

Sources essentielles :

- **CE Ass., 20 oct. 1989, Nicolo** : contrôle de conventionnalité des lois opéré par le JA
- **Article 55 de la Constitution** : « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie. »

Sources de contentieux administratif :

- **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.
- **L. 522-3 du CJA** : Lorsque la demande ne présente pas un caractère d'urgence ou lorsqu'il apparaît manifeste, au vu de la demande, que celle-ci ne relève pas de la compétence de la juridiction administrative, qu'elle est irrecevable ou qu'elle est mal fondée, le juge des référés peut la rejeter par une ordonnance motivée sans qu'il y ait lieu d'appliquer les deux premiers alinéas de l'article L. 522-1.
- **L. 821-2 du CJA** : S'il prononce l'annulation d'une décision d'une juridiction statuant en dernier ressort, le Conseil d'Etat peut soit renvoyer l'affaire devant la même juridiction statuant, sauf impossibilité tenant à la nature de la juridiction, dans une autre formation, soit renvoyer l'affaire devant une autre juridiction de même nature, soit régler l'affaire au fond si l'intérêt d'une bonne administration de la justice le justifie.

Lorsque l'affaire fait l'objet d'un second pourvoi en cassation, le Conseil d'Etat statue définitivement sur cette affaire.

Considérant de principe : « 2. En 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 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 oeuvre entraînerait des conséquences manifestement contraires aux exigences nées de ces engagements. »

Question de droit essentielle :

Le juge du référé liberté peut-il prendre une mesure de nature à remédier à une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale lorsque celle-ci résulte de l'application de dispositions législatives incompatibles avec les engagements européens ?

I- L'ouverture prétorienne du contrôle de conventionnalité au juge des référés

A) L'annulation attendue de l'ordonnance du juge des référés

1- Le rappel pédagogique des pouvoirs classiques du juge des référés

2- L'élargissement prétorien de l'office du juge des référés au contrôle de conventionnalité des lois

- Revirement de JP opéré par rapport à la décision : *Ministre de l'aménagement du territoire et de l'environnement c/ ...* (CE, 30 décembre 2002, n° 240430, p. 510); *Société routière Chambard - Ministre du logement, de l'égalité des territoires et de la ruralité c/ Commune de la Sône*, (CE, 18 décembre 2015, n°s 389238 389277, à mentionner aux Tables).

3- Le constat de l'erreur de droit du juge des référés (en premier et dernier ressort)

B) Le nécessaire contrôle de conventionnalité opéré en cassation contre l'ordonnance rendue en référé

1- L'application de l'article L. 821-2 du CJA

2- La satisfaction des conditions nécessaires pour faire droit au référé-liberté (une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale et l'urgence)

3- Le contrôle particulier de la comptabilité de dispositions législatives nationales avec un droit garanti par le CEDH

II- Une protection accrue des libertés fondamentales dû/grâce à l'élargissement du champ du contrôle de conventionnalité

A') Le constat de la comptabilité des dispositions législatives avec la CEDH

1- Le constat de l'absence d'atteinte et de méconnaissance du droit au respect de la vie privée

- Le droit au respect de la vie privée : l'orientation et la vie sexuelles relèvent également de la sphère personnelle protégée par l'article 8 (voir, par exemple, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, § 41, série A no 45 et *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni*, 19 février 1997, § 36, Recueil 1997-I), de même que le droit au respect des décisions de devenir ou de ne pas devenir parent (*Evans c. Royaume-Uni*, 10 avril 2007, no 6339/05 § 71).

2- La justification par la marge de manoeuvre de chaque Etat

- Interdiction par la loi nationale française de transférer ou d'inséminer des embryons au décès d'un des membres du couple.
- « *Cette interdiction relève de la marge d'appréciation dont chaque Etat dispose, dans juridiction, pour l'application de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* ».

3- Une solution constante mais incomplète/insatisfaisante

- CEDH, 2002-I, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], n° 28957/95, § 74, et *Stafford c. Royaume- Uni* [GC], n° 46295/99, § 68, CEDH 2002-IV : « *les autorités de l'Etat, grâce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leurs pays [, sont] en principe mieux placées que le juge international* ».
- « Il semble qu'elle considère alors ces atteintes acceptables lorsque deux conditions sont remplies : si la législation présente des gages de sérieux quant à la prise en compte, en conscience, lors de son élaboration, des intérêts divergents susceptibles d'être en cause (CEDH GC, *Parillo c/ Italie*, précité, § 188 et 197 ; v. a contrario, *SH et autres c. Autriche*, précitée, § 117- 118) ; si la législation est cohérente, c'est-à-dire que les atteintes qu'elles portent à la vie privée ne sont pas discriminatoires ou dépourvues de rapport avec les enjeux bioéthiques délicats, sources de la marge d'appréciation reconnue par la cour, qui ont conduit à l'édicter (v. CEDH, *Evans c/ RU*, précité ; v. surtout, a contrario, CEDH, 28 août 2012, *Costa et Pavan c. Italie*, pointant l'incohérence de la loi italienne qui interdit aux couples l'accès au diagnostic préimplantatoire d'une pathologie génétique tout en autorisant l'avortement thérapeutique lorsque le fœtus est affecté par la pathologie). » (*Conclusions*)

B') L'appréciation *in concreto* de l'ingérence disproportionnée dans le droit au respect de la vie privée

1- Le contrôle *in concreto* fidèle aux exigences de la Cour

- CEDH, 2006, *Scordino c. Italie* : « *La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales doit être appliquée "telle qu'interprétée par la Cour"* ».
- entre en scène la distinction prétendument cardinale entre le contrôle concret que pratique la Cour EDH, qui rappelle que « sa tâche ne consiste pas à contrôler *in abstracto* la loi et la pratique pertinentes, mais à

rechercher si la manière dont elles ont été appliquées au requérant a enfreint la Convention » (Cour EDH, 5 décembre 2013, *Henry Kismoun c./ France*, n° 32265/10), et un contrôle abstrait plus conforme à vos habitudes.

- « Mise en oeuvre », « l'application de dispositions législatives » VS « cette interdiction...par elle-même »;
- « De l'art faussement abstrait (et pas vraiment concret) du contrôle de conventionnalité » (D. Botteghi et A. Lallet, *AJDA* 2010 p. 2416).

2- Le constat d'une atteinte manifestement excessive au droit au respect de la vie privée (malgré des dispositions législatives compatibles *in abstracto*)

3- L'injonction faite à l'APHP et à l'Agence de biomédecine de prendre toutes les mesures nécessaires afin de permettre l'exportation de gamètes