

# **L'effet immédiat contentieux des inconstitutionnalités prononcées *a posteriori* : de la consécration à l'abandon d'un principe contestable**

## **I) La consécration d'un principe substantiellement contestable**

### **A) La consécration d'un véritable principe**

- 1) *Une mise en place progressive*
- 2) *Une consécration explicite*

### **B) Un principe véritablement contestable**

- 1) *Une atteinte à l'égalité entre les justiciables*
- 2) *Un obstacle à l'effectivité des exigences constitutionnelles*

## **II) L'abandon formellement contestable du principe consacré**

### **A) L'abandon inavoué du principe consacré**

- 1) *La recherche d'une application du principe consacré*
- 2) *L'interrogation sur l'utilité de la consécration d'un principe*

### **B) La substitution inavouée d'un nouveau principe**

- 1) *La substitution en pratique d'un autre principe*
- 2) *Une substitution toujours à consacrer*

Olivier BONNEFOY  
*ATER à l'Université de Bordeaux*  
*Membre du CERCCLÉ-GRECCAP*

## Abréviations

Actualité Juridique, Droit Administratif	A.J.D.A.
Annuaire International de Justice Constitutionnelle	A.I.J.C.
Assemblée	Ass.
Conseil constitutionnel	C.C.
Conseil d'Etat	C.E.
Considérant	Cons.
Journal officiel de la République française	J.O.
Recueil des décisions du Conseil constitutionnel	Rec. C.C.
Revue du Droit Public et de la science politique en France et à l'étranger	R.D.P.
Revue Française de Droit Administratif	R.F.D.A.
Revue Française de Droit Constitutionnel	R.F.D.C.
Sous-sections	ss.-sec.

L'instauration d'un contrôle de constitutionnalité des lois opéré *a posteriori* pose nécessairement la question de l'effet qu'il convient de conférer aux décisions de censure rendues par la juridiction constitutionnelle. Les normes législatives invalidées doivent bien évidemment disparaître de l'ordre juridique, et ce en principe à compter du prononcé de leur inconstitutionnalité<sup>1</sup>, mais la difficulté relative au sort à réserver aux effets qu'elles ont pu produire par le passé demeure entière. L'exigence de légalité et de régularité des normes juridiques pousse en principe à ce que soit remise en cause l'intégralité des effets que la disposition censurée a pu produire lors de son application. Une telle solution apparaît en revanche excessive lorsque l'on étudie la question sous le prisme des exigences de la sécurité juridique ; exigences qui tendent à préférer une abrogation uniquement *pro futuro* des dispositions invalidées. Le choix entre annulation, effet *ex tunc* ou pleinement rétroactif avec remise en question des effets passés du texte censuré, et abrogation, effet *ex nunc* ne valent que pour l'avenir avec maintien de l'ensemble de ces effets, n'emporte donc pas de « solution miracle » permettant de résoudre *a priori* une telle opposition.

Au regard des droits étrangers un premier idéaltype se dessine autour de décisions conduisant à l'annulation pure et simple de la norme déclarée inconstitutionnelle. Il s'agit ici d'une application absolue de la logique de la hiérarchie des normes puisqu'un texte contraire à une disposition supérieure ne saurait produire le moindre effet juridique en raison de son irrégularité. Un tel système, qui a pu être qualifié de « zéro défaut »<sup>2</sup>, érige donc la conformité aux règles supérieures non seulement en tant que critère de validité des normes juridiques, mais bien plus encore comme condition *sine qua non* de leur existence même. L'ordre juridique repose alors sur une fiction en vertu de laquelle toute norme irrégulière est censée n'avoir jamais existé, ce qui entraîne la remise en cause systématique de l'ensemble des effets produits par ladite norme<sup>3</sup>. L'automatisme de cette remise en cause est nécessairement induite par l'inexistence présumée des normes irrégulières. Si ces dernières sont considérées comme n'ayant jamais existé alors elles ne peuvent pas avoir produit d'effets juridiques. La fiction de

---

<sup>1</sup> Sous réserve d'un report dans le temps des effets de la censure prononcée. Cette faculté est offerte au Conseil constitutionnel en vertu du second alinéa de l'article 62 de la Constitution.

<sup>2</sup> Expression utilisée à propos du système allemand par X. MAGNON, « La modulation des effets dans le temps des décisions du juge constitutionnel », *A.I.J.C.*, vol. XXVII-2011, Economica-PUAM, 2012, p. 557.

<sup>3</sup> J-P. THIELLAY, « Les suites tirées par le Conseil d'État des décisions du Conseil constitutionnel » (Conclusions sur : C.E., Ass., 13 mai 2011, n° 317808, *Delannoy (Mme)*, *Verzele* ; C.E., 13 mai 2011, n° 329290, *Lazare (M<sup>me</sup>)*), *R.F.D.A.*, 2011, n° 4, p. 774.

l'inexistence de la norme invalidée se répercute immanquablement sur l'intégralité des actes et décisions qui en découlent. Les effets d'une disposition déclarée inconstitutionnelle sont eux-aussi considérés comme n'ayant jamais existé. Cette solution emporte en pratique les conséquences les plus absolues pour l'ordre juridique mais elle entend paradoxalement doter le juge des pouvoirs les plus restreints. La procédure juridictionnelle a ici pour unique fonction de constater un état du droit, d'établir la nullité et donc l'inexistence de la norme contrôlée. En d'autres termes, « il n'est pas besoin d'un acte contraire, destructeur de la norme, d'un acte qui modifie l'état d'un droit que la norme elle-même, derrière ses apparences, n'a pas modifié. Il n'y a pas besoin, par un acte constitutif, de faire sortir de vigueur la norme nulle dont la vigueur n'est qu'apparente. Chacun peut ou doit traverser les apparences, constater cette nullité »<sup>4</sup>. La décision d'inconstitutionnalité n'est pas constitutive d'un nouvel ordre juridique mais simplement déclarative d'un état préexistant de l'ordre juridique considéré.

Le système allemand est traditionnellement présenté comme constituant le modèle de cet idéaltype que l'on retrouve également en Espagne et au Portugal<sup>5</sup>. L'annulation des dispositions inconstitutionnelles est prévue en Allemagne par l'article 78 de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale et l'ensemble de l'ordre juridique est fondé sur l'inexistence des normes irrégulières. En témoigne notamment l'article 100 de la Loi fondamentale au terme duquel « *si un tribunal estime qu'une loi dont la validité conditionne sa décision est inconstitutionnelle, il doit surseoir à statuer* » pour transmettre la question à l'institution compétente<sup>6</sup>. Les juges allemands ont donc la responsabilité de s'assurer de la régularité juridique de chaque norme qu'ils ont à appliquer afin de démasquer celles qui ne sont pas censées exister. Le choix de l'annulation des dispositions déclarées inconstitutionnelles est, de manière générale, perçu comme étant trop excessif au regard des effets qu'il entraîne<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> O. JOUANJAN, « La modulation des effets des décisions des juridictions constitutionnelle et administratives en droit allemand », *R.F.D.A.*, 2004, n° 4, p. 676.

<sup>5</sup> L'article 282 de la Constitution de la République portugaise dispose que « *La décision de non-conformité à la Constitution ou la décision d'illégalité est revêtue de l'autorité absolue de la chose jugée. Elle produit ses effets dès l'entrée en vigueur de la norme déclarée non conforme ou illégale* ». Article cité en français par G. TUSSEAU, « Chapitre IV : Le pouvoir des juges constitutionnels », in M. TROPER et D. CHAGNOLLAUD (Dir.), *Traité international de droit constitutionnel – Suprématie de la Constitution*, Tome 3, Coll. Traités Dalloz, Dalloz, Paris, 2012, p.184.

<sup>6</sup> Soit « *le tribunal compétent pour les litiges constitutionnels du Land s'il s'agit de la violation de la Constitution d'un Land* » ou « *la Cour constitutionnelle fédérale s'il s'agit de la violation de la présente Loi fondamentale* » - Article 100 de la Loi fondamentale Allemande cité en français par X. MAGNON, « La modulation des effets dans le temps des décisions du juge constitutionnel », *Art. cit.*, p. 557.

