers intéressés 647

a) L'exclusion initialement envisagée des tiers étatiques intéressés devant les cours européennes 648

b) La participation limitée des tiers intéressés 649

II) Une participation adaptée des différents acteurs du contradictoire 652

A) Un écrit privilégié mais restreint..... 652

1) La limitation de la durée de la phase écrite..... 653

a) Le pouvoir du juge des lois de déterminer la durée de la phase écrite du contradictoire..... 653

α) Le pouvoir de limiter le délai ordinairement prévu pour la production d'observations écrites 654

β) L'omission possible de la phase écrite du contradictoire 657

b) La capacité du juge des lois de fixer sans délai la durée de la phase écrite du contradictoire..... 658

2) Un échange contradictoire écrit globalement préservé dans ses formes et sa substance 660

a) L'absence de limitations d'ordres formel et substantiel à la production d'observations écrites dans les procédures de traitement des renvois..... 661

b) La limitation possible du contenu et du volume des écrits dans le cadre des procédures préjudicielles d'urgence et accélérée 663

B) Un échange contradictoire oral valorisé..... 665

1) L'oralité permet de parachever l'instruction contradictoire des affaires urgentes.....	666
a) L'oralité, élément compensatoire de la brièveté ou de l'absence d'échanges écrits	666
b) L'urgence, facteur de sanctuarisation de la tenue d'une audience ordinairement facultative	670
2) L'oralité comme potentiel facteur de subjectivisation de l'office du juge des lois ...	673
a) Une subjectivisation théorique de l'office du juge des lois par l'oralité des échanges	673
b) Une subjectivisation de l'office du juge des lois par l'oralité des échanges empiriquement relativisée	674

SECTION 2 : LA MOTIVATION DES DECISIONS DU JUGE DES LOIS 677

I) La motivation de la décision sur l'urgence à juger 677

A) L'obligation de motivation de l'urgence à juger.....	677
1) Les considérations juridiques au soutien de l'exigence de motivation des décisions sur l'urgence.....	677
a) Une motivation de l'urgence justifiée par sa qualité de standard	678
b) L'absence de recours contre la décision sur l'urgence	679
2) Les raisons pratiques de l'exigence de motivation	680
a) Le caractère négligeable de la perte de temps lié à la non-motivation des décisions sur l'urgence	680
b) La motivation des décisions sur l'urgence, comme potentiel facteur de gain de temps	681
B) L'appréciation de la motivation de l'urgence à juger.....	683
1) L'insuffisance de la motivation de l'urgence à juger.....	684
a) L'absence de motivation des décisions sur l'urgence	684
b) Une motivation substantiellement hétérogène des décisions de rejet et d'acceptation des procédures préjudicielles accélérée et d'urgence.....	686
2) Les fondements de l'absence de motivation des décisions sur l'urgence	689
a) Une obligation de motivation de l'urgence cantonnée aux procédures dans lesquelles elle est une condition expresse de recevabilité.....	689
b) La « décision » sur l'urgence, un acte d'administration judiciaire non concerné par l'exigence de motivation	690

II) La motivation du résultat de l'opération de contrôle des lois..... 691

A) L'adaptation possible de la motivation à l'urgence	692
1) La possibilité justifiée de limiter le volume de la motivation.....	692
2) La possibilité souhaitable de différer la motivation.....	696
B) Le refus d'une motivation allégée dans les situations d'urgence.....	697
1) Une motivation des décisions urgentes équivalente à celle des décisions rendues dans le cadre de renvoi non urgents.....	697
2) Une motivation potentiellement renforcée dans les situations d'urgence.....	700
a) La concrétisation du contrôle des lois sous l'effet de l'urgence, source d'une motivation renforcée	701
b) Le renforcement de l'utilité de la décision pour le juge de renvoi, source d'une motivation accrue	702

CONCLUSION DU CHAPITRE 1 705

**CHAPITRE 2 : LA RECHERCHE D'UN RENFORCEMENT DU DROIT A UN
« RENVOI EFFECTIF » 707**

**SECTION 1 : LE DROIT A UNE PROTECTION JURIDICTIONNELLE
PROVISOIRE DEVANT LE JUGE DES LOIS 708**

I) Le pouvoir du juge des lois de prononcer des mesures provisoires 708

A) Les obstacles dépassables à la reconnaissance du pouvoir du juge des lois de prononcer des mesures provisoires 709

1) Mesures provisoires et nature des renvois 709

a) Le caractère juridiquement facultatif des avis de la Cour EDH et du Conseil d'État 710

α) La force empiriquement obligatoire des avis de la Cour EDH et du Conseil d'État 710

