

UNIVERSITÉ TOULOUSE 1 CAPITOLE
INSTITUT MAURICE HAURIOU

PROJET « QPC 2020 »

L'effet utile des décisions QPC

Sous la direction de Stéphane Mouton et Mathieu Carpentier

RAPPORT
Janvier 2020



Sommaire

Introduction. Enjeux généraux de l'effet utile des décisions QPC du Conseil constitutionnel
Mathieu Carpentier

Première partie.

L'effet utile au prisme des grands blocs de droits et libertés

Chapitre 1.

L'effet utile des décisions relatives au principe d'égalité

Gaëlle Lichardos et Marie Eude

Chapitre 2.

L'effet utile des décisions relatives aux libertés économiques : l'exemple de la liberté d'entreprendre

Thomas Bertrand

Chapitre 3.

L'effet utile des décisions relatives aux droits et libertés en matière pénale

Marie Glinel et Amelia Crozes

Chapitre 4.

L'effet utile des décisions relatives à la liberté personnelle

Xavier Bioy et Marie Glinel

Chapitre 5.

L'effet utile des décisions d'inconstitutionnalité prononcées sur le fondement de l'article 16 de la Déclaration de 1789

Zakia Mestari, Julien Marguin et Estelle Poizat

Deuxième partie.

L'effet utile : études transversales

Chapitre 6.

L'effet utile et l'effectivité des décisions en matière fiscale

Jordan Puissant

Chapitre 7.

L'effet inutile des décisions QPC dans le cadre de la dernière application de l'état d'urgence (2015-2017)

Olga Mamouidy

Chapitre 8.

L'effet utile et la subjectivisation du contrôle de constitutionnalité

Stéphane Mouton

Chapitre 9.

Quatre propositions pour l'amélioration de la motivation relative à l'effet utile

Mathieu Carpentier

Chapitre 10.

L'effet utile des décisions de la Cour constitutionnelle italienne

Nicoletta Perlo

Liste des contributeurs

Table des matières

Introduction

Les enjeux généraux de l'effet utile des décisions QPC du Conseil constitutionnel

Mathieu Carpentier

Dès la première décision QPC, le Conseil constitutionnel a identifié – et nommé – un problème : celui de « l'effet utile » de ses décisions¹. Cette notion – et ce problème – revêtent une consistance spécifique en contentieux constitutionnel français. En droit de l'Union européenne, par exemple, l'effet utile désigne avant tout une règle d'interprétation issue des principes d'effectivité du droit de l'Union et de coopération loyale (les États ne pouvant se contenter d'une transposition ou d'une application *a minima* des actes législatifs communautaires)². En droit français, la notion d'effet utile est désormais liée à la question de la mise en œuvre, par le Conseil constitutionnel, des pouvoirs de modulation dans le temps des effets de ses décisions QPC et de faire profiter d'une décision d'inconstitutionnalité celui qui en est à l'initiative, à savoir « l'auteur » de la QPC.

Cette question de l'effet utile des décisions du Conseil constitutionnel traduit l'ambiguïté des conséquences que l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité a entraînées pour les finalités et la structure du contentieux constitutionnel français. Le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel est, comme toute question préjudicielle³, un contrôle incident, et donc « concret » par son origine⁴ : il intervient à l'occasion d'une « instance » (article 61-1 de la Constitution). Cependant, quant aux modalités – et à l'intensité du contrôle – peu de choses séparent la manière dont le Conseil procède en DC et en QPC⁵ : il s'agit d'un contrôle qui est, par sa nature, abstrait, dès lors que son objet n'est pas la manière dont la disposition législative contestée est appliquée à la situation juridique du requérant. L'objet du contrôle effectué par le Conseil est toujours une norme abstraite, y compris lorsque le juge contrôle l'interprétation constante qui en est faite par les juridictions suprêmes de chaque ordre⁶.

¹ « Afin de préