

Premières réflexions sur les effets des décisions de censure du Conseil constitutionnel.

*Quel(s) bénéfice(s) pour le citoyen de la question prioritaire de constitutionnalité ?**

La doctrine constitutionnaliste, à l'instar du Conseil constitutionnel sans doute, n'est encore pas tout à fait prête à intégrer l'intrusion de « faits » dans sa réflexion ou, en tout état de cause, n'est encore qu'en phase d'apprentissage. Désormais, le litige entre Monsieur Payet et Madame Hoarau sur la hauteur du mur séparant leurs propriétés respectives, litige qui pourrait justifier à lui seul que l'on eût préféré le droit public au droit privé, peut être saisi par le droit constitutionnel grâce à (ou à cause de) la question prioritaire de constitutionnalité. Les « faits », des « litiges concrets » font leur apparition dans une discipline où le fait le plus concret potentiellement envisageable, quoique qu'improbable, a longtemps été l'assassinat par le Chef de l'Etat de son Premier ministre à l'occasion d'un conseil des ministres¹. Sous cet angle, la QPC introduit un renouvellement profond de l'objet de la doctrine constitutionnelle.

L'absence de familiarité avec les faits, avec le réel diront certains, explique sans doute pourquoi toute la mesure des effets des décisions de censure du juge constitutionnel, et notamment dans le temps, n'a pas été prise, ni par le pouvoir de révision constitutionnelle, ni par le législateur organique et qu'elle ne l'a été que de manière progressive et partielle par le Conseil constitutionnel et la doctrine constitutionnelle². Les bénéfices de la QPC, permettant au justiciable de contester la constitutionnalité d'une loi en vigueur dans un procès en cours, n'ont été appréhendés, le plus souvent, que dans l'abstrait. En tant que nouvelle voie de droit permettant au justiciable de contester l'irrégularité de la loi, la QPC présentent trois qualités identifiées en général :

1°) elle constitue un progrès et un renforcement de l'Etat de droit ;

2°) elle garantit un lien, indirect, entre le justiciable et le juge constitutionnel ;

* Cet article est issu d'une contribution à la journée d'études qui s'est tenue à l'Université de Saint-Denis de La Réunion, le 15 avril 2010, pour la première année d'application de la question prioritaire de constitutionnalité. Les organisateurs, les professeurs Mathieu Maisonneuve et Gregory Kalfèche, nous ont aimablement permis de publier cette contribution de manière autonome.

¹ Sans oublier que, dans une telle situation, et quelles que soient les discussions sur l'existence ou l'inexistence « d'un manquement à ses devoirs manifestement incompatibles avec l'exercice de ses fonctions » au sens de l'article 68 de la Constitution, rien ne pourrait être entrepris en pratique contre le Chef de l'Etat, faute d'adoption de la loi organique prévue par la Constitution sur cette question.

² Voir pour une première interrogation notable : T. Di Manno, « Recours devant le Conseil constitutionnel par la voie préjudicielle : la question prioritaire de constitutionnalité », *Jcl. Libertés*, Fasc. 210, § 119 et s.

Voir pour approche détaillée : X. Magnon, V. Bernaud, K. Foucher, J.-P. Mignard, T.S. Renoux, *La question prioritaire de constitutionnalité. Pratique et contentieux*, Litec, Procédures, 2011, § 21 et s.

Voir également, envisagent spécifiquement la question : A. Borzeiy, D. Guérin, « Question prioritaire de constitutionnalité », *Jcl. Procédure pénale*, Fasc. 20, § 74 et s. ; J. Boudon, « Le Conseil constitutionnel s'est-il trompé de Constitution ? A propos de ce que devrait être la modulation dans le temps des effets de ses décisions », *La semaine juridique*, JCP-G, n° 40, 4 octobre 2010, 961 ; D. Levy, « Des précisions sur le principe d'indépendance des juridictions et les effets de l'abrogation d'une disposition législative inconstitutionnelle sur les instances en cours », *Gaz. Pal.*, 27 juillet 2010, n° 208, p. 11 ; P. Puig, « Le Conseil constitutionnel et la modulation des effets dans le temps des décisions QPC », *RTD Civ.*, 2010, p. 517.

3°) elle met la Constitution à disposition du justiciable pour écarter dans un litige toute loi qui lui serait contraire.

Avec un tel degré de généralité, la réflexion publiciste sur les effets des décisions QPC dans le temps se concentre sur le choix entre l'annulation, effet *ex tunc*, et l'abrogation, effet *ex nunc*, tout en intégrant par ailleurs, grâce au tardif mais salvateur arrêt *Association AC!* du Conseil d'Etat³, une modulation éventuelle des effets dans le temps de la décision de censure⁴. Le Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^{ème} République avait suggéré que les dispositions déclarées inconstitutionnelles dans le cadre de la QPC seraient « *abrogées à compter d'une date déterminée par le Conseil constitutionnel dans sa décision et ne [pourraient] être appliquées aux procédures en cours* ». Le principe préconisé est celui de l'abrogation à une date fixée par le juge, tempéré par une application aux procès en cours⁵. Le choix finalement retenu, et ce dès le projet de loi de révision constitutionnelle, sera celui de l'abrogation « *à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou à une date ultérieure fixée par cette décision* ». Le Conseil constitutionnel peut toutefois déterminer « *les conditions et les limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause* » et donc moduler les effets dans le temps de ses décisions. Les débats parlementaires sont pauvres et peu éclairants sur la question des effets des décisions du Conseil constitutionnel. Ils se sont plutôt focalisés sur l'opportunité même de créer une question préjudicielle de constitutionnalité, face, notamment, au risque du « gouvernement des juges »⁶. La loi organique du 10 décembre 2009 n'insérera aucune disposition dans l'ordonnance organique relative aux effets dans le temps des décisions du Conseil constitutionnel, pas plus que le règlement intérieur du Conseil constitutionnel du 4 février 2010, sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité.

Après un an de mise en œuvre de la QPC, force est de constater que le principe de l'abrogation immédiate ou différée, complété par une modulation des effets dans le temps, n'épuise pas les questions susceptibles de se poser. Il ne faut pas s'en étonner. La mise en œuvre pratique d'une nouvelle voie de droit génère toujours des questions imprévisibles qui alimentent la réflexion juridique. L'approche de la QPC est ainsi empirique, tout autant pour les juges que pour la doctrine, même si l'on pouvait penser qu'une approche comparatiste aurait pu permettre d'anticiper certaines difficultés. La question préjudicielle de constitutionnalité en Europe s'appuie

³ C.E., Ass., 11 mai 2004, *Association AC! et autres*, Rec., p. 197, *GAJA*, n° 116 et les références doctrinales qui y sont recensées.

⁴ La doctrine privatiste est beaucoup plus familière de ces questions, qui renvoient à la problématique de l'application des lois dans le temps et du droit transitoire.

⁵ Rapport du Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^{ème} République, *Une V^{ème} République plus démocratique*, La documentation française, 2008, p. 90.

⁶ Voir par exemple les interventions de M. Bouvard, Assemblée nationale, 2^{ème} séance du mardi 27 mai 2008, de J. Myard, Assemblée nationale, 1^{ère} séance du jeudi 29 mai 2008, ou de J.-C. Sandrier, Assemblée nationale, 1^{ère} séance du jeudi 29 mai 2008.

sur une solide expérience⁷ qui pouvait s'avérer utile à la QPC. Parmi toutes les questions posées, celle des effets des décisions de censure du Conseil constitutionnel est cruciale. Elle renvoie directement aux bénéficiaires que le citoyen, dans ses différentes figures, justiciable ou simple destinataire de la loi, peut retirer de la QPC. Dans cette perspective, ne seront envisagées que les déclarations de contrariété à la Constitution et non les réserves d'interprétation, assimilables à des décisions de censure⁸, dont le caractère interprétatif semble devoir imposer une application immédiate et qui ne manqueront pas non plus de soulever des difficultés d'appréciation. S'il est sans doute trop tôt pour entreprendre une étude qui permettrait de résoudre de manière exhaustive toutes les questions que les effets des décisions de censure du Conseil constitutionnel sont susceptibles de poser, il n'en est pas moins impératif d'identifier les difficultés et les incertitudes existantes. Les évolutions et améliorations ultérieures ne seront possibles que si l'attention aura été portée sur ces problèmes.

Contrairement à la présentation majoritaire, les effets des décisions de censure ne se limitent pas à deux situations, à savoir l'annulation, effet *ex tunc*, et l'abrogation, effet *ex nunc*, mais à trois, avec l'effet immédiat, *hic et nunc*⁹, celui-ci pouvant être à son tour sous-distingué selon qu'il est limité aux procès en cours ou qu'il s'étend à l'ensemble des situations nées avant la censure, mais dont les effets juridiques ne sont pas achevés au moment de cette censure. Dans le système imaginé par le pouvoir de révision constitutionnelle, la première situation ne peut être totalement exclue, dans la mesure où le Conseil constitutionnel peut faire varier dans le temps les effets de la censure, même si elle semble exceptionnelle ; la deuxième constitue le principe et la dernière l'inconnue, du moins en partie. Ces différentes situations concernant les effets d'une censure pour les différents destinataires de la loi, le justiciable à l'origine de la QPC, les justiciables dans des procès en cours et les autres destinataires de la loi, méritent d'être illustrées par un exemple concret de censure résultant de la jurisprudence constitutionnelle et dans lequel, en l'occurrence, le juge constitutionnel s'est contenté de déclarer la disposition dénoncée comme « contraire à la Constitution »¹⁰. Dans la décision du 10 décembre 2010, *M. Alain D. et autres [Publication et affichage du jugement de condamnation]*¹¹, le Conseil constitutionnel a censuré l'article 1741 du code général des impôts qui impose au juge de prononcer la peine de publication et d'affichage du jugement de

⁷ Voir en particulier le dossier de la *R.F.D.A.* consacré à la modulation dans le temps des effets d'une annulation contentieuse (n° 3 et 4/2004) et notamment les contributions de P. Bon sur les juridictions constitutionnelles espagnole (p. 690) et portugaise (p. 696), de T. Di Manno sur la Cour constitutionnelle italienne (p. 700) et d'O. Jouanjan sur la Cour constitutionnelle fédérale allemande (p. 676).

⁸ Une réserve d'interprétation vise en effet à écarter une interprétation d'une disposition législative contraire à la Constitution.

⁹ Selon la distinction attribuée à P. Roubier, *Le droit transitoire (conflits de lois dans le temps)*, Dalloz-Sirey, 2^{ème} édition, 1960.

¹⁰ Précisons que, suite à cette censure, le législateur est intervenu pour modifier l'article 1741 du code général des impôts avec l'article 63 de la loi n° 2010-1658 du 29 décembre 2010 de finances rectificative pour 2010 laissant au juge la liberté de prévoir la publicité de la condamnation dans les conditions prévues par les articles 131-35 ou 131-39 du code pénal. Pour que les choses soient simples, le législateur a prévu l'application de cette nouvelle règle à compter du 1^{er} janvier 2011, ce qui crée une période du 12 décembre, après la publication de la décision du Conseil constitutionnel, au 31 décembre pendant laquelle aucune mesure de publicité d'une condamnation pour fraude fiscale n'est possible.

¹¹ C.C., n° 2010-72/75/82 QPC, 10 décembre 2010, *M. Alain D. et autres [Publication et affichage du jugement de condamnation]*, *JORF*, 11 décembre 2010 p. 21710.

condamnation pour le délit de fraude fiscale notamment sur la porte extérieure de l'immeuble ou des établissements professionnels de ces contribuables. Il sera fait abstraction de l'éventuelle application du principe de rétroactivité *in mitius* pour envisager les différentes conséquences potentielles de cette censure pour le citoyen.

En cas d'*effet rétroactif* de la censure, toutes les personnes qui ont déjà fait l'objet de la publication de leur condamnation pour fraude fiscale à l'issue d'un procès doivent être rétablies dans leur situation telle qu'elle existait avant. Il s'agit de remettre en cause les effets déjà réalisés, liés à l'application de la disposition censurée. Dans l'exemple, le bénéfice pour les justiciables ne peut se matérialiser que par un bénéfice pécuniaire. La rétroactivité ouvre ainsi droit à une indemnisation en réparation du préjudice tiré de la publication du jugement de condamnation. En outre, toute publication en cours de la condamnation pour fraude fiscale, notamment par voie d'affichage au domicile du contribuable, sera suspendue, même si elle résulte d'un jugement définitif.

En cas d'*abrogation*, seuls les faits intervenus après la décision de censure du Conseil constitutionnel et susceptibles de constituer une fraude fiscale sont en mesure de bénéficier de la censure et donc d'échapper à une publicité infamante. Seul le citoyen est ici bénéficiaire pour l'avenir de la censure. Le justiciable, c'est-à-dire celui qui est à l'origine de la QPC, et les autres justiciables, autrement dit tous ceux qui font l'objet d'un procès en cours pour une fraude fiscale, ne bénéficieront pas de l'abrogation et pourront être condamnés à la publication de la condamnation pour fraude fiscale. Cette situation apparaît quelque peu absurde, c'est pourquoi, l'application immédiate peut être envisagée, soit pour le procès qui a donné lieu à la QPC, et plus largement pour tous les procès en cours, soit pour toutes les situations existantes avant la censure, mais dont les effets ne sont pas encore achevés au moment de celle-ci.

L'*application immédiate au procès ayant donné lieu à la QPC* permet de faire profiter de la censure le justiciable à l'origine de la QPC. Le bénéfice pour celui-ci consiste, malgré sa condamnation éventuelle pour fraude fiscale, à échapper à la publication de cette condamnation. Cette application immédiate au procès principal peut être étendue à *tous les procès en cours*, c'est-à-dire à tous les cas de fraude fiscale dont ont été saisis les juges mais qui n'ont pas donné lieu à un jugement, ce qui permet à tous les justiciables d'échapper à la publication de leur condamnation.

L'*application immédiate à toutes les situations en cours* concerne tous les faits intervenus avant la censure constitutifs d'une fraude fiscale, que ceux-ci aient ou n'aient pas donné lieu à un contrôle fiscal et, *a fortiori*, sans que le juge n'ait été saisi. Les faits concernés sont antérieurs à la censure et ils n'ont pas achevé de produire leurs effets, même potentiels ; ceux qui en sont à l'origine bénéficieront en conséquence de la censure, s'ils sont poursuivis après celle-ci, et profiteront donc de l'absence de publication de la condamnation ultérieure éventuelle. Une application immédiate générale permettra à toutes les personnes dans cette situation d'échapper à une publicité de leur éventuelle condamnation pour fraude fiscale.

Il convient en dernier lieu d'envisager l'*abrogation différée*. Cette solution oblige le juge constitutionnel à expliciter les effets de sa décision entre le moment de la publication de celle-ci et le moment à partir duquel la disposition législative sera abrogée, ce qui génère de nouvelles difficultés sur lesquelles nous reviendrons.

En pratique, le Conseil constitutionnel a envisagé cas par cas les effets des décisions de censure en fonction des espèces dont il a été saisi, sans pourtant que les conséquences pratiques soient toujours évidentes à tirer, y compris à la lecture des commentaires aux *Cahiers du Conseil constitutionnel*. Conscient, selon toute vraisemblance, de ces difficultés, le Conseil constitutionnel a désormais, dans la décision du 25 mars 2011, *Mme Marie Christine D. [Pension de réversion des enfants]*, posé un considérant de principe permettant de différencier les différents effets dans le temps des décisions de censure : « *si, en principe, 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, les dispositions de l'article 62 de la Constitution réservent à ce dernier le pouvoir tant de fixer la date de l'abrogation et reporter dans le temps ses effets que de prévoir la remise en cause des effets que la disposition a produits avant l'intervention de cette déclaration* »¹². Cette clarification jurisprudentielle, *a priori* insuffisante, a été accompagnée d'un communiqué ultérieur du Conseil constitutionnel, intitulé « Les effets dans le temps des décisions QPC du Conseil constitutionnel » et mis en ligne sur le site le 15 avril 2011¹³.

En principe, la censure bénéficie d'une applicabilité immédiate dans le procès ayant donné lieu à la QPC (*applicabilité immédiate procédurale*) ainsi que dans toutes les instances en cours (*applicabilité immédiate contentieuse*), sauf si le Conseil constitutionnel décide d'une abrogation différée et de reporter ses effets dans le temps ou s'il prévoit la remise en cause des effets que la disposition a produits avant la censure. L'applicabilité immédiate est de principe pour le procès ayant donné

¹² C.C., n° 2010-108 QPC, 25 mars 2011, *Mme Marie-Christine D. [Pension de réversion des enfants]*, JORF, 26 mars 2011, p. 5404, cons. 5 ; n° 2010-110 QPC, 25 mars 2011, *M. Jean-Pierre B. [Composition de la commission départementale d'aide sociale]*, JORF, 26 mars 2011, p. 5406, cons. 8 ; n° 2010-112 QPC, 1^{er} avril 2011, *Mme Marielle D. [Frais irrépétibles devant la Cour de cassation]*, JORF, 2 avril 2011, p. 5892, cons. 8 ; n° 2011-128, 6 mai 2011, *Syndicat SUD AFP [Conseil d'administration de l'Agence France-Presse]*, JORF, 7 mai 2011, p. 7852, cons. 6.

Le Conseil d'Etat a reformulé dans un considérant de principe cette jurisprudence, tout à l'adaptant aux conséquences qu'il doit tirer de la décision de censure dans le procès principal, en jugeant que : « *Considérant que, lorsque le Conseil constitutionnel, après avoir abrogé une disposition déclarée inconstitutionnelle, use du pouvoir que lui confèrent les dispositions précitées, soit de déterminer lui-même les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause, soit de décider que le législateur aura à prévoir une application aux instances en cours des dispositions qu'il aura prises pour remédier à l'inconstitutionnalité constatée, il appartient au juge, saisi d'un litige relatif aux effets produits par la disposition déclarée inconstitutionnelle, de les remettre en cause en écartant, pour la solution de ce litige, le cas échéant d'office, cette disposition, dans les conditions et limites fixées par le Conseil constitutionnel ou le législateur* » (C.E., 13 mai 2011, *M'Rida*, n° 316734).

Voir également pour une citation du considérant de principe du Conseil constitutionnel : C.E., 13 mai 2001, *Lazare et Delannoy et Verzele* (deux arrêts : n° 329290 et n° 317808).

¹³ Voir : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/a-la-une/avril-2011-les-effets-dans-le-temps-des-decisions-qpc-du-conseil-constitutionnel-ii.95651.html>. Ce communiqué suit d'ailleurs un autre communiqué sur le même sujet mis en ligne en juillet-août 2010 : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/a-la-une/juillet-aout-2010-les-effets-dans-le-temps-des-decisions-qpc-du-conseil-constitutionnel.48618.html>.

naissance à la QPC et les procès en cours ; de manière dérogatoire, le Conseil constitutionnel peut étendre les effets de la censure à toutes les situations intervenues avant la censure et dont les effets se seraient réalisés (*rétroactivité*).

Le choix du Conseil constitutionnel entre l'une ou l'autre de ces possibilités s'appuie sur différentes considérations plus ou moins formalisées dans sa jurisprudence : le principe selon lequel la QPC doit bénéficier au demandeur¹⁴, l'effet utile de la procédure¹⁵, la sécurité juridique¹⁶ et l'impossibilité pour le Conseil constitutionnel, qui ne dispose pas d'un pouvoir d'appréciation identique à celui du Parlement, de se substituer au législateur¹⁷. Il est nécessaire pour le Conseil constitutionnel d'opérer une conciliation entre ces différents intérêts parfois contradictoires pour parvenir à une solution satisfaisante du point de vue du justiciable, comme des autres destinataires de la loi censurée.

Depuis la décision *Pension de réversion des enfants*, la nouvelle manière pour le Conseil constitutionnel d'appréhender les effets dans le temps de ses décisions de censure ne résout pas toutes les difficultés d'interprétation susceptibles de se poser en pratique. Ainsi si *l'explicitation des effets de la censure de la loi par le Conseil constitutionnel* traduit un souci louable, il faut y voir *l'œuvre de Dieu* (§ I), *la mise en œuvre pratique pour les organes d'application de la loi* n'en est pas pour autant toujours évidente, certains y verront *la part du diable* (§ II)

§ I – L'œuvre de Dieu : l'explicitation des effets de la censure de la loi par le Conseil constitutionnel

Le nouveau considérant de principe adopté par le Conseil constitutionnel conduit à mettre en avant deux séries de bénéficiaires des décisions de censure : les justiciables, d'une part, c'est-à-dire toutes les personnes qui au moment de la décision sont dans un procès en cours, celle qui est à l'initiative de la QPC comme toutes celles qui sont concernées par l'application de la disposition législative contestée dans un procès en cours et les autres destinataires de la loi, d'autre part. Les premiers apparaissent comme les bénéficiaires de principe de la décision de censure (A) ; les seconds demeurent des bénéficiaires exceptionnels de celle-ci, lorsque le Conseil constitutionnel remet en cause de manière explicite des effets déjà réalisés de la loi (B).

¹⁴ Voir par exemple : C.C., n° 2010-1 QPC, 28 mai 2010, *Consorts L. [Cristallisation des pensions]*, JORF, 29 mai 2010, p. 9728, cons. 12.

¹⁵ Voir par exemple : C.C., n° 2010-14/22 QPC, 30 juillet 2010, *M. Daniel W. et autres [Garde à vue]*, JORF, 31 juillet 2010, p. 14198, cons. 30.

¹⁶ Voir par exemple : C.C., n° 2010-45 QPC, 6 octobre 2010, *M. Mathieu P. [Noms de domaine Internet]*, JORF, 7 octobre 2010, p. 18156, cons. 7.

¹⁷ C.C., n° 2010-14/22 QPC, *précit.*, cons. 30.

A – Le bénéfice premier de l’abrogation aux justiciables

Le justiciable qui soulève une QPC devant le juge de droit commun est au cœur de la nouvelle voie de droit instituée. Le succès de la procédure repose sur le bénéfice que le justiciable peut en tirer dans le litige principal qui le concerne. Le Conseil constitutionnel a ainsi jugé qu’en principe « *la déclaration d’inconstitutionnalité doit bénéficier à l’auteur de la question prioritaire de constitutionnalité* »¹⁸. Le principe de l’abrogation « stricte » est écarté. La censure produit des effets sur des situations nées avant la censure, et précisément sur celle qui a donné lieu à la QPC, on parlera d’*application immédiate procédurale* ou, avec Th. Di Manno, de « rétroactivité procédurale »¹⁹. L’intérêt du justiciable dans la procédure QPC est d’autant plus éminent pour le Conseil constitutionnel que ce dernier admet la possibilité de contester devant lui une disposition dans sa rédaction applicable au procès, même si la disposition n’est plus en vigueur²⁰. Le Conseil constitutionnel a étendu, du moins en principe, cette applicabilité immédiate procédurale à tous les procès en cours, on pourra parler alors d’une *applicabilité immédiate contentieuse*. Ainsi, en principe « *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* »²¹.

La déclaration d’inconstitutionnalité bénéficie donc, en principe, au justiciable à l’origine de la QPC et à tous les justiciables dans une instance en cours. Il faut sans doute considérer qu’en l’absence de précision en ce sens dans la déclaration de contrariété à la Constitution, ce principe s’impose. La question a pu se poser en pratique. Dans les décisions constatant la contrariété à la Constitution, si le Conseil constitutionnel n’a jamais indiqué de manière explicite que le justiciable à l’origine de la QPC bénéficiait de la censure, il existe en revanche des décisions qui précisent les effets de la censure aux procès en cours²² et d’autres qui ne prévoient rien²³. On peut supposer cependant, parce qu’il s’agit de l’effet de « principe » selon le considérant du Conseil constitutionnel, qu’en l’absence de précision en ce sens, la censure implique un effet immédiat

¹⁸ Voir les décisions du Conseil constitutionnel citées dans la note 11.

¹⁹ T. Di Manno, « Recours devant le Conseil constitutionnel par la voie préjudicielle : la question prioritaire de constitutionnalité », *précit.*

²⁰ C.C., n° 2010-73 QPC, 3 décembre 2010, *Société ZEturf Limited [Paris sur les courses hippiques]*, JORF, 4 décembre 2010, p. 21358.

²¹ Voir note 10 les décisions du Conseil constitutionnel citées.

²² C.C., n° 2010-10 QPC, 2 juillet 2010, *Consorts C. et autres [Tribunaux maritimes commerciaux]*, JORF, 3 juillet 2010, p. 12120 ; n° 2010-15/23 QPC, 23 juillet 2010, *Région LANGUEDOC-ROUSSILLON et autres [Article 575 du code de procédure pénale]*, JORF, 24 juillet 2010, p. 13727 ; n° 2010-33 QPC, 22 septembre 2010, *Société Esso SAF [Cession gratuite de terrain]*, JORF, 23 septembre 2010, p. 17292 ; n° 2010-78 QPC, 10 décembre 2010, *Société IMNOMA [Intangibilité du bilan d’ouverture]*, JORF, 11 décembre 2010, p. 21712 ; n° 2010-93 QPC, 4 février 2011, *Comité Harkis et Vérité [Allocation de reconnaissance]*, JORF, 5 février 2011, p. 2351 ; n° 2010-97 QPC, 4 février 2011, *Société L’AVAL DISTRIBUTION [Taxe sur l’électricité]*, JORF, 5 février 2011, p. 2355 ; n° 2010-107 QPC, 17 mars 2010, *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]*, JORF, 18 mars 2011, p. 4936.

²³ C.C., n° 2010-18 QPC, 23 juillet 2010, *M. Labcène A. [Carte du combattant]*, JORF, 24 juillet 2010, p. 13729 ; n° 2010-72/75/82 QPC, 10 décembre 2010, *M. Alain D. et autres [Publication et affichage du jugement de condamnation]*, JORF, 11 décembre 2010 p. 21710 ; n° 2010-67/86 QPC, 17 décembre 2010, *Région Centre et région Poitou-Charentes [AFPA - Transfert de biens publics]*, JORF, 19 décembre 2010, p. 22373 ; n° 2010-88 QPC, 21 janvier 2011, *Mme Danièle B. [Évaluation du train de vie]*, JORF, 22 janvier 2011, p. 1385 ; n° 2010-100 QPC, 11 février 2011, *M. Alban Salim B. [Concession du Stade de France]*, JORF, 12 février 2011, p. 2758.

dans tous les procès en cours. Le communiqué du Conseil constitutionnel du 15 avril 2011 sur les effets dans le temps des décisions QPC confirme cette lecture : « l'effet abrogatif de la déclaration d'inconstitutionnalité interdit que les juridictions appliquent la loi en cause non seulement dans l'instance ayant donné lieu à la question prioritaire de constitutionnalité mais également dans toutes les instances en cours à la date de la décision ». Il ajoute que cette règle est « d'ordre public pour le juge administratif ou judiciaire » qui ne peut « sauf mention expresse contraire dans la décision du Conseil constitutionnel, appliquer à une instance en cours une disposition législative déclarée inconstitutionnelle par le Conseil constitutionnel » et qu'elle s'impose même en l'absence de précision explicite en ce sens dans la décision de censure²⁴.

La référence « aux instances en cours » mérite d'être interrogée. Doit-elle être interprétée de manière stricte ou de manière large ? De manière stricte, seules les instances en cours, c'est-à-dire toutes les situations dans lesquelles le juge a été saisi mais ne s'est pas encore prononcé, sont visées. De manière large, il est possible de considérer que l'application aux instances en cours concerne également tout les jugements ou arrêts non définitifs, c'est-à-dire encore susceptible de faire l'objet d'un appel ou d'un recours en cassation. Le caractère non définitif d'un arrêt ou d'un jugement permettrait alors de faire bénéficier de la censure le justiciable qui fera appel ou qui se pourvoira en cassation après la décision de censure, mais dans les délais de recours. Cette dernière situation s'apparente en l'occurrence à une application immédiate en dehors d'une instance en cours (au sens strict). Le Conseil constitutionnel s'est le plus souvent contenté d'une référence aux « instances en cours »²⁵. Il s'est référé à quatre reprises à des décisions définitives dans des circonstances particulières. Il s'agissait de tirer les conséquences de l'abrogation de dispositions « procédurales » dans un sens large. Ainsi, l'abrogation de l'article 90 du code disciplinaire et pénal de la marine marchande sur la composition des tribunaux maritimes commerciaux est « applicable à toutes les infractions non jugées définitivement »²⁶ ; celle de l'article 575 du code de procédure pénale sur le pourvoi en cassation des parties civiles contre les arrêts de chambre d'instruction l'est « à toutes les instructions préparatoires auxquelles il n'a pas été mis fin par une décision définitive à la date de la publication de la présente décision »²⁷. Le Conseil constitutionnel a encore précisé que la censure des dispositions de l'article L 134-6 du code de l'action sociale et des familles, sur la composition des commissions départementales d'aide sociale, impliquait que les décisions rendues antérieurement par ces commissions « ne peuvent être remises en cause sur le fondement de cette inconstitutionnalité que si l'une des parties l'a invoquée à l'encontre d'une décision n'ayant pas acquis un caractère définitif au jour de la publication de la présente décision »²⁸. Enfin, à propos de la déclaration d'inconstitutionnalité de l'article 35 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la

²⁴ Voir note 10.

²⁵ Voir, en dehors des décisions récentes intégrant le considérant de principe sur les effets dans le temps : C.C., n° 2010-33 QPC, *précit.* ; n° 2010-78 QPC, *précit.* ; n° 2010-93 QPC, *précit.* ; n° 2010-97 QPC, *précit.* ; n° 2010-107 QPC, *précit.*

²⁶ C.C., n° 2010-10 QPC, *précit.*, cons. 5.

