

**Institut de droit des affaires internationales**  
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne – Université du Caire

**DROIT ADMINISTRATIF – S2**  
**2023-2024**

Cours magistral de Béatrice GUILLAUMIN  
Maître de conférences

**FICHE 4 :**

**LES SOURCES INTERNATIONALES DU DROIT ADMINISTRATIF**

## I. La réception des conventions internationales dans l'ordre interne

**DOCUMENT 1 :** Conseil d'État, 18 décembre 1998, *SARL du Parc d'activité de Blotzheim*.

**DOCUMENT 2 :** Conseil d'État, 8 juillet 2002, *Commune de Porta*.

**DOCUMENT 3 :** Conseil d'État, 9 avril 1999, *Chevol-Benkeddach*.

**DOCUMENT 4 :** Conseil d'État, 9 juillet 2010, *Mme Chériet-Benséghir*.

**DOCUMENT 5 :** Conseil d'État, 11 avril 2012, *GISTI et FAPIL*.

## II. Le contrôle de conformité des traités internationaux

**DOCUMENT 6 :** Conseil d'État, 9 juillet 2010, *Fédération nationale de la libre pensée*.

**DOCUMENT 7 :** Conseil d'État, 23 décembre 2011, *M. Eduardo José Kandyrine de Brito Paiva*.

## III. Le contrôle de conventionnalité de la loi

**DOCUMENT 8 :** Conseil d'État, 20 octobre 1989, *Nicolo*.

**DOCUMENT 9 :** Conseil d'État, 31 mai 2016, *Gonzalez-Gomez*.

**DOCUMENT 10 :** Olga MAMOUDY, « Le contrôle concret de la conventionnalité de la loi : disparition tranquille au Conseil d'Etat », *AJDA*, 2023, p. 938.

## IV. Le dialogue avec la Cour européenne des droits de l'homme

**DOCUMENT 11 :** CE, 15 avril 2021, *Fédération Forestiers privés de France*.

**DOCUMENT 12 :** Marie-Christine DE MONTECLER, « Chasse : la CEDH renvoie la balle au Conseil d'État », *Dalloz Actualité*, 12 septembre 2022.

## Exercice

Dissertation : « le contrôle de conventionnalité des lois *in concreto* ».

## I. La réception des conventions internationales dans l'ordre interne

**DOCUMENT 1 :** Conseil d'État, 18 décembre 1998, *SARL du Parc d'activité de Blotzheim*.

[...]

Sur le moyen tiré de l'article 53 de la Constitution :

Considérant qu'aux termes de l'article 53 de la Constitution : "Les traités de paix, les traités de commerce, les traités ou accords relatifs à l'organisation internationale, ceux qui engagent les finances de l'Etat, ceux qui modifient des dispositions de nature législative, ceux qui sont relatifs à l'état des personnes, ceux qui comportent cession, échange ou adjonction de territoire, ne peuvent être ratifiés ou approuvés qu'en vertu d'une loi ..." ; qu'aux termes de l'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" ; qu'il résulte de la combinaison de ces dispositions que les traités ou accords relevant de l'article 53 de la Constitution et dont la ratification ou l'approbation est intervenue sans avoir été autorisée par la loi, ne peuvent être regardés comme régulièrement ratifiés ou approuvés au sens de l'article 55 précité ; qu'eu égard aux effets qui lui sont attachés en droit interne, la publication d'un traité ou accord relevant de l'article 53 de la Constitution ne peut intervenir légalement que si la ratification ou l'approbation de ce traité ou accord a été autorisée en vertu d'une loi ; qu'il appartient au juge administratif de se prononcer sur le bien-fondé d'un moyen soulevé devant lui et tiré de la méconnaissance, par l'acte de publication d'un traité ou accord, des dispositions de l'article 53 de la Constitution ; que, par suite, contrairement à ce que soutient, à titre principal, le ministre des affaires étrangères, le moyen tiré par les sociétés requérantes de ce que le décret attaqué serait illégal au motif que l'approbation de l'accord qu'il publie n'a pas été autorisée par la loi n'est pas inopérant ;

[...]

**DOCUMENT 2 :** Conseil d'État, 8 juillet 2002, *Commune de Porta*.

[...]

Considérant qu'aux termes de l'article 53 de la Constitution : "Les traités de paix, les traités de commerce, les traités ou accords relatifs à l'organisation internationale, ceux qui engagent les finances de l'Etat, ceux qui modifient des dispositions de nature législative, ceux qui sont relatifs à l'état des personnes, ceux qui comportent cession, échange ou adjonction de territoire, ne peuvent être ratifiés ou approuvés qu'en vertu d'une loi. / Ils ne prennent effet qu'après avoir été ratifiés ou approuvés. / Nulle cession, nul échange, nulle adjonction de territoire n'est valable sans le consentement des populations intéressées" ; qu'aux termes de l'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" ; que si, pour vérifier si un traité ou un accord peut être regardé comme régulièrement ratifié

ou approuvé, il appartient au juge administratif de se prononcer sur le bien-fondé d'un moyen soulevé devant lui et tiré de la méconnaissance, par l'acte de publication de cet engagement international, des dispositions de l'article 53 de la Constitution, il ne lui appartient pas, en revanche, dès lors que sa ratification ou son approbation a été autorisée en vertu d'une loi, de se prononcer sur le moyen tiré de ce que la loi autorisant cette ratification ou cette approbation serait contraire à la Constitution ;

[...]

**DOCUMENT 3** : Conseil d'État, 9 avril 1999, *Chevrol-Benkeddach*.

[...]

Sur la légalité interne :

En ce qui concerne le moyen tiré de l'article 5 de la déclaration gouvernementale du 19 mars 1962 relative à la coopération culturelle entre la France et l'Algérie : Considérant que, pour demander son inscription au tableau de l'Ordre des médecins, Mme Chevrol-Benkeddach, de nationalité française, s'est prévalu du diplôme de docteur en médecine que lui a délivré l'université d'Alger en 1969 en invoquant l'article 5 de la déclaration gouvernementale du 19 mars 1962 relative à la coopération culturelle entre la France et l'Algérie, aux termes duquel : "Les grades et diplômes d'enseignement délivrés en Algérie et en France, dans les mêmes conditions de programme, de scolarité et d'examen, sont valables de plein droit dans les deux pays" ;

Considérant qu'aux termes de l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958 : "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" ; qu'il n'appartient pas au juge administratif d'apprécier si et dans quelle mesure les conditions d'exécution par l'autre partie d'un traité ou d'un accord sont de nature à priver les stipulations de ce traité ou de cet accord de l'autorité qui leur est conférée par la Constitution ; que, par des observations produites le 2 novembre 1998, le ministre des affaires étrangères a fait savoir que les stipulations précitées de l'article 5 de la déclaration relative à la coopération culturelle entre la France et l'Algérie ne pouvaient être regardées comme ayant été en vigueur à la date de la décision attaquée dès lors que, à cette date, la condition de réciprocité posée à l'article 55 de la Constitution n'était pas remplie ; que, par suite, la requérante n'est pas fondée à invoquer ces stipulations ;

[...]

**DOCUMENT 4** : Conseil d'État, 9 juillet 2010, *Mme Chériet-Benséghir*.

[...]

Considérant, en troisième lieu, qu'aux termes de l'article L. 4111-1 du code de la santé publique : Nul ne peut exercer la profession de médecin, de chirurgien-dentiste ou de sage-femme s'il n'est : / 1° Titulaire d'un diplôme, certificat ou autre titre mentionné aux articles L. 4131-1, L. 4141-3 ou

L. 4151-5. ; que, pour rejeter la demande d'inscription au tableau de l'ordre des médecins présentée par Mme CHERIET-BENSEGHIR, de nationalité française, titulaire d'un diplôme de docteur en médecine délivré en 1997 par l'Institut national d'enseignement supérieur en sciences médicales d'Oran, le Conseil national de l'ordre des médecins s'est fondé, d'une part, sur le motif que ce diplôme n'était pas valable de plein droit en France sur le fondement de l'article 5 de la déclaration gouvernementale du 19 mars 1962 relative à la coopération culturelle entre la France et l'Algérie, faute d'application réciproque de cette déclaration par la partie algérienne, d'autre part, sur le motif que les attestations délivrées par le ministre chargé de l'enseignement supérieur relatives à la valeur scientifique du diplôme de Mme CHERIET-BENSEGHIR ne lui conféraient pas la qualité de l'un des diplômes mentionnés à l'article L. 4111-1 précité du code de la santé publique ;

Considérant qu'aux termes du 14<sup>e</sup> alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 : La République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international ; qu'au nombre de ces règles figure la règle pacta sunt servanda , qui implique que tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi ; qu'aux termes de l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958 : 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 ; qu'il appartient au juge administratif, lorsqu'est soulevé devant lui un moyen tiré de ce qu'une décision administrative a à tort, sur le fondement de la réserve énoncée à l'article 55, soit écarté l'application de stipulations d'un traité international, soit fait application de ces stipulations, de vérifier si la condition de réciprocité est ou non remplie ; qu'à cette fin, il lui revient, dans l'exercice des pouvoirs d'instruction qui sont les siens, après avoir recueilli les observations du ministre des affaires étrangères et, le cas échéant, celles de l'Etat en cause, de soumettre ces observations au débat contradictoire, afin d'apprécier si des éléments de droit et de fait suffisamment probants au vu de l'ensemble des résultats de l'instruction sont de nature à établir que la condition tenant à l'application du traité par l'autre partie est, ou non, remplie ;