β) La compatibilité des mesures provisoires avec le caractère consultatif et facultatif des avis 712

b) Le juge *ad quem*, un juge du fond 712

α) Le pouvoir de prononcer des mesures provisoires, un pouvoir réservé au juge *a quo* 713

β) Le pouvoir du juge *a quo* de prononcer des mesures provisoires, un pouvoir pouvant être partagé avec le juge *ad quem* 715

2) Mesures provisoires et fonction du juge *ad quem* 717

a) L'unification de l'interprétation et de l'application du droit 718

b) L'unification *rapide* de l'interprétation et de l'application du droit 721

B) Les fondements du pouvoir du juge des lois de prononcer des mesures provisoires 723

1) Les titres formels d'habilitation expresse 723

a) Une source prétorienne d'habilitation directe : l'hypothèse du renvoi préjudiciel sur renvoi 723

α) Les conditions permettant le prononcé de mesures provisoires à l'occasion de la saisine de la Cour de justice de l'UE d'un renvoi préjudiciel 725

β) L'applicabilité du pouvoir de prononcer des mesures provisoires à l'occasion d'un renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'UE sur renvoi par les juridictions *ad quem* internes 726

b) Des sources textuelles indirectes : l'application par analogie des règles relatives aux recours aux procédures de traitement des renvois 728

α) L'applicabilité de l'article 279 du TFUE à la procédure de renvoi préjudiciel 728

β) L'applicabilité de l'article 39 du règlement de procédure de la Cour EDH à la procédure de demande d'avis consultatif 731

2) Les titres d'habilitation théoriques 732

a) Le principe de célérité 732

b) La théorie des pouvoirs inhérents à la fonction juridictionnelle 733

II) Le droit à la suspension provisoire des lois sur renvoi 735

A) Le pouvoir d'ordonner le sursis à exécution des lois 736

1) La loi, un acte parmi d'autres susceptible d'être provisoirement suspendue 736

a) Le faux obstacle de la présomption de validité des lois 737

b) Les exemples de pouvoir juridictionnel de suspension provisoire des lois 739

2) Le renvoi, une voie de droit juridictionnelle parmi d'autres susceptible d'avoir un effet suspensif 741

a) Le caractère exécutoire des lois comme justification à l'absence d'effet suspensif de la saisine du juge <i>ad quem</i>	741
b) La nécessité d'un effet suspensif des lois attaché à la saisine sur renvoi des juridictions <i>ad quem</i>	743
B) Les fondements du droit à la suspension des lois devant le juge <i>ad quem</i>	745
1) Les fondements communs au pouvoir des juridictions <i>ad quem</i> internes.....	745
a) Les sources européennes du droit à un recours effectif	745
α) Un pouvoir conditionné par la mise en œuvre d'un renvoi préjudiciel	746
β) Un pouvoir conditionné par la nature de la violation d'un droit garanti par la Conv. EDH	749
b) Les droits de la défense, fondement constitutionnel potentiel du pouvoir de suspension des lois des juridictions <i>ad quem</i> internes	751
2) Le pouvoir des juridictions <i>ad quem</i> européennes de prononcer le sursis à exécution d'une loi fondé sur celui de prononcer des mesures provisoires.....	754

SECTION 2 : LE DROIT A UNE PROCEDURE D'URGENCE DEVANT LE JUGE DES LOIS..... 755

I) Les raisons de l'absence de procédure d'urgence	756
A) La célérité comme exigence inhérente au fonctionnement du mécanisme de renvoi préalable	756
B) L'existence d'une procédure accélérée pour le traitement des renvois urgents	761
1) L'existence <i>de jure</i> d'une procédure consultative accélérée devant la Cour EDH....	762
2) L'existence <i>de facto</i> d'une procédure accélérée de traitement des QPC et des demandes d'avis contentieux.....	764