<sup>7</sup> Constat largement partagé. O. Jouanjan considère notamment que « cette fiction de la nullité introduit plus de désordre que de clarté et d'utilité. D'un point de vue théorique, on peut affirmer qu'une norme entrée en vigueur, même dite « nulle », n'est jamais complètement « nulle » juridiquement, mais seulement annulable, que la nullité *ipso jure* n'est pas seulement une fiction mais qu'elle est strictement impossible, et que la distinction entre la

De nombreux systèmes ont, de leur côté, choisi de ne pas doter les décisions d'inconstitutionnalité d'un effet pleinement rétroactif, mais au contraire de ne retenir que des conséquences pour l'avenir. Ici, la norme irrégulière a bel et bien existé au sein de l'ordre juridique considéré et la constatation de sa non-conformité à une disposition supérieure emporte uniquement des effets *pro futuro* sans remettre en cause les situations et actes juridiques cristallisés par le passé. Cette solution fait primer la sécurité juridique sur les exigences tirées du respect de la légalité puisque l'essentiel n'est pas tant la validité intrinsèque de la norme censurée que sa validité apparente. Dans les systèmes dits abrogatifs une fiction juridique opère également mais elle est diamétralement opposée à celle évoquée concernant les décisions d'annulation. Lorsqu'une norme inconstitutionnelle est simplement abrogée, elle est réputée avoir été régulière durant toute la période antérieure à sa censure. La fiction va, ici encore, naturellement se répercuter sur les effets de la norme invalidée. Considérée comme régulière avant l'intervention du juge, elle a pu valablement produire des effets de droit qui ne seront dès lors aucunement remis en question suite à la décision juridictionnelle. La symétrie entre les deux approches<sup>8</sup> se retrouve également quant à la fonction attribuée au juge constitutionnel. Ici, ce dernier rend une décision dite constitutive, et non pas simplement déclarative, car il modifie l'ordre juridique en vigueur par l'édition « d'une nouvelle norme, juridictionnelle, dite d'« abrogation » de la norme inconstitutionnelle »<sup>9</sup>. Cette solution avait les faveurs du juriste autrichien H. Kelsen pour qui les exigences tirées de la sécurité juridique imposaient d'exclure tout effet rétroactif des décisions d'inconstitutionnalité<sup>10</sup>. Ce n'est donc pas un hasard si le système autrichien a souvent été érigé en modèle sur cette question<sup>11</sup>.

Il est néanmoins difficile de parler de modèle en ce qui concerne les décisions dites abrogatives tant les solutions retenues varient d'un ordre juridique à l'autre. G. Tusseau propose ainsi une catégorisation des différentes situations en distinguant trois types de

---

vérité et l'apparence du droit sur laquelle elle repose en dernière analyse n'apporte aucune valeur ajoutée en terme de rationalité du système ». O. JOUANJAN, *Art. cit.*, p. 677.

<sup>8</sup> J-P. Thiellay parle d'approche symétrique pour évoquer les décisions d'abrogation en opposition à celles d'annulation. J-P. THIELLAY, *Art. cit.*, p. 774.

<sup>9</sup> G. TUSSEAU, *Art. cit.*, p.184.

<sup>10</sup> H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution », *R.D.P.*, 1928, n° 1, p. 242. Notons dès à présent qu'il nuance immédiatement son propos en prônant l'aménagement d'une rétroactivité limitée (p. 246).

<sup>11</sup> La Constitution autrichienne de 1920 prévoit en effet, de manière implicite par la combinaison des alinéas 5 et 7 de son article 140, l'abrogation des normes inconstitutionnelles à compter du jour de la publication de l'arrêt de la Cour constitutionnelle. Sur ce point se référer à X. MAGNON, « La modulation des effets dans le temps des décisions du juge constitutionnel », *Art. cit.*, p. 558.

modalités<sup>12</sup> selon que l'abrogation de la disposition déclarée inconstitutionnelle s'opère dès l'adoption de la sentence par la juridiction compétente<sup>13</sup>, uniquement à compter de la publication de la décision<sup>14</sup> ou, enfin, suite à l'écoulement d'un bref délai au terme duquel la disposition censurée cesse de recevoir application<sup>15</sup>. Quelles que soient les modalités retenues, le principe d'abroger les normes déclarées inconstitutionnelles présente, tout comme son *alter ego*, une portée excessive s'il est appliqué de manière absolue. Le constat est d'autant plus vrai au sein des systèmes organisant une procédure de contrôle de constitutionnalité des lois par voie préjudicielle car l'abrogation pure et simple de la disposition invalidée conduit à appliquer cette dernière au justiciable à l'origine de la contestation<sup>16</sup>. Le contrôle *a posteriori* organisé en France n'échappe pas à cette difficulté puisqu'il prend la forme d'une procédure incidente à l'égard du litige principal<sup>17</sup> et aboutit à des décisions abrogatives en vertu de l'article 62 alinéa 2 de la Constitution. L'effectivité de la nouvelle voie de droit ouverte aux justiciables est principalement concernée car « si l'on ne donnait à la déclaration d'inconstitutionnalité que des effets pour le futur, cela reviendrait à nier l'intérêt de l'article 61-1 pour l'auteur de la question prioritaire de constitutionnalité »<sup>18</sup>. Dès 1928 H. Kelsen, qui prônait pourtant un effet *pro futuro* des décisions de non-conformité rendues dans le cadre d'un contrôle *a posteriori*, mettait en avant la « nécessité technique » d'attribuer à ces dernières un « effet rétroactif limité » afin de préserver l'effet utile de la procédure<sup>19</sup>. Les expériences étrangères vont également dans le même sens, et en particulier l'exemple italien.

---

<sup>12</sup> G. TUSSEAU, *Art. cit.*, p. 185.

<sup>13</sup> Solution prévue par l'article 140.1 de la Constitution moldave, par l'article 74.3 de la Constitution du Kazakhstan, par l'article 169 de la Constitution algérienne, par l'article 152.2 de la Constitution ukrainienne, par l'article 48 de la loi organique gabonaise n° 9/91 du 26 septembre 1991 sur la Cour constitutionnelle et par l'article 58.2 de la loi estonienne sur la procédure de contrôle de constitutionnalité. Source : *ibidem*.

<sup>14</sup> Solution prévue par l'article 100.4 de la Constitution grecque, par l'article 89.2 de la Constitution géorgienne, par l'article 55 de la loi sur la cour constitutionnelle Croate, par l'article 190.3 de la Constitution polonaise, par l'article 153.3 de la Constitution turque, par l'article 109 de la Constitution Ouzbèke, par l'article 9§1<sup>er</sup> de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage belge et par l'article 140.5 de la Constitution autrichienne. Source : *ibidem*.

<sup>15</sup> L'article 151.2 de la Constitution bulgare prévoit ainsi que la disposition censurée est abrogée 3 jours après la publication de la décision, publication qui n'intervient elle-même que 15 jours après l'adoption de cette dernière. Les articles 136.1 de la Constitution italienne, 164.1 de la Constitution espagnole, 43 de la loi sur la Cour constitutionnelle concernant l'annulation des lois en Slovénie et 204 de la Constitution péruvienne disposent que l'abrogation prend effet le lendemain de la publication de la décision de non-conformité à la Constitution. Source : *ibidem*.

<sup>16</sup> Pour une illustration concrète, voir T. DI MANNO, « La modulation des effets dans le temps des décisions de la Cour constitutionnelle italienne », *R.F.D.A.*, 2004, n° 4, p. 700 et s..

<sup>17</sup> Et non la forme d'un incident de procédure tel que le précise T. RENOUX, « L'exception, telle est la question », *R.F.D.C.*, 1990, n° 4, p. 651.

<sup>18</sup> S. BRIMO, « Les conséquences de la modulation dans le temps des effets des décisions QPC », *R.D.P.*, 2011, n° 5, p. 1204.

<sup>19</sup> H. KELSEN, *Art. cit.*, p. 246.

L'article 136 de la Constitution italienne prévoyait uniquement l'abrogation des dispositions censurées, contraignant le législateur à intervenir pour compléter le dispositif d'une dose de « rétroactivité procédurale »<sup>20</sup>. Rétroactivité qui permet l'application de la décision d'inconstitutionnalité aux instances en cours et donc à l'espèce ayant permis l'adoption de ladite décision.

La solution vint en France du Conseil constitutionnel lui-même qui est venu préciser la portée du second alinéa de l'article 62 de la Constitution. Cette disposition pose le principe de décisions abrogatives tout en l'accompagnant d'une entière liberté au profit du juge afin de déterminer « *les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause* ». L'importance de la marge de manœuvre accordée au Conseil constitutionnel, dont les décisions peuvent en pratique aller de l'annulation totale des normes invalidées à leur abrogation sèche, laisse à penser que le pouvoir constituant n'avait en réalité « pas voulu – ou pas pu – choisir » entre annulation et abrogation des dispositions censurées<sup>21</sup>. Une telle liberté était néanmoins nécessaire tant la question de l'application dans le temps des décisions d'inconstitutionnalité doit être régie de manière pragmatique afin de répondre au mieux à l'ensemble des enjeux posés par chaque espèce. Le juge s'est alors appuyé sur la compétence qui lui était ainsi dévolue pour fixer la portée que devait avoir par principe une décision de censure rendue au titre l'article 61-1 de la Constitution. Le Conseil constitutionnel a décidé que l'inconstitutionnalité d'une disposition législative prononcée *a posteriori* entraînait sa disparition pour l'avenir et que cette dernière devait également être écartée dans toute instance en cours à la date de la décision. Si la règle consacrée, à savoir un effet immédiat contentieux<sup>22</sup>, était contestable quant à sa portée (I), les conditions dans lesquelles elle fut abandonnée ne sont pas moins critiquables (II).

---

<sup>20</sup> T. DI MANNO, *Art. cit.*, p. 701.

<sup>21</sup> Tournure de phrase utilisée par M. VERPEAUX, « Les suites tirées par le Conseil d'État des décisions du Conseil constitutionnel » (Note sous C.E., Ass., 13 mai 2011 : n° 316734, *M'Rida* ; n° 329290, *Lazare (M<sup>me</sup>)* ; n° 317808, *Delannoy (M<sup>me</sup>)*, *Verzele*), *R.F.D.A.*, 2011, n° 4, p. 807.

<sup>22</sup> Autrement appelé « rétroactivité processuelle », l'effet immédiat contentieux dote la décision d'inconstitutionnalité d'une dose de rétroactivité limitée aux instances en cours à la date de la décision du juge constitutionnel. Sur ce point, voir X. MAGNON : « Premières réflexions sur les effets des décisions de censure du Conseil constitutionnel », *R.F.D.A.*, 2011, n° 4, p. 762 et « La modulation des effets dans le temps des décisions du juge constitutionnel », *Art. cit.*, p. 557.

## **I) La consécration d'un principe substantiellement contestable**

L'effet utile de la procédure nouvellement instituée nécessitait d'apporter quelques précisions sur les répercussions qu'emportent par principe les censures prononcées *a posteriori*. Le texte-même de la Constitution étant lacunaire sur le sujet – seule l'abrogation des dispositions législatives invalidées étant prévue à l'article 62 – c'est le Conseil constitutionnel qui est venu compléter le dispositif. Pour ce faire, il a érigé la règle de l'effet immédiat contentieux en principe (A) dont la portée entraîne toute une série de conséquences préjudiciables (B).

### **A) La consécration d'un véritable principe**

La formalisation de l'effet de droit commun des inconstitutionnalités sanctionnées dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité ne s'est pas faite en un jour. Le Conseil constitutionnel a ainsi progressivement pris toute la mesure de la question avant de fixer une règle précise (1). La portée principielle de cette dernière ne fait aucun doute tant la juridiction a utilisé l'ensemble des instruments à sa disposition pour la consacrer (2).

#### *1) Une mise en place progressive*

L'instauration par le Conseil constitutionnel d'un principe clair et précis sur la portée de ses décisions d'inconstitutionnalité, rendues dans le cadre du contrôle opéré au titre de l'article 61-1 de la Constitution, nécessitait d'avoir un minimum de recul sur la pratique de cette nouvelle procédure. Seule l'expérience issue de la confrontation à de nombreuses espèces particulières permettait à la juridiction de prendre toute la mesure des divers enjeux posés par l'application dans le temps des censures qu'elle prononce. Ce constat explique qu'il ait fallu attendre la fin de la première année d'application de la question prioritaire de constitutionnalité, le 25 mars 2011 plus précisément, pour voir le Conseil se positionner

clairement sur le sujet<sup>23</sup>. La démarche ne semble néanmoins pas volontaire de la part des juges constitutionnels qui n'ont peut-être pas perçu immédiatement tout l'enjeu des suites à donner à une censure prononcée *a posteriori*. De l'aveu même du secrétaire général du Conseil constitutionnel, M. Guillaume, la juridiction « n'a sans doute pas assez précisé les effets dans le temps de ses premières décisions »<sup>24</sup>.

Il n'en demeure pas moins que les juges constitutionnels ont dû se prononcer dès le début, et nécessairement au cas par cas, sur les suites à donner aux décisions de non-conformité qu'ils rendaient au titre du contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité des lois. Ainsi, sur les seize décisions de censure prononcées entre le 1<sup>er</sup> mars 2010 et le 25 mars 2011, déduction faite de celles qui ont donné lieu à un report de l'abrogation dans le futur<sup>25</sup>, le Conseil a précisé à onze reprises la portée temporelle qu'il convenait de leur conférer. Le principe de l'abrogation sèche posé par l'article 62 alinéa 2 de la Constitution ne s'est donc appliqué qu'à cinq reprises<sup>26</sup>. Dans les autres espèces, le Conseil constitutionnel a pu utiliser toute la liberté que lui a offerte le pouvoir constituant en dotant ses décisions d'inconstitutionnalité d'une applicabilité immédiate, qu'elle soit totale<sup>27</sup> ou limitée<sup>28</sup>, voire

---

<sup>23</sup> Décision C.C., n° 2010-110 Q.P.C., M. Jean-Pierre B. [Composition de la commission départementale d'aide sociale], 25 mars 2011, cons. 8, *Rec. C.C.* p. 160, *J.O.* 26 mars 2011, p. 5406 et décision C.C., n° 2010-108 Q.P.C., Mme Marie Christine D. [Pension de réversion des enfants], 25 mars 2011, cons. 5, *Rec. C.C.* p. 154, *J.O.* 26 mars 2011, p. 5404.

<sup>24</sup> Constat dressé lors de son audition par la commission des lois de l'Assemblée nationale le 21 novembre 2012. Assemblée nationale, XIV<sup>e</sup> législature, Session ordinaire de 2012-2013, Compte-rendu n° 16 de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, Mercredi 21 novembre 2012, p. 8.

<sup>25</sup> Six décisions ont opéré un tel report, ce qui porte à vingt-deux le nombre total de décisions de censure rendues par le Conseil constitutionnel sur cette période.

<sup>26</sup> Il s'agit des décisions : C.C., n° 2010-2 Q.P.C., Mme Viviane L. [Loi dite « anti-Perruche »], 11 juin 2010, *Rec. C.C.* p. 105, *J.O.* 12 juin 2010, p. 10847 ; C.C., n° 2010-72/75/82 Q.P.C., M. Alain D. et autres [Publication et affichage du jugement de condamnation], 10 décembre 2010, *Rec. C.C.* p. 382, *J.O.* 11 décembre 2010, p. 21710 ; C.C., n° 2010-67/86 Q.P.C., Région Centre et région Poitou-Charentes [AFPA – Transfert de biens publics], 17 décembre 2010, *Rec. C.C.* p. 403, *J.O.* 19 décembre 2010, p. 22373 ; C.C., n° 2010-88 Q.P.C., Mme Danièle B. [Evaluation du train de vie], 21 janvier 2011, *Rec. C.C.* p. 74, *J.O.* 22 janvier 2011, p. 1385 et C.C., n° 2010-100 Q.P.C., M. Alban Salim B. [Concession du Stade de France], 11 février 2011, *Rec. C.C.* p. 114, *J.O.* 12 février 2011, p. 2758.