Considérant qu'aux termes de l'article 5 de la déclaration gouvernementale du 19 mars 1962 relative à la coopération culturelle entre la France et l'Algérie : Les grades et diplômes d'enseignement délivrés en Algérie et en France, dans les mêmes conditions de programmes, de scolarité et d'examen, sont valables de plein droit dans les deux pays. / Des équivalences entre les grades et diplômes délivrés en Algérie et en France, dans des conditions différentes de programmes, de scolarité ou d'examens, seront établies par voie d'accords particuliers ; que si le premier alinéa de cet article, qui produit des effets directs à l'égard des particuliers, ouvre le droit, dans le cas où un diplôme de médecine algérien a été délivré dans les mêmes conditions de programme, de scolarité et d'examen que les diplômes de médecine français, à l'inscription au tableau de l'ordre des médecins en France dans les conditions prévues par l'article L. 4111-1 du code de la santé publique précité, ces stipulations ne créent aucune obligation, pour la France et l'Algérie, d'organiser des cursus identiques en termes de programme, de scolarité et d'examen ; que, par suite, la circonstance, avancée par l'administration et le Conseil national de l'ordre des médecins, selon laquelle, à compter de la fin des années mille neuf cent soixante, les conditions de programme, de scolarité et d'examen conduisant à la délivrance du diplôme de docteur en médecine auraient cessé d'être identiques dans les deux pays n'est pas de nature à établir que l'Algérie n'applique pas les stipulations précitées de la déclaration du 19 mars 1962 ; qu'il ne ressort ni des pièces du dossier, ni de l'audience d'instruction tenue par la quatrième sous-section de la section du contentieux du Conseil d'Etat, que des grades et diplômes d'enseignement de médecine délivrés en France dans les mêmes

conditions de programme, de scolarité et d'examen qu'en Algérie n'y auraient pas été regardés comme valables de plein droit ; que, dès lors, le Conseil national de l'ordre des médecins a commis une erreur de droit et une erreur d'appréciation en retenant que Mme CHERIET-BENSEGHIR ne pouvait, faute que la condition de réciprocité posée par l'article 55 de la Constitution soit remplie, se prévaloir des stipulations précitées de l'article 5 de la déclaration gouvernementale du 19 mars 1962 et en s'abstenant, par suite, d'examiner si le diplôme de Mme CHERIET-BENSEGHIR lui avait été délivré dans les mêmes conditions de programme, de scolarité et d'examen que celles existant en France ;

Considérant qu'il ne résulte pas de l'instruction que le Conseil national de l'ordre des médecins aurait pris la même décision s'il n'avait retenu que l'autre motif mentionné dans la décision attaquée ;

Considérant, toutefois, que l'administration peut faire valoir devant le juge de l'excès de pouvoir que la décision dont l'annulation est demandée est légalement justifiée par un motif, de droit ou de fait, autre que ceux initialement indiqués par la décision, mais également fondé sur la situation existant à la date de cette décision ; qu'il appartient alors au juge, après avoir mis à même l'auteur du recours de présenter ses observations sur la substitution ainsi sollicitée, de rechercher si un tel motif est de nature à fonder légalement la décision, puis d'apprécier s'il résulte de l'instruction que l'administration aurait pris la même décision si elle s'était fondée initialement sur ce motif ; que, dans l'affirmative, il peut procéder à la substitution demandée, sous réserve toutefois qu'elle ne prive pas le requérant d'une garantie procédurale liée au motif substitué ;

Considérant que, par un mémoire qui a été communiqué à Mme CHERIET-BENSEGHIR, le Conseil national de l'ordre des médecins soutient que sa décision était légalement justifiée par un autre motif que ceux indiqués par la décision attaquée, tiré de ce que les conditions de fond énoncées au premier alinéa de l'article 5 de la déclaration du 19 mars 1962 n'étaient pas réunies pour que Mme CHERIET-BENSEGHIR puisse se voir reconnaître la validité de plein droit de son diplôme ; qu'il résulte effectivement de l'instruction que les conditions de programme, de scolarité et d'examen dans lesquelles Mme CHERIET-BENSEGHIR a obtenu son diplôme de docteur en médecine délivré en 1997 par l'Institut national d'enseignement supérieur en sciences médicales d'Oran n'étaient pas identiques à celles qui étaient requises, à la date de la décision attaquée, pour l'obtention du même diplôme en France ; qu'il résulte de l'instruction que le Conseil national de l'ordre des médecins aurait pris la même décision s'il avait entendu initialement se fonder sur ce motif ; qu'il y a dès lors lieu de procéder à la substitution demandée ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que Mme CHERIET-BENSEGHIR n'est pas fondée à demander l'annulation de la décision attaquée ;

[...]

[...]

En ce qui concerne le moyen tiré de la méconnaissance du 1 de l'article 6 de la convention internationale du travail n° 97 du 1er juillet 1949 concernant les travailleurs migrants :

Considérant que les stipulations d'un traité ou d'un accord régulièrement introduit dans l'ordre juridique interne conformément à l'article 55 de la Constitution peuvent utilement être invoquées à l'appui d'une demande tendant à ce que soit annulé un acte administratif ou écartée l'application d'une loi ou d'un acte administratif incompatibles avec la norme juridique qu'elles contiennent, dès lors qu'elles créent des droits dont les particuliers peuvent directement se prévaloir ; que, sous réserve des cas où est en cause un traité pour lequel la Cour de justice de l'Union européenne dispose d'une compétence exclusive pour déterminer s'il est d'effet direct, une stipulation doit être reconnue d'effet direct par le juge administratif lorsque, eu égard à l'intention exprimée des parties et à l'économie générale du traité invoqué, ainsi qu'à son contenu et à ses termes, elle n'a pas pour objet exclusif de régir les relations entre Etats et ne requiert l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers ; que l'absence de tels effets ne saurait être déduite de la seule circonstance que la stipulation désigne les Etats parties comme sujets de l'obligation qu'elle définit ;

Considérant que l'article 6-1. de la convention internationale du travail n° 97 du 1er juillet 1949 concernant les travailleurs migrants, régulièrement ratifiée, et publiée par le décret du 4 août 1954, publié au Journal officiel de la République française du 7 août 1954, stipule que : " Tout Membre pour lequel la présente convention est en vigueur s'engage à appliquer, sans discrimination de nationalité, de race, de religion ni de sexe, aux immigrants qui se trouvent légalement dans les limites de son territoire, un traitement qui ne soit pas moins favorable que celui qu'il applique à ses propres ressortissants en ce qui concerne les matières suivantes: / a) dans la mesure où ces questions sont réglementées par la législation ou dépendent des autorités administratives : (...) / iii) le logement (...) / d) les actions en justice concernant les questions mentionnées dans la convention ; " que l'article 11 de la convention définit le travailleur migrant comme la personne qui émigre d'un pays vers un autre en vue d'occuper un emploi autrement que pour son propre compte ; que l'engagement d'appliquer aux travailleurs migrants un traitement qui ne soit pas moins favorable que celui appliqué aux ressortissants nationaux en matière de droit au logement et d'accès aux procédures juridictionnelles permettant de faire valoir ce droit ne saurait être interprété comme se bornant à régir les relations entre Etats et, ne requérant l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets, se suffit à lui-même ; que, par suite, les stipulations précitées peuvent utilement être invoquées à l'encontre du décret attaqué ; que celui-ci n'est pas compatible avec ces stipulations en tant, d'une part, qu'il subordonne le droit au logement opposable de certains travailleurs migrants au sens de cette convention à une condition de résidence préalable de deux ans sur le territoire national qui ne s'applique pas aux ressortissants nationaux, d'autre part, qu'il exclut de son champ d'application des titres de séjour susceptibles d'être attribués à des personnes pouvant avoir la qualité de travailleur migrant au sens de cette convention, tels que les travailleurs temporaires ou les salariés en mission ;

[...]

## II. Le contrôle de conformité des traités internationaux

**DOCUMENT 6** : Conseil d'État, 9 juillet 2010, *Fédération nationale de la libre pensée*.

[...]

