Plaidoyer pour l'instauration d'une procédure d'examen des questions prioritaires de constitutionnalité en urgence

Serge Slama

Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/crdf/5410>

DOI : 10.4000/crdf.5410

ISSN : 2264-1246

Éditeur

Presses universitaires de Caen

Édition imprimée

Date de publication : 1 décembre 2011

Pagination : 55-67

ISBN : 978-2-84133-396-7

ISSN : 1634-8842

Référence électronique

Serge Slama, « Plaidoyer pour l'instauration d'une procédure d'examen des questions prioritaires de constitutionnalité en urgence », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux* [En ligne], 9 | 2011, mis en ligne le 01 décembre 2012, consulté le 18 novembre 2022. URL : <http://journals.openedition.org/crdf/5410> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/crdf.5410>

Plaidoyer pour l'instauration d'une procédure d'examen des questions prioritaires de constitutionnalité en urgence

Serge SLAMA

Maître de conférences en droit public à l'Université d'Évry-Val-d'Essonne
Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux (CREDOF) Paris-Ouest Nanterre

-
- I. Les insuffisances de la procédure de QPC face aux situations urgentes
 - A. Les faiblesses de la loi organique
 - B. L'imprévision du pouvoir réglementaire et du Conseil d'État sur la question de l'urgence
 - II. L'affaire *Melki et Abdeli* : révélatrice de la nécessité de réformer la procédure de QPC pour l'adapter aux situations d'urgence
 - A. Les derniers soubresauts de la « loi-écran » en référé à l'aune de *Melki et Abdeli*
 - B. La nécessité d'intégrer l'urgence dans la procédure et la protection effective des situations subjectives

La procédure de question prioritaire de constitutionnalité (QPC) est-elle adaptée aux situations d'urgence ? Autrement dit, est-elle un recours effectif et efficace dans le cas où une disposition législative est à l'origine d'une atteinte *caractérisée* à un droit ou à une liberté fondamentale ? Dans ce domaine, comme dans d'autres, la procédure de QPC ne souffre-t-elle pas de la concurrence de l'efficacité du contrôle de conventionnalité et des mesures provisoires prononcées par la Cour de Strasbourg sur le fondement de l'article 39 de son règlement ?

Certes, dans la quasi-totalité des contentieux, le délai de deux fois trois mois fixé par le législateur organique pour « traiter » des questions de constitutionnalité

transmises aux juridictions suprêmes est tout à fait adapté dans la mesure où le juge *a quo* doit lui-même se prononcer sur la transmission de la question « *sans délai* » (art. 23-5 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 issu de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009) et que la question se « raccroche » à une procédure longue. En outre, depuis le 1^{er} mars 2010, les juridictions ont indéniablement tout mis en œuvre pour respecter ces délais. Pour l'an 0 de la QPC, ni le Conseil d'État¹ ni la Cour de cassation² n'ont dépassé le délai de trois mois pour les rejeter ou les renvoyer, et le Conseil constitutionnel les a toutes traitées dans un délai moyen de deux mois³. Toutefois, lorsque la procédure devant le juge *a quo* est une

1. Le Conseil d'État n'indique pas le délai moyen de traitement dans son rapport annuel mais toutes les QPC ont été transmises dans le délai de trois mois (*Conseil d'État. Rapport public, 2011*, Paris, La Documentation française (Études et documents, n° 62), 2011, p. 19 sq.). Voir aussi A. Lallet et X. Domino, « An I ap. QPC », *L'Actualité juridique droit administratif*, 2011, p. 375.
2. Le tableau statistique de la Cour de cassation n'indique pas davantage le délai moyen de traitement (http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/questions_prioritaires_constitutionnalite_3396/questions_prioritaires_16484.html).
3. « Mars 2011 : bilan de la QPC au 1^{er} mars 2011 » (http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/a-la-une/mars-2011-bilan-de-la-qpc-au-1er-mars-2011_53179.html).

procédure d'urgence dans le cadre de laquelle est en péril un droit ou une liberté fondamentale du fait de l'application d'une loi, la procédure ne nous semble pas adaptée.

Les illustrations ne manquent pas de domaines dans lesquels les juges chargés du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* (art. 61-1 de la Constitution) ont montré depuis le 1^{er} mai 2010 des difficultés à protéger efficacement de situations d'atteinte caractérisées aux droits et libertés garantis par la Constitution : assistance de l'avocat en garde à vue, hospitalisation sans consentement ou d'office, perquisitions fiscales, absence de recours suspensif pour les demandeurs d'asile en procédure prioritaire ou en réadmission « Dublin II », maintien en rétention administrative malgré des contrôles d'identité discriminatoires ou une garde à vue irrégulière, etc. Cette incapacité à intervenir en urgence est même aggravée par l'usage inapproprié par le Conseil constitutionnel du pouvoir de modulation des effets dans le temps de ses décisions de censure (art. 62 de la Constitution).

Certes la question de l'urgence n'a pas été totalement ignorée du législateur organique : il a prévu la possibilité pour le juge *a quo*, lorsqu'une personne est privée de liberté ou qu'il doit statuer dans un délai déterminé, de déroger au principe du sursis à statuer dans l'attente du résultat de la QPC en réglant immédiatement l'affaire (art. 23-3 de l'ordonnance de 1958). Mais ces règles sont-elles suffisantes ? En effet, si un justiciable dépose dans le cadre d'une procédure d'urgence une question de constitutionnalité, c'est qu'il estime que la disposition législative qu'il critique porte atteinte à un droit ou une liberté que la Constitution garantit. Or la procédure adoptée par le législateur organique n'est pas de permettre au Conseil constitutionnel de déterminer *dans de brefs délais* si la loi est inconstitutionnelle ou encore de prévoir *un gel provisoire* de l'application de la loi mais, au contraire, d'autoriser le juge *a quo* saisi à poursuivre l'instance en appliquant la disposition potentiellement inconstitutionnelle. Ainsi, les gardés à vue sont maintenus en garde à vue, les hospitalisés sans consentement restent hospitalisés contre leur gré, les demandeurs d'asile en procédure prioritaire sont privés de recours suspensif auprès de la Cour nationale du droit d'asile (CNDA) et peuvent donc être éloignés du territoire avant que cette juridiction n'ait statué sur leur cas, etc. Dans l'affaire *Melki et Abdeli*, la Cour de cassation a d'ailleurs justifié la non-transmission de la QPC par le fait qu'elle s'est considérée comme étant dans « l'impossibilité » d'adopter des mesures provisoires ou

conservatoires « propres à assurer la protection juridictionnelle des droits conférés par l'ordre juridique européen » lorsqu'elle est saisie d'une question portant à la fois sur la constitutionnalité et la conventionnalité d'une disposition législative (Cass., QPC, 29 juin 2010, *Melki et Abdeli*, n° 10-40.002). On pourrait également ajouter qu'aussi bien le juge *a quo* que la Cour de cassation ont été dans l'incapacité de protéger efficacement la liberté individuelle de ces étrangers puisqu'ils ont été maintenus en rétention durant la procédure malgré l'irrégularité de la procédure⁴. Le contrôle d'identité qui les a conduits en rétention était en effet contraire au droit de l'Union européenne et, selon toute vraisemblance, à l'article 66 de la Constitution⁵.

Le vif succès, ces dernières années, des mesures provisoires de l'article 39 du règlement de la Cour de Strasbourg qui, malheureusement, engorgent le greffe (+ 4 000 % entre 2006 et 2010)⁶, particulièrement en provenance de la France, est le meilleur indicateur des insuffisances du système hexagonal de protection des droits fondamentaux. Ces mesures permettent en effet d'obtenir dans de très brefs délais (de quelques heures à quelques jours) le gel d'une procédure nationale aux conséquences irréversibles, y compris s'il s'agit d'empêcher l'application d'une disposition législative, voire d'un règlement européen⁷. L'efficacité de ce système amène à se demander pourquoi le législateur organique n'a pas organisé une procédure de QPC en urgence ou du moins de « gel » provisoire de dispositions législatives portant *manifestement* atteinte aux droits et libertés constitutionnels.

Au demeurant, dès l'entrée en vigueur de la procédure le 1^{er} mars 2010, les insuffisances de la procédure de QPC à traiter les situations urgentes sont vite apparues (I), particulièrement à l'occasion de l'affaire *Melki et Abdeli* qui a révélé la nécessité de réformer cette procédure pour l'adapter aux situations d'atteinte concrètes et immédiates aux droits et libertés constitutionnels (II).

I. Les insuffisances de la procédure de QPC face aux situations urgentes

Les insuffisances de la procédure de QPC face aux situations d'atteinte aux droits et libertés fondamentaux sont liées tant aux faiblesses de la loi organique (A) qu'à l'imprévision du pouvoir réglementaire et du Conseil d'État (B) sur la question de l'urgence.

4. Voir O. Bachelet, « Confirmation de l'illégalité des contrôles de la bande des 20 km "Schengen" jusqu'à... la LOPPSI 2 (Cass., 1^{re} civ., 23 février 2011) », *Combats pour les Droits de l'homme (CPDH)*, 3 mars 2011 (<http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2011/03/03>).
5. En 1993, le Conseil constitutionnel avait estimé que « la pratique de contrôles d'identité généralisés et discrétionnaires serait incompatible avec le respect de la liberté individuelle » (déc. n° 93-323 DC du 5 août 1993, cons. 9). L'Open Society Justice Initiative, le Gisti et le SAF ont initié une campagne de questions prioritaires de constitutionnalité portant sur les différents alinéas de l'article 78-2 du Code de procédure pénale dont l'alinéa 4. Elles n'ont pas été transmises au Conseil constitutionnel.
6. Voir la déclaration du président Costa concernant les demandes de mesures provisoires du 11 février 2011 ; *Actualité droits-libertés* (« ADL ») du 12 février 2011 par N. Hervieu (voir « L'abus de mesures provisoires et l'absence de recours suspensif sont dangereux pour la santé de la Cour de Strasbourg », *Combats pour les Droits de l'homme (CPDH)*, 14 février 2011 : <http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2011/02/14>).
7. CEDH, G. C., 21 janvier 2011, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, n° 30696/09, *ADL* du 21 janvier 2011 (2) par N. Hervieu.