<sup>27</sup> La déclaration d'inconstitutionnalité peut, dans ce cas, être invoquée dans toute instance non-définitivement jugée à la date de la décision. Nous retrouvons ce cas de figure dans les décisions C.C., n° 2010-10 Q.P.C., Consorts C. et autres [Tribunaux maritimes commerciaux], 02 juillet 2010, *Rec. C.C.* p. 131, *J.O.* 03 juillet 2010, p. 12120 ; C.C., n° 2010-15/23 Q.P.C., Région Languedoc Roussillon et autres [Article 575 du code de procédure pénale], 23 juillet 2010, *Rec. C.C.* p. 161, *J.O.* 24 juillet 2010, p. 13727 ; C.C., n° 2010-52 Q.P.C., Compagnie agricole de la Crau [Imposition due par une société agricole], 14 octobre 2010, *Rec. C.C.* p. 283, *J.O.* 15 octobre 2010, p. 18540 et C.C., n° 2010-62 Q.P.C., M. David M. [Détenition provisoire : procédure devant le juge des libertés et de la détention], 17 décembre 2010, *Rec. C.C.* p. 400, *J.O.* 19 décembre 2010, p. 22372.

<sup>28</sup> La déclaration d'inconstitutionnalité peut, dans ce cas, être invoquée dans les instances qui sont en cours à la date de la décision et dont l'issue dépend de l'application de la disposition censurée. Nous retrouvons ce cas de figure dans les décisions C.C., n° 2010-33 Q.P.C., Société Esso SAF [Cession gratuite de terrain], 22 septembre 2010, *Rec. C.C.* p. 245, *J.O.* 23 septembre 2010, p. 17292 ; C.C., n° 2010-78 Q.P.C., Société IMNOMA [Intangibilité du bilan d'ouverture], 10 décembre 2010, *Rec. C.C.* p. 387, *J.O.* 11 décembre 2010, p. 21712 ;

d'un plein effet rétroactif<sup>29</sup>. Les juges ont donc eu l'occasion de se confronter à toutes les hypothèses envisageables en la matière, préalable nécessaire à la consécration d'une règle de principe.

## 2) Une consécration explicite

Si la question du champ d'application temporel des décisions du Conseil constitutionnel nécessite une approche pragmatique, il reste fondamental de pouvoir identifier un principe clair qui commande par défaut la réponse apportée à cette question. Certainement conscient de l'enjeu, le juge posa un tel principe par l'intermédiaire d'un considérant de principe inséré dans deux décisions du 25 mars 2011 : « *la déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à l'auteur de la question prioritaire de constitutionnalité et la disposition déclarée contraire à la Constitution ne peut être appliquée dans les instances en cours à la date de la publication de la décision du Conseil constitutionnel* »<sup>30</sup>. Il ressort de cet *obiter dictum* la mise en place d'une « prime au requérant »<sup>31</sup> à l'origine de la contestation conformément à la volonté, précédemment affirmée par ailleurs<sup>32</sup>, de préserver l'effet utile de la procédure. Prime étendue par les juges à l'ensemble des justiciables ayant une instance en cours à la date de la publication de la décision de censure. La règle ainsi posée fut appuyée par l'édiction d'un communiqué, daté d'avril 2011, sur « les effets dans le temps des décisions QPC du Conseil constitutionnel (II) » mis en ligne sur le site de l'institution dans la rubrique « A la une ». Le Conseil en profite pour éclaircir la règle fixée dans les décisions précitées

---

C.C., n° 2010-93 Q.P.C., Comité Harkis et Vérité [Allocation de reconnaissance], 04 février 2011, *Rec. C.C.* p. 96, *J.O.* 05 février 2011, p. 2351 et C.C., n° 2010-97 Q.P.C., Société LAVAL DISTRIBUTION [Taxe sur l'électricité], 04 février 2011, *Rec. C.C.* p. 105, *J.O.* 05 février 2011, p. 2355. La décision n° 2010-107 Q.P.C., Syndicat mixte chargé de la gestion du contrat urbain de cohésion sociale de l'agglomération de Papeete [Contrôle de légalité des actes des communes en Polynésie française], 17 mars 2011, *Rec. C.C.* p. 151, *J.O.* 18 mars 2011, p. 4936, dispose, via son considérant 7, que la censure « *s'applique aux instances en cours* », ce qui laisse entière la question des situations formées avant la décision du Conseil constitutionnel dont les délais de contestation courent toujours mais qui ne font pas encore l'objet d'une instance juridictionnelle.

<sup>29</sup> Il s'agit des décisions C.C., n° 2010-6/7 Q.P.C., M. Stéphane A. et autres [Article L. 7 du code électoral], 11 juin 2010, *Rec. C.C.* p. 111, *J.O.* 12 juin 2010, p. 10849 et C.C., n° 2010-81 Q.P.C., M. Boubakar B. [Détenition provisoire : réserve de compétence de la chambre de l'instruction], 17 décembre 2010, *Rec. C.C.* p. 412, *J.O.* 19 décembre 2010, p. 22375. Le « plein » effet rétroactif est ici à nuancer dans la mesure où il n'est pas possible d'obtenir réparation d'une décision préjudiciable fondée sur les dispositions censurées. La rétroactivité est néanmoins étendue puisque l'inconstitutionnalité prononcée entraîne la remise en cause des effets passés de la disposition censurée.

<sup>30</sup> Décision C.C., n° 2010-110 Q.P.C., précitée, cons. 8, et décision C.C., n° 2010-108 Q.P.C., précitée, cons. 5.

<sup>31</sup> Expression notamment utilisée par M. DISANT, « Les effets dans le temps des décisions QPC – Le Conseil constitutionnel, « maître du temps » ? Le législateur, bouche du Conseil constitutionnel ? », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, juin 2013, n° 40, p. 65.

<sup>32</sup> Décision C.C., n° 2009-595 D.C., Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, 03 décembre 2009, cons. 17, *Rec. C.C.* p. 206, *J.O.* 11 décembre 2009, p. 21381.

mais également pour la renforcer, d'une certaine manière, en prévoyant le caractère d'ordre public de l'inconstitutionnalité pour ce qui est des instances en cours. Le communiqué susvisé consacre le plus expressément possible la portée principielle de l'*obiter dictum* en expliquant nettement son application même en l'absence de toute référence dans les décisions de censure. Corrélativement, toute exception au principe dégagé doit bien évidemment résulter explicitement de la rédaction des décisions d'inconstitutionnalité. La plupart des interrogations qui restaient en suspens concernant la portée des décisions de censure<sup>33</sup> se trouvent alors réglées, et ce d'autant plus que les juridictions ordinaires ont suivi les « recommandations » du juge constitutionnel. Le Conseil d'Etat a, par exemple, conféré une pleine autorité absolue de la chose jugée au considérant de principe du 25 mars 2011<sup>34</sup>.

L'article 62 alinéa 2 de la Constitution fut donc complété dans sa portée par la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Dans le silence de ce dernier, une disposition écartée est alors abrogée pour l'avenir et non applicable à l'ensemble des instances en cours. L'effet immédiat contentieux des décisions d'inconstitutionnalité permet d'atténuer l'absolutisme d'une abrogation seulement *pro futuro* et semble garantir le bon fonctionnement du mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité. Il convient toutefois de s'interroger sur la pertinence du principe ainsi posé au regard de ses implications concrètes.

## **B) Un principe véritablement contestable**

La règle fixée par le Conseil constitutionnel apparaît de prime abord comme parfaitement acceptable dans la mesure où elle étend le bénéfice de la censure des dispositions législatives invalidées à l'ensemble des justiciables se trouvant en cours d'instances juridictionnelles. Le principe de l'effet immédiat contentieux masque en réalité une restriction de nature à porter atteinte à l'égalité entre les justiciables (1). Si l'application des règles issues

---

<sup>33</sup> Voir notamment A. LALLET et X. DOMINO, « An I ap. QPC », *A.J.D.A.*, 2011, n° 7, p. 375 et s..