En ce qui concerne le contrôle du Conseil d'État, statuant au contentieux :

Considérant qu'aux termes de l'article 53 de la Constitution : « Les traités de paix, les traités de commerce, les traités ou accords relatifs à l'organisation internationale, ceux qui engagent les finances de l'État, ceux qui modifient des dispositions de nature législative, ceux qui sont relatifs à l'état des personnes, ceux qui comportent cession, échange ou adjonction de territoire, ne peuvent être ratifiés ou approuvés qu'en vertu d'une loi./ Ils ne prennent effet qu'après avoir été ratifiés ou approuvés. (...) » ; que l'article 55 de la Constitution dispose : « 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. » ;

Considérant qu'il résulte de la combinaison de ces dispositions que les traités ou accords relevant de l'article 53 de la Constitution et dont la ratification ou l'approbation est intervenue sans avoir été autorisée par la loi ne peuvent être regardés comme régulièrement ratifiés ou approuvés au sens de l'article 55 précité ; qu'il appartient au Conseil d'État, statuant au contentieux, en cas de recours pour excès de pouvoir contre un décret publiant un traité ou un accord, de connaître de moyens tirés, d'une part, de vices propres à ce décret, d'autre part, de ce qu'en vertu de l'article 53 de la Constitution, la ratification ou l'approbation de l'engagement international en cause aurait dû être autorisée par la loi ; que constitue, au sens de cet article, un traité ou un accord « modifiant des dispositions de nature législative » un engagement international dont les stipulations touchent à des matières réservées à la loi par la Constitution ou énoncent des règles qui diffèrent de celles posées par des dispositions de forme législative ; qu'en revanche, il n'appartient pas au Conseil d'État, statuant au contentieux de se prononcer sur la conformité du traité ou de l'accord à la Constitution ; qu'il ne lui appartient pas davantage de se prononcer sur la conformité d'un traité ou d'un accord à d'autres engagements internationaux ;

[...]

**DOCUMENT 7** : Conseil d'État, 23 décembre 2011, *M. Eduardo José Kandyrine de Brito Paiva*.

[...]

Considérant que, lorsque le juge administratif est saisi d'un recours dirigé contre un acte portant publication d'un traité ou d'un accord international, il ne lui appartient pas de se prononcer sur la validité de ce traité ou de cet accord au regard d'autres engagements internationaux souscrits par la France ; qu'en revanche, sous réserve des cas où serait en cause l'ordre juridique intégré que constitue l'Union européenne, peut être utilement invoqué, à l'appui de conclusions dirigées contre une décision administrative qui fait application des stipulations inconditionnelles d'un traité ou d'un accord international, un moyen tiré de l'incompatibilité des stipulations, dont il a été fait



application par la décision en cause, avec celles d'un autre traité ou accord international ; qu'il incombe dans ce cas au juge administratif, après avoir vérifié que les stipulations de cet autre traité ou accord sont entrées en vigueur dans l'ordre juridique interne et sont invocables devant lui, de définir, conformément aux principes du droit coutumier relatifs à la combinaison entre elles des conventions internationales, les modalités d'application respectives des normes internationales en débat conformément à leurs stipulations, de manière à assurer leur conciliation, en les interprétant, le cas échéant, au regard des règles et principes à valeur constitutionnelle et des principes d'ordre public ; que dans l'hypothèse où, au terme de cet examen, il n'apparaît possible ni d'assurer la conciliation de ces stipulations entre elles, ni de déterminer lesquelles doivent dans le cas d'espèce être écartées, il appartient au juge administratif de faire application de la norme internationale dans le champ de laquelle la décision administrative contestée a entendu se placer et pour l'application de laquelle cette décision a été prise et d'écarter, en conséquence, le moyen tiré de son incompatibilité avec l'autre norme internationale invoquée, sans préjudice des conséquences qui pourraient en être tirées en matière d'engagement de la responsabilité de l'Etat tant dans l'ordre international que dans l'ordre interne ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'en écartant le moyen tiré de la contrariété avec la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de la condition de nationalité prévue par le décret du 3 juillet 1998 en application de l'accord du 27 mai 1997 présenté devant elle par M. Kandyrine de Brito Paiva, au seul motif qu'il n'appartient pas au juge administratif de se prononcer sur la validité des stipulations d'un engagement international au regard d'autres engagements internationaux souscrits par la France, sans rechercher, après s'être assuré que cette convention était entrée en vigueur dans l'ordre juridique interne et était invocable devant lui, s'il était possible de regarder comme conciliables les stipulations de cette convention et celles de l'accord susmentionné du 27 mai 1997, la cour administrative d'appel de Paris a commis une erreur de droit ; que, par suite, son arrêt du 18 octobre 2006 doit être annulé, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi ;

[...]

### III. Le contrôle de conventionnalité de la loi

**DOCUMENT 8 :** Conseil d'État, 20 octobre 1989, *Nicolo*.

Vu la requête, enregistrée le 27 juin 1989 au secrétariat du Contentieux du Conseil d'Etat, présentée par M. Raoul Georges Z..., demeurant ..., et tendant à l'annulation des opérations électorales qui se sont déroulées le 18 juin 1989 en vue de l'élection des représentants au Parlement européen,

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la Constitution, notamment son article 55 ;

Vu le Traité en date du 25 mars 1957, instituant la communauté économique européenne ; (...)

Considérant qu'aux termes de l'article 4 de la loi n° 77-729 du 7 juillet 1977 relative à l'élection des représentants à l'Assemblée des communautés européennes "le territoire de la République forme une circonscription unique" pour l'élection des représentants français au Parlement européen ; qu'en vertu de cette disposition législative, combinée avec celles des articles 2 et 72 de la Constitution du 4 octobre 1958, desquelles il résulte que les départements et territoires d'outre-mer font partie intégrante de la République française, lesdits départements et territoires sont nécessairement inclus dans la circonscription unique à l'intérieur de laquelle il est procédé à l'élection des représentants au Parlement européen ;

Considérant qu'aux termes de l'article 227-1 du traité en date du 25 mars 1957 instituant la Communauté Economique Européenne : "Le présent traité s'applique ... à la République française" ; que les règles ci-dessus rappelées, définies par la loi du 7 juillet 1977, ne sont pas incompatibles avec les stipulations claires de l'article 227-1 précité du traité de Rome ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les personnes ayant, en vertu des dispositions du chapitre 1er du titre 1er du livre 1er du code électoral, la qualité d'électeur dans les départements et territoires d'outre-mer ont aussi cette qualité pour l'élection des représentants au Parlement européen ; qu'elles sont également éligibles, en vertu des dispositions de l'article L.O. 127 du code électoral, rendu applicable à l'élection au Parlement européen par l'article 5 de la loi susvisée du 7 juillet 1977 ; que, par suite, M. Z... n'est fondé à soutenir ni que la participation des citoyens français des départements et territoires d'outre-mer à l'élection des représentants au Parlement européen, ni que la présence de certains d'entre-eux sur des listes de candidats auraient vicié ladite élection ; que, dès lors, sa requête doit être rejetée ;

[...]

**DOCUMENT 9** : Conseil d'État, 31 mai 2016, *Gonzalez-Gomez*.

[...]

Sur les circonstances de l'affaire et sur l'ordonnance attaquée :

3. Il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que M. B... a procédé à un dépôt de gamètes dans le centre d'étude et de conservation des oeufs et du sperme de l'hôpital Tenon, établissement qui relève de l'Assistance publique - Hôpitaux de Paris. M. B... est décédé le 9 juillet 2015. Sa veuve, Mme C...A..., a demandé que les gamètes de son époux, conservés dans cet hôpital, soient transférés en Espagne. Par une décision du 26 août 2015, le chef du service de biologie de la reproduction et centre d'études et de conservation des oeufs et du sperme à l'hôpital Tenon l'a informée du refus opposé par l'Agence de la biomédecine à cette demande. Mme C...A...a saisi de ce refus le juge des référés du tribunal administratif de Paris. Ce juge, statuant sur le fondement de l'article L. 522-3 du code de justice administrative, a rejeté comme manifestement mal fondée sa demande tendant à ce qu'il enjoigne à l'Agence de la biomédecine et à l'Assistance publique - Hôpitaux de Paris de prendre toutes mesures permettant un tel transfert. Mme C...A...se pourvoit en cassation contre l'ordonnance de ce juge.

4. Il résulte de ce qui a été dit au point 2 que le juge des référés du tribunal administratif de Paris a commis une erreur de droit en rejetant, sur le fondement de l'article L. 522-3 du code de justice administrative, la demande qui lui était présentée, au seul motif qu'il ne lui appartenait pas de se prononcer, eu égard à son office, sur l'existence d'une atteinte grave et manifestement illégale au droit au respect de la vie privée de la requérante, garanti par l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dès lors qu'une telle atteinte aurait été la conséquence nécessaire de la mise en oeuvre de dispositions législatives du code de la santé publique. Par conséquent, Mme C...A...est fondée, sans qu'il soit besoin d'examiner l'autre moyen de son pourvoi, à demander l'annulation de l'ordonnance qu'elle attaque.

5. Il y a lieu, dans les circonstances de la présente affaire, de régler en application des dispositions de l'article L. 821-2 du code de justice administrative le litige au titre de la procédure de référé engagée par Mme C...A....