²⁷ C.C., n° 2010-15/23 QPC, *précit.*, cons. 9.

²⁸ C.C., n° 2010-110 QPC, *précit.*, cons. 9.

presse, qui exclut la possibilité de prouver la véracité de faits diffamatoires lorsque l'imputation se réfère à des faits qui remontent à plus de dix ans, il a jugé qu'elle était applicable « à toutes les imputations diffamatoires non jugées définitivement au jour de la publication de la présente décision »²⁹. Il semble qu'il faille lire cette différenciation instance en cours/jugement définitif selon une perspective principe/exception. L'application aux seules instances en cours, lecture stricte, est le principe, l'extension aux jugements ou arrêts non définitifs, lecture large, l'exception. Cette exception ne se présume pas. Ce n'est que si le Conseil constitutionnel l'indique de manière explicite que les jugements ou arrêts non définitifs pourront profiter de la censure.

Le principe de l'application immédiate aux instances en cours, sans qu'il ne soit possible de dissocier le procès dans lequel la QPC a été posée des autres procès en cours³⁰, est fort. Il souffre toutefois d'une *exception* et semble faire l'objet d'une *atténuation*.

L'*exception* à ce principe concerne les cas d'abrogation différée. Dans cette situation, il est nécessaire pour le Conseil constitutionnel de préciser les effets de la censure entre le moment de la publication de la décision qu'il rend et la date de l'abrogation fixée. Le juge a décidé soit de geler les contentieux en cours en validant les effets de la disposition inconstitutionnelle, soit de les suspendre, en attendant que le législateur règle la question.

D'une part, le Conseil constitutionnel a gelé les contentieux, et notamment le contentieux ayant généré la QPC, en jugeant que la censure ne produirait aucun effet dans les contentieux en cours. Il l'a fait à trois reprises à propos de la garde à vue afin de préserver « les objectifs de prévention des atteintes à l'ordre public et de recherche des auteurs d'infraction » et d'éviter les « conséquences manifestement excessives » d'une rétroactivité procédurale étendue à tous les procès en cours³¹ ; de la retenue douanière, pour les mêmes raisons³² et de l'hospitalisation sans consentement³³. Dans cette dernière situation, la référence à « la protection de la santé » s'ajoute aux « atteintes à l'ordre public » et aux « conséquences manifestement excessives »³⁴, la « recherche des auteurs d'infraction » disparaissant de la motivation. Ces situations ne doivent rester qu'exceptionnelles. Elles s'imposent cependant au Conseil constitutionnel qui n'a aucun autre moyen de régler les effets de l'inconstitutionnalité face au silence des textes qui encadrent l'exercice de sa compétence. Dans les trois situations, il s'agissait de procédures visant à maintenir l'ordre public dont la disparition aurait contribué à lui

²⁹ C.C., n° 2010-131 QPC, 20 mai 2011, *Mme Térésa C. et autre [Exception de vérité des faits diffamatoires de plus de dix ans]*, JORF, 20 mai 2011, p. 8890, cons. 7.

³⁰ Aussi bien le procès qui a donné lieu à la QPC que l'ensemble des procès en cours au moment de la décision bénéficient de manière immédiate de la censure, sans que l'on puisse envisager de dissocier ces deux situations. C'est ce que semble confirmer le communiqué *précité* du Conseil constitutionnel d'avril 2011 sur les effets dans le temps des décisions QPC.

³¹ C.C., n° 2010-14/22 QPC, *précit.*, cons. 30.

³² C.C., n° 2010-32 QPC, 22 septembre 2010, *M. Samir M. et autres [Retenue douanière]*, JORF, 23 septembre 2010, p. 17291, cons. 9.

³³ C.C., n° 2010-71 QPC, 26 novembre 2010, *Mlle Danielle S. [Hospitalisation sans consentement]*, JORF, 27 novembre 2010, p. 21119, cons. 41.

³⁴ C.C., n° 2010-71 QPC, *précit.*, cons. 41.

porter gravement atteinte. D'un côté, il ne peut se substituer au législateur pour prévoir les règles remplaçant celles censurées. Il doit donc laisser ce dernier intervenir et lui laisser le temps de le faire. De l'autre, compte tenu de la période laissée au législateur, l'absence de réglementation est impossible, on ne peut ainsi faire échec à toute garde à vue pendant six mois, pas plus que l'on ne peut empêcher toute saisie douanière pendant ce délai ou empêcher qu'un médecin puisse après examen médical maintenir hospitalisée une personne atteinte de troubles mentaux. La censure aboutit à un vide aux conséquences sociales particulièrement problématiques et même inconcevables. L'intérêt des justiciables, même si ces derniers sont légitimes à ne pas se voir appliquer une procédure inconstitutionnelle, cède face à l'intérêt général.

Le Conseil constitutionnel peut, d'autre part, faire prévaloir et préserver le principe de l'applicabilité immédiate contentieuse. Il peut en effet imposer, entre la décision de censure et l'abrogation différée, la suspension des procès en cours jusqu'à l'intervention du législateur. Il appartiendra alors à ce dernier, de manière rétroactive, de déterminer la manière dont seront résolus les procès en application de la disposition censurée. Le Conseil constitutionnel l'a fait à trois reprises, à propos de la cristallisation des pensions³⁵ et de la rente viagère d'invalidité³⁶, pour des questions financières liées à l'attribution d'une rente ou d'une pension, et pour les noms de domaine internet³⁷, dans une situation d'incompétence négative du législateur. Le bénéfice de la censure n'est donc pas immédiat dans une telle situation. Il faut attendre l'intervention du législateur, qui conditionnera par ailleurs la solution au fond du juge saisi au principal et l'existence ou l'inexistence d'un bénéfice pour les justiciables de la censure.

Une situation nouvelle doit encore être ajoutée. Elle laisse perplexe, d'autant plus qu'elle intervient précisément au moment où le Conseil constitutionnel a posé un considérant de principe censé clarifier les effets dans le temps de ses décisions. Dans deux cas d'abrogation différée, le Conseil constitutionnel s'est borné à indiquer que « *il y a lieu de reporter au 1er janvier 2012 la date de l'abrogation de cet article afin de permettre au législateur d'apprécier les suites qu'il convient de donner à cette déclaration d'inconstitutionnalité* », sans préciser les effets ni dans le procès principal, ni dans les procès en cours³⁸.

Dans la première décision, l'abrogation de la disposition contestée aboutissait à supprimer les droits à l'héritage reconnus aux orphelins ; dans la seconde, la censure faisait revivre les dispositions antérieures et supprimait, en conséquence, des droits accordés à la partie civile. Dans les deux cas, selon les commentaires aux *Cahiers du Conseil constitutionnel*, le Conseil a laissé « *au législateur la plus grande marge d'appréciation pour décider non seulement quelle législation doit être adoptée mais*

³⁵ C.C., n° 2010-1 QPC, *précit.*

³⁶ C.C., n° 2010-83 QPC, 13 janvier 2011, M. Claude G. [*Rente viagère d'invalidité*], JORF, 14 janvier 2011, p. 811.

³⁷ C.C., n° 2010-45 QPC, *précit.*

³⁸ C.C., n° 2010-108 QPC, 25 mars 2011, Mme Marie-Christine D. [*Pension de réversion des enfants*], JORF, 26 mars 2011, p. 5404, cons. 6 ; C.C., n° 2011-112 QPC, 1^{er} avril 2011, Mme Marielle D. [*Frais irrépétibles devant la Cour de cassation*], JORF, 2 avril 2011, p. 5892, cons. 9.

encore s'il y a lieu de légiférer pour remplacer les dispositions déclarées contraires à la Constitution ». Quelles sont les conséquences de la censure sur le procès qui a généré la question de constitutionnalité et sur les autres instances en cours ? Il semble qu'il faille devoir attendre l'intervention du législateur et donc qu'il appartienne aux juges, confrontés à l'application de la disposition censurée, d'attendre cette intervention. Le sursis à statuer devrait donc s'imposer. Il reste, comme les commentaires aux *Cahiers* le soulignent, que le législateur pourrait très bien décider de ne pas intervenir et de maintenir la situation telle qu'elle résulte de la censure, ce qui aboutit, dans les espèces envisagées, à supprimer les droits des orphelins ou à décider de la suppression de droits à la partie civile. Ainsi, deux situations sont susceptibles de voir le jour, soit le législateur intervient et réglera la question des procès en cours, au moment de la QPC, soit il n'intervient pas et, à la date de l'abrogation prévue, le droit applicable est celui qui résulte de cette abrogation. Le Conseil constitutionnel a semble-t-il voulu à la fois ménager le législateur, plutôt réticent face à l'injonction du juge de statuer dans un certain délai, et les juges de droit commun, qui ne se voient pas enjoindre un comportement, ce qui a pu être critiqué par la doctrine³⁹. En préservant cette dernière liberté des juges du fond, le Conseil a cependant sacrifié la sécurité juridique dans l'application des décisions qu'il rend. S'il apparaît évident que les juges du fond doivent sursoir à statuer en attendant la réaction du législateur au jour de l'abrogation, rien ne les y oblige. Il faudra donc que les justiciables comptent sur des juges non seulement compréhensifs, ce dont on ne saurait douter et, surtout, familiers de la jurisprudence constitutionnelle, ce qui, aujourd'hui encore, demeure plus incertain.