<sup>34</sup> Sur ce point voir les décisions : C.E., Ass., 13 mai 2011 : n° 316734, *M'Rida* ; n° 329290, *Lazare (M<sup>me</sup>)* ; n° 317808, *Delannoy (M<sup>me</sup>)*, *Verzele* et C.E., 10e et 9e ss-sec., 18 juillet 2011, n° 310953, *M. et Mme Michot*. Se référer également à X. DOMINO et A. BRETONNEAU, « Les suites de la QPC : histoire et géographie du dialogue des juges », *A.J.D.A.*, 2011, n° 20, p. 1136 et s. ; M. VERPEAUX, *Art. cit.*, p. 806 et s. et D. HEDARY, « Application aux instances en cours d'une déclaration d'inconstitutionnalité : l'exemple du principe d'intangibilité du bilan d'ouverture du premier exercice non prescrit » (Conclusions sur C.E., 10e et 9e ss-sec., 18 juill. 2011, n° 310953, *M. et Mme Michot*), *Revue de droit fiscal*, 13 octobre 2011, n° 41, Comm. 561.

du droit international, et en particulier du droit européen, peuvent nuancer une telle atteinte c'est au détriment de l'effectivité des exigences constitutionnelles (2).

### *1) Une atteinte à l'égalité entre les justiciables*

Le Conseil constitutionnel réserve, par principe, le bénéfice de la censure prononcée suite à une question prioritaire de constitutionnalité à l'ensemble des instances en cours à la date de la publication de sa décision. Dans le communiqué précité, les membres de l'institution précisent bien que « l'inconstitutionnalité de la loi ne peut pas être invoquée dans des instances qui seraient introduites postérieurement à cette même décision ». Une première interrogation surgit immédiatement au regard de l'égalité des citoyens devant la loi tel qu'il résulte de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Non seulement les justiciables en devenir<sup>35</sup>, pour des faits antérieurs à la décision, ne peuvent prétendre au bénéfice de la censure prononcée mais ils n'ont également aucune chance de contester à leur tour la conformité des dispositions qui leur sont appliquées aux droits et libertés que la Constitution garantit. Dans la mesure où le juge s'est déjà prononcé sur ces normes, une éventuelle question prioritaire de constitutionnalité ne saurait passer l'épreuve du filtre. La différence de situation entre les justiciables étant d'ores et déjà face à un processus juridictionnel et ceux qui, sans l'être à la date de la publication de la décision du Conseil constitutionnel, ont toujours la faculté d'introduire une instance est appréciable mais ne paraît pas légitime. « Certes, il faut avoir conscience qu'une définition trop large de la notion d'instance, assimilée à l'existence d'une voie de droit encore ouverte, pourrait conduire à une remise en cause massive des effets passés d'une disposition législative », comme le rappelle J-P. Thiellay<sup>36</sup>, mais il faut tout autant garder à l'esprit qu'il s'agit en l'espèce de fixer l'effet de principe d'une décision d'inconstitutionnalité. Si ce dernier entraîne des conséquences préjudiciables pour la sécurité juridique, rien n'empêchera le juge d'user de son importante marge de manœuvre pour réserver le bénéfice de la censure aux seules instances en cours. En

---

<sup>35</sup> Expression qui ne satisfait pas aux exigences de la rigueur scientifique mais qui s'avère être la plus compréhensible pour évoquer les personnes susceptibles de se voir appliquer, lors d'une instance introduite postérieurement à la décision du Conseil constitutionnel mais relative à des faits antérieurs à cette dernière, une disposition déclarée inconstitutionnelle.

<sup>36</sup> J-P. THIELLAY, *Art. cit.*, p. 777.

la matière, il semble que l'égalité de l'ensemble des justiciables doit être la règle et toute restriction constituer une exception<sup>37</sup>.

Plus précisément, la notion d'« instances en cours » mériterait d'être précisée au regard des exigences procédurales posées dans certains domaines. Qu'en est-il par exemple des recours administratifs préalables ou encore de la réclamation contentieuse en matière fiscale ? Ce type de procédure ne présente pas nécessairement une nature juridictionnelle en mesure de caractériser la formation d'une instance en cours. Espérons ici que les différentes juridictions choisissent de suivre la Cour de justice de l'Union européenne selon laquelle « le fait que ces justiciables se (soient) manifestés, au moins vis-à-vis de l'administration, est déterminant »<sup>38</sup>. A défaut, la rupture d'égalité entre les justiciables en sortirait encore renforcée. Cela ne devrait pas poser de difficulté particulière pour l'obligation à la charge des contribuables de porter une réclamation contentieuse puisqu'il « résulte en effet d'une jurisprudence constante (qu'elle) constitue en matière fiscale une « instance ressortissant à la juridiction contentieuse » et est pour ce motif assimilée à une instance devant les juridictions »<sup>39</sup>. Notons enfin que l'administration, ou des personnes privées, amenées à appliquer les dispositions déclarées inconstitutionnelles à des situations antérieures à la décision du juge seront bien embarrassées quant au régime juridique applicable<sup>40</sup>. La stricte lecture du principe posé par le Conseil constitutionnel leur permettrait de mettre en œuvre une norme dont la contrariété à la Constitution fut pourtant constatée juridictionnellement. Les destinataires ne pourraient pas, en application de l'effet immédiat contentieux des censures rendues au titre du contrôle *a posteriori*, obtenir gain de cause devant les juges dits ordinaires<sup>41</sup>. Pour une règle destinée à garantir la sécurité juridique, force est de constater que l'objectif n'est pas toujours atteint. Dans l'hypothèse précitée le droit international peut

---

<sup>37</sup> Une telle solution est en adéquation avec le constat selon lequel le souci d' « unité de la législation » doit prévaloir en matière d'application de la loi dans le temps. Voir P. ROUBIER, *Le droit transitoire – Conflits des lois dans le temps*, 2<sup>nd</sup> éd., Coll. Bibliothèque Dalloz, Dalloz, Paris, 2008, p. 345 et s. et J. PETIT, *Les conflits de lois dans le temps en droit public interne*, Coll. Bibliothèque de droit public, L.G.D.J., Paris, 2002, p. 374.

<sup>38</sup> J-P. THIELLAY, *Art. cit.*, p. 777.

<sup>39</sup> S. AUSTRY, « QPC fiscale et effets de la décision dans le temps », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, octobre 2011, n° 33, p. 76.

<sup>40</sup> Hypothèse évoquée par X. MAGNON, « Premières réflexions sur les effets des décisions de censure du Conseil constitutionnel », *Art. cit.*, p. 767 et s.. La situation est encore plus problématique en droit fiscal, domaine dans lequel l'administration ne saurait renoncer au bénéfice de la loi fiscale.

<sup>41</sup> L'expression est ici utilisée pour renvoyer à toute juridiction qui n'exerce pas le contrôle de constitutionnalité des lois. Sur ce point, voir L. HEUSCHLING, « Justice constitutionnelle et justice ordinaire. Epistémologie d'une distinction théorique », in INSTITUT DE RECHERCHES CARRE DE MALBERG, *La notion de « justice constitutionnelle »*, Coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, Paris, 2005, p. 85.

s'avérer être un palliatif intéressant pour les justiciables, au détriment toutefois de l'effectivité des exigences constitutionnelles.