Sur la demande présentée au juge des référés :

6. Aux termes de l'article L. 2141-2 du code de la santé publique : " L'assistance médicale à la procréation a pour objet de remédier à l'infertilité d'un couple ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité. Le caractère pathologique de l'infertilité doit être médicalement diagnostiqué. / L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer et consentir préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination. Font obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons le décès d'un des membres du couple, le dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou la cessation de la communauté de vie, ainsi que la révocation par écrit du consentement par l'homme ou la femme auprès du médecin chargé de mettre en oeuvre l'assistance médicale à la procréation. ". L'article L. 2141-11 de ce même code dispose : " Toute personne dont la prise en charge médicale est susceptible d'altérer la fertilité, ou dont la fertilité risque d'être prématurément altérée, peut bénéficier du recueil et de la conservation de ses gamètes ou de ses tissus germinaux, en vue de la réalisation ultérieure, à son bénéfice, d'une assistance médicale à la procréation, ou en vue de la préservation et de la restauration de sa fertilité. Ce recueil et cette conservation sont subordonnés au consentement de l'intéressé et, le cas échéant, de celui de l'un des titulaires de l'autorité parentale, ou du tuteur, lorsque l'intéressé, mineur ou majeur, fait l'objet d'une mesure de tutelle. / Les procédés biologiques utilisés pour la conservation des gamètes et des tissus germinaux sont inclus dans la liste prévue à l'article L. 2141-1, selon les conditions déterminées par cet article. ". Il résulte de ces dispositions qu'en principe, le dépôt et la conservation des gamètes ne peuvent être autorisés, en France, qu'en vue de la réalisation d'une assistance médicale à la procréation entrant dans les prévisions légales du code de la santé publique.

7. En outre, en vertu des dispositions de l'article L. 2141-11-1 de ce même code : " L'importation et l'exportation de gamètes ou de tissus germinaux issus du corps humain sont soumises à une autorisation délivrée par l'Agence de la biomédecine. / Seul un établissement, un organisme ou un laboratoire titulaire de l'autorisation prévue à l'article L. 2142-1 pour exercer une activité biologique d'assistance médicale à la procréation peut obtenir l'autorisation prévue au présent article. / Seuls les gamètes et les tissus germinaux recueillis et destinés à être utilisés conformément aux normes de qualité et de sécurité en vigueur, ainsi qu'aux principes mentionnés aux articles L. 1244-3, L. 1244-4, L. 2141-2, L. 2141-3, L. 2141-7 et L. 2141-11 du présent code et aux articles 16 à 16-8 du code civil, peuvent faire l'objet d'une autorisation d'importation ou d'exportation. / Toute violation des prescriptions fixées par l'autorisation d'importation ou d'exportation de gamètes ou de tissus

germinaux entraîne la suspension ou le retrait de cette autorisation par l'Agence de la biomédecine.  
".

8. Les dispositions mentionnées aux points 6 et 7 ne sont pas incompatibles avec les stipulations de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et, en particulier, de son article 8.

D'une part en effet, à la différence de la loi espagnole qui autorise l'utilisation des gamètes du mari, qui y a préalablement consenti, dans les douze mois suivant son décès pour réaliser une insémination au profit de sa veuve, l'article L. 24141-2 du code de la santé publique prohibe expressément une telle pratique. Cette interdiction relève de la marge d'appréciation dont chaque Etat dispose, dans sa juridiction, pour l'application de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et elle ne porte pas, par elle-même, une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale, tel qu'il est garanti par les stipulations de l'article 8 de cette convention.

D'autre part, l'article L. 2141-11-1 de ce même code interdit également que les gamètes déposés en France puissent faire l'objet d'une exportation, s'ils sont destinés à être utilisés, à l'étranger, à des fins qui sont prohibées sur le territoire national. Ces dernières dispositions, qui visent à faire obstacle à tout contournement des dispositions de l'article L. 2141-2, ne méconnaissent pas davantage par elles-mêmes les exigences nées de l'article 8 de cette convention.

9. Toutefois, 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.

10. Dans la présente affaire, il y a lieu pour le Conseil d'Etat statuant comme juge des référés, d'apprécier si la mise en œuvre de l'article L. 2141-11-1 du code de la santé publique n'a pas porté une atteinte manifestement excessive au droit au respect de la vie privée et familiale de Mme C...A..., garanti par l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

11. Il résulte de l'instruction que Mme C... A...et M. B...avaient formé, ensemble, le projet de donner naissance à un enfant. En raison de la grave maladie qui l'a touché, et dont le traitement risquait de le rendre stérile, M. B...a procédé, à titre préventif, à un dépôt de gamètes dans le centre d'étude et de conservation des œufs et du sperme de l'hôpital Tenon, afin que Mme C...A...et lui-même puissent, ultérieurement, bénéficier d'une assistance médicale à la procréation. Mais ce projet, tel qu'il avait été initialement conçu, n'a pu aboutir en raison de la détérioration brutale de l'état de santé de M. B..., qui a entraîné son décès le 9 juillet 2015. Il est, par ailleurs, établi que M. B... avait explicitement consenti à ce que son épouse puisse bénéficier d'une insémination artificielle avec ses gamètes, y compris à titre posthume en Espagne, pays d'origine de Mme C...A..., si les tentatives réalisées en France de son vivant s'avéraient infructueuses. Dans les mois qui ont précédé son décès, il n'était, toutefois, plus en mesure, en raison de l'évolution de sa pathologie, de procéder, à cette fin, à un autre dépôt de gamètes en Espagne. Ainsi, seuls les gamètes stockés en France dans le centre d'étude et de conservation des œufs et du sperme de l'hôpital Tenon sont susceptibles de permettre à Mme C...A..., qui réside désormais en Espagne, d'exercer la faculté, que lui ouvre la loi

espagnole de poursuivre le projet parental commun qu'elle avait formé, dans la durée et de manière réfléchie, avec son mari. Dans ces conditions et en l'absence de toute intention frauduleuse de la part de la requérante, dont l'installation en Espagne ne résulte pas de la recherche, par elle, de dispositions plus favorables à la réalisation de son projet que la loi française, mais de l'accomplissement de ce projet dans le pays où demeure sa famille qu'elle a rejointe, le refus qui lui a été opposé sur le fondement des dispositions précitées du code de la santé publique - lesquelles interdisent toute exportation de gamètes en vue d'une utilisation contraire aux règles du droit français - porte, eu égard à l'ensemble des circonstances de la présente affaire, une atteinte manifestement excessive à son droit au respect de la vie privée et familiale protégé par les stipulations de l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Il porte, ce faisant, une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale.

12. La loi espagnole n'autorise le recours à une insémination en vue d'une conception posthume que dans les douze mois suivant la mort du mari. Dès lors, la condition d'urgence particulière prévue par les dispositions de l'article L. 521-2 du code de justice administrative est remplie.

13. Il résulte de ce qui précède qu'il y a lieu d'enjoindre à l'Assistance publique - Hôpitaux de Paris et à l'Agence de la biomédecine de prendre toutes les mesures nécessaires afin de permettre l'exportation des gamètes de M. B...vers un établissement de santé espagnol autorisé à pratiquer les procréations médicalement assistées, dans un délai de sept jours à compter de la notification de la présente décision.

[...]

**DOCUMENT 10** : Olga MAMOUDY, « Le contrôle concret de la conventionnalité de la loi : disparition tranquille au Conseil d'Etat », *AJDA*, 2023, p. 938.

Si le contrôle concret de la conventionnalité de la loi a pu être qualifié de « révolution tranquille à la Cour de cassation » (P. Jestaz, J.-P. Marguénaud et C. Jamin, *D.* 2014. 2061), cette technique juridictionnelle semble plutôt vouée à une « disparition tranquille » qu'à un éclatant développement au Conseil d'Etat et, plus largement, devant l'ensemble des juridictions administratives. Alors même qu'on avait annoncé (pour le regretter ou pour s'en réjouir) une reconfiguration de l'office du juge de la conventionnalité de la loi, un dédoublement ou une mutation du contrôle de conventionnalité tel qu'il résultait de la vénérable jurisprudence *Nicolo* (CE, ass., 20 oct. 1989, n° 108243, Lebon ; *AJDA* 2014. 100, entretien M. Long ; *D.* 1990. 135, note P. Sabourin et 57, chron. R. Kovar ; *RFDA* 1990. 267, chron. D. Ruzié ; *Rev. crit. DIP* 1990. 125, concl. P. Frydman et 139, note P. Lagarde ; *RTD com.* 1990. 193, obs. C. Debbasch), le règne de la subjectivité du juge, le retour des jugements en équité, ou convoqué le spectre du gouvernement des juges (en ce sens, not., P. Delvolvé, *Droits subjectifs contre interdit législatif*, *RFDA* 2016. 754), il ne s'est, en pratique, presque rien passé. On ne nous a pas changé notre contrôle de conventionnalité. Dans l'ordre juridictionnel administratif, on serait même tenté de dire que le contrôle concret de la conventionnalité de la loi n'a existé que par et pour la décision *Gonzalez Gomez* (CE, ass., 31 mai 2016, n° 396848, Lebon avec les concl. ; *AJDA* 2016. 1398, chron. L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet ; *D.* 2016. 1472, note H. Fulchiron et 1477, note B. Haftel ; *RFDA* 2016. 740, concl. A.