II) Pour la création d'une procédure d'examen en urgence des QPC et des demandes d'avis à la Cour EDH et au Conseil d'État	766
A) Les justifications pratiques.....	766
1) La création opportune de procédures d'urgence de traitement des renvois.....	766
a) L'absence de procédure d'urgence comme frein à la mise en œuvre des renvois .	767
b) L'insuffisance des procédures ordinaire et accélérée pour le traitement adéquat des renvois urgents	768
2) La faisabilité de la création de procédures d'urgence de traitement des renvois.....	770
a) L'existence d'une « culture de l'urgence » chez le juge des lois.....	770
α) Les procédures de mesures provisoires, élément formateur d'une culture de l'urgence de la Cour EDH et du Conseil d'État	770
β) Une culture de l'urgence du Conseil constitutionnel intrinsèquement liée aux contentieux relevant de sa compétence	772
b) La compatibilité d'une procédure d'urgence avec le contentieux des lois sur renvoi	775
α) La recherche nécessaire d'un équilibre entre célérité et qualité de l'unification de l'interprétation du droit et du contrôle des lois sur renvoi	776
β) Le traitement des renvois par une juridiction <i>ad quem</i> , un procès parmi d'autres susceptible de se voir appliquer une procédure d'urgence.....	778
B) Les sources du droit à une procédure d'urgence de traitement des renvois.....	780
1) L'exigence de prise en compte de l'urgence dans les procédures ordinaires de jugement des renvois par les juridictions <i>ad quem</i> internes.....	781
a) L'exigence de prise en compte de l'urgence au titre du droit à un délai raisonnable de jugement garanti par l'article 6 § 1 de la Conv. EDH	781

b) L'exigence de prise en compte de l'urgence au titre du droit constitutionnel à un recours effectif.....	785
2) L'obligation de création d'une procédure formalisée d'urgence	787
a) L'existence d'une procédure d'urgence comme élément de concrétisation du droit à un recours effectif.....	787
b) Un fondement négatif : l'insuffisance de l'existence de fait d'une procédure d'urgence	791
CONCLUSION DU CHAPITRE 2	793
CONCLUSION DU TITRE 2.....	795
CONCLUSION DE LA PARTIE 2.....	797
CONCLUSION GÉNÉRALE	799
BIBLIOGRAPHIE	803
I) Ouvrages.....	803
A) Thèses.....	803
B) Monographies.....	807
C) Ouvrages collectifs et actes de colloques.....	808
D) Manuels, guides, traités.....	811
II) Articles	814
A) Articles de revues.....	814
B) Articles dans des mélanges	835
III) Conclusions de commissaires du gouvernement, rapporteurs publics et avocats généraux	839
A) Conclusions de commissaires du gouvernement et de rapporteurs publics du Conseil d'État et du Tribunal des conflits	839
B) Observations d'avocats généraux et rapports de conseillers référendaires près la Cour de cassation	841
C) Conclusions d'avocats généraux près la Cour de justice de l'Union européenne.....	841
IV) Notes de jurisprudences	842
V) Rapports.....	847
A) Rapports, recommandations et avis institutionnels.....	847
B) Rapports parlementaires	849
VI) Discours	850
INDEX	853
TABLE DES MATIERES	855

Julien VACHEY

Centre de droit et de politique comparés Jean-Claude Escarras,
Université de Toulon

**L'urgence et le contrôle juridictionnel des atteintes
législatives aux droits fondamentaux. Étude de
droit processuel public interne et européen**

Dans le cadre des recours juridictionnels d'urgence de protection provisoire des droits fondamentaux et dans celui des mécanismes de renvoi préalable, l'urgence peut-elle se concilier avec le contrôle des lois ? L'étude se consacre dans un premier temps sur le contrôle des lois dans les recours d'urgence de protection provisoire des droits fondamentaux. Elle s'attache ensuite à l'analyse de la prise en compte de l'urgence dans les procédures d'examen des renvois par les juges *ad quem*. À l'opposé de réticences initiales, l'office du juge du provisoire s'ouvre à l'exercice du contrôle des lois. Aussi, l'on constate une sensibilité croissante des procédures de traitement des renvois aux situations urgentes d'atteintes législatives aux droits fondamentaux. En définitive, il y a lieu de soutenir la thèse selon laquelle le contentieux des lois *peut* non seulement s'accorder avec les situations d'urgence - nous verrons comment - mais aussi qu'il le *doit* - nous verrons pourquoi -.

Mot clés : Urgence, lois, droits fondamentaux, renvoi préalable, contrôle juridictionnel

**The urgency and judicial review of legislative violations of fundamental
rights. Study of internal and european public procedural law**

Can urgency be reconciled with legislative review in the context of emergency appeals for the provisional protection of fundamental rights and in the context of pre-filing referral mechanisms ? The study first focuses on the legislative review in emergency appeals for the provisional protection of fundamental rights. It then considers how is urgency considered in the referral review procedures carried out by *ad quem* judges. Despite initial reluctance, the function of summary proceedings judge is opening to the exercise of legislative review. Thus, there is a growing sensitivity of the referral review procedures to urgent situations of legislative violations of fundamental rights. Eventually, there is ground for arguing that the legislative review not only *can* be adapted to urgent situations - we shall see how - but also *must* be - we shall see why.

Keyword : Urgency, law, fundamental rights, pre-filing referrals, judicial review