## 2) *Un obstacle à l'effectivité des exigences constitutionnelles*

L'une des principales raisons d'être de l'instauration d'une question prioritaire de constitutionnalité était de replacer la Constitution au sommet de l'ordre juridique pour les justiciables. Ces derniers étaient jusqu'à lors « portés à attacher plus de prix à la norme de droit international qu'à la Constitution elle-même. »<sup>42</sup>. En 2008, le pouvoir constituant se plaçait largement, et explicitement, dans cette dynamique afin de remédier à une situation « incohérente »<sup>43</sup>. Le principe posé par le Conseil constitutionnel heurte, de par sa portée, frontalement la volonté des rédacteurs de l'article 62 de la Constitution en ce sens qu'il conduit à une plus grande effectivité, dans des hypothèses certes limitées, des dispositions du droit international par rapport aux exigences constitutionnelles. Les justiciables en devenir évoqués ci-dessus n'ont pas la possibilité d'invoquer l'inconstitutionnalité des normes qui leur sont appliquées. Néanmoins, rien ne les empêche de se fonder sur un principe analogue qui peut éventuellement être garanti par le droit européen des droits de l'homme ou le droit de l'Union européenne pour que soient écartées les dispositions incriminées. Se présente ici une difficulté qui doit impérativement être prise en compte par les juges. Il n'est pas souhaitable de faire revivre, par principe, une situation décriée par le plus grand nombre ; mettant qui plus est en péril la réussite du mécanisme institué en 2008. Il ne s'agit pas en l'espèce d'un simple cas d'école au regard de la position des juges ordinaires. Le Conseil d'Etat a pu par exemple se prononcer sur les suites à donner à une censure du juge constitutionnel prononcée *a posteriori*. Selon la juridiction administrative, « *il appartient, (...), au juge du litige, s'il n'a pas fait droit à l'ensemble des conclusions du requérant en tirant les conséquences de la déclaration d'inconstitutionnalité d'une disposition législative prononcée par le Conseil constitutionnel, d'examiner, dans l'hypothèse où un moyen en ce sens est soulevé devant lui, s'il doit, pour statuer sur les conclusions qu'il n'a pas déjà accueillies, écarter la disposition législative en cause du fait de son incompatibilité avec une stipulation conventionnelle ou, le*

---

<sup>42</sup> E. BALLADUR, *Une Ve République plus démocratique - Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République*, La documentation française, Fayard, Paris, Octobre 2007, p. 89.

<sup>43</sup> J-L. WARSMANN, *Rapport n° 892 (A.N.)*, XIIIe législature, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 15 mai 2008, p. 427.

*cas échéant, une règle du droit de l'Union européenne dont la méconnaissance n'aurait pas été préalablement sanctionnée* »<sup>44</sup>. Les juridictions chargées d'assurer la bonne application des décisions constitutionnelles n'hésiteront donc pas à faire primer le droit international sur la Constitution s'ils s'y trouvent contraints par la restriction opérée par le principe dégagé par le Conseil constitutionnel<sup>45</sup>.

La difficulté présente, encore une fois, une acuité toute particulière en droit fiscal. L'article L. 190 du livre des procédures fiscales prévoit la possibilité, en son troisième alinéa, de former des « *actions tendant à la décharge ou à la réduction d'une imposition ou à l'exercice de droits à déduction ou à la restitution d'impositions indues, fondées sur la non-conformité de la règle de droit dont il a été fait application à une règle de droit supérieure, révélée par une décision juridictionnelle ou par un avis rendu au contentieux* ». Le caractère juridictionnel d'une décision rendue suite à une question prioritaire de constitutionnalité ne fait que peu de doute. Les justiciables, n'ayant pas d'instance en cours au moment de la publication de cette dernière, ne pourront néanmoins pas invoquer l'inconstitutionnalité des dispositions appliquées, et ce uniquement en raison de la portée du principe consacré par le juge constitutionnel. Le droit conventionnel représente, ici encore, leur seule porte de sortie à la condition cependant qu'il contienne une norme analogue à celle ayant motivé la décision de censure du Conseil constitutionnel.

Le principe posé en matière d'application dans le temps des décisions de censure prononcées au titre de l'article 61-1 de la Constitution est donc largement critiquable au regard de sa portée. Problématique face à l'égalité entre les justiciables et face à la cohabitation entre contrôles de constitutionnalité et de conventionalité, il était indispensable de l'abandonner au plus vite. Ce fut fait mais dans des conditions tout autant contestables.

---

<sup>44</sup> C.E., Ass., n° 316734, *Mme Rida*, 13 mai 2011.

<sup>45</sup> Pour certains auteurs il conviendrait de doter la déclaration d'inconventionnalité de la même portée que la décision d'inconstitutionnalité. Voir sur ce point, L. DOMINGO, « Quelle place pour le juge de droit commun dans la procédure de la QPC ? (Du point de vue du Tribunal administratif) », in X. MAGNON, X. BIOY, W. MASTOR et S. MOUTON (Dir.), *Le réflexe constitutionnel. Question sur la question prioritaire de constitutionnalité*, Bruylant, Bruxelles, 2012, pp. 164-165.

## **II) L'abandon formellement contestable du principe consacré**

La règle de l'effet immédiat contentieux posée par le Conseil constitutionnel devait être abandonnée au regard des difficultés que soulevait son application concrète. Nous ne pouvons dès lors que nous féliciter du fait qu'il ne soit pas appliqué en pratique. La méthode utilisée est en revanche bien plus contestable puisque le juge semble avoir procédé à son abandon dans les faits mais tout en continuant à l'ériger comme principe indépassable (A). Pis encore, il semble même lui avoir substitué une nouvelle règle, plus large et par conséquent plus pertinente, mais bien évidemment sans la consacrer explicitement (B).

### **A) L'abandon inavoué du principe consacré**

Si nous nous permettons d'affirmer que le Conseil constitutionnel a définitivement abandonné le principe d'un effet immédiat contentieux des inconstitutionnalités censurées, c'est qu'il est impossible de trouver la moindre trace d'une seule et unique application en plus de trois ans (1). Il est alors possible de s'interroger sur l'utilité de formuler, avec autant de force que plus est, une règle de principe sans jamais ne l'appliquer en pratique (2).

#### *1) La recherche d'une application du principe consacré*

L'examen des décisions d'inconstitutionnalité rendues depuis le 25 mars 2011 témoigne de l'abandon par le Conseil constitutionnel du principe de l'effet immédiat contentieux<sup>46</sup>. En l'espace de 3 ans et 3 mois, ce sont soixante-dix-sept questions prioritaires de constitutionnalité qui se sont conclues par une décision de non-conformité. Le juge a précisé les effets dans le temps de ces décisions à soixante-seize reprises sans que cela n'aboutisse jamais à une application de la règle de principe dégagée avec conviction au printemps 2011. La seule espèce n'ayant pas entraîné de précisions particulières sur la portée

---

<sup>46</sup> A jour le 23 juin 2014.

temporelle de la censure effectuée est relative à une loi de validation concernant la rémunération pour copie privée<sup>47</sup>. Le dispositif normatif concerné permettait de compenser le manque à gagner des titulaires de droits d'auteur et de droits voisins qui résultait du nombre important de copies privées réalisées par les particuliers. Pour ce faire, une taxe était instituée sur la vente des différents supports permettant de telles copies, comme les CD ou DVD vierges par exemple. Une commission était mise en place pour déterminer le taux de rémunération appliqué, les modalités de versement de ladite rémunération et les supports concernés. Cette commission a rendu une décision n° 11 le 17 décembre 2008 afin d'exercer sa compétence. Cette décision fut annulée par le Conseil d'Etat 2 ans et 6 mois plus tard pour non-conformité avec les règles du droit de l'Union européenne en la matière<sup>48</sup>. Le principal grief retenu était que la commission avait omis d'exclure du champ de la rémunération les supports acquis à des fins professionnelles dont il était certain qu'ils ne pouvaient servir à réaliser des copies à usage privé d'œuvres culturelles. Une annulation pure et simple de la décision n° 11 aurait toutefois entraîné des conséquences manifestement excessives pour les titulaires de droits d'auteur et de droits voisins. Le Conseil d'Etat a alors décidé de différer de 6 mois, à compter de la notification de sa décision, les effets de l'annulation qu'il prononçait. Il réservait néanmoins le sort des instances déjà formées lors de la notification de sa décision. Dans la mesure où la commission n'avait pas eu le temps de réaliser les études nécessaires à la prise d'une nouvelle décision avant la date fixée par le Conseil d'Etat, le législateur est intervenu pour procéder à une validation législative des rémunérations versées tout en garantissant le respect du droit européen. La mise en conformité s'appliquait à l'ensemble des situations, une disposition prévoyant explicitement la validation des rémunérations contestées lors d'instances en cours à la date de la décision du Conseil d'Etat. Une réserve était néanmoins prévue pour les rémunérations qui ne s'asseyaient pas sur l'acquisition de supports à des fins uniquement professionnelles. C'est seulement cette disposition qui fut censurée par le Conseil constitutionnel. Par une application classique de sa jurisprudence relative aux lois de validation, le juge considéra que le législateur ne poursuivait pas un but d'intérêt général suffisant et conclut donc à l'inconstitutionnalité de la norme déférée<sup>49</sup>. Le rappel des

---

<sup>47</sup> Décision C.C., n° 2012-287 Q.P.C., Société française du radiotéléphone - SFR [Validation législative et rémunération pour copie privée II], 15 janvier 2013, *J.O.* 17 janvier 2013, p. 1109.