Bretonneau et 754, note P. Delvolvé ; RTD civ. 2016. 578, obs. P. Deumier), en raison de circonstances tellement particulières qu'elles paraissent ne jamais pouvoir être remplies à nouveau.

Le contrôle concret de conventionnalité de la loi peut se définir comme le contrôle effectué par les juges ordinaires permettant de vérifier si, alors même qu'une loi est conforme à la convention européenne des droits de l'homme in abstracto, son application in concreto ne révèle pas une ingérence disproportionnée dans les droits garantis par cette convention. Ce contrôle a été consacré pour la première fois par la première chambre civile de la Cour de cassation, en droit de la famille, dans un arrêt du 4 décembre 2013 dans lequel elle a jugé que le prononcé de la nullité du mariage entre un beau-père et sa belle-fille, au moment du décès de l'époux, fondé sur l'article 161 du code civil, constituait, en l'espèce, une ingérence injustifiée dans les droits de la femme au respect de sa vie privée, dès lors que cette union, célébrée sans opposition, avait duré plus de vingt ans (Civ. 1re, 4 déc. 2013, n° 12-26.066, D. 2014. 179, obs. C. de la Cour, note F. Chénéde, 153, point de vue H. Fulchiron et 2017. 123, chron. V. Vigneau ; AJ fam. 2014. 2013. 663, point de vue F. Chénéde ; RTD civ. 2014. 88, obs. J. Hauser ; et 307, obs. J.-P. Marguénaud). Bien qu'il n'ait pas été entièrement nouveau pour le juge administratif (sur ce point, not., L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet, Contrôle de conventionnalité : in concreto veritas, AJDA 2016. 1398 ; M. Guyomar, Contrôle in concreto : beaucoup de bruit pour rien de nouveau, in Mélanges Frédéric Sudre, LexisNexis, 2018, p. 323), le Conseil d'Etat l'a toutefois reconnu de manière explicite, sous forme de principe, et en a fait une application positive (en jugeant la loi in conventionnelle in concreto) dans un litige où l'administration était en situation de compétence liée dans le célèbre arrêt Gonzalez Gomez à propos de l'exportation de gamètes en Espagne, à la demande d'une ressortissante espagnole, pour qu'y soit pratiquée une insémination artificielle post mortem - ce que prohibent les articles L. 2141-2 et L. 2141-11-1 du code de la santé publique (CSP).

Le contrôle concret de conventionnalité de la loi fait ainsi partie des techniques juridictionnelles communes à l'ordre juridictionnel judiciaire et administratif français, de ces outils intégrés à l'office du juge qui circulent d'une juridiction à l'autre, à l'image du contrôle abstrait de conventionnalité de la loi, du contrôle de la constitutionnalité de la loi par le biais de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC), ou encore, par exemple, de la technique de modulation dans le temps des effets des revirements de jurisprudence. Comme le relève Pascale Deumier, il s'agit bien d'un « contrôle de même nature » (P. Deumier, Contrôle concret de conventionnalité : l'esprit et la méthode, RTD civ. 2016. 578) qui permet au juge de vérifier la conventionnalité de l'application de la loi, dans le champ de la protection européenne des droits de l'homme, au regard des circonstances particulières de chaque litige qu'il est amené à trancher et de l'écartier, le cas échéant, en raison de son in conventionnalité concrète.

Sans qu'il soit ici question de reprendre l'ensemble de ce qui a déjà été dit sur le contrôle concret de la conventionnalité de la loi, ni d'étudier toute la jurisprudence en la matière, il est possible de tirer un certain nombre d'enseignements des premières années d'existence de ce nouveau contrôle devant les deux ordres de juridiction. On remarque, tout d'abord, des points communs et des différences entre la reconnaissance du contrôle abstrait et du contrôle concret de la conventionnalité de la loi qui renseignent sur les évolutions du rapport à la loi et à l'impératif de protection des droits fondamentaux du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation. Dans son application, le contrôle concret de la conventionnalité de la loi présente, ensuite, une indéniable singularité devant la juridiction administrative. A peine était-il reconnu que le Conseil d'Etat s'est

efforcé de le faire disparaître au moyen d'une politique jurisprudentielle de neutralisation, à la différence de la Cour de cassation.

## **I - Variations dans la reconnaissance des contrôles abstrait et concret de la loi**

En droit français, le contrôle de la conventionnalité de la loi doit beaucoup à la Cour de cassation. C'est incontestable pour le contrôle abstrait de la conventionnalité de la loi, car chacun sait que la Cour de cassation a immédiatement « répondu » à la décision IVG du Conseil constitutionnel (15 janv. 1975, n° 74-54 DC) en se reconnaissant, dès 1975 par sa décision Jacques Vabre (Cass., ch. mixte, 24 mai 1975, n° 73-13.556), le pouvoir de contrôler la conventionnalité de la loi et d'écarter son application au litige lorsqu'elle est jugée inconstitutionnelle. Chacun sait également qu'en raison de son rapport singulier à la norme législative (sur ce point, not., F. Brunet, La loi comme obstacle au jugement de légalité, in B. Defoort et B. Lavigne (dir.), Juger de la légalité administrative, LexisNexis, 2021, p. 127), il a fallu au Conseil d'Etat pas moins de quatorze années de plus qu'à la Cour de cassation pour accepter d'opérer un contrôle de sa conventionnalité dans la décision Nicolo.

Il en va de même pour le contrôle in concreto de la conventionnalité de la loi. L'audace et l'innovation dans le contrôle de la loi sont à nouveau venues de la Cour de cassation, plus particulièrement de la première chambre civile. Si la critique a parfois été virulente et si de nombreuses réserves ont pu être exprimées à l'égard de la jurisprudence de la Cour de cassation (not., F. Chénéde, Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ?, D. 2016. 796), elle a toutefois ouvert la voie pour le Conseil d'Etat qui, cette fois ci, n'a pas attendu quatorze ans mais seulement trois pour l'emprunter, à la faveur de l'espèce idoine que représentait l'affaire Gonzalez Gomez. Il a ainsi aligné sa jurisprudence sur celle de la Cour de cassation beaucoup plus rapidement qu'il ne l'avait fait pour le contrôle abstrait de la conventionnalité de la loi. Cela s'explique certainement par le fait que les réticences à contrôler la loi, encore très vives au Conseil d'Etat à la fin des années 1980 (sur ce point, P. Frydman, Il y a 30 ans, l'arrêt Nicolo : petite histoire d'un grand arrêt, in Conseil d'Etat, comité d'histoire du Conseil d'Etat et de la juridiction administrative, La Doc. fr., vol. 9, 2022, p. 99), ont été progressivement atténuées en raison de la constitutionnalisation (au moyen, notamment, de la QPC) et de l'euphémisation (parfois très intégrée, comme celle résultant du droit européen des droits de l'homme) croissantes de l'ordre juridique français. On notera toutefois, de manière assez significative, que la reconnaissance du contrôle concret de la loi par le Conseil d'Etat, opérée dans le cadre du référé-liberté (et restée largement cantonnée à ce contentieux, on le verra), a nécessité dans un premier temps d'abandonner à propos du référé-liberté la jurisprudence Carminati interdisant au juge du référé de contrôler la conventionnalité de la loi. Avant l'arrêt Gonzalez Gomez, il n'y avait en effet aucun contrôle de la conventionnalité de la loi possible en référé, ni concret, ni abstrait (CE 30 déc. 2002, n° 240430, Ministre de l'aménagement du territoire et de l'environnement c/ Carminati, Lebon ; AJDA 2003. 1065, note O. Le Bot, pour l'interdiction du contrôle de conventionnalité de la loi en référé-suspension ; CE, ord., 9 déc. 2005, n° 287777, Mme Allouache, Lebon ; AJDA 2005. 2374 et 2006. 1875, étude T.-X. Girardot, pour la même interdiction en référé-liberté). Ainsi, même au XXI<sup>e</sup> siècle, la déférence historique du Conseil d'Etat envers la norme législative, qui expliquait la permanence de l'écran législatif en référé, est un des facteurs permettant d'expliquer que la Cour de cassation ait pu, à nouveau, le devancer dans les évolutions majeures du contrôle de la loi.

A cet égard, la concurrence récente des ordres juridictionnels judiciaire et administratif dans la protection des droits a également conduit la Cour de cassation, qui a « connu une période de déclin en matière de garantie des droits et libertés » (J. Bonnet et M. Afroukh, *La Cour de cassation et les droits et libertés : la revanche*, RDLF 2022. Chron. 46), à s'engager la première dans la voie du contrôle concret de la loi. Et cette concurrence explique encore que, contrairement à ce qui s'était passé pour le contrôle abstrait de la conventionnalité de la loi, le Conseil d'Etat ait cette fois-ci rapidement aligné sa jurisprudence sur celle de la Cour de cassation. A l'heure où la juridiction judiciaire revendique son rôle exclusif dans la protection des droits et libertés fondamentaux (B. Louvel, *L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle ou des libertés individuelles ?*, allocution du 2 février 2016, en ligne sur le site de la Cour de cassation), la juridiction administrative ne pouvait rester trop longtemps sans consacrer le moyen d'écartier une loi conventionnelle emportant, dans les circonstances de l'espèce, une ingérence disproportionnée dans les droits garantis par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Derrière la reconnaissance du contrôle concret de la conventionnalité de la loi, il y avait donc un enjeu politique - tenant à une forme de compétition pour être considéré comme le meilleur juge pour la protection des droits fondamentaux - qui explique que le Conseil d'Etat ait beaucoup moins tardé à le reconnaître que le contrôle abstrait.