A. Les faiblesses de la loi organique

Le projet de loi organique n'était pas dénué d'ambiguïté sur la question de savoir si les procédures de référé relevaient du champ d'application de l'article 61-1 de la Constitution. En effet, comme le faisait valoir Paul Cassia devant la commission des lois de l'Assemblée⁸, l'exposé des motifs pouvait faire penser que les procédures d'urgence étaient exclues du contrôle de constitutionnalité par voie de question préjudicielle. En effet, le gouvernement insistait sur le fait que : « les délais d'examen de la question de constitutionnalité [...] ne sont pas compatibles avec certaines règles de procédure qui imposent que le juge statue dans un délai déterminé. » Toutefois, la formulation très large utilisée par le constituant à l'article 61-1 (saisine « à l'occasion d'une instance en cours ») empêchait, en tout état de cause, d'exclure les procédures de référé⁹. Le législateur organique a donc tiré les conséquences de cette habilitation constitutionnelle en « n'excluant pas »¹⁰ les procédures d'urgence de la QPC.

Mais l'inscription des procédures d'urgence dans la loi organique apparaît plus comme un pis-aller que comme une volonté *clairement assumée* du législateur organique d'organiser la protection des droits et libertés constitutionnels des justiciables en cas d'atteinte découlant de la loi dans des situations d'urgence. D'ailleurs, le législateur organique n'a pas spécialement cherché à rendre la procédure attractive. Le rapporteur de la commission, M. Warsmann, souligne lui-même qu'« il sera dans l'intérêt même des parties de soulever plutôt cette question devant le juge du principal, dans la mesure où ce dernier sera tenu de se prononcer sans délai sur la transmission de cette question à la juridiction suprême de son ordre »¹¹.

Certes, dans un certain nombre de cas de figure, l'article 23-3 de l'ordonnance de 1958 prévoit la possibilité pour les juridictions saisies d'une QPC de déroger au principe de l'automaticité du sursis à statuer dans l'attente du règlement définitif de la question (al. 1). Ces exceptions au principe du sursis à statuer obéissent à un régime relativement complexe. Elles sont soit automatiques, soit facultatives. *Au titre des premières*, celui-ci a été exclu lorsqu'une personne est privée de liberté à raison de l'instance, ou lorsque l'instance a pour objet de mettre fin à une mesure privative de liberté (art. 23-3, al. 2). La mise en œuvre de la procédure de QPC ne doit, en effet, pas être susceptible de prolonger la détention¹². *Au titre des secondes*, la possibilité a été laissée aux juridictions qui doivent légalement statuer dans un délai déterminé ou qui

interviennent dans le cadre d'une procédure d'urgence de statuer « sans attendre ». En revanche, si le juge *a quo* a décidé de statuer immédiatement, la juridiction saisie en appel ou en cassation devra nécessairement surseoir à statuer à moins que, en appel, elle soit elle-même obligée de statuer dans un délai déterminé ou en urgence et décide aussi de statuer « sans attendre » (art. 23-3, al. 3) ou, en cassation, dans le cas où le justiciable est privé de liberté à raison de l'instance et que la loi prévoit que la Cour de cassation statue dans un délai déterminé (art. 23-3, al. 4). Par ailleurs, les juridictions inférieures peuvent décider de statuer sur les points qu'elles estiment devoir être immédiatement tranchés lorsque le sursis à statuer risquerait « d'entraîner des conséquences irréversibles ou manifestement excessives pour les droits d'une partie » (art. 23-3, al. 4). Enfin, si le Conseil d'État ou la Cour de cassation sont tenus de se prononcer en urgence, il peut n'être pas sursis à statuer (art. 23-5, al. 4).

Par ailleurs, de manière plus générale et dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, il est prévu qu'« en tout état de cause, le cours de l'instruction n'est pas suspendu et les mesures provisoires ou conservatoires nécessaires peuvent être prises en toute instance » (art. 23-3, al. 1). Ainsi, le juge *a quo* qui aurait renvoyé la QPC pourrait toujours adopter un certain nombre de mesures d'instruction (par exemple, une expertise). Cette absence de suspension de l'instruction, qui a pour effet de faire courir les délais de prescription de l'action publique et de péremption de l'instance, a été critiquée par le premier président comme par le procureur général près la Cour de cassation, ainsi que par Paul Cassia. Ce dernier préconisait, le cas échéant, de « prévoir une réouverture automatique de l'instruction après que la juridiction suprême ou le Conseil constitutionnel s'est prononcé »¹³.

Le dispositif adopté conduit donc les juges « de l'urgence » ou ceux se prononçant sur une mesure privative de liberté, après avoir transmis la question de constitutionnalité, à se prononcer sur le litige avant de connaître la décision du Conseil constitutionnel et en appliquant la disposition législative critiquée, sauf, le cas échéant, à l'écarter dans le cadre du contrôle de conventionnalité. Comme le soulignait Paul Cassia, avant même l'affaire *Melki et Abdeli*, de telles dispositions ne contribuent « qu'imparfaitement à l'attractivité du contrôle diffus de constitutionnalité de la loi promulguée » en comparaison à l'exception d'inconventionnalité¹⁴.

Le dispositif adopté conduit donc les juges « de l'urgence » ou ceux se prononçant sur une mesure privative

8. Audition de Paul Cassia par la commission des lois constitutionnelles (Rapport Warsmann, AN, n° 1898, 3 septembre 2009, p. 153).

9. Dans son audition, Paul Cassia estime que « le texte ne laisse pas le choix » au législateur organique et donc que l'intégration des procédures d'urgence « allait de soi » (*ibid.*). Voir aussi D. Rousseau (dir.), *La Question prioritaire de constitutionnalité – QPC*, Paris, Lextenso Éditions – Gazette du Palais, 2010, § 27.

10. Rapport Warsmann, p. 41.

11. *Ibid.*

12. A. Roblot-Troizier, « La question prioritaire de constitutionnalité devant les juridictions ordinaires : entre méfiance et prudence », *L'Actualité juridique droit administratif*, 2010, p. 80.

13. Audition de Paul Cassia, Rapport Warsmann, p. 153. C'est d'ailleurs ce qu'admet le rapport Warsmann en soulignant qu'« il demeurera toujours loisible au juge, lorsqu'une question de constitutionnalité prospérera, de ne pas clore l'instruction ou de la rouvrir » (*ibid.*, p. 67).

14. *Ibid.*, p. 153.

de liberté, après avoir transmis la question de constitutionnalité, à se prononcer sur le litige avant de connaître la décision du Conseil constitutionnel et en appliquant la disposition législative critiquée, sauf, le cas échéant, à l'écarter dans le cadre du contrôle de conventionnalité. Comme le soulignait Paul Cassia, avant même l'affaire *Melki et Abdeli*, de telles dispositions ne contribuent « qu'imparfaitement à l'attractivité du contrôle diffus de constitutionnalité de la loi promulguée » en comparaison à l'exception d'inconventionnalité¹⁵.

Pourtant, le Conseil constitutionnel a globalement admis la constitutionnalité de ces exceptions dès lors qu'elles préservent « l'effet utile de la question prioritaire de constitutionnalité pour le justiciable qui l'a posée » et qu'elles concourent au « bon fonctionnement de la justice » (déc. n° 2009-595 DC, 3 déc. 2009¹⁶, cons. 17). Il a néanmoins précisé, par une réserve d'interprétation, que dans le cas où une décision définitive a été rendue dans une instance à l'occasion de laquelle le Conseil constitutionnel est saisi d'une question de constitutionnalité, ni la loi organique qui permet de ne pas surseoir à statuer, ni l'autorité de la chose jugée, ne peuvent « priver le justiciable de la faculté d'introduire une nouvelle instance pour qu'il puisse être tenu compte de la décision du Conseil » (cons. 18 et 23)¹⁷. Mais ce faisant, il ne règle en réalité que partiellement la difficulté. En effet, dans bien des cas de figure, la disposition faisant l'objet de la QPC est déterminante pour l'issue du litige, et son application est susceptible de rendre *irréversibles* les conséquences de l'exécution de la mesure qui en découle (éloignement d'un demandeur d'asile ou expulsion d'un étranger vers un pays dans lequel il risque sa vie ou une atteinte à sa dignité ; réadmission d'un demandeur d'asile vers un pays européen ne respectant pas le droit d'asile ; détention ou rétention administrative arbitraire suite à une garde à vue sans avocat ou à un contrôle d'identité au faciès, transfusion sanguine réalisée contre le consentement d'un patient, etc.). Le pouvoir réglementaire et le Conseil d'État ne vont pas davantage anticiper cette question de l'urgence.

B. L'imprévision du pouvoir réglementaire et du Conseil d'État sur la question de l'urgence

Cette imprévision du pouvoir réglementaire et des juridictions suprêmes à appréhender le contentieux de la QPC en urgence est d'autant plus dommageable que les

procédures et juridictions concernées par les exceptions au sursis à statuer sont légion. Ainsi, selon l'énumération du rapport Warsmann, on peut citer :

– *Pour le juge administratif*, l'obligation de statuer dans un délai de deux mois sur les recours tendant à ce que soit ordonné le logement ou le relogement d'un demandeur de logement social reconnu prioritaire (art. L. 441-2-3-1 du Code de la construction et de l'habitation) ; dans un délai de trois mois sur les recours contre les décisions relatives au séjour assorties d'une obligation de quitter le territoire français, délai réduit à 72 heures en cas de placement en rétention de l'étranger (art. L. 512-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile¹⁸) ; dans un délai de trois jours lorsque l'enregistrement d'une candidature à une élection est refusé (art. L. 159, L. 210-1, L. 265, L. 303, L. 351, L. 401, L. 410 et L. 420 du Code électoral) ; et dans un délai de 48 heures lorsque le juge administratif se prononce comme juge des référés et qu'est en jeu la sauvegarde d'une liberté fondamentale (art. L. 521-2 du Code de justice administrative). On peut aussi y inclure les autres référés d'urgence (référé-suspension, référé mesure-utile, référé-précontractuel et contractuel, etc.) qui ne sont pas enfermés dans des délais mais supposent que le juge se prononce dans les meilleurs délais et en tout cas en moins de six mois.