<sup>48</sup> C.E., 17 juin 2011, n° 324816.

<sup>49</sup> Pour une présentation de la jurisprudence applicable en matière de lois de validation, se référer à la décision C.C., n° 2006-544 D.C., Loi de financement de la sécurité sociale pour 2007, 14 décembre 2006, cons. 19, *Rec. C.C.* p. 129, *J.O.* 22 décembre 2006, p. 19356. Pour un exemple de censure *a posteriori* fondée sur l'insuffisance

circonstances de l'espèce était nécessaire pour démontrer que le principe de l'effet immédiat contentieux ne s'applique pas réellement en l'espèce. Les éventuels destinataires de la censure prononcée se limitent aux seuls justiciables ayant une instance en cours à la date de la notification de la décision du Conseil d'Etat. Aucune autre personne ne saurait donc être en mesure d'invoquer la non-conformité de la disposition abrogée. Si la décision du Conseil constitutionnel ne s'applique qu'au justiciable à l'initiative de la question prioritaire de constitutionnalité et à l'ensemble des instances en cours, ce n'est aucunement un choix du juge mais uniquement la conséquence du champ d'application de la norme censurée. En tout état de cause, le Conseil constitutionnel n'a donc jamais appliqué le principe de l'effet immédiat contentieux, ce qui ne manque pas de susciter de nombreuses interrogations quant à l'utilité de sa démarche.

## *2) L'interrogation sur l'utilité de la consécration d'un principe*

Dans un article sur les effets dans le temps des décisions rendues au titre de questions prioritaires de constitutionnalité, M. Disant énonçait que le principe dégagé par les juges le 25 mars 2011 « vaut en lui-même pour l'orientation générale et la méthodologie clarificatrice qu'il définit : ce n'est pas le moindre de ses mérites que de spécifier des effets par défaut qui permettent aux juges du litige, dans tous les cas, de ne pas se trouver face à un « vide constitutionnel » qui résulterait du silence d'une décision de QPC ou de l'ambiguïté découlant de ses prises de position. Ainsi, l'applicabilité immédiate aux contentieux en cours est un effet automatique, sauf si le Conseil constitutionnel en dispose autrement. Il en résulte que toute dérogation doit être considérée comme une exception, ce qui ne signifie pas que ce pouvoir doit être d'usage exceptionnel, mais que la modulation des effets dans le temps doit être dûment justifiée »<sup>50</sup>. Se trouve ici parfaitement formalisé ce que l'on peut raisonnablement attendre de la fixation d'une règle de droit commun quelle qu'elle soit, à savoir la clarification de la solution à apporter à un problème donné afin d'éviter toute ambiguïté. En l'espèce, le résultat est très loin d'être atteint par la démarche suivie par le Conseil constitutionnel. S'il est possible de déceler une ambiguïté dans ses prises de positions, c'est en raison de l'absence totale d'application d'un principe pourtant consacré le plus explicitement possible. L'étude de

---

du motif d'intérêt général, voir la décision C.C., n° 2010-2 Q.P.C., Mme Vivianne L. [Loi dite "anti-Perruche"], 11 juin 2010, *Rec. C.C.* p. 105, *J.O.* 12 juin 2010, p. 10847.

<sup>50</sup> M. DISANT, *Art. cit.*, p. 65.

la jurisprudence constitutionnelle entraîne donc le constat déroutant selon lequel les juges ont érigé en tant que principe indépassable la seule règle qui n'est jamais appliquée en matière d'effet dans le temps des décisions de censure rendues *a posteriori*. A l'instar de M. Disant, force est de remarquer que les dérogations à la règle générale ne doivent pas nécessairement recevoir une application exceptionnelle mais lorsque les exceptions deviennent le principe il n'est plus possible de parler de « méthodologie clarificatrice ». La grande majorité des décisions de censure est l'occasion pour le Conseil constitutionnel de rappeler la règle de droit commun concernant les effets dans le temps des décisions de non-conformité avant de retenir une solution différente. La démarche est fondamentalement contraire aux exigences de la sécurité juridique et aux objectifs d'accessibilité et d'intelligibilité du droit ; principes pourtant dégagés par le juge constitutionnel lui-même. Rien dans les différentes prises de position de l'institution ne permet d'éclairer la pratique ici décrite qui semble révéler en dernière analyse une simple erreur de jugement de la part du Conseil constitutionnel. La jeunesse de la procédure des questions prioritaires de constitutionnalité explique ce faux-pas mais rien ne justifie que les juges ne prennent pas acte de la réalité en revenant sur leur position. Ce n'est d'autant pas excusable qu'ils continuent au contraire de réitérer le principe consacré, et ce alors même que la pratique illustre la substitution d'une nouvelle règle.

## **B) La substitution inavouée d'un nouveau principe**

L'étude des décisions de non-conformité rendues *a posteriori* semble indiquer que le Conseil constitutionnel dote, par principe, ces dernières d'un effet immédiat total et non limité aux seules instances en cours (1). Rien n'est pour le moment consacré juridictionnellement (2), le juge continuant même d'affirmer qu'une censure emporte par défaut un effet immédiat contentieux. En termes de sécurité juridique une telle pratique est à regretter largement.

### *1) La substitution en pratique d'un autre principe*

La lecture des soixante-dix-sept décisions de non-conformité rendues suite à des questions prioritaires de constitutionnalité illustre une substitution inavouée d'un effet

immédiat total à celui limité aux seules instances en cours à la date de la décision du Conseil constitutionnel. Il convient dans un premier temps de mettre de côté les vingt-sept espèces ayant nécessité un report *ad futurum* de l'abrogation des normes invalidées. Ces dernières constituent nécessairement une exception en matière d'effet dans le temps des décisions de censure et ne peuvent ainsi être prises en compte dans l'étude de la pratique en la matière. Sur les cinquante affaires restantes, le Conseil constitutionnel a doté vingt-huit décisions d'un effet immédiat total, soit dans plus de cinquante pourcent des cas. Nous entendons par effet immédiat total la solution qui tend à conférer le bénéfice d'une inconstitutionnalité à l'ensemble des justiciables susceptibles de se voir appliquer le dispositif normatif invalidé à la date de la décision du Conseil constitutionnel. Sont alors visées toutes les « affaires non jugées définitivement », et pas uniquement les instances en cours<sup>51</sup>, ce qui permet de garantir le principe d'égalité des citoyens devant la loi et d'assurer la primauté des exigences constitutionnelles. Il ne s'agit pas d'une rétroactivité totale car ne sont pas remis en cause les jugements définitifs ni les affaires frappées par la prescription. La formule renvoyant aux « affaires non jugées définitivement » permet néanmoins d'englober les situations antérieures à la décision du Conseil constitutionnel mais qui n'auraient pas encore cristallisé d'instance juridictionnelle. La démarche suivie par les juges est plus que critiquable mais la solution retenue au fond dans la majeure partie des censures opérées *a posteriori* est parfaitement adaptée à l'esprit de la question prioritaire de constitutionnalité.