B – La remise en cause des effets déjà réalisés au profit des autres destinataires de la loi censurée

L'abrogation, immédiate ou différée, n'épuise pas tous les effets qu'une décision de censure est susceptible de produire. Le Conseil constitutionnel peut en effet décider, après avoir constaté l'abrogation, que soient remis en cause des effets déjà réalisés au profit d'autres destinataires que les justiciables (rétroactivité). Cette possibilité, désormais identifiée de manière explicite et générique depuis la décision du 25 mars 2011, *Mme Marie-Christine D. [Pension de réversion des enfants]*⁴⁰, a été peu utilisée en pratique et ce toujours de manière implicite. Seule la lecture et l'analyse des effets de la censure révèlent une remise en cause dans le temps d'effets déjà réalisés. Il importe de préciser, pour qu'il n'y ait aucune ambiguïté sur le fait que les décisions envisagées participent d'une remise en cause d'effets déjà réalisés, que l'abrogation d'une disposition législative n'a d'effet pour l'avenir, c'est-à-dire que seuls des faits nés après la censure pourront bénéficier de la censure. En outre, la remise en cause d'effets déjà réalisés s'inscrit dans une logique de rétroactivité et non dans une logique d'application immédiate. Il s'agit de remettre en

³⁹ Voir en particulier : P. Puig, « Le Conseil constitutionnel et la modulation des effets dans le temps des décisions QPC », *précit.*

⁴⁰ C.C., n° 2010-108 QPC, *précit.*

cause des effets déjà réalisés, concernant par définition des faits antérieurs à la censure, et non pas de faire produire un effet immédiat à la censure à des faits antérieurs mais dont les effets ne sont pas achevés. Plusieurs décisions peuvent illustrer cette situation.

La décision du 11 juin 2010, *Mme Vivianne L.* [Loi « anti-Perruche »]⁴¹, peut être classée dans les décisions de censure remettant en cause des effets définitifs. De tels effets paraissent inhérents à la disposition législative censurée. Celle-ci, contenue dans la loi du 11 février 2005, prévoyait l'application du dispositif « anti-Perruche » aux instances en cours à la date d'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002, à l'exception de celles où il a été irrévocablement statué sur le principe de l'indemnisation. La loi de 2005 impose ainsi, de manière rétroactive, une application immédiate de la loi de 2002 aux instances en cours. La conséquence pour les justiciables est forte. Certains, et plus précisément les personnes nées handicapées, perdent un droit à être indemnisé de leur préjudice du seul fait de leur naissance ; d'autres, les parents en l'occurrence, doivent prouver une faute caractérisée d'un professionnel ou d'un établissement de santé pour engager la responsabilité de ces derniers et ne peuvent être indemnisés pour les charges particulières découlant du handicap de leur enfant qu'au titre de la solidarité nationale. La censure de la disposition de la loi de 2005 est censée produire des effets dans toutes les instances en cours à la date d'entrée en vigueur de la loi de 2002, celles-ci (les instances en cours) étant visées par celle-là (la disposition de la loi de 2005 censurée). La question qui se pose consiste à déterminer les conséquences pratiques de cette censure. Soit il existe encore des contentieux en cours, et qui l'étaient déjà au moment de l'entrée en vigueur de la loi de 2002, portant sur l'application de la possibilité d'obtenir une indemnisation du fait de sa naissance à des faits nés avant cette loi de 2002, ce qui en l'occurrence n'est pas le cas dans le procès qui a donné lieu à la QPC⁴², et ceux-ci bénéficient de la censure ; soit il n'en existe plus, pour des raisons temporelles, un procès doit être encore cours en 2010 alors qu'il l'était déjà en 2002, et alors la censure n'emporte aucune conséquence pratique⁴³. Il est parfaitement possible de considérer que la censure n'a qu'une portée symbolique, sans aucun effet pratique, mais l'on peut également penser que la censure doit emporter un effet utile pour les justiciables. De tels effets ne peuvent être que rétroactifs. Il s'agirait, pour tous les justiciables dans un procès qui était en cours en 2002 et dans lequel le juge a, en application de la loi de 2005, appliqué la loi « anti-Perruche » dans un jugement devenu définitif, de se voir ouvrir la possibilité d'entamer un nouveau procès leur permettant de tirer profit de la jurisprudence Perruche. Cette solution ouvre cependant un certain paradoxe

⁴¹ C.C., n° 2010-2 QPC, 11 juin 2010, *Mme Vivianne L.* [Loi dite "anti-Perruche"], JORF, 12 juin 2010, p. 10847.

⁴² En effet, dans le procès principal, il était simplement question de la non application à des faits datant de 1995 de la loi de 2002 et qui n'avaient pas donné lieu à un procès en cours en 2002. Ce n'est donc pas la question de l'application immédiate de la loi de 2002 au procès en cours qui se posait au principal, mais le Conseil d'Etat a néanmoins admis le lien avec le procès principal dans la mesure où la disposition sur l'effet immédiat déterminait l'application dans le temps du nouveau régime, lui aussi contesté, fixé par la loi « anti-Perruche ». Voir *infra* § II B.

⁴³ Chacune de ces situations se retrouve dans deux arrêts du Conseil d'Etat ayant été rendus le même jour, le 13 mai 2011, *Lazare* (n° 317808) et *Delannoy et Verzelles* (n° 329290), le premier arrêt ayant donné lieu à la QPC dans les conditions évoquées, le second intervenant dans un contentieux en cours non seulement au moment de la censure, mais également au moment de l'adoption de la loi de 2002.

temporel : il faudra juger aujourd'hui en application d'une règle abandonnée depuis 2002⁴⁴. Il n'en reste pas moins vrai que la censure ne saurait emporter de conséquences pratiques que si elle présente un effet rétroactif.

Dans la décision du 14 octobre 2010, *Compagnie agricole de la Crau [Imposition due par une société agricole]*⁴⁵, le Conseil constitutionnel fait produire, de manière implicite, des effets rétroactifs à sa censure. Celle-ci concerne une disposition législative qui, selon la portée effective qui lui est conférée par une interprétation jurisprudentielle constante, imposait un prélèvement obligatoire de caractère fiscal à une entreprise, sans aucune contrepartie pour elle, pour une durée indéterminée. Cette disposition, si elle avait été seulement abrogée, permettait à l'entreprise ne plus avoir à acquitter ce prélèvement, pour l'avenir. Le Conseil constitutionnel précise que la censure « *pourra être invoquée à l'encontre de prélèvements non atteints par la prescription* »⁴⁶. Autrement dit, l'entreprise en question pourra récupérer les prélèvements déjà versés, à condition qu'ils n'aient pas été atteints par la prescription. Les effets sont donc bien rétroactifs, mêmes s'ils sont limités dans le temps aux seuls prélèvements non touchés par la prescription.

La question de la rétroactivité de la censure présente un relief particulier en matière pénale en raison du principe de la rétroactivité *in mitius*. La disparition d'une incrimination ou d'une peine devrait *a priori*, en application de ce principe, emporter des conséquences rétroactives dans tous les procès définitifs antérieurs. En particulier, comme le relève Th. Di Manno⁴⁷, on peut penser que, lorsque la peine est en cours d'exécution, l'article 112-4 du code pénal s'applique, en vertu duquel « la peine cesse de recevoir exécution quand elle a été prononcée pour un fait qui, en vertu d'une loi postérieure au jugement, n'a plus le caractère d'une infraction pénale ». La décision du 10 décembre 2010, *M. Alain D. et autres [Publication et affichage du jugement de condamnation]*⁴⁸, s'inscrit dans cette perspective. Le Conseil constitutionnel censure une disposition de loi prévoyant une peine complémentaire obligatoire en cas de condamnation pour fraude fiscale consistant en la publication de cette condamnation, notamment au domicile et sur les immeubles des établissements professionnels du contribuable concerné. Il se contente de la déclarer contraire à la Constitution. L'application immédiate aux procès en cours dans leur ensemble s'impose et, en application de l'article 112-4 du code pénal, toutes les publications de condamnation pour fraude fiscale en cours doivent être suspendues (effet rétroactif). On voit mal une rétroactivité pouvant aller au-delà, c'est-à-dire qui permettrait à tous ceux qui ont subi un préjudice consécutif à cette

⁴⁴ Les juridictions judiciaires ont pu ainsi appliquer la jurisprudence « Perruche » à des faits antérieurs à la loi de 2002 mais dont le contentieux est né après celle-ci, les faits antérieurs à la loi demeurant couverts par la règle antérieure. Voir : C. cass., civ. 1^{ère}, 30 octobre 2007, inédit, req. n° 06-17325 ; civ. 1^{ère}, 8 juillet 2008, req. n° 07-12159.

⁴⁵ C.C., n° 2010-52 QPC, 14 octobre 2010, *Compagnie agricole de la Crau [Imposition due par une société agricole]*, JORF, 15 octobre 2010, p. 18540.

⁴⁶ Cons. 9.

⁴⁷ T. Di Manno, « Recours devant le Conseil constitutionnel par la voie préjudicielle : la question prioritaire de constitutionnalité », *précit.*, § 126.

⁴⁸ C.C., n° 2010-72/75/82 QPC, 10 décembre 2010, *M. Alain D. et autres [Publication et affichage du jugement de condamnation]*, JORF, 11 décembre 2010 p. 21710.

peine infamante de réclamer réparation de ce préjudice, du moins en l'absence de précision en ce sens du Conseil constitutionnel.

La décision du 11 juin 2010, *M. Stéphane A. et autres [Article L 7 du code électoral]*⁴⁹, se rapproche de l'exemple précédent. Dans cette décision, le Conseil constitutionnel censure une disposition du code électoral qui prévoyait, en cas de condamnation pour un certain nombre d'infractions, une peine accessoire : l'absence d'inscription sur les listes électorales. Précisant les effets de l'abrogation, il considère que « *l'abrogation de l'article L. 7 du code électoral permet aux intéressés de demander, à compter du jour de publication de la présente décision, leur inscription immédiate sur la liste électorale dans les conditions déterminées par la loi* » (cons. 6). Ainsi, toutes les personnes définitivement condamnées et ayant fait l'objet, en vertu de l'article L 7 du code électoral, d'une absence d'inscription sur les listes électorales, peuvent bénéficier de la censure. La décision du Conseil constitutionnel remet ainsi en cause des effets déjà réalisés, l'absence d'inscription sur les listes électorales en raison de la condamnation à certaines infractions. L'effet est donc rétroactif, même si l'étendue de la rétroactivité est limitée : l'inscription immédiate sur les listes électorales. Les personnes condamnées sont seulement en mesure de retrouver leur droit de vote, elles ne peuvent pas, par exemple, obtenir une indemnisation du fait du préjudice consécutif à leur condamnation en vertu d'une disposition législative inconstitutionnelle, ce qui aurait pu constituer un effet rétroactif à une censure, faute de pouvoir rétablir la situation d'origine.