– *Pour le juge judiciaire*, l'obligation de statuer dans un délai de deux mois suivant la première comparution lorsque le prévenu est en détention provisoire (à défaut, le prévenu est mis en liberté d'office) (art. 397-3 du Code de procédure pénale) ou, dans le cadre du maintien d'un étranger en rétention administrative, l'obligation pour le juge des libertés et de la détention quand un délai de cinq jours s'est écoulé depuis la décision de placement en rétention, puis vingt jours après, de statuer dans les vingt-quatre heures de sa saisine (art. L. 552-1 du CESEDA par l'art. 51 de la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011) et en appel le premier président de la cour d'appel ou son délégué doit statuer dans les quarante-huit heures de sa saisine (art. L. 552-9 du CESEDA).

– *Pour la Cour de cassation*, l'obligation de statuer dans un délai de trois mois lorsqu'un pourvoi est formé contre un arrêt de renvoi en cour d'assises (1° de l'art. 604 du Code de procédure pénale) ou contre un arrêt de la chambre de l'instruction rendu en matière de détention provisoire (art. 567-2 du Code de procédure pénale) et dans un délai de deux mois lorsqu'il est fait droit à la requête du demandeur en cassation tendant à faire déclarer son pourvoi immédiatement recevable (3° de l'art. 604 du Code de procédure pénale).

15. Audition de Paul Cassia, Rapport Warsmann, p. 153.

16. *L'Actualité juridique droit administratif*, 2010, p. 80, étude M. Verpeaux ; *La Semaine juridique* éd. G., 2010, p. 576, note B. Mathieu ; *Gazette du Palais*, n° 343-344, 2009, p. 4, comm. D. Rousseau ; *Revue du droit public*, 2010, p. 233, comm. J. Roux ; *Revue française de droit administratif*, 2010, p. 1, comm. B. Genevois ; *Revue trimestrielle de droit civil*, 2010, p. 517, obs. P. Puig.

17. Cette réserve coïncide avec une hypothèse formulée par Paul Cassia dans son audition devant l'Assemblée nationale (p. 174).

18. Depuis le 18 juillet 2011, avec la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, transposant la directive 2008/115/CE du 16 décembre 2008, ces délais n'ont pas changé mais les mesures concernées ont sensiblement évolué (voir Gisti, *Que faire après une obligation de quitter le territoire français ou une interdiction d'y revenir*, Notes pratiques, juillet 2011).

Cela représente une part substantielle du contentieux général dans la mesure où il s'agit de contentieux de masse (éloignement des étrangers, droit au logement opposable, détention provisoire, etc.). Il était donc inéluctable que la question rejaillisse rapidement devant les juridictions concernées et en premier lieu dans le contentieux des étrangers. Pourtant, aucune mesure n'a été adoptée pour tenter de prévenir cette situation¹⁹ et un risque de future condamnation par la Cour européenne des Droits de l'homme. En effet, d'une part, aucune disposition réglementaire n'a été prise afin d'adapter aux spécificités des référés les modalités de la procédure de QPC²⁰, hormis pour la juridiction la possibilité pour un magistrat unique de transmettre, par ordonnance, la QPC au Conseil d'État (art. R. 771-7 du Code issu du décret n° 2010-148 du 16 février 2010). D'autre part, la tentation des juridictions administratives suprêmes, en particulier du Conseil d'État, a plutôt été d'enfouir le problème sous le tapis²¹.

Certes, une réflexion a bien été menée au sein de la juridiction administrative sur cette question, mais elle était loin d'anticiper le coup de tonnerre *Melki et Abdeli*. La solution préconisée par le groupe de travail du Conseil d'État²² est relativement simple : dans le cas où une QPC est déposée dans le cadre d'une procédure d'urgence, il est possible pour le juge saisi soit « de faire droit à la requête par un autre moyen que celui tiré de l'inconstitutionnalité invoquée, nonobstant le caractère prioritaire de celui-ci » ; soit, si l'ensemble des autres moyens ne sont pas fondés, « de rejeter la requête alors même qu'il estimerait justifié de transmettre la question prioritaire de constitutionnalité ». Et, dans ce cas, il appartient ensuite au requérant ayant déposé la QPC, s'il entend faire valoir ses droits et libertés constitutionnels potentiellement violés par la loi, de... faire appel ou de se pourvoir en cassation « pour bénéficier de l'inconstitutionnalité [...] invoquée, si celle-ci est finalement admise ». Plus spécifiquement sur le référé, le rapport Arrighi de Casanova estime que les difficultés ne sont pas « insurmontables » et que ces juges ne pourront pas surseoir à statuer compte tenu des « délais impartis, par la loi, au juge du référé-liberté et, par les nécessités de l'urgence, au juge du référé-suspension ». Certes, le rapport envisageait aussi l'hypothèse dans laquelle la mise en

cause de la loi par la QPC serait, en référé-suspension, le seul moyen propre à créer un doute sérieux sur la légalité de la décision et, en référé-liberté, le seul élément susceptible d'être constitutif d'une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale de suspendre la décision dans l'attente « de la décision qui sera prise par le Conseil d'État puis, le cas échéant, par le Conseil constitutionnel ». Mais, pour le référé-liberté, cette hypothèse est qualifiée de « plus improbable » par le rapport.

En outre, lorsqu'un juge administratif des référés transmet une QPC au Conseil d'État, celui-ci doit se prononcer dans un délai de trois mois sur le renvoi selon la procédure classique de l'examen en formation collégiale après audition des conclusions du rapporteur public. Si le Conseil constitutionnel est saisi d'une QPC formée dans le cadre d'une procédure d'urgence, il dispose aussi d'un délai de trois mois pour se prononcer. Même s'ils peuvent, le cas échéant, adapter le calendrier du traitement de la QPC, déjà enserré dans des délais rapprochés (deux fois trois mois), cela ne suffit pas pour sauvegarder une situation irréversible en urgence. Certes, le Conseil d'État rappelle la possibilité pour le juge de l'urgence en cas de transmission de la QPC de surseoir à statuer et de « prendre les mesures provisoires ou conservatoires nécessaires ». Mais, s'il suspend sur le moyen de contrariété de la loi à un droit ou à une liberté constitutionnels, cela revient pour ce juge à préjuger de la solution qui sera donnée par le Conseil constitutionnel. Il n'est, en théorie, que juge du caractère « sérieux » de la question et, également, pour le Conseil d'État et la Cour de cassation, de son caractère « nouveau » et non pas juge de constitutionnalité « de droit commun »²³ – car formellement l'arrêt *Arrighi* de 1936 prévaut toujours.

Le plus curieux dans cette procédure organisée par l'ordonnance organique²⁴, qui a été critiquée par Paul Cassia²⁵ et – même – qui a « surpris » Bruno Genevois²⁶, c'est qu'il est possible au juge des référés de transmettre la QPC tout en... rejetant la requête, par exemple parce que l'urgence n'est pas constituée ou parce que si la question est suffisamment « sérieuse », elle ne suffit pas à caractériser une atteinte « grave et manifestement illégale » à une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2. Si cela

19. Rappelons que pour surmonter l'incapacité du juge administratif à empêcher, en urgence, les atteintes graves et immédiates à une liberté fondamentale, il a fallu dans les années 1990 les retentissantes affaires de voies de fait *Dulangi et Gisti* (TC 25 avril 1994, *Lebon*, p. 597), *Madaci et Youbi* (TC 20 juin 1994, *Lebon*, p. 602) et *Ben Salem et Taznaret* (TC 12 mai 1997, *Préfet de Police de Paris c. TGI de Paris, Lebon*, p. 528, avec la démission du conseiller Sargos suite au départage par le garde des Sceaux), pour que soit initiée au sein du Conseil d'État la réflexion qui a abouti à la loi du 30 juin 2000 et au référé-liberté.

20. X. Magnon (dir.), *QPC. La question prioritaire de constitutionnalité : pratique et contentieux*, Paris, Litec (Professionnels, n° 106), 2011.

21. La question est à peine évoquée par Jacques Arrighi de Casanova, Jacques-Henri Stahl et Laurence Helmlinger dans leur commentaire du décret organisant la procédure de QPC devant les juridictions (« Les dispositions relatives aux juridictions administratives du décret du 16 février 2010 sur la question prioritaire de constitutionnalité », *L'Actualité juridique droit administratif*, 2010, p. 383).

22. Conseil d'État, Rapport du groupe de travail sur l'application de la question prioritaire de constitutionnalité devant les juridictions administratives, dirigé par J. Arrighi de Casanova, 12 janvier 2010, p. 20.

23. S.-J. Liéber et D. Botteggi, « Le juge administratif, juge constitutionnel de droit commun ? », *L'Actualité juridique droit administratif*, 2010, p. 1355.

24. « Lorsque le Conseil constitutionnel a été saisi de la question prioritaire de constitutionnalité, l'extinction, pour quelque cause que ce soit, de l'instance à l'occasion de laquelle la question a été posée est sans conséquence sur l'examen de la question » (art. 23-9 de l'ord. de 1958).

25. Aussi bien dans son audition devant la commission des lois de l'Assemblée, que dans sa note sous *Diakité*.

26. *Revue française de droit administratif*, 2010, p. 1. Comparant aux procédures de radiation du rôle en cas de désistement devant les Cours de Strasbourg et de Luxembourg et le Conseil d'État, le président Genevois évoque « le caractère très dérogatoire de la solution qui surprend ».

confirme le caractère essentiellement *objectif* de l'examen de la constitutionnalité d'une loi en QPC²⁷, on conçoit mal comment une disposition dont il faut pour qu'elle soit renvoyée qu'elle soit « applicable au litige » ou « fonde les poursuites » puisse ne pas justifier la suspension d'une mesure prise sur son fondement alors même que le grief à son encontre est jugé suffisamment « sérieux » pour justifier une transmission et même, le cas échéant, une censure pour inconstitutionnalité. Dans ce dernier cas, la seule échappatoire pour le justiciable, si l'atteinte n'a pas été irrémédiable, sera d'utiliser la décision du Conseil constitutionnel invalidant la disposition législative, et à condition qu'il n'ait pas modulé les effets de son abrogation, pour introduire une nouvelle procédure de référé. En outre, dans le cas où le juge aurait adopté des mesures provisoires ou conservatoires, toute partie intéressée peut demander en présence d'une circonstance de droit nouvelle qu'il soit mis fin aux mesures ordonnées en référé, selon la voie du référé-réexamen de l'article L. 521-4 du Code de justice administrative²⁸.