Les vingt-deux décisions qui n'ont pas donné lieu à un effet immédiat total semblent constituer des exceptions permettant la prise en considération des enjeux de chaque espèce. Cette volonté de prendre des décisions circonstanciées est particulièrement visible dans trois espèces où la censure des dispositions législatives présente une portée à mi-chemin entre l'effet immédiat contentieux et l'effet immédiat total<sup>52</sup>. D'autres hypothèses témoignent du

---

<sup>51</sup> E. Cartier semble associer une conséquence similaire aux deux formulations. Nous entendons par « affaires non jugées définitivement » à la fois les instances en cours et celles à venir même si ces dernières ont pour objet des faits antérieurs à la décision du Conseil constitutionnel. La seconde formulation présente selon nous une portée plus large que la première et permet de répondre aux difficultés soulevées dans la première partie de la présente contribution. L'interprétation ici proposée se confirme à la lecture du cheminement des décisions rendues par la juridiction constitutionnelle. Les juges rappellent que l'effet de principe est la non-application de la disposition censurée aux « instances en cours » avant de préciser que, s'agissant de l'espèce considérée, l'inconstitutionnalité s'appliquera aux « affaires non jugées définitivement ». Voir E. CARTIER, « Dits et non-dits de « l'effet utile » des déclarations d'inconstitutionnalité », *Politeia*, n° 23, p. 15 et s. et tout particulièrement : la note de bas de page n° 24, p. 25, p. 34 et p. 36.

<sup>52</sup> Il s'agit des décisions C.C., n° 2013-362 Q.P.C., TF1 SA [Taxe sur les éditeurs et distributeurs de services de télévision], 06 février 2014, *J.O.* 09 février 2014, p. 2386 ; C.C., n° 2014-390 Q.P.C., M. Antoine H. [Destruction d'objets saisis sur décision du procureur de la République], 11 avril 2014, *J.O.* 13 avril 2014, p. 6693 et C.C., n° 2014-405 Q.P.C., Commune de Salbris [Répartition des sièges de conseillers communautaires

fait que le principe appliqué en pratique<sup>53</sup> peut conduire à un effet d'aubaine entraînant la remise en cause d'un nombre trop important de situations. Les exigences issues de la sécurité juridique contraignent alors le juge à restreindre le champ d'application *rationae temporis* des inconstitutionnalités qu'il prononce dans de telles espèces. La limitation observée transcende le simple effet immédiat contentieux dans la mesure où le juge ne permet pas l'invocation de la non-conformité des normes invalidées dans l'ensemble des instances en cours à la date de sa décision. Ainsi, il mit en place un effet immédiat restreint aux litiges dont l'issue dépend de l'application des textes déclarés inconstitutionnels à cinq reprises. Les juridictions ordinaires ont alors toute la latitude nécessaire pour déterminer de façon pragmatique les affaires où la censure des dispositions concernées peut être utilement soulevée. Le champ d'application temporel des décisions de non-conformité a encore pu être restreint soit aux instances où le grief de l'inconstitutionnalité du dispositif invalidé fut invoqué à la date de la décision du Conseil constitutionnel<sup>54</sup>, soit par le prononcé d'une abrogation sèche ne valant donc que pour les situations futures<sup>55</sup>. A l'inverse, il est des hypothèses où une remise en cause plus large des effets passés de la norme censurée est envisageable. Le juge a dès lors admis une rétroactivité plus étendue de ses décisions dans sept espèces. Le Conseil constitutionnel semble néanmoins conférer par principe un effet immédiat total aux inconstitutionnalités prononcées *a posteriori*, les autres éventualités ne représentant du même coup que de simples cas exceptionnels à même de répondre aux circonstances de chaque affaire. Nous ne pouvons que nous réjouir de cette situation bien plus pertinente que celle retenue initialement. Il convient toutefois d'acter formellement cette évolution jurisprudentielle afin de remédier à l'incohérence actuelle entre ce qui est dit et ce qui est fait.

## 2) Une substitution toujours à consacrer

La démarche du Conseil constitutionnel aboutit à une situation ubuesque où la lecture de ses différentes prises de position ne permet pas de prendre connaissance de la réalité. Toute personne cherchant à appréhender la portée temporelle des décisions d'inconstitutionnalité du

---

entre les communes membres d'une communauté de communes ou d'une communauté d'agglomération], 20 juin 2014, à paraître.

<sup>53</sup> A savoir un effet immédiat total.

<sup>54</sup> L'on ne dénote ici qu'une seule et unique décision : C.C., n° 2012-250 Q.P.C., M. Christian G. [Composition de la commission centrale d'aide sociale], 08 juin 2012, particulièrement le considérant 8, *Rec. C.C.* p. 281, *J.O.* 09 juin 2012, p. 9794.

<sup>55</sup> Six décisions illustrent ce cas de figure.

juge fera face à une consécration explicite de l'effet immédiat contentieux, c'est-à-dire à une application limitée aux seules instances en cours. C'est en tout cas ce qui ressort expressément de deux considérants de principe, d'un communiqué sur le site internet de l'institution et, toujours à l'heure actuelle, de la motivation de la très grande majorité des décisions de censure. Le Président du Conseil constitutionnel a également rappelé le principe lors d'une intervention à un colloque organisé dans les locaux de l'institution au début de l'année 2014<sup>56</sup>. Un avocat amené à conseiller une personne susceptible de se voir appliquer un dispositif normatif contesté par voie de question prioritaire de constitutionnalité sera, par exemple, conduit à tout faire pour que son client cristallise une instance juridictionnelle avant le prononcé de la décision du Conseil constitutionnel. La position officielle du juge aboutit en effet à l'instauration d'une forme de course de vitesse pour tout justiciable qui peut raisonnablement penser se voir appliquer une disposition législative, contestée par ailleurs, pour des faits antérieurs à l'éventuelle censure de cette dernière. Contestable en elle-même, la situation l'est d'autant plus qu'elle ne correspond pas du tout à la pratique réelle du juge constitutionnel. A compter de la consécration solennelle du principe de l'effet immédiat contentieux, le Conseil constitutionnel ne l'a jamais appliqué. Bien au contraire, les questions prioritaires de constitutionnalité entraînant l'abrogation de la norme déférée se voient dotées, en règle générale, d'un effet immédiat total. Cette solution est bien plus pertinente, eu égard à sa portée, que celle mise en avant par le juge mais elle n'est pas totalement en mesure de porter ses fruits tant qu'elle n'est pas formalisée juridictionnellement. Au regard des efforts produits pour consacrer la règle de l'effet immédiat contentieux, les juges sont dans l'obligation de faire publiquement leur *mea culpa* et d'exprimer clairement l'évolution jurisprudentielle à l'œuvre depuis plus de 3 ans. Nul ne peut leur tenir rigueur pour ce qui semble être une erreur d'appréciation. L'application dans le temps des décisions de censure est une question intrinsèquement pragmatique, qui se résout généralement au cas par cas, et dont les implications sont difficilement appréciables *a priori*. La volonté d'éclaircir ce point par l'édiction d'un effet de droit commun est louable en ce qu'elle permet de clarifier la question pour l'ensemble des acteurs concernés par la constitutionnalité des textes en vigueur. Elle est en revanche contre-productive lorsqu'elle entraîne plus de complications qu'elle n'en résout et aboutit de la sorte à l'imprécision la plus totale. Les exigences tirées de la sécurité juridique, les objectifs d'accessibilité et d'intelligibilité du droit ainsi que le souci d'assurer la

---

<sup>56</sup> Voir le discours de J.-L. Debré prononcé lors du colloque du 24 janvier 2014 en ligne sur le site internet du Conseil constitutionnel.

réussite du mécanisme de contrôle *a posteriori* instauré en 2008 tendent à l'impératif de consacrer le plus expressément possible la substitution d'un effet immédiat total à son homologue contentieux. L'enjeu est de taille et ne doit pas être sous-estimé, sauf à donner raison à l'abbé de Cadillac qui, dès le XVIII<sup>e</sup> s., rappelait que « principe est synonyme de commencement ; et c'est dans cette signification qu'on l'a d'abord employé ; mais ensuite à force d'en faire usage, on s'en est servi par habitude, machinalement, sans y attacher d'idées, et l'on a eu des principes qui ne sont le commencement de rien »<sup>57</sup>.

---

<sup>57</sup> E. B. CONDILLAC cité par P. MORVAN, « Principes », in D. ALLAND et S. RIALS (Dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, 1<sup>ère</sup> éd., Coll. Quadrige, Lamy-P.U.F., Paris, 2007 (2<sup>nd</sup> tirage), p. 1201.