§ II – La part du Diable : la mise en œuvre pratique par les organes d'application de la loi

L'explicitation des effets d'une censure par le Conseil constitutionnel ne règle pas tout. Il semble d'ailleurs difficile pour le Conseil constitutionnel de tout prévoir et il n'est pas forcément opportun qu'il le fasse. Il existe une part incompressible de pouvoir discrétionnaire des organes d'application dans la mise en œuvre des décisions de censure. La censure ne résout donc que le procès incident de constitutionnalité ; elle ouvre de nouvelles questions dans le procès principal. Du côté du juge *a quo* à l'évidence, comme des juges devant appliquer la disposition censurée dans des procès en cours, il leur appartiendra en premier lieu de tirer les conséquences de la censure dans le procès principal, ce qui ne se fait pas forcément de manière mécanique. A cet égard, la question des effets de l'abrogation dans le procès principal pour le juge relève une part d'impondérable pour le Conseil constitutionnel (B). Le juge n'est cependant pas le seul organe d'application de la loi concerné par la censure. L'administration comme les personnes privées, lorsqu'elles appliquent la disposition de loi censurée, le sont également. Cette situation renvoie en pratique à la question de l'application immédiate de la censure en dehors des procès en cours. Or, le Conseil constitutionnel a, semble-t-il, occulté cette dimension malgré toute son importance.

⁴⁹ C.C., n° 2010-6/7 QPC, 11 juin 2010, *M. Stéphane A. et autres [Article L 7 du code électoral]*, JORF, 12 juin 2010, p. 10849.

Ainsi la question de l'application immédiate en dehors des procès en cours par l'administration et les personnes privées génère des incertitudes (A).

A – L'incertitude pour l'administration et les personnes privées : l'application immédiate en dehors des procès en cours

La question de l'application immédiate de la censure en dehors des procès en cours semble n'avoir pas été envisagée de manière spécifique par le Conseil constitutionnel en tant que catégorie générique de situation à prendre en compte en cas de censure. Si le principe veut que l'abrogation produise un effet immédiat dans le procès qui a donné lieu à la QPC et dans tous ceux en cours, rien n'est prévu en dehors. Ce silence doit-il être interprété comme permettant l'application de dispositions déclarées inconstitutionnelles par l'administration ou des personnes privées à des situations nées avant la censure, mais dont les effets n'ont pas été épuisés au moment de cette censure ? Seule l'existence d'un procès en cours justifie-t-elle l'effet immédiat de la censure ? Telles sont les interrogations que l'on peut formuler sur cette question. Face au silence général du Conseil constitutionnel, il appartiendra à l'administration et aux personnes privées de décider ce qu'il en sera, sous le contrôle du juge de droit commun en l'occurrence, avec toutes les difficultés que cela engendre en termes de sécurité juridique.

Certaines décisions du Conseil constitutionnel participent d'une application immédiate, sans que la situation ne soit singularisée en tant que telle par le juge. Tel est le cas des décisions censurant la composition d'un organe et qui précisent quelle sera sa composition à l'avenir. Dans la décision du 2 juillet 2010, *Consorts C. et autres [Tribunaux maritimes commerciaux]*, le Conseil précise que l'abrogation de la disposition sur la composition des tribunaux maritimes commerciaux « *est applicable à toutes les infractions non jugées définitivement au jour de la publication de la présente décision ; que, par suite, à compter de cette date, pour exercer la compétence que leur reconnaît le code disciplinaire et pénal de la marine marchande, les tribunaux maritimes commerciaux siègeront dans la composition des juridictions pénales de droit commun* »⁵⁰. La formule « *toutes les infractions non jugées définitivement* » semble devoir être comprise comme visant toutes les infractions constatées avant la censure, mais qui n'ont pas fait encore l'objet d'un jugement, qui sont en cours de jugement ou qui ont donné lieu à un jugement non définitif ainsi que tous les faits antérieurs à la censure constitutifs de telles infractions. La censure, et la composition nouvelle du Tribunal, sont applicables immédiatement pour toutes les infractions constatées avant la décision de censure. Le même raisonnement peut-être transposé à la décision du 25 mars 2011, *M. Jean-Pierre B. [Composition de la commission départementale d'aide sociale]*. Le Conseil précise en effet qu'à compter de la publication de la décision « *les commissions départementales d'aide sociale siègeront dans la composition résultant de la présente déclaration d'inconstitutionnalité* »⁵¹. Cette formule suppose une application immédiate, c'est-à-dire que toutes

⁵⁰ C.C., n° 2010-10 QPC, *précit.*, cons. 5.

⁵¹ C.C., n° 2010-110 QPC, *précit.*, cons. 9.

les demandes dont a été saisie la commission avant la décision de censure, mais sur lesquelles elle n'a pas encore statué, ainsi que toutes les demandes portant sur des faits antérieurs à la censure, seront examinées par la commission dans sa composition nouvelle, consécutive à la censure. Enfin, dans la décision du 17 mars 2011, *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]*⁵², la censure d'une disposition conférant au représentant de l'Etat en Polynésie française la capacité de prononcer de plein droit la nullité absolue d'une délibération du conseil municipal conduit le Conseil constitutionnel à imposer l'application des règles de droit commun du déféré préfectoral. Là encore l'application ne peut-être qu'immédiate, c'est-à-dire concerner tous les actes adoptés avant la décision de censure, mais avant que les délais des recours contentieux ne soient épuisés.

Il est d'autres cas où il n'y a aucune prise en compte, même implicite, de l'application immédiate, en particulier dans des situations visibles, qui sont d'autant plus problématiques. Ainsi, lorsque le Conseil constitutionnel prononce une abrogation différée et qu'il suspend les procès en cours pour préserver les effets de la censure, ce qu'il a fait dans sa première décision QPC ainsi que dans la décision du 13 janvier 2011, *M. Claude G. [Rente viagère d'invalidité]*⁵³, que faut-il comprendre quand à l'attitude que doivent adopter les autres organes d'application ? Le juge doit suspendre ; mais l'administration ou les personnes privées, même si ces dernières n'étaient *a priori* pas concernées dans les décisions invoquées, doivent-elle continuer à appliquer la disposition contraire à la Constitution ? Il est vrai que l'on voit mal comment la disposition censurée pourrait être appliquée par l'administration ou les personnes privées. De telles conséquences doivent-elles pour autant rester seulement implicites ou doivent-elles être explicitées dans les motifs des décisions ? Comment les organes d'application sont-ils informés de l'existence de la décision du Conseil constitutionnel et, s'ils le sont, comment doivent-ils interpréter cette décision ? Quelle sécurité juridique est garantie pour les administrés et les personnes privées s'ils ne sont pas certains de pouvoir identifier de manière claire, intelligible et accessible les effets qu'est susceptible de produire une décision de censure ? Certains y verront une évidence. L'abrogation différée accompagnée d'une suspension des procès en cours impose la suspension d'application de la disposition pour tous les destinataires qu'elle vise. Il n'est pas certain que le citoyen ait intuitivement la même lecture que la doctrine, du moins celle qui a identifié cette difficulté.

Les difficultés liées à l'application immédiate sont parfois moins grossières mais tout aussi problématiques. Dans la décision du 21 janvier 2011, *Mme Danièle B. [Evaluation du train de vie]*⁵⁴, la disposition prévoyant une majoration de la base d'imposition prévue en cas de disproportion « particulièrement » marquée entre le train de vie du contribuable et ses revenus est déclarée contraire à la Constitution, sans aucune autre précision. Si l'on s'en tient aux principes posés par le Conseil constitutionnel, il y a abrogation pour l'avenir et application immédiate à tous les

⁵² C.C., n° 2010-107 QPC, *précit.*

⁵³ C.C., n° 2010-83 QPC, 13 janvier 2011, *M. Claude G. [Rente viagère d'invalidité]* JORF, 14 janvier 2011, p. 811.

⁵⁴ C.C., n° 2010-88 QPC, 21 janvier 2011, *Mme Danièle B. [Evaluation du train de vie]*, JORF, 22 janvier 2011, p. 1385.

procès en cours générés par l'application de cette disposition. Qu'en est-il, toutefois, de tous les contrôles fiscaux en cours au moment de la censure ? Seule une application immédiate permettra aux contribuables visés de bénéficier de la censure. En cas d'abrogation simple, dans notre exemple, seuls ceux qui feront l'objet d'un contrôle après la censure pour des faits également postérieurs à celle-ci en bénéficieront. Les faits nés avant la censure, mais qui n'ont pas achevé de produire leurs effets, demeurent couverts par la disposition qui a fait l'objet d'une censure.

Il est toujours possible de nuancer la difficulté liée à la question de l'application immédiate en dehors des procès en cours. Dans chaque espèce, il est sans doute possible de considérer que les conséquences de la censure impliquent *implicitement mais nécessairement* une application immédiate. Il n'en reste pas moins qu'une plus grande lisibilité serait utile et même nécessaire alors qu'il s'agit d'une nouvelle réforme, dont la mise en œuvre recèle encore des incertitudes.