S'agissant des référés d'urgence, on peut juste reprocher au Conseil d'État au mieux une certaine imprévision, au pire une position de déni du risque de collision entre l'absence de contrôle de constitutionnalité accéléré de la loi et le refus d'effectuer un contrôle de conventionnalité de la loi dans le cadre du référé. En revanche, s'agissant du contentieux des étrangers, l'attitude du Conseil d'État a été d'assumer *en toute connaissance de cause* l'ineffectivité de la procédure de QPC à leur égard. Le rapport Arrighi de Casanova le relève dans un passage du rapport qui mérite d'être cité *in extenso* : « [En contentieux de l'éloignement des étrangers], le groupe a eu conscience que l'application de ces principes serait plus délicate, le juge de la reconduite à la frontière n'étant pas supposé prendre des mesures conservatoires mais rendre une décision sur le fond. S'il estime devoir transmettre une QPC, il ne pourra donc, *a priori*, sur ce seul fondement, faire droit à la requête. Or, l'idée selon laquelle "l'effet utile" de la QPC sera, en tout état de cause, préservé par l'exercice d'une voie de recours est, *en l'espèce, assez théorique, au regard de la situation de l'étranger effectivement éloigné du territoire français*. Le groupe de travail a estimé qu'il ne lui appartenait pas, en tout état de cause, de faire une proposition pour régler une telle difficulté. »

Le Conseil d'État a donc parfaitement conscience du risque pour un requérant étranger en instance d'éloignement de ne pas avoir *effectivement* accès à la procédure de QPC et, en tout état de cause, même si la question était transmise, cela ne permettrait pas au requérant d'en bénéficier en sortant de rétention ou en voyant la mesure d'éloignement provisoirement suspendue. Une telle situation était proprement inadmissible dans un État de droit et constituait une atteinte manifeste à l'égalité devant la justice.

Mais le Palais royal n'était pas outre mesure inquiet de cette situation car, relève le rapport Arrighi de Casanova : « Toutefois, compte tenu du fait que la plupart des dispositions législatives sur l'éloignement des étrangers ont fait l'objet d'une saisine, *ab initio*, du Conseil constitutionnel, il lui est apparu assez peu probable que cette législation puisse faire l'objet d'une QPC remplissant effectivement les trois conditions posées par l'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, et notamment la deuxième. »

Et il est vrai que peu avant l'entrée en vigueur de la QPC, le Conseil constitutionnel affichait sur son site un tableau de 44 pages, spécifique au droit des étrangers, recensant l'ensemble des dispositions du CESEDA ayant déjà fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité²⁹. Et même pour celles n'ayant pas déjà reçu de brevet de constitutionnalité en bonne et due forme ou pour lesquelles il existe un changement de circonstances depuis le contrôle de constitutionnalité *a priori*, le Conseil d'État a systématiquement fait barrage à toutes les QPC en droit des étrangers³⁰.

Qui plus est, dans le cadre des procédures de référé devant le juge administratif, il existait deux obstacles supplémentaires pour permettre un contrôle effectif des droits et libertés fondamentaux dans le cas où une disposition législative est à l'origine de l'atteinte. En premier lieu, le Conseil d'État se refusait, et se refuse toujours, contrairement à son homologue judiciaire³¹, à soulever d'office un moyen tiré de l'inconventionnalité de la loi (CE Ass., 6 décembre 2002, *Maciolak*, n° 239540³²). En second lieu, et surtout, il se refusait, dans le cadre de l'office du juge des référés, à effectuer tout contrôle de conventionnalité (CE, 30 décembre 2002, *Carminati*, n° 240430³³). Avec la jurisprudence *Melki et Abdeli*, le Conseil d'État va devoir lever, au moins partiellement, ce dernier verrou jurisprudentiel.

27. Voir, en ce sens, les conclusions d'Anne Courrière sur CE, 14 avril 2010, *Labane*, req. n° 336753; *L'Actualité juridique droit administratif*, 2010, p. 1018; et notre commentaire sous déc. n° 2010-1 QPC du 28 mai 2010, *Consorts L. Constitutions*, 2010, p. 441, obs. S. Slama. Voir aussi X. Magnon, « La QPC, beaucoup de bruit pour quoi ? », *L'Actualité juridique droit administratif*, 2010, p. 1673.

28. CE, 2 juin 2003, *Ville de Montpellier c. Chong*, n° 253854; J.-C. Bonichot, P. Cassia et B. Poujade, *Les Grands Arrêts du contentieux administratif*, Paris, Dalloz (Grands arrêts), 2009, p. 423.

29. « Exemple de dispositions déclarées conformes à la Constitution prenant en compte leur éventuelle évolution ou codification ultérieure : Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (version au 1^{er} mars 2010) » (http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/QPC/ceseda.pdf).

30. Il est à ce titre intéressant de comparer le refus de réouverture de l'instruction pour une QPC déposée quelques semaines après l'entrée en vigueur de la procédure et juste après la lecture des conclusions défavorables du rapporteur public (CE, 19 mai 2010, *La Cimade, Gisti*, n° 323758 : au *Lebon* ; *L'Actualité juridique droit administratif*, 2010, p. 1058 ; *ADL* du 21 mai 2011 par S. Slama) et la QPC dans l'affaire *Huchon* examinée dans les mêmes circonstances et transmise (CE, 28 janvier 2011, req. n° 338199 ; *L'Actualité juridique droit administratif*, 2011, p. 188).

31. Cass. soc., 16 décembre 2008, *Eichenlaub c. Axia France*.

32. *Revue française de droit administratif*, 2003, p. 694, concl. P. Fombeur.

33. *L'Actualité juridique droit administratif*, 2003, p. 1065, note O. Le Bot ; *L'Actualité juridique droit administratif*, 2006, p. 1875, comm. T.-X. Girardot.

En faisant voler en éclats les derniers soubresauts de la « loi-écran » dans le cadre de l'office du juge des référés, cette décision révèle aussi la nécessité de réformer cette procédure pour l'adapter aux situations d'atteinte aux droits et libertés fondamentaux dans l'urgence.

II. L'affaire *Melki et Abdeli* : révélatrice de la nécessité de réformer la procédure de QPC pour l'adapter aux situations d'urgence

La « passe d'armes » entre juridictions, digne des meilleurs westerns *spaghettis* selon le *pistolero* Philippe Yolka³⁴, a abouti à ce que le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État soient amenés à remédier aux insuffisances de la procédure originale et de leurs propres jurisprudences en admettant la possibilité d'effectuer en référé aussi bien un contrôle d'« unionité » qu'une transmission d'une QPC tout en prononçant une suspension de la mesure découlant de la loi critiquée. En faisant voler en éclats la « loi-écran » qui restait attachée à l'office du juge des référés (A), l'affaire *Melki et Abdeli* a donc permis de révéler la nécessité d'injecter dans la procédure de QPC la prise en compte des situations urgentes mais aussi de passer d'un contrôle purement abstrait de la loi à un contrôle intégrant davantage les situations subjectives (B).

A. Les derniers soubresauts de la « loi-écran » en référé à l'aune de *Melki et Abdeli*

La tragédie en cinq actes³⁵ déclenchée par la transmission, par la Cour de cassation, le 16 avril 2010, en lieu et place de la QPC dont elle était saisie, d'une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne est désormais un classique des facultés de droit (Cass., 16 avril 2010, n° 10-40.001)³⁶. L'affaire des deux Algériens est la meilleure illustration de l'inadaptation de la procédure de QPC à assurer une protection effective des droits et libertés constitutionnels. En effet, est-il besoin de rappeler qu'étrangers en situation irrégulière, ils ont été contrôlés par la police à la frontière franco-belge, en application de

l'article 78-2 alinéa 4 du Code de procédure pénale, dans la bande des « 20 km Schengen » ? Placés en rétention, ils ont été présentés au juge des libertés et de la détention lillois. C'est à cette occasion que leur avocat, M^e Boucq³⁷, déposa la fameuse question de constitutionnalité qui allait perdre, partiellement, son caractère prioritaire. Ils estimaient qu'une violation du principe de libre franchissement des frontières intérieures garanti par l'article 67 § 2 du Traité de fonctionnement de l'Union européenne et le Code frontière Schengen constituait, par ricochet, une violation de l'article 88-1 de la Constitution qui consacre la participation de la France à l'Union européenne. Le JLD maintint toutefois les deux étrangers en rétention administrative tout en transmettant la QPC qui s'est transformée, par la magie du droit, en question préjudicielle.

C'est le Conseil constitutionnel qui, le premier, a réagi en transformant, par la grâce d'une saisine complémentaire évoquant l'interprétation de l'article 88-1 dans l'arrêt du 16 avril 2010, une décision sur les *Jeux d'argent et de hasard en ligne*³⁸ en une défense de barrage du nouveau système de contrôle de constitutionnalité hexagonal, au prix du plus long *obiter dictum* « jamais prononcé par une institution française »³⁹. Il y précise que les dispositions constitutionnelles et organiques relatives à la QPC ne font pas « obstacle à ce que le juge saisi d'un litige dans lequel est invoquée l'incompatibilité d'une loi avec le droit de l'Union européenne fasse, 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 ».

Il peut notamment, au titre des mesures provisoires ou conservatoires que l'autorise à prendre l'article 23-3 de l'ordonnance organique, décider de « suspendre immédiatement tout éventuel effet de la loi incompatible avec le droit de l'Union » (déc. n° 2010-605 DC du 12 mai 2010, cons. 14 et 15). Deux jours après, le Conseil d'État transforme à son tour un obscur projet d'arrêt de rejet d'une QPC, qui *a priori* n'était pas destiné à connaître le feu des projecteurs⁴⁰, en décision de principe. Dans le prolongement de la décision de son voisin du Palais royal, il estime que le mécanisme de la QPC ne fait pas obstacle à ce que soit assurée la pleine effectivité du droit de l'Union européenne soit après l'examen de la QPC, soit « à tout moment de cette procédure, lorsque l'urgence le

34. P. Yolka, « Question prioritaire de constitutionnalité : le Bon, la Brute et le Truand », *La Semaine juridique* éd. A, 2011, act. p. 190. Voir aussi G. Lucazeau, « Constitution, convention ou traité. La "guerre des trois" aura-t-elle lieu ? », *La Semaine juridique* éd. G, 2010, p. 716.

35. M. Gautier, « QPC et droit communautaire. Retour sur une tragédie en cinq actes », *Droit administratif*, 2010, étude 19.