Cependant, avec sept années de recul, il apparaît que la reconnaissance du contrôle concret de la loi a été essentiellement symbolique pour le juge administratif et qu'il s'est efforcé de le neutraliser par différents moyens.

## **II - Neutralisations du contrôle concret devant les juridictions administratives**

Devant les juridictions administratives, le contrôle concret de la conventionnalité de la loi n'a guère connu l'avenir prometteur qu'on lui avait parfois prédit à la suite de l'arrêt Gonzalez Gomez. Sous couvert d'une consécration sous forme de considérants de principe qui semblaient voués à la postérité, il s'avère que ce contrôle était en réalité attaché aux circonstances extraordinaires de l'affaire qui l'a vu naître et qu'il n'avait pas vocation à se développer au-delà. Le Conseil d'Etat y a, en tous cas, scrupuleusement veillé depuis 2016, ce que plusieurs auteurs n'ont pas manqué de relever et de critiquer (X. Dupré de Boulois, *Contrôle de conventionnalité in concreto : à quoi joue le Conseil d'Etat ?*, RDLF 2018. Chron. 04 ; C. Roulhac, *Le contrôle de conventionnalité in concreto de la loi : nouvelles applications, nouvelles interrogations*, RDLF 2019. Chron. n° 51). A cet égard, deux éléments méritent de retenir l'attention : le contrôle est resté limité au référé-liberté, d'une part, et il n'a presque connu que des applications négatives, d'autre part.

### **A. Un contrôle propre au référé-liberté**

Depuis 2016, le Conseil d'Etat a veillé à ce que le contrôle concret de la loi reste propre au référé-liberté et à ce qu'il ne gagne pas l'ensemble du contentieux administratif. L'évolution jurisprudentielle de l'arrêt Gonzalez Gomez n'a ainsi pas entraîné d'autres évolutions majeures, concernant notamment le référé-suspension ou le contentieux de l'annulation. Pour ce faire, le Conseil d'Etat a usé de la technique radicale de l'inopérance des moyens tirés de l'inconventionnalité concrète de la loi. Ainsi, dans l'arrêt Molénat (CE 28 déc. 2017, n° 396571, Lebon ; AJDA 2018. 497, chron. S. Roussel et C. Nicolas), relatif à l'interdiction législative de communiquer toute donnée relative à un donneur de gamètes, rendu dans le cadre du contentieux de l'excès de pouvoir, il a jugé qu'aucune circonstance particulière propre à la situation d'un



demandeur ne permettrait jamais de faire constater l'inconventionnalité concrète des dispositions législatives relatives à l'anonymat du don de gamètes. Il a ainsi exclu, en tout état de cause, l'exercice d'un contrôle concret de la législation prévoyant l'anonymat absolu des donneurs de gamètes. De même, dans l'arrêt Société Edenred France (CE 4 déc. 2017, n° 379695), rendu dans le cadre d'un recours dit de plein contentieux objectif contre une pénalité fiscale, le Conseil d'Etat a jugé que le moyen tiré de ce que le montant de l'amende était, en l'espèce, disproportionné était inopérant car la disposition législative contestée avait précisément été jugée constitutionnelle et conventionnelle in abstracto en tant qu'elle limitait le contrôle du juge administratif sur les sanctions prononcées par l'administration. On a connu le juge administratif plus téméraire pour écarter des lois qui limitent son contrôle (sur ce point, les contributions de I. Michalis et de L. Janicot dans ce dossier).

Théoriquement, le moyen tiré de l'inconventionnalité concrète de la loi peut ainsi être soulevé dans n'importe quel type de contentieux. En pratique, il n'a cependant guère de chance d'être opérant que dans le cadre d'une procédure de référé-liberté. Certains tribunaux administratifs et cours administratives d'appel se sont toutefois montrés plus favorables à l'extension du contrôle concret de la loi hors référé-liberté. On trouve en effet dans la jurisprudence des juridictions du fond des exemples de contrôle concret opéré (sans que le moyen soit nécessairement jugé comme fondé) en contentieux de l'excès de pouvoir (par ex., pour des demandes d'annulation de décisions refusant de faire droit à des demandes d'autorisation d'exporter les gamètes de conjoints décédés, TA Paris, 21 déc. 2018, n° 1806605/6-1 ; TA Marseille, 2 mai 2022, n° 2004099) et en contentieux fiscal (TA Paris, 22 déc. 2020, n° 1906666/2-2 ; TA Paris, 30 déc. 2020, n° 1902153/2-2, pour des demandes de remboursement ou de réduction de cotisations d'impôt sur le revenu et autre prélèvement) sans qu'il soit fait usage de la technique de l'inopérance. Cependant, la ligne jurisprudentielle dominante, dictée par le Conseil d'Etat, est clairement au cantonnement du contrôle concret au référé-liberté. Cela peut se justifier en raison de l'office particulier de ce juge qui, selon les termes mêmes du Conseil d'Etat, pour la première fois utilisés dans l'arrêt Gonzalez Gomez, consiste « à assurer la sauvegarde des libertés fondamentales ». Cela peut également se justifier par le fait que, comme le souligne Matthias Guyomar, « le juge du référé-liberté est le juge d'une situation litigieuse. Par nature, son contrôle s'exerce in concreto à l'occasion de l'application d'une règle, ou du refus de l'appliquer, à une situation particulière » (M. Guyomar, Référé-liberté et contrôle de conventionnalité de la loi : nouveau mode d'emploi, Gaz. Pal. 2016, n° 28, p. 29).

L'inopérance comme technique de neutralisation du contrôle concret suscite des interrogations en ce qu'elle revient pour le juge à énoncer que jamais aucune circonstance particulière ne pourra le conduire à reconnaître l'inconventionnalité concrète de telle ou telle disposition législative. Or, le contrôle concret de la loi est précisément fondé sur l'idée selon laquelle la loi ne peut prévoir toutes les situations dans lesquelles elle sera amenée à s'appliquer. Et le juge, pas davantage que le législateur, ne devrait pouvoir considérer qu'il est en mesure d'embrasser l'ensemble des situations pouvant se présenter à lui. Cette technique revient également, de manière insondable, à hiérarchiser les interdits législatifs entre eux. Certains interdits semblent ainsi plus importants que d'autres (à l'image de l'interdiction de divulguer toute information sur les données personnelles d'un donneur de gamètes) aux yeux du juge administratif, au point qu'ils doivent rester, en toute hypothèse, indérogeables.

Cette forme de neutralisation radicale du contrôle concret de conventionnalité est également observable dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Si cette dernière s'est pleinement saisie du contrôle consacré en 2013 par la première chambre civile et en a fait de nombreuses applications

(sur ce point, not., J.-P. Marguénaud, L'exercice par la Cour de cassation d'un contrôle concret de conventionnalité, RDLF 25), elle a toutefois, par un raisonnement proche de celui du Conseil d'Etat, exclu ce type de contrôle dans certains contentieux. Il en va ainsi de ceux relatifs à l'empiètement, dans lesquels la troisième chambre civile de la Cour de cassation a refusé d'opérer un contrôle concret de la conventionnalité des articles 544 et 545 du code civil qui protègent le droit de propriété. Elle juge en effet que « tout propriétaire est en droit d'obtenir la démolition d'un ouvrage empiétant sur son fonds, sans que son action puisse donner lieu à faute ou à abus que l'auteur de l'empiètement n'est pas fondé à invoquer les dispositions de l'article 1er du protocole additionnel n° 1 à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dès lors que l'ouvrage qu'il a construit méconnaît le droit au respect des biens de la victime de l'empiètement ». Elle estime que l'auteur de l'empiètement n'est pas davantage fondé à invoquer l'article 8 de la convention EDH (droit au respect du domicile) dans la mesure où « l'expulsion et la démolition étant les seules mesures de nature à permettre au propriétaire de recouvrer la plénitude de son droit sur le bien, l'ingérence qui en résulte ne saurait être disproportionnée eu égard à la gravité de l'atteinte portée au droit de propriété » (Civ. 3e, 17 mai 2018, n° 16-15.792, D. 2018. 1071 ; AJDI 2019. 73, obs. F. Cohet ; RDI 2018. 446, obs. J.-L. Bergel ; RTD civ. 2018. 708, obs. W. Dross). La protection législative du droit de propriété de la victime de l'empiètement l'emporte ainsi, en tout état de cause, sur la protection conventionnelle de l'auteur de l'empiètement. En revanche, lorsque le droit de propriété n'est pas en cause, la troisième chambre civile de la Cour de cassation accepte de procéder au contrôle concret des dispositions législatives qui prévoient la démolition de biens privés pour des motifs tirés de la violation de règles issues du droit de l'urbanisme ou du droit de l'environnement (not., Civ. 3e, 16 janv. 2020, n° 19-10.375, AJDA 2020. 143 ; D. 2020. 82 ; RDI 2020. 150, obs. P. Soler-Couteaux et 377, obs. J.-L. Bergel ; RTD civ. 2020. 428, obs. W. Dross). Comme devant le Conseil d'Etat, il résulte de ce maniement du contrôle concret de conventionnalité de la loi une hiérarchisation inexplicée et juridiquement injustifiable des droits, les ingérences dans le droit au respect des biens ou le droit au respect du domicile ne pouvant jamais être considérées comme disproportionnées lorsqu'elles protègent le droit de propriété d'un empiètement ou d'une occupation illégale là où elles peuvent l'être quand elles protègent d'autres règles, jugées moins importantes.