B - L'impondérable pour le juge *a quo* : les conséquences de l'abrogation dans le procès principal

Il est une première situation, pour le moins étonnante, dans laquelle la censure d'une disposition législative n'a aucun effet dans le procès principal. Nous avons vu que cela pouvait être le cas lorsque le législateur, amené à intervenir après une abrogation différée, règle de manière rétroactive les conséquences de cette abrogation différée pour les procès en cours qui ont été suspendus par le Conseil constitutionnel, en les excluant du bénéfice des nouvelles mesures ou lorsque le juge constitutionnel, toujours en cas d'abrogation différée, gèle les contentieux en cours qui sont en quelque sorte validés. De telles situations sont la conséquence des choix du Conseil constitutionnel consécutifs à une abrogation différée. Il en est d'autres dont on peut trouver l'origine dans la première condition posée par l'article 23-2 de l'ordonnance organique du 7 novembre 1958, à laquelle est subordonnée la transmission d'une QPC : « *la disposition contestée [dot être] applicable au litige ou à la procédure* »⁵⁵. Le lien entre le procès principal et le procès incident est souple, il suffit que la loi soit *applicable* et non pas qu'il soit *nécessaire* de résoudre la question de constitutionnalité (le procès incident) pour pouvoir résoudre le procès principal, ou qu'il soit *impossible* de résoudre le procès principal sans avoir résolu auparavant le procès incident, comme cela est en général le cas dans les autres systèmes européens. Ce lien souple, combiné à une appréciation libérale de cette première condition par les juges de droit commun, rend possible une abrogation sans effet dans le procès principal. Cette souplesse met en lumière une dimension objective du contentieux de constitutionnalité des lois dans le cadre de la QPC, qui peut être perverse vis-à-vis du justiciable à l'origine de la QPC, dans la mesure où il pourrait ne pas bénéficier de la censure dans le procès principal.

⁵⁵ Si la disposition constitue le fondement des poursuites en matière pénale, la question ne se pose pas.

Tel est précisément le cas de la décision sur la loi dite anti-Perruche⁵⁶. Le procès principal ayant donné lieu à la QPC porte sur l'application de la loi anti-Perruche à des faits remontant à 1995 sur lesquels le juge administratif s'est prononcé pour la première fois dans un jugement de 2007. Pour échapper à la loi anti-Perruche, les requérants devaient obtenir la censure de la disposition de la loi de 2002, la loi « anti-Perruche », et seulement de cette disposition, qui pose le principe de l'interdiction de l'indemnisation d'un préjudice du seul fait de sa naissance, l'exigence d'une faute caractérisée pour la mise en cause de la responsabilité des professionnels et des établissements de santé et la prise en charge par la solidarité nationale des charges liées au handicap. Ils contestaient également, et c'est la seule disposition qui sera finalement censurée, une disposition d'une loi de 2005 qui prévoyait, de manière rétroactive, l'application immédiate de la loi de 2002 pour tous les procès en cours alors. Selon ce texte, « *les dispositions de l'article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles tel qu'il résulte du 1 du présent II [c'est-à-dire le dispositif anti-Perruche] sont applicables aux instances en cours à la date d'entrée en vigueur de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 précitée, à l'exception de celles où il a été irrévocablement statué sur le principe de l'indemnisation* ». Le Conseil d'Etat a interprété cette disposition en jugeant qu'il en résulte « *implicitement mais nécessairement (...) que le législateur a entendu rendre l'article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles applicable à la réparation des préjudices dont le fait générateur, constitué par la naissance d'un enfant atteint d'un handicap non décelé pendant la grossesse, est antérieur au 5 mars 2002, date d'entrée en vigueur de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002* »⁵⁷. Cette interprétation, conforme à celle proposée par le rapporteur public⁵⁸, tend à déduire du principe d'une application immédiate aux instances en cours, une application immédiate en général⁵⁹, c'est-à-dire à des faits antérieurs dont les effets ne sont pas achevés, aucune instance n'ayant été engagée⁶⁰. Elle conduit à appliquer à ces derniers faits le dispositif anti-Perruche. Elle peut être discutée dans la mesure où l'application aux « instances en cours » n'implique pas nécessairement, ni ne suppose, une application à des faits antérieurs n'ayant pas donné lieu à une « instance en cours ». Il s'agit de deux situations différentes susceptibles d'être appréhendées de manière isolée. La Cour de cassation retient d'ailleurs une autre interprétation que celle du Conseil d'Etat. Elle applique la jurisprudence Perruche aux faits nés avant la loi de 2002 et qui ont donné lieu à une instance après⁶¹.

⁵⁶ C.C., n° 2010-2 QPC, *précit.*

⁵⁷ C.E., 14 avril 2010, *Mme Vivianne A.*, req. 329290.

⁵⁸ Voir C. de Salins, « La « loi anti Perruche ». Conclusions sur Conseil d'Etat 14 avril 2010, *Mme Lazare*, req. n° 329290 », *RFD*, 2010, p. 696.

⁵⁹ Certains auteurs pourraient y voir une application rétroactive. Il reste qu'il s'agit pas ici de proposer une qualification indiscutable, si l'on suppose qu'une telle qualification est possible, ou d'en discuter mais de montrer qu'une censure d'une disposition législative par le Conseil constitutionnel dans le cadre d'une QPC peut n'emporter aucune conséquence dans le procès principal.

⁶⁰ Le Conseil constitutionnel distingue en l'occurrence les deux situations en jugeant que « *si les motifs d'intérêt général précités pouvaient justifier que les nouvelles règles fussent rendues applicables aux instances à venir relatives aux situations juridiques nées antérieurement [application immédiate en dehors des procès en cours], ils ne pouvaient justifier des modifications aussi importantes aux droits des personnes qui avaient, antérieurement à cette date, engagé une procédure en vue d'obtenir la réparation de leur préjudice [application immédiate aux procès en cours]* » (cons. 23).

⁶¹ Voir note n° 40.

Il reste que, si le dispositif anti-Perruche est validé par le Conseil constitutionnel, la question de son application aux procès en cours au moment de l'adoption de ce dispositif a fait l'objet d'une censure. Aussi, devant le juge du fond, une alternative s'ouvre-t-elle : soit il considère que la disposition censurée visait à ce que la loi de 2002 soit appliquée non seulement aux instances en cours mais également à tous les faits antérieurs à son adoption qui n'ont pas donné lieu à une demande indemnitaire (application immédiate générale, selon la lecture du Conseil d'Etat) ; soit il considère que seuls les faits ayant donné lieu à un procès en cours en 2002 étaient visés (application immédiate limitée aux procès en cours, selon la lecture de la Cour de cassation). Dans le premier cas, le justiciable à l'origine de la QPC pourra bénéficier de la censure, la loi anti-Perruche ne sera pas appliquée ; dans le second, il n'en tirera pas de bénéfice, car il n'y avait pas de procès en cours en 2002. Il est donc possible qu'une censure d'une disposition législative ne produise aucun effet dans le procès principal. L'arrêt rendu par le Conseil d'Etat le 13 mai 2011, *Lazare*, dans le procès principal qui a généré la QPC, confirme cette hypothèse, même si le raisonnement suivi présente quelques singularités par rapport à l'alternative proposée, en ce qu'elle mélange à la fois sa propre lecture de la disposition de la loi de 2005 et celle retenue par la Cour de cassation.

Concernant le résultat, le juge administratif suprême a jugé que « *la disposition déclarée contraire à la Constitution, relative aux personnes disposant d'une instance en cours au 7 mars 2002* » n'était pas « applicable » aux requérants, ce qui apparaît quelque peu paradoxal alors que cette notion conditionne le renvoi de la QPC⁶². Il en déduit que la censure ne leur permettait donc pas d'échapper à l'application de la loi « anti-Perruche ». Les requérants se voient opposer l'application immédiate du dispositif « anti-Perruche » à des faits antérieurs à son entrée en vigueur mais n'ayant pas donné lieu à une « action indemnitaire »⁶³ avant celle-ci.

Le raisonnement du juge administratif est différent des deux lectures précédemment proposées. Le Conseil d'Etat considère que le Conseil constitutionnel n'a censuré la disposition de la loi de 2005 « *que dans la mesure où cette disposition rend les règles nouvelles applicables aux instances en cours au 7 mars 2002* », tout en admettant par ailleurs la conformité à la Constitution de « *l'application des règles nouvelles à des instances engagées après le 7 mars 2002 au titre de situations juridiques nées avant cette date* ». Autrement dit, la censure de la disposition de loi de 2005 ne concerne que l'*application immédiate aux procès en cours* et pas l'*application immédiate générale*. Le Conseil d'Etat considère que la norme « application immédiate générale » n'est pas touchée par la censure de la norme « application immédiate aux procès en cours » et, en définitive, que la norme « application immédiate générale » ne repose pas sur la disposition de loi censurée par le Conseil constitutionnel⁶⁴. L'application

⁶² Le Conseil d'Etat a admis dans la décision de renvoi que la disposition de la loi de 2005 était « applicable » au litige, tout en considérant au fond que cette même disposition censurée n'était pas « applicable » au litige...

⁶³ Selon l'expression utilisée par le Conseil d'Etat, même si elle est plus large que celle d'« instance » qui suppose l'intervention d'un juge.

⁶⁴ Nous tenons pour acquis dans le raisonnement qui suit la distinction entre un énoncé, contenu dans une disposition, et la norme, étant entendu que la norme est la signification d'un énoncé. Est également acquis le fait qu'un même énoncé est susceptible de recevoir plusieurs significations et donc de contenir plusieurs normes.

immédiate générale demeure malgré la censure de la disposition de la loi de 2005, ce qui suppose, et c'est là où le raisonnement du Conseil d'Etat peut être critiqué, du moins formellement⁶⁵, que cette application immédiate générale ne repose pas sur la disposition de loi censurée, ce que le raisonnement que nous proposons supposait. Si l'on rattache la norme « application immédiate générale » à la disposition censurée, cette norme disparaît avec la censure de la disposition, quand bien même la censure est prononcée en raison d'une autre norme susceptible d'être dérogée de la disposition, comme c'était le cas dans la décision du Conseil constitutionnel. Le raisonnement du Conseil d'Etat suppose que la norme « application immédiate générale » repose sur une autre disposition que celle censurée, non précisée en l'espèce, ou, si ce n'est pas le cas, ce qui devient alors problématique, qu'il limite la censure d'une disposition à seulement certaines des normes qu'elle est en mesure de contenir. Pour poser la question autrement, doit-on considérer que la censure d'une disposition législative dans le cadre d'une QPC implique la censure de toutes les normes susceptibles d'être déduites de l'énoncé qu'elle contient, et on ne voit pas très bien comment il pourrait en être autrement⁶⁶, ou doit-on considérer que le juge de droit commun peut préserver certaines normes contenues dans une disposition qui a fait l'objet d'une censure ? Toute la question consiste à établir si le Conseil d'Etat rattache la norme « application immédiate générale » à la disposition censurée et dans ce cas il préserve une norme malgré la censure de la disposition qui en est à l'origine, ou s'il rattache cette norme à autre chose, mais reste alors à identifier ce qu'est cette autre chose. A la lecture de la décision de renvoi de la QPC, la norme « application immédiate générale » est bien déduite de la disposition de la loi de 2005, ce lien étant éludé, grâce à la référence à la décision du Conseil constitutionnel⁶⁷, dans l'arrêt au fond. La dissolution de ce lien permet au Conseil d'Etat de maintenir la cohérence du raisonnement tenu dans la décision de renvoi, selon lequel l'application aux instances en cours implique l'application immédiate générale, tout en évitant d'en tirer les conséquences strictes dans le procès principal. La censure de la disposition aurait dû entraîner la disparition des deux normes en question (application immédiate aux procès en cours et application immédiate générale) et le requérant se voir appliquer la jurisprudence antérieure à la loi anti-Perruche.