36. *L'Actualité juridique droit administratif*, 2010, p. 1023, note P. Manin ; *Dalloz*, 2010, p. 1229, chron. P. Fombeur, p. 1254, note A. Levade, et p. 1336, entretien P. Sargos ; *Revue française de droit administratif*, 2010, p. 445, avis M. Domingo, p. 449, note M. Gautier, et p. 458, note P. Gaïa ; *Revue trimestrielle de droit civil*, 2010, p. 743, obs. P. Remy-Corlay ; *Revue trimestrielle de droit européen*, 2010, p. 577, étude J. Dutheil de La Rochère ; *La Semaine juridique* éd. G, 2010, étude 464, obs. B. Mathieu ; *Gazette du Palais*, 25-27 avril 2010, p. 20, obs. D. Rousseau et D. Lévy ; *Europe*, mai 2010, étude 5, obs. D. Simon et A. Rigaux.

37. Il raconte lui-même sa QPC dans : « Tais-toi quand tu poses ta question ! », *Maître Mô*, 19 avril 2010 (<http://maitremo.fr/2010/04/19/tais-toi-quand-tu-poses-ta-question>).

38. *Dalloz*, 2010, p. 1321, note A. Levade, et p. 1495, chron. V. Lasserre-Kiesow et P. Le More ; *Revue française de droit administratif*, 2010, p. 458, note P. Gaïa ; *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2010, p. 63, étude D. Simon et A. Rigaux ; *Constitutions*, 2010, p. 363, obs. A.-M. Le Pourhiet, et p. 387, obs. A. Levade ; *Revue trimestrielle de droit civil*, 2010, p. 499, obs. P. Deumier.

39. P. Cassia et E. Saulnier-Cassia, « Imbroglia autour de la question prioritaire de constitutionnalité », *Dalloz*, 2010, p. 1234.

40. Les conclusions de J. Burguburu sont silencieuses sur la question d'« unionité » (*Revue française de droit administratif*, 2010, p. 709).

commande» (CE, 14 mai 2010, *Rujovic*, n° 312305⁴¹). Non seulement cette interprétation «supprime la priorité de transmission de la QPC par rapport à la question préjudicielle»⁴², mais en outre, pour l'aspect qui nous intéresse ici, cela a eu pour conséquence de faire voler en éclats, au moins au regard du droit de l'Union européenne, la «loi-écran» attachée à l'office du juge des référés dans la jurisprudence *Carminati*⁴³. La Cour de justice a ensuite expressément validé ces interprétations (CJUE, GC, 22 juin 2010, *Melki et Abdeli*, § 48⁴⁴) tout en rappelant la nécessité de laisser les juridictions «adopter toute mesure nécessaire afin d'assurer la protection juridictionnelle provisoire des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union» et «de laisser inappliquée, à l'issue d'une telle procédure incidente, la disposition législative nationale en cause si elles la jugent contraire au droit de l'Union» (§ 57).

Pour autant, la Cour de cassation n'a pas procédé à la transmission de la QPC, non pas parce qu'elle l'estimait dénuée de sérieux ou parce que le Conseil constitutionnel y a répondu dans sa décision du 12 mai 2010⁴⁵, mais parce qu'elle s'estime non habilitée à prononcer des mesures provisoires. Partant, l'une des conditions posées par la Cour de justice pour rendre «eurocompatible»⁴⁶ le mécanisme de la QPC n'est, à ses yeux, pas remplie. Même si sa décision est critiquable⁴⁷, la position du juge du quai de l'Horloge a au moins, de notre point de vue, un mérite : elle démontre l'inadaptation de la procédure de QPC issue de la loi organique aux situations d'urgence puisqu'elle n'a pas permis d'empêcher ces cas de privation arbitraire de liberté d'étrangers sur le fondement d'un contrôle d'identité arbitraire. Quoi qu'il en soit, tous les éléments étaient en place pour faire tomber la jurisprudence *Carminati* et obtenir la reconnaissance que référé-liberté et procédure prioritaire de constitu-

tionnalité ne devaient pas être appréhendés comme des instruments exclusifs l'un de l'autre mais complémentaires compte tenu de leur finalité commune : la protection effective des droits et libertés fondamentaux. Et c'est à l'occasion de l'affaire *Diakité* que le Conseil d'État a eu la possibilité de procéder à cette «melkiabdelisation» de la procédure de QPC.

La requête formée en première instance devant le juge du référé-liberté du tribunal administratif d'Orléans par M^{me} Diakité ne lui laissait pourtant «pas présager un destin contentieux aussi innovant», comme le mentionne Paul Cassia dans son commentaire⁴⁸. En l'espèce, cette jeune demandeuse d'asile malienne, mère d'un enfant en bas âge (et de sexe féminin !), avait sollicité peu après son entrée en France son admission au séjour au titre de l'asile en raison de craintes d'excision. Or, le préfet avait rejeté cette demande et avait placé la requérante en procédure prioritaire – le Mali figurant alors parmi les pays considérés comme «d'origine sûrs»⁴⁹. De ce fait, elle se retrouvait à la rue sans droit aux conditions matérielles d'accueil⁵⁰. Saisissant la fenêtre d'opportunité ouverte par les décisions *Jeux d'argent et de hasard en ligne* et *Rujovic*, l'avocate de la requérante, sur suggestion de Cimade, déposa une QPC et mis en cause, dans le même temps, la conformité de la législation française au regard de deux directives de l'Union européenne⁵¹. Estimant que la disposition mise en cause avait déjà reçu un brevet de constitutionnalité et ne décelant pas de changement de circonstances, le juge des référés prononça un non-lieu à transmettre et estima même qu'elle n'avait pas été privée de manière grave et manifestement illégale de la possibilité d'exercer un recours juridictionnel malgré l'absence de recours suspensif devant la CNDA⁵² (CE, ord., 16 juin 2010, M^{me} Diakité, req. n° 340250, au

41. *Constitutions*, 2010, p. 389, obs. A. Levade ; *Revue trimestrielle de droit européen*, 2010, p. 975, chron. D. Ritleng, J.-P. Kovar et A. Bouveresse.

42. M. Gautier, «QPC et droit communautaire...».

43. Voir notre analyse en ce sens : «Le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État abattent leurs cartes face à la Cour de cassation», *Combats pour les Droits de l'homme (CPDH)*, 19 mai 2010 (<http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2010/05/19>).

44. *L'Actualité juridique droit administratif*, 2010, p. 1231 et p. 1578, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat, et p. 2188, obs. P. Manin ; *Dalloz*, 2010, p. 1545, éditorial de F. Rome, p. 1640, chron. F. Donnat, et p. 2524, point de vue J. Roux ; *L'Actualité juridique droit pénal*, 2010, p. 343, obs. J.-B. Perrier ; *Revue de science criminelle*, 2010, p. 709, chron. L. Idot ; *Revue trimestrielle de droit civil*, 2010, p. 499, obs. P. Deumier ; *Revue trimestrielle de droit européen*, 2010, p. 588, étude D. Sarmiento, et p. 599, chron. L. Coutron.

45. Dans un autre *obiter dictum*, le Conseil constitutionnel répond en effet à l'argumentation fondant la QPC (déc. n° 2010-605 DC du 12 mai 2010, cons. 16).

46. D. Rousseau, «La QPC évidemment eurocompatible, évidemment utile», *Gazette du Palais*, 27 juin 2010, p. 19.

47. Selon Marie Gautier sur le fondement de la jurisprudence *Factortame*, la Cour aurait très bien pu tirer du droit de l'Union européenne le pouvoir d'adopter une mesure provisoire ou conservatoire.

48. *La Semaine juridique éd. G.*, 2010, p. 739.

49. L'inscription du Mali dans cette liste avait été validée par le Conseil d'État (CE, 5 avril 2006, *Gisti*, n° 284706 : *Lebon*, p. 371).

50. Elle sera admise en centre hébergement d'urgence et au bénéfice de l'allocation temporaire d'attente en cours d'instruction. (Voir sur les difficultés d'accès pour les demandeurs d'asile en procédure prioritaire à ce droit : S. Slama, «Droit à des conditions matérielles d'accueil décentes : une nouvelle forme de justiciabilité pour quelle effectivité ?», *Revue de droit sanitaire et social*, 2010, p. 858.)

51. La contrariété au regard de la directive 2003/9/ CE du 27 janvier 2003 était avérée (voir la récente annulation de la circulaire régissant l'allocation temporaire d'attente : CE, 7 avril 2011, *La Cimade et Gisti*, n° 335924, au *Lebon* ; *L'Actualité juridique droit administratif*, 2011, p. 759).

52. Peu après cette décision de rejet, M^{me} Diakité a obtenu la reconnaissance de son statut de réfugié par la CNDA. Par son rejet, l'ordonnance du Conseil d'État l'avait donc assurément exposée à un renvoi vers un pays où elle risquait une violation de l'article 3 de la CEDH au mépris de l'article 13 CEDH. En outre, le Conseil d'État a depuis annulé le Mali – uniquement pour les femmes – dans cette liste des pays d'origine sûrs (CE, 23 juillet 2010, *Amnesty international section France et al.*, n° 336034 : *L'Actualité juridique droit administratif*, 2010, p. 1513, obs. J.-M. Pastor ; *Dalloz*, 2010, p. 2868, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot ; *Droit administratif*, novembre 2010, p. 37, note V. Tchen). Il accorda même la révision de la requête introduite par le *Gisti* et *Amnesty*, en raison de la non-prise en compte de la note en délibéré tout en refusant de reconnaître la contrariété de cette application «générée» avec le droit de l'Union européenne (CE, 7 avril 2011, *AIF et Gisti*, n° 343595, au *Lebon* ; *L'Actualité juridique droit administratif*, 2011, p. 762, obs. R. Grand).

*Lebon*⁵³). Si cette ordonnance est une nouvelle illustration du fait qu'« en matière de défense des libertés, ni la place du juge administratif, ni l'efficacité de ses procédures ne vont de soi »⁵⁴, elle a tout de même permis de faire céder deux digues en vue d'une protection plus effective des droits et libertés fondamentaux par le juge des référés.