La chambre sociale de la Cour de cassation a également refusé, par deux arrêts du 11 mai 2022, de procéder à un contrôle concret de la conventionnalité de l'application du « barème Macron » codifié à l'article L. 1235-3 du code du travail (Soc. 11 mai 2022, n° 21-15.247 et n° 21-14.490, AJDA 2022. 1001, tribune F. Melleray ; D. 2022. 2275, note T. Sachs, 1088, entretien P. Lokiec et 1280, obs. S. Vernac et Y. Ferkane ; JA 2022, n° 661, p. 11, obs. D. Castel ; Dr. soc. 2022. 473, tribune C. Radé ; RTD civ. 2022. 575, obs. P. Deumier et 861, obs. F. Marchadier). Pour faire échec à un contrôle in concreto en matière d'indemnité de licenciement, qui s'était développé devant les juridictions du fond, la Cour de cassation s'est réfugiée derrière plusieurs arguments qui figurent dans la note explicative qu'elle a elle-même rédigée relative aux deux arrêts précités. Elle a considéré, d'une part, qu'« un contrôle de conventionnalité in concreto en matière d'indemnité de licenciement pourrait laisser la place, selon les cas d'espèce, à une très grande variété de solutions que la chambre sociale ne pourrait que difficilement contrôler, compromettant ainsi le principe de sécurité juridique et venant heurter directement la volonté du législateur lequel, par l'instauration d'un barème impératif, a précisément entendu offrir une plus grande prévisibilité aux employeurs et aux salariés. Le risque aurait été grand de substituer au barème du législateur un barème du juge en fonction de motifs inhérents à la personne du salarié, sans en revêtir la même légitimité ». Elle a, d'autre part, justifié ses arrêts en arguant du fait que le contrôle concret de la loi serait un instrument lié au système de

protection des droits fondamentaux assuré par la convention EDH et qu'il n'a pas vocation à être étendu à l'ensemble du droit international, en particulier pas à celui issu des conventions de l'OIT. Dans la mesure où ce contrôle « heurte la conception française d'une norme générale et abstraite, adoptée par le pouvoir législatif et s'imposant à tous », son champ d'application devrait rester limité à celui de la convention EDH.

Ces deux arguments apparaissent toutefois faibles juridiquement. Le premier, dans sa généralité, pourrait condamner, comme l'a souligné Fabrice Melleray, « toute mise en oeuvre d'un contrôle in concreto, technique attentatoire par nature à la sécurité juridique (entendue comme désignant la prévisibilité de la norme applicable) et au principe d'égalité » (Vertige du contrôle de conventionnalité, AJDA 2022. 1001). Le second, tenant à l'impossibilité d'étendre le contrôle concret hors convention EDH, ne paraît pas davantage fondé juridiquement car on ne voit pas ce qui justifie de mieux protéger certains droits garantis par des conventions internationales plutôt que d'autres. Il a par ailleurs déjà été démontré que le contrôle concret de la conventionnalité de la loi n'était pas un contrôle dicté par la convention EDH (en ce sens, M. Afroukh, Le contrôle de conventionnalité in concreto est-il vraiment « dicté » par la Convention européenne des droits de l'homme ?, RDLF 2019. Chron.). L'exclusion du contrôle concret semble ici davantage liée à des considérations de pure opportunité tenant au nombre de contentieux susceptibles de résulter de son application en matière d'indemnité de licenciement. Pour éviter un contentieux de masse, la chambre sociale de la Cour de cassation a donc radicalement fermé la voie du contrôle concret du barème Macron.

Au-delà de ces exemples sectoriels d'exclusion du contrôle concret de la loi, il reste que la Cour de cassation et les juridictions judiciaires procèdent à des applications positives du contrôle concret de la loi (la Cour de cassation veille à ce que ce contrôle ne soit pas exclu dans certains domaines et le rappelle, le cas échéant, aux cours d'appel ; sur ce point, not., E. Rubi-Cavagna, Décrochage de portraits du Président de la République - Leçons aux cours d'appel sur le contrôle concret de conventionnalité, RSC 2022. 445), là où la jurisprudence Gonzalez Gomez a connu, depuis 2016, des applications majoritairement négatives.

## **B. Des applications majoritairement négatives de la jurisprudence Gonzalez Gomez**

Le Conseil d'Etat a freiné le développement du contrôle concret de la conventionnalité de la loi en ne procédant, lorsque le moyen tiré de l'inconventionnalité concrète de la loi n'est pas jugé inopérant, qu'à des applications « négatives » de la jurisprudence Gonzalez Gomez. Cette ligne jurisprudentielle a été rapidement appliquée par les juridictions du fond. On trouve certes quelques exemples d'applications positives de contrôle concret dans la jurisprudence des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel. Cependant, ces applications restent très rares et quand elles font l'objet d'un recours, elles sont annulées ou cassées de manière systématique (du moins pour les exemples que nous avons pu trouver, not. CE 17 avr. 2019, n° 420468 et n° 420469, Lebon ; AJDA 2019. 901). A l'inverse, le Conseil d'Etat confirme toujours les décisions par lesquelles les juridictions du fond n'ont reconnu aucune inconventionnalité concrète de la loi.

Si l'on excepte quelques cas particuliers (en matière fiscale notamment), le contrôle concret trouve son terrain d'élection dans le domaine de la bioéthique. Lorsque le contrôle n'est pas inopérant, les requérants s'en sont saisis (avec le succès tout relatif que l'on connaît) pour obtenir l'exportation de gamètes à des fins d'insémination post-mortem ou afin de bénéficier d'une assistance médicale

à la procréation au-delà de la limite d'âge fixée par le droit français, que ce soit pour les hommes ou pour les femmes.

Concernant les demandes d'exportation à des fins d'insémination post-mortem, exception faite du cas de Mme Gonzalez Gomez, le Conseil d'Etat a systématiquement rejeté les moyens tirés de l'inconventionnalité concrète de la loi (CE 13 juin 2018, n° 421333, AJDA 2018. 2278 ; CE 28 févr. 2020, n° 438854 ; CE 28 févr. 2020, n° 438852, D. 2020. 735, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat). Cela s'explique par une différence entre Mme Gonzalez Gomez et les autres requérantes qui demandaient pourtant exactement la même chose au juge administratif. Contrairement à cette dernière, aucune n'avait la nationalité du pays où elles entendaient que soit autorisé le transfert des gamètes de leur défunt conjoint en vue d'une insémination post-mortem. Avec le recul, il apparaît donc que la circonstance particulière de l'arrêt Gonzalez Gomez résultait de la nationalité espagnole de la requérante et du lien particulier qu'elle avait avec l'Espagne. Et ce même si le dossier n'impliquait pas la mise en oeuvre de principes de droit international privé comme certains l'avaient un temps envisagé. Les juridictions du fond l'ont rapidement intégré. Il en résulte qu'aucune autre circonstance, aussi tragique soit-elle, ne permet en effet d'obtenir l'autorisation d'exporter à l'étranger des gamètes d'un conjoint décédé pour une insémination post-mortem : ni le fait que les gamètes du défunt soient déplacés vers un établissement médical étranger conformément à un projet parental auquel celui-ci avait consenti de son vivant (TA Marseille, 2 mai 2022, n° 2004099 ; TA Paris, 31 janv. 2022, n° 2202069/9 ; TA Rennes, 20 déc. 2019, n° 1906270, AJ fam. 2020. 88, obs. A. Dionisi-Peyrusse) ; ni le fait que le conjoint soit mort tragiquement dans un accident de voiture alors même qu'un projet de procréation médicalement assistée était en cours (TA Montreuil, 18 mai 2018, n° 1804526) ; ni la perte in utero d'un enfant conçu antérieurement au décès du conjoint dans le cadre d'une procréation médicalement assistée (TA Rennes, 13 févr. 2020, n° 2000642).