En dehors de cette situation *a priori* relativement exceptionnelle, il peut apparaître difficile de dresser une typologie *in abstracto* des conséquences envisageables d'une censure du Conseil constitutionnel sur les procès principal. Il est cependant possible de distinguer deux situations en fonction du contexte du procès dans lequel la QPC est soulevée : soit la question de constitutionnalité est soulevée à l'occasion de la contestation de la régularité d'un acte qui se

⁶⁵ Sur le fond en effet, le Conseil constitutionnel précise dans la décision que l'application immédiate générale ne méconnaît pas la Constitution, contrairement à l'application immédiate aux procès en cours (voir note n° 57). Le Conseil d'Etat s'appuie précisément sur cet élément pour maintenir la validité de la norme « application immédiate générale » en se référant à la décision du Conseil constitutionnel et à ses « motifs qui en sont le support nécessaire ».

⁶⁶ S'il est possible de retenir une signification d'une disposition législative conforme à la Constitution, cette disposition fera l'objet d'une réserve d'interprétation et non d'une censure. Le Conseil constitutionnel préserve ainsi d'une déclaration d'inconstitutionnalité une disposition législative susceptible d'être interprétée conformément à la Constitution.

⁶⁷ Qui valide la conformité à la Constitution de la norme « application immédiate générale », sans que l'origine de cette norme ne soit identifiée.

fonde sur la disposition législative contestée, la QPC naît alors d'un contentieux *de nature objective* ; soit elle l'est pour échapper à la loi dans le procès principal, qui doit être résolu précisément par application « directe » de cette loi, la QPC trouve son origine dans un contentieux *de nature subjective*⁶⁸.

Dans un contentieux de nature objective, dans lequel il s'agit d'invoquer l'inconstitutionnalité de la loi pour obtenir l'annulation d'un acte qui s'appuie sur cette loi, l'effet de l'abrogation est radical. L'inconstitutionnalité de la loi rejaillit sur l'acte d'application qui devient lui-même irrégulier du fait de cette inconstitutionnalité, à condition, bien sûr, que l'acte d'application trouve son fondement dans la loi. Cette situation est familière du recours pour excès de pouvoir et du contentieux de la légalité devant le juge administratif. Le Conseil d'État a d'ailleurs implicitement admis la possibilité de contester la régularité d'un acte administratif à partir du seul moyen tiré de l'inconstitutionnalité de la loi sur lequel cet acte s'appuie⁶⁹. Une QPC est donc admise par le juge administratif suprême même si elle constitue le seul moyen de légalité invoqué dans le procès principal portant sur la régularité d'un acte administratif. Cette logique objective n'est toutefois pas exclusive au contentieux administratif. Toute contestation de la régularité d'un acte présente une dimension objective et il sera ainsi possible devant le juge judiciaire ou le juge pénal de contester la régularité d'un acte, d'un contrat ou d'un acte d'instruction par exemple, en arguant de l'inconstitutionnalité de la loi sur lequel il s'appuie. Cette inconstitutionnalité entraîne alors l'irrégularité des mesures d'application. En présence d'un contrat, la censure de la loi sur laquelle il s'est appuyé ne semble d'ailleurs, *a priori*, ne devoir s'appliquer qu'à ce seul contrat et pas à tous les contrats en cours, sous peine de porter atteinte aux contrats légalement conclus, protégés par les articles 4 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789⁷⁰.

Si la QPC naît dans un litige où il s'agit seulement d'appliquer la loi dans un litige particulier, plusieurs situations sont envisageables. En matière pénale, si la loi censurée crée une incrimination qui a donné lieu au procès pénal, l'abrogation de la loi conduira au prononcé, selon le juge devant lequel la QPC a été soulevée, d'un non lieu par le juge d'instruction, d'une relaxe devant le tribunal correctionnel ou de police ou d'un acquittement devant la cour d'assises pour le prévenu, conformément à l'adage *nullum crimen sine lege*. En dehors de cette situation particulière, l'abrogation d'une disposition législative dans un contentieux de nature subjective soulève la question de savoir quelle sera la loi applicable dans le procès. Le Conseil constitutionnel a déjà envisagé de manière explicite cette question. Dans la décision du 28 mai 2010, *Cristallisation des*

⁶⁸ Cette distinction, nature objective/nature subjective, est posée à partir des critères indiqués, sans renvoyer à la distinction entre le contentieux objectif et le contentieux subjectif en droit administratif.

⁶⁹ C.E., 9 juill. 2010, *M. et Mme Mathieu*, req. n° 339081. Voir sous cet arrêt : C. de la Mardière, « La QPC par le moyen du recours pour excès de pouvoir : un boulevard est ouvert », *Constitution*, 2011, p. 99.

⁷⁰ Selon le Conseil constitutionnel en effet, « le législateur ne saurait permettre que soit portée aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne serait justifiée par un motif d'intérêt général suffisant ; qu'en l'absence d'un tel motif, seraient en effet méconnues les exigences résultant des articles 4 et 16 de la Déclaration de 1789, ainsi que, s'agissant des conventions collectives, du huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 » (n° 2004-490 DC, 12 février 2004, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, Rec., p. 41, cons. 93).

pensions, il a constaté que l'abrogation de la disposition législative contestée a « pour effet de replacer l'ensemble des titulaires étrangers, autres qu'algériens, de pensions militaires ou de retraite dans la situation d'inégalité à raison de leur nationalité résultant des dispositions antérieures »⁷¹ à son entrée en vigueur. Aussi prononce-t-il une abrogation différée permettant au législateur d'adopter un nouveau texte sur la question. Dans la décision du 1^{er} avril 2011 sur les *Frais irrépétibles devant la Cour de cassation*, il précise que l'abrogation de la disposition contestée aboutirait à « supprimer les droits reconnus à la partie civile par » celle-ci⁷². Il renvoie donc au législateur le soin de tirer les conséquences de la censure.

Dans un contentieux où il est question de l'application d'une loi censurée par le Conseil constitutionnel, on peut penser que seules deux situations verront le jour : soit le Conseil constitutionnel envisage lui-même la difficulté consécutive à la censure, car il n'y pas de texte applicable⁷³ ou le texte applicable crée une situation problématique⁷⁴, et il indiquera au juge la manière de procéder ; soit il ne l'a pas envisagé et il appartiendra au juge *a quo* de le faire, en déterminant éventuellement le texte antérieur applicable. Cette dernière situation n'est cependant pas souhaitable ; c'est pourquoi le Conseil constitutionnel doit impérativement identifier la loi applicable en cas de censure. En effet, si le texte antérieur apparaît à son tour inconstitutionnel, une nouvelle QPC pourrait être soulevée. Il existe en définitive une place considérable du juge au fond pour déterminer et établir les conséquences dans le procès principal d'une censure, qui sera d'autant plus importante que le Conseil constitutionnel n'aura pas explicité de manière claire les effets de ses décisions.

La question du bénéfice pour le citoyen de la censure d'une disposition législative laisse encore planer certaines zones d'ombre. Si on ne peut que louer la volonté du Conseil constitutionnel de clarifier les effets de ses décisions, notamment dans le temps, il n'en reste pas moins que des difficultés pratiques vont voir le jour, en particulier pour ce qui concerne l'application immédiate en dehors des procès en cours par les destinataires de la loi. Les prochaines interventions du législateur, consécutives aux abrogations différées, ne manqueront pas non plus de soulever des questions dans leur application rétroactive aux procès en cours au moment de la QPC de censure. En tout état de cause, il n'est sans doute pas inopportun de défendre le principe d'une intervention normative précisant les effets dans le temps des décisions du Conseil constitutionnel, éventuellement par l'adoption d'un règlement de procédure du Conseil constitutionnel, voire par une intervention du législateur organique précisant les pouvoirs du juge constitutionnel vis-à-vis du législateur comme des juges dans l'explicitation des effets de la censure. La lecture des premiers jugements ou arrêts rendus par le juge *a quo* après une décision de censure du Conseil

⁷¹ C.C., n° 2010-1 QPC, *précit.*, cons. 12.

⁷² C.C., n° 2010-112 QPC, *précit.*, cons. 9.

⁷³ Voir par exemple : C.C., n° 2010-14/22 QPC, *précit.*, cons. 30 ; n° 2010-39 QPC, 6 octobre 2010, *Mmes Isabelle D. et Isabelle B. [Adoption au sein d'un couple non marié]*, JORF, 7 octobre 2010, p. 18154, cons. 7.

⁷⁴ Voir par exemple : C.C., n° 2010-1 QPC, *précit.*, cons. 12.

constitutionnel contribue à peine à dissiper certaines des interrogations soulevées⁷⁵. Rendez-vous est donc pris pour poursuivre la démarche initiée ici, nécessairement pragmatique, afin d'enrichir l'étude des effets des décisions du Conseil constitutionnel.

Xavier MAGNON

Professeur à l'Université de Toulouse 1 – Capitole

Institut Maurice Hauriou

⁷⁵ Voir en particulier les arrêts *précités* du Conseil d'Etat : *Lazare, Dellanoy et Verzele* et *M'Rida*.