En premier lieu, le juge des référés du Conseil d'État estime qu'un moyen tiré de l'incompatibilité de dispositions législatives avec les règles du droit de l'Union européenne ne peut être retenu, eu égard à l'office du juge des référés-liberté « qu'en cas de méconnaissance manifeste des exigences qui découlent du droit de l'Union ». Jusque-là, il estimait, en règle générale, aussi bien dans le cadre du référé-suspension (CE, 30 décembre 2002, *Carminati*) que du référé-liberté (CE, ord., 9 décembre 2005, *Allouache*, req. n° 287777⁵⁵) que le juge des référés ne peut, de manière inédite, contrôler la compatibilité d'une disposition législative avec une norme de droit supranational. Or, comme le notait Olivier Le Bot, il aurait été « délicat, et même incompréhensible, de réaffirmer purement et simplement la jurisprudence *Carminati* comme si rien ne s'était passé, trahissant immédiatement la promesse d'une efficacité garantie du droit de l'Union européenne [...] »⁵⁶.

Peut-on estimer pour autant que cette ouverture s'applique à l'ensemble des procédures de référé, et aussi bien pour le droit de l'Union européenne que pour l'ensemble des engagements internationaux de la France ? Autrement dit, « *Carminati* : c'est fini »⁵⁷ ? À cette question, on observera que les chroniqueurs du Centre de recherches et de diffusion juridiques du Conseil d'État apportent comme réponse que la décision *Diakité* « est venue [...] porter un sérieux coup » à cette jurisprudence *Carminati* « il est vrai peu justifiable ». Et même si Xavier Domino et Aurélie Bretonneau souhaitent « reste[r] prudent[s] » compte tenu de la « part de mystère »⁵⁸ – et de dogmatisme – de cette jurisprudence, ils prennent le risque d'adresser le faire-part « d'une probable disparition » qui « ne fera pas couler trop de larmes »⁵⁹. Du reste, cette jurisprudence n'avait jamais fait l'unanimité, y compris au sein du Conseil d'État, et si elle a été régulièrement rappelée, souvent par les plus

hautes autorités de la section du contentieux⁶⁰, il existait des précédents dans lesquels le juge des référés s'était reconnu pour apprécier de manière inédite la conventionnalité d'une loi (CE, ord., 11 octobre 2001, *Hauchemaille, Lebon*, p. 460 ; CE, réf., 21 avril 2007, *Société anonyme Antilles Télévision*, n° 304961, au *Lebon*) et, dans certains cas, le juge des référés avait, par pur pragmatisme, « bravé l'interdit » surtout à l'égard du droit communautaire dérivé (CE, 6 mars 2008, *Ministre de l'Immigration c. Dociev*, req. n° 313915⁶¹) ou avait eu recours à des interprétations neutralisantes des dispositions législatives en cause au regard des objectifs d'une directive (CE, réf., 17 septembre 2009, *Ministre de l'Immigration c. Salah*, n° 331950⁶²). Quant à l'élargissement à l'ensemble des engagements internationaux de la France au-delà du droit de l'Union européenne, les chroniqueurs estiment que *Diakité* fournit « une nouvelle grille d'examen, pour le juge des référés » d'une exception d'inconventionnalité d'une loi⁶³. Leurs prédécesseurs avaient déjà estimé que cette jurisprudence « a vocation à s'appliquer à tous les référés, qu'ils soient d'ailleurs ou non d'urgence »⁶⁴. Et, comme l'avaient fait valoir Olivier Le Bot et Paul Cassia dans leurs commentaires, l'exigence d'une atteinte « manifeste », spécifique au référé-liberté, devra être « acclimatée au référé-suspension, pour lequel l'adjectif “manifeste” est... manifestement inadapté »⁶⁵. On s'achemine donc vers un élargissement dans le cadre des référés de l'examen de l'atteinte par la loi des conventions internationales. Celle-ci s'accompagne-t-elle d'un traitement adéquat de la QPC dans le cadre d'une procédure d'urgence en écornant, là aussi, l'écran procédural érigé par la loi organique ?

En second lieu, en effet, l'habilitation du juge des référés à se prononcer sur le moyen tiré de l'inconventionnalité de la loi a eu une heureuse incidence sur l'examen de constitutionnalité opéré en urgence. Combinant les dispositions de l'ordonnance organique avec celles du Code de justice administrative sur les référés d'urgence, le juge des référés du Conseil d'État a estimé dans la même ordonnance *Diakité* qu'une QPC « 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 de ce dernier code ». Il précise que ce juge

53. *La Semaine juridique* éd. G, 2010, p. 739, note. P. Cassia ; *L'Actualité juridique droit administratif*, 2010, p. 1662, note O. Le Bot ; *Constitutions*, 2010, p. 399, obs. J. Barthélemy et L. Boré ; *Revue trimestrielle de droit européen*, 2010, p. 975, chron. D. Ritleng, J.-P. Kovar et A. Bouveresse.

54. B. Stirn, *Les Libertés en question*, 6^e édition, Paris, Montchrestien (Clefs Politique), 2006, p. 79.

55. *Lebon*, p. 562 ; *L'Actualité juridique droit administratif*, 2005, p. 2374.

56. *L'Actualité juridique droit administratif*, 2010, p. 1662, comm. O. Le Bot.

57. X. Domino et A. Bretonneau, « Dix ans d'urgences », *L'Actualité juridique droit administratif*, 2011, p. 1369.

58. En référence à T.-X. Girardot, « Le retour de la loi-écran devant le juge des référés », *L'Actualité juridique droit administratif*, 2006, p. 1875.

59. X. Domino et A. Bretonneau, « Dix ans d'urgences ».

60. Voir CE, ord., 3 mai 2005, *Confédération française des travailleurs chrétiens, Lebon*, p. 1034 ; *L'Actualité juridique droit administratif*, 2005, p. 972 ; *Dalloz*, 2005, 1465, note T. Guillemain ; CE, ord., 21 octobre 2005, *Association Aides et al., Lebon*, p. 438 ; *L'Actualité juridique droit administratif*, 2006, p. 944, note H. Rihal.

61. *L'Actualité juridique droit administratif*, 2009, p. 102, note O. Le Bot.

62. *L'Actualité juridique droit administratif*, 2010, p. 202, comm. S. Slama.

63. X. Domino et A. Bretonneau, « Dix ans d'urgences ».

64. S.-J. Liéber et D. Bottegghi, « Le juge administratif, juge constitutionnel... ».

65. X. Domino et A. Bretonneau, « Dix ans d'urgences ».

peut « en toute hypothèse, y compris lorsqu'une question prioritaire de constitutionnalité est soulevée devant lui, rejeter une requête qui lui est soumise pour défaut d'urgence ». Il peut aussi prendre « toutes les mesures provisoires ou conservatoires nécessaires » et, compte tenu tant de l'urgence que du délai qui lui est imparti pour statuer, « faire usage, lorsqu'il estime que les conditions posées par l'article L. 521-2 du Code de justice administrative sont remplies », c'est-à-dire urgence et atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale, de l'ensemble des pouvoirs que cet article lui confère, notamment la suspension de la décision ou le prononcé d'injonctions. Enfin, et surtout, il reconnaît que dans le cadre de son office, 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 ».

L'évolution est donc sensible par rapport aux hypothèses de travail du Conseil d'État. Avec *Diakité*, le juge des référés brise la « loi-écran » qui le retenait d'à la fois transmettre une QPC déposée devant lui et de suspendre la décision portant atteinte aux droits et libertés fondamentaux du fait de l'inconstitutionnalité et/ou de l'inconstitutionnalité de la loi alléguée.

Comme on pouvait le présager, le Conseil d'État a, peu après, admis qu'une QPC peut être posée en référé-suspension et éventuellement donner lieu à une ordonnance de transmission, et, si les conditions de l'article L. 521-1 du CJA sont remplies, suspendre la décision (CE, réf., 21 octobre 2010, *Conférence nationale des présidents des unions régionales des médecins libéraux*, n° 343527 : au *Lebon*⁶⁶). On peut regretter qu'il n'ait pas, à cette occasion, dégagé une *présomption d'urgence*, voire considéré que le caractère sérieux ou nouveau d'une QPC permettait de caractériser *automatiquement* le doute sérieux sur la légalité de la décision. En effet, si l'atteinte à une liberté fondamentale est plus difficile à caractériser en référé-liberté car elle doit être *manifestement* illégale ; 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. Mais dès lors que le Conseil d'État n'a pas établi cette identité, il existe indéniablement des cas dans lesquels le requérant verra sa QPC transmise et son référé rejeté et ne pourra donc pas *a priori* bénéficier de l'inconstitutionnalité qu'il a soulevée.

Enfin, à supposer même que le juge des référés prononce la suspension et transmette la QPC, cette décision n'a pas d'effet *erga omnes*. Ainsi, dans le cadre de l'affaire *Amoni*, le juge des référés du tribunal administratif de Paris a suspendu provisoirement l'exécution de la mesure de réadmission de cet Afghan vers la Grèce, jusqu'à décision du Conseil d'État et, le cas échéant, du Conseil constitutionnel, et transmis la QPC portant sur la violation par l'article L. 531-2 alinéa 1 du CESEDA au droit à un recours effectif garanti par l'article 16 de la DDHC et au droit d'asile (tribunal administratif de Paris réf., 26 janvier 2011, *Negmatullah Amoni*, n° 1100915/09)⁶⁷. Or, saisi parallèlement d'un appel d'une ordonnance de référé-liberté sur une autre réadmission (vers la Pologne cette fois-ci) ne bénéficiant pas davantage du caractère suspensif du recours, le juge des référés du Conseil d'État a jugé qu'aucune disposition n'oblige le juge administratif des référés, qui n'était pas saisi d'une QPC, à surseoir à statuer sur la demande de suspension de l'arrêté de réadmission du seul fait qu'une question identique, dont il était saisi sur d'autres fondements que la Constitution, avait fait l'objet d'une QPC transmise au Conseil d'État (CE, réf., 21 mars 2011, *Diana Aboubakarova*, n° 347232⁶⁸).

Indéniablement, ces affaires attestent de la nécessité de réformer la procédure de QPC pour davantage l'adapter aux spécificités de la protection des droits et libertés dans l'urgence et pour l'appréhender non pas uniquement comme un instrument *abstrait* de contrôle du respect des droits et libertés constitutionnels par la loi mais aussi de protection *effective* de situations subjectives⁶⁹.