On note une exception, qui s'explique très certainement par le fait que le jugement a été rendu très peu de temps après l'arrêt Gonzalez Gomez, (TA Rennes, 11 oct. 2016, n° 1604451, D. 2016. 2392, entretien B. Haftel ; RTD civ. 2017. 114, obs. J. Hauser, mentionné par J. Prévost-Gella, Contrôle abstrait et contrôle concret : les juges confrontés à l'application de la jurisprudence Gonzalez-Gomez, RFDA 2017. 855), pour le cas d'une requérante ayant perdu in utero un enfant conçu dans le cadre d'une procréation médicalement assistée avant le décès de son conjoint. Cependant, le tribunal administratif de Rennes juge désormais que, même dans de telles circonstances, l'interdiction d'exporter des gamètes en vue d'une insémination post-mortem ne constitue pas une ingérence disproportionnée dans le droit au respect de la vie privée et familiale de la requérante (TA Rennes, 13 févr. 2020, n° 2000642, confirmé par CE 28 févr. 2020, n° 438854). Si les requérants n'établissent aucun lien particulier avec le pays où l'exportation est demandée (et il semble difficile d'établir un tel lien en ayant la nationalité française), les juridictions administratives en déduisent que leur démarche vise à contourner l'interdit législatif français pour se soumettre à une législation plus favorable et rejettent systématiquement le moyen tiré de l'inconventionnalité concrète des articles L. 2141-2 et L. 2141-11-1 du CSP.

Concernant les demandes d'exportation de gamètes afin de bénéficier d'une assistance médicale à la procréation au-delà de la limite d'âge fixée par le droit français, on ne trouve aucune application positive de la jurisprudence Gonzalez Gomez. Que ce soit lorsqu'une femme a dépassé cette limite d'âge (fixée par les textes à quarante-cinq ans) ou lorsqu'un homme n'est plus « en âge de procréer » (soit un âge fixé à cinquante-neuf ans par le Conseil d'Etat), l'exportation des gamètes n'a jamais

été autorisée sur le fondement d'un contrôle concret de la loi (pour les hommes, CE 17 avr. 2019, nos 420468 et 420469, préc., et pour les femmes, CE 27 oct. 2022, nos 467726 et 467726, AJ fam. 2022. 569, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; RTD civ. 2023. 80, obs. A.-M. Leroyer). Dans des cas où les requérants ne peuvent établir aucun lien particulier avec le pays où est demandée l'exportation, aucune autre circonstance, tenant, par exemple, au fait qu'une femme n'ait pu mener son projet d'avoir un enfant avant de dépasser la limite d'âge en raison d'une grave maladie, ne permet de déroger à l'interdit législatif d'exportation des gamètes (CE 27 oct. 2022, n° 467727, préc.). Le lien avec le pays vers lequel l'exportation est demandée semble donc être devenu, au fil de la jurisprudence, une condition nécessaire à la reconnaissance de l'inconventionnalité concrète des interdictions législatives portant sur l'exportation des gamètes. Les juridictions administratives sont ainsi bien loin de l'approche purement factuelle du contrôle in concreto qui, en tant que telle, impose de se prévaloir de toute forme d'automatisme dans l'examen des situations en litige.

Fort de sa réserve traditionnelle à l'égard de la loi et de sa tendance marquée à la protection de la sécurité juridique, le Conseil d'Etat n'a donc procédé à aucune révolution du contrôle de la conventionnalité de la loi par son spectaculaire arrêt Gonzalez Gomez dont il est fort probable, à terme, qu'il ne reste que l'abandon de la jurisprudence Carminati et le souvenir du destin tragique d'une femme et de son défunt mari.

#### IV. Le dialogue avec la Cour européenne des droits de l'homme

**DOCUMENT 11** : CE, 15 avril 2021, *Fédération Forestiers privés de France*.

[...]

11. Selon l'article 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : " La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. " Aux termes de l'article 1er du premier protocole additionnel à cette convention : " Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. / (...) ". Il en résulte, selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme que, en principe, une distinction entre des personnes placées dans une situation analogue est discriminatoire, au sens de ces stipulations, si elle n'est pas assortie de justifications objectives et raisonnables, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un objectif d'utilité publique ou si elle n'est pas fondée sur des critères objectifs et rationnels en rapport avec les buts de la loi.

12. Selon l'article 1er du protocole n° 16 à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signé à Strasbourg le 2 octobre 2013 : " 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. / La juridiction qui procède à la demande ne peut solliciter un avis consultatif que dans le cadre d'une affaire pendante devant elle. / La juridiction qui procède à la demande motive sa demande d'avis et produit les éléments pertinents du contexte juridique et factuel de l'affaire pendante. " Par déclaration faite conformément à l'article 10 de ce protocole, le Gouvernement français a indiqué que les juridictions désignées aux fins de l'article 1er du protocole sont le Conseil constitutionnel, le Conseil d'Etat et la Cour de cassation.

[...]

17. Il y a lieu, par suite, de formuler une demande d'avis consultatif à la Cour européenne des droits de l'homme en application du protocole n° 16 à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et, jusqu'à ce que celle-ci se soit prononcée, de surseoir à statuer sur les conclusions de la fédération Forestiers privés de France tendant à l'annulation du décret du 23 décembre 2019 en ce qu'il ne modifie pas les dispositions de l'article R. 422-53 du code de l'environnement relatif au retrait de fonds du territoire d'une association communale de chasse agréée.

[...]

**DOCUMENT 12 :** Marie-Christine DE MONTECLER, « Chasse : la CEDH renvoie la balle au Conseil d'État », *Dalloz Actualité*, 12 septembre 2022.

La Cour européenne des droits de l'homme a rendu, le 13 juillet, l'avis consultatif que lui avait demandé le Conseil d'État, à propos de la compatibilité avec l'article 14 de la convention, combiné avec l'article 1er du premier protocole additionnel (1P1) des modifications apportées à l'article L. 422-18 du code de l'environnement par la loi du 24 juillet 2019 (CE 15 avr. 2021, n° 439036, Forestiers privés de France, Lebon ; AJDA 2021. 831 ; JA 2022, n° 652, p. 33, étude S. Damarey ; RFDA 2021. 721, note C. Morio).

La disposition litigieuse vise à interdire aux propriétaires de terrains de se regrouper en association après la création d'une Association communale de chasse agréée (ACCA), afin de se retirer de celle-ci. Elle a été adoptée en réaction à un revirement de jurisprudence du Conseil d'État permettant un tel retrait (CE, sect., 5 oct. 2018, n° 407715, Association Saint-Hubert, Lebon ; AJDA 2018. 1937 ; ibid. 2181, chron. C. Nicolas et Y. Faure ; RFDA 2018. 1121, concl. L. Dutheillet de Lamothe). Postérieurement à la demande d'avis, la disposition a été déclarée conforme à la Constitution (Cons. const. 4 nov. 2021, n° 2021-944 QPC, Association de chasse des propriétaires libres, AJDA 2021. 2245).

Tout en nuances, l'avis de la CEDH laisse au Conseil d'État une large marge d'appréciation. C'est ainsi à la Haute juridiction française qu'il appartiendra d'apprécier si la différence de traitement créée par la loi entre les associations privées de propriétaires selon qu'elles ont été créées avant ou après l'ACCA peut relever du champ d'application de l'article 14 combiné avec l'article 1P1. La Cour estime pour sa part qu'une telle différence de traitement « ne saurait a priori être exclue du champ d'application » de ces stipulations. Pour déterminer si les deux catégories d'associations sont placées dans des situations « analogues ou comparables » au sens des mêmes stipulations, les juges

de Strasbourg invitent ceux du Palais-Royal à rechercher si les deux catégories d'associations, « quoique placées dans des situations apparemment différentes, ne présentent pas [...] des similitudes dont l'importance serait prédominante par rapport aux différences, comme par exemple le fait que les propriétaires fonciers qui les composent et qui pratiquent eux-mêmes la chasse mettent en commun leurs terrains au profit d'une association (une association communale ou une association de propriétaires), permettant ainsi aux autres membres de cette association de pratiquer la chasse sur leur terrain. »

Dans le cas où le Conseil d'État aboutirait à la conclusion qu'il y a une différence de traitement, il devrait rechercher, pour déterminer si elle est compatible avec la convention si, d'abord, le législateur poursuivait un ou plusieurs « buts légitimes ». À cet égard, la CEDH rappelle qu'elle a elle-même jugé à plusieurs reprises qu'il était dans l'intérêt général de favoriser une gestion rationnelle du patrimoine cynégétique. Le deuxième critère est l'exigence de légalité. Or, « force est de constater qu'au moment de l'entrée en vigueur de la loi du 24 juillet 2019, la procédure judiciaire qui a donné lieu à la présente demande d'avis consultatif n'avait pas encore débuté ». Enfin, le Conseil d'État devra déterminer s'il existe un « rapport raisonnable de proportionnalité » entre les moyens employés et les buts légitimes visés. En l'espèce, les propriétaires concernés ne sont pas privés de leurs biens. L'usage de ceux-ci est seulement réglementé. La Cour rappelle qu'elle « a généralement constaté la non-violation de l'article 1 du Protocole n° 1, pris seul ou combiné avec l'article 14, lorsqu'elle a eu à connaître de mesures s'analysant en une « réglementation de l'usage des biens », au sens du second alinéa de l'article 1 du Protocole n° 1. »