B. La nécessité d'intégrer l'urgence dans la procédure et la protection effective des situations subjectives

Outre celles déjà développées précédemment, plusieurs illustrations permettent de démontrer l'ineffectivité de la protection offerte par la procédure de QPC dans les situations d'urgence. *En premier lieu*, s'agissant des procédures d'hospitalisation d'office ou sans consentement, la Cour de cassation a, pour la première fois, fait application des dispositions de l'article 23-5 *in fine* de l'ordonnance du 7 novembre 1958 en ne prononçant pas de sursis à statuer tout en transmettant une QPC portant sur la procédure d'hospitalisation d'office. Elle a en effet estimé, probablement en ayant à l'esprit⁷⁰ la condamnation de la France dans l'affaire *Baudouin*⁷¹, qu'elle devait

66. *L'Actualité juridique droit administratif*, 2010, p. 2021. Voir aussi X. Domino et A. Bretonneau, « Dix ans d'urgences ». Pour un rejet de la demande de suspension pour irrecevabilité ou défaut d'urgence entraînant un non-lieu sur la QPC : CE, réf., 19 novembre 2010, *Benzoni*, n° 344014.

67. S. Slama, « Réadmissions "Dublin II" vers la Grèce : transmission d'une QPC au Conseil d'État sur le droit au recours suspensif », *Combats pour les Droits de l'Homme (CPDH)*, 30 janvier 2011 (<http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2011/01/30/>).

68. *L'Actualité juridique droit administratif*, 2011, p. 644, obs. S. Blondel.

69. Voir la décision tirant les conséquences de QPC n° 2010/1 dans laquelle le Conseil d'État se montre plus sensible à l'effectivité des droits : CE, Ass., 13 mai 2011, *Mme Hadda M'Rida*, n° 316734 : *L'Actualité juridique droit administratif*, 2011, p. 1136, chron. X. Domino et A. Bretonneau.

70. En ce sens : *La Semaine juridique* éd. A, 2011, act. 555, comm. É. Péchillon.

71. CEDH, 18 novembre 2010, n° 35935/03, *Baudouin c. France* : ADL du 18 novembre 2010 par N. Hervieu ; *La Semaine juridique* éd. A, 2010, act. 897, note N. Albert ; *L'Actualité juridique droit pénal*, n° 3, 2011, p. 144, note É. Péchillon.

statuer *immédiatement* sur le pourvoi car « la situation [du demandeur] impos[ait] de se prononcer en urgence » (Cass., 1^{re} Civ., 8 avril 2011, *Jean-Louis C.*, n° 10-25.354⁷²). En l'espèce, la Cour casse d'ailleurs la décision d'appel qui avait dénaturé les termes de l'article L. 3213-1 du Code de la santé publique sur la situation de « dangerosité » du malade privé de liberté. Mais pour ceux qui utiliseraient cette affaire pour attester de l'efficacité de la procédure issue de la loi organique, on remarquera que, d'une part, la Cour ne casse pas la décision sur le grief soulevé contre la loi – qui donnera pourtant lieu à une déclaration de non-conformité⁷³. Et d'autre part, et surtout, le Conseil constitutionnel était saisi parallèlement d'une QPC identique transmise par le Conseil d'État (CE, 6 avril 2011, *Abdellatif et al.*, n° 346207). Or, à l'occasion de cette transmission, le juge *a quo*, en l'occurrence la 4^e chambre de la Cour administrative d'appel, avait sursis à statuer sur la requête tendant à l'annulation des jugements du 20 juillet 2010 du tribunal administratif de Melun rejetant les demandes du requérant dirigées contre les arrêtés préfectoraux ordonnant son placement et son maintien en hospitalisation d'office. Ce dernier a donc été pendant toute la durée de la procédure de QPC potentiellement privé de sa liberté en violation de la Constitution et ce sans que les juges saisis ne soient à même de lui assurer une protection effective et en urgence de ses droits et libertés constitutionnels. Mais le plus critiquable est que la censure constitutionnelle de la disposition législative qu'il a provoquée ne lui bénéficiera pas ! En effet, le Conseil prononce l'abrogation *avec un effet différé au 1^{er} août 2011* et prescrit expressément que « les mesures d'hospitalisation prises avant cette date [...] ne peuvent être contestées sur le fondement de cette inconstitutionnalité »⁷⁴ (décision n° 2011-135/140 QPC du 9 juin 2011, *M. Abdellatif et al.*⁷⁵).

Pourtant, en principe, la déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à l'auteur de la QPC (déc. n° 2010-110 QPC du 25 mars 2011, *M. Jean-Pierre B.*, cons. 8⁷⁶). La censure constitutionnelle ne bénéficie pas à l'auteur de la QPC alors même que celui-ci est irrégulièrement privé de liberté. Comment justifier un système aussi absurde et inefficace de protection des droits et libertés fondamentaux ? C'est d'autant plus critiquable que la France a été condamnée par la Cour européenne pour ces procédures (CEDH, 14 avril 2011, n° 35079/06, *Patoux c. France*⁷⁷) et que le Conseil constitutionnel expose donc la France à d'autres condamnations. L'expérience montre pourtant qu'à chaque fois que le Conseil constitutionnel a prononcé la censure de dispositions fondant des mesures privatives de liberté, il a modulé les effets dans le temps de l'abrogation et n'a pas fait bénéficier de la censure les auteurs de la saisine en privilégiant la sécurité juridique ou l'ordre public plutôt que la liberté individuelle⁷⁸.

En second lieu, s'agissant des procédures d'asile prioritaires, le déni de droit – et la condamnation annoncée de la France devant la Cour européenne des droits – ne sont pas moins avérés. Les associations se sont heurtées à un barrage à propos de l'absence de recours suspensif devant la CNDA au bénéfice des demandeurs d'asile en procédure prioritaire et en cas d'exécution d'une procédure de réadmission en application du « règlement Dublin II » vers un pays responsable de l'examen de la demande d'asile mais qui ne respecte pas suffisamment le droit d'asile⁷⁹ (CE, réf., 21 mars 2011, *Negmatullah Amoni et Gisti*, n° 346164, Tables du *Lebon*⁸⁰). Pourtant, peu avant le refus de transmission du Conseil d'État, la grande chambre de la Cour européenne a condamné la Belgique pour ce motif (CEDH, G. C., 21 janvier 2011, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, n° 30696/09⁸¹). En outre, la Cour avait adressé dès

72. « QPC et hospitalisation d'office. L'urgence commande », *Gazette du Palais*, 8 avril 2011 (http://www.gazettedupalais.com/services/actualites/actu_jur/e-docs/00/00/1C/47/document_actu_jur.phtml).

73. La censure est prononcée en raison de l'absence de réexamen « à bref délai » de la situation de la personne hospitalisée dans le cas où le préfet maintient l'HO malgré le certificat médical du psychiatre de l'établissement d'accueil qui n'en confirme pas la nécessité.

74. Le Conseil constitutionnel estime que l'abrogation immédiate des dispositions en cause « méconnaîtrait les exigences de la protection de la santé et la prévention des atteintes à l'ordre public et entraînerait des conséquences manifestement excessives » (cons. 16). La Cour européenne des Droits de l'homme appréciera...

75. ADL du 12 juin 2011 par C. Roulhac ; *La Semaine juridique éd. A*, 2011, act. 555, obs. É. Péchillon.

76. ADL du 5 avril 2011 par S. Slama ; *La Semaine juridique éd. A*, n° 16, 2011, p. 30, obs. B. Fleury ; *L'Actualité juridique droit administratif*, 2011, p. 1214, comm. I. Crépin-Dehaene. Voir aussi déc. n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010, *M^{lle} Danielle S.* (*L'Actualité juridique droit administratif*, 2011, p. 174, note X. Bioy), dans laquelle le juge constitutionnel reporte l'abrogation des dispositions régissant l'hospitalisation sans consentement à la même date pour les mêmes motifs.

77. ADL du 18 avril 2011 par N. Hervieu ; *La Semaine juridique éd. A*, 2011, act. 307.

78. Voir, par exemple, sur la garde à vue : Cons. constit. n° 2010-14/22 QPC, *M. Daniel W. et autres* ; ADL du 7 août 2010 par S. Slama. Sur la retenue douanière : déc. n° 2010-32 QPC du 22 septembre 2010, *M. Samir M. et autres* ; ADL du 23 septembre 2010 par S. Slama. Ce type de modulation est aussi pratiqué par la Cour constitutionnelle allemande (voir CEDH, 5^e section, 9 juin 2011, *Mork c. Allemagne* et *Schmitz c. Allemagne*, n° 31047/04 et 43386/08 ; req. n° 30493/04 ; ADL du 10 juin 2011 par N. Hervieu).

79. La Grèce a été condamnée, en vain, à de nombreuses reprises pour violation des articles 3 et 13 de la CEDH en raison des conditions déplorables d'accueil et d'enfermement des demandeurs d'asile (CEDH, 7 juin 2011, *R.U. c. Grèce*, n° 2237/08 ; ADL du 7 juin 2011. CEDH, 5 avril 2011, *Rahimi c. Grèce*, n° 8687/08 ; ADL du 6 avril 2011. CEDH, 22 juillet 2010, *A.A. c. Grèce*, n° 12186/08 ; ADL du 26 juillet 2010. CEDH, 26 novembre 2009, *Tabesh c. Grèce*, n° 8256/07 ; ADL du 27 novembre 2009. CEDH, 11 juin 2009, *S.D. c. Grèce*, n° 53541/07 ; ADL du 30 juin 2009).

80. ADL du 9 mai 2011 par S. Slama. Voir aussi CE, réf., 21 mars 2011, *Diana Aboubakarova*, n° 347232. *L'Actualité juridique droit administratif*, 2011, p. 644, obs. S. Blondel.

81. ADL, 21 janvier 2011 (2). Voir sur les blocages du juge administratif français sur cette question : CE, réf., 1^{er} mars 2010, *Tahir*, n° 336857, *Dalloz*, 2010, p. 2868, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot, et le seul cas de suspension d'une réadmission vers la Grèce : CE, réf., 20 mai 2010, *Époux Othman*, n° 339478, *Lebon* ; *Constitutions*, 2010, p. 437, obs. V. Tchen ; *Revue trimestrielle de droit européen*, 2010, p. 975, chron. D. Ritleng, J.-P. Kovar et A. Bouveresse.

septembre 2010 une directive collective prescrivant aux États de cesser les réadmissions vers la Grèce, et le président Costa avait appelé les États à « prévoir au niveau national des recours à l'effet suspensif, fonctionnant de manière effective et juste conformément à la jurisprudence de la Cour » afin d'endiguer le flot de mesures provisoires⁸². Cet appel et la réalité de la situation en Grèce ont laissé parfaitement indifférent le Conseil d'État. En effet, non seulement il a jugé dans l'arrêt *Amoni* que le Conseil constitutionnel a, « dans ses motifs et son dispositif » d'une décision, déclaré conformes à la Constitution les dispositions codifiées au 1^{er} alinéa de l'article L. 531-2 du CESEDA alors que c'est parfaitement inexact puisque la simple lecture de la décision en cause (déc. n° 93-325 DC du 13 août 1993) suffit à se rendre compte que la disposition n'a pas été déclarée conforme *dans le dispositif* de cette décision⁸³. Mais qui plus est, il a estimé que l'introduction dans la Constitution, postérieurement à la décision de 1993, de l'article 53-1 de la Constitution ou la situation actuelle en Grèce qui ne traite pas les demandes d'asile « dans des conditions propres à garantir le droit d'asile et le droit de toute personne à ne pas subir de traitements inhumains et dégradants » ne constituent pas, « tant au regard de l'évolution de cette situation à la date de la présente décision que des recours juridictionnels dont disposent les demandeurs d'asile pour faire valoir ce risque », des changements dans les circonstances de droit ou de fait. Le barrage est tel que pour contourner l'obstacle, posé également par le juge des référés du Conseil d'État dans l'affaire *Diakité* (voir *supra*), la QPC de la Cimade a été déposée devant un juge des libertés et de la détention, qui l'a transmise à la Cour de cassation, à l'occasion de l'examen en procédure prioritaire d'une demande d'asile d'un étranger maintenu en rétention également privé de recours suspensif auprès de la CNDA par l'application des mêmes dispositions du CESEDA (Cass., 1^{re} civ., 9 février 2011, arrêt n° 188). Or, à la différence du Conseil d'État, malgré le brevet de constitutionnalité de la décision du 13 août 1993 (n° 93-325 DC, cons. 87), la Cour de cassation a transmis la QPC dès lors que la CNDA a procédé à un revirement de jurisprudence en prononçant depuis

le 20 avril 2009 (n° 598533) un non-lieu à statuer dès lors que le demandeur d'asile est renvoyé, ce qui caractérise, selon elle, « un changement de circonstances qui rend recevable la question posée ». Le Conseil constitutionnel a néanmoins prononcé un non-lieu car si « tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective d'une interprétation jurisprudentielle constante » par la voie d'une QPC, cette jurisprudence de la CNDA ne peut toutefois être regardée comme « un changement de circonstances de nature à remettre en cause la constitutionnalité des dispositions contestées » dans la mesure où elle n'a pas été soumise au Conseil d'État. Il appartient à ce dernier, comme juge « placé au sommet de l'ordre juridictionnel administratif », de s'assurer que cette jurisprudence garantit le droit au recours effectif (déc. n° 2011-120 QPC du 8 avril 2011, *M. Ismaël A.*, cons. 8 et 9). La difficulté est donc renvoyée dans le camp du Conseil d'État dès lors qu'aura été portée en cassation une décision du CNDA prononçant un non-lieu à statuer suite au renvoi d'un demandeur d'asile privé de recours suspensif. À moins que d'ici là, la Cour européenne ne condamne la France pour violation de l'article 13 CEDH combiné à l'article 3 et ne désavoue donc les deux juridictions du Palais royal (Cour EDH, déc. 5^e section, 14 décembre 2010, *I.M. c. France*, req. n° 9152/09 : audience le 17 mai 2011)⁸⁴.

D'autres domaines pourraient être évoqués⁸⁵. Toutes ces illustrations font ressortir le même constat, déjà dressé par Paul Cassia devant la commission des lois constitutionnelles de l'Assemblée lors de l'examen de la loi organique : « il est regrettable que l'on ne trouve pas, dans les mesures d'application de l'article 61-1 de la Constitution, des dispositions comparables à celles de l'article 104 bis (procédure accélérée) ou 104 ter (procédure préjudicielle d'urgence) du règlement de procédure de la Cour de justice de l'Union européenne »⁸⁶.

La solution est donc connue. Pour assurer une protection effective des droits et libertés constitutionnels, il faudrait prévoir dans la loi 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. Pour les procédures accélérées, on

82. Voir la déclaration du président Costa concernant les demandes de mesures provisoires. La France constitue l'un des États les plus pourvoyeurs de mesures provisoires, surtout en droit d'asile. Les procédures de réadmissions « Dublin II » représentent à elles seules plus de 900 affaires devant la Cour.

83. Dans son commentaire de la déc. n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009, Marc Guillaume soulignait lui-même que cela « répond à l'évolution des méthodes appliquées par le Conseil constitutionnel depuis 1959 dans la rédaction de ses décisions sur les lois ordinaires. Le fait d'exiger [...] que ce dernier ait procédé à une telle déclaration de conformité "dans les motifs et le dispositif" de sa décision, a pour conséquence de dispenser les juridictions de prendre en compte cette évolution des méthodes » (*Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 28) et relevait par ailleurs : « [...] ce deuxième critère donnera lieu à une application qui impliquera quelques précisions de la part du Conseil constitutionnel. Celui-ci a en effet connu quatre périodes différentes dans la présentation [...]. [Il] devra rapprocher les termes de la loi organique et ses techniques de jugement passées [...] » (http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/QPC/qpc_mguillaume_19fev2010.pdf).

84. Voir « Asile en rétention : une audience décisive de la Cour de Strasbourg sur les procédures prioritaires et l'absence de recours suspensif CNDA », *ADL* du 17 mai 2011 par N. Hervieu (<http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2011/05/19>). Voir aussi CEDH, 5^e section, 30 juin 2011, *De Souza Ribeiro c. France*, n° 22689/07 ; *ADL* du 1^{er} juillet 2011 par N. Hervieu.

85. Voir, par exemple, pour le refus de transmission d'une QPC pour les décisions de sanction du CSA imposant à la chaîne la lecture d'un communiqué de presse pour rectifier les manquements aux obligations d'honnêteté et de rigueur dans le traitement de l'information en application de l'article 42-4 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 modifiée : CE, 18 juin 2010, *Sté Canal +*, n° 338344 : *La Semaine juridique* éd. G. 2011, p. 704, chron. S. Regourd.

86. Idée reprise dans son commentaire de l'ordonnance *Diakité*.

pourrait maintenir le « filtre » préalable du Conseil d'État et de la Cour de cassation mais les juridictions suprêmes devraient se prononcer dans un délai raccourci (un mois par exemple) par voie d'ordonnance ou en formation restreinte. Pour les procédures d'extrême urgence, le renvoi se ferait directement devant le Conseil constitutionnel. Il appartiendrait à son président, ou à un de ses délégués, d'accorder, ou de refuser, « sans délai » l'urgence. Puis, dans un bref délai (7 jours par exemple), le Conseil pourrait statuer sur la question dans une formation spéciale composée, par exemple, de trois membres du Conseil constitutionnel. Dans ces délais, la situation serait nécessairement gelée comme pour les mesures provisoires de la Cour de Strasbourg. Ainsi, par exemple, si un demandeur d'asile fait l'objet d'une procédure d'éloignement, il serait assigné à résidence. Pour une personne privée de liberté, le traitement en urgence de la QPC permettrait d'y mettre un terme rapidement.

Ces propositions ne sont pas utopiques. Les bilans récents sur les dix années de procédures d'urgence devant la juridiction administrative ont montré que les juges administratifs se sont convertis, plutôt avec « succès », à la « culture » de l'urgence⁸⁷. De même, le développement

des mesures provisoires devant la Cour européenne des Droits de l'homme⁸⁸ et, plus récemment, de la procédure de question préjudicielle en urgence devant la Cour de justice de l'Union européenne ont montré la nécessité d'instaurer de telles procédures devant les juridictions suprêmes pour préserver les situations individuelles⁸⁹. Évidemment, cela supposerait aussi un investissement encore plus grand des membres du Conseil constitutionnel – ce qui n'a guère de sens pour les membres de droit, les deux anciens présidents (qui ne siègent pas, ou plus, sur les audiences de QPC) – en confirmant le caractère de juridiction permanente du Conseil. Cela passe aussi par la réforme de la composition et du mode de nomination de ses membres afin que le Conseil constitutionnel puisse devenir pleinement une juridiction constitutionnelle⁹⁰.

L'introduction d'une procédure d'examen en urgence des QPC s'imposera nécessairement car c'est la condition *sine qua none* pour que la QPC devienne un vrai instrument au service d'une protection effective et efficace des droits et libertés fondamentaux ne souffrant plus la comparaison avec ceux des autres juridictions suprêmes. Reste à savoir combien de temps il va falloir attendre...

87. X. Domino et A. Bretonneau, « Dix ans d'urgences ». Voir aussi B. Stirn, « Juge des référés, un nouveau métier pour le juge administratif », in *Mélanges Labetoulle*, Paris, Dalloz, 2007, p. 795.

88. Suite à la décision : CEDH, 4 février 2005, *Mamatkulov et Askarov c. Turquie*, n° 46827/99 et 46951/99, Dalloz, 2003, étude 2277, obs. C. Birsan ; *Revue trimestrielle des Droits de l'homme*, 2003, p. 381, obs. J.-P. Marguénaud. Voir aussi l'affaire *Gebremedhin* qui a enclenché le processus en France : S. Slama, « Roissy-Paris via Strasbourg : les aléas de la protection juridictionnelle des demandeurs d'asile à la frontière », note sous CE, 11 août 2005. *L'Actualité juridique droit administratif*, n° 28, 14 novembre 2005, p. 2134.

89. Voir pour une belle illustration : N. Neumann das Neves, « Barrage de Belo Monte : le droit des indigènes suspendu à une mesure provisoire (Commission IADH, 1^{er} avril 2011, *Comunidades Indígenas da Bacia do Rio Xingu c. Brésil*) », *Combats pour les Droits de l'homme (CPDH)*, 21 avril 2011 (<http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2011/04/21>).

90. P. Wachsmann, « Sur la composition du Conseil constitutionnel », *Juspoliticum*, n° 5, *Mutation ou crépuscule des libertés ?*, mars 2011 (<http://www.juspoliticum.com/Sur-la-composition-du-Conseil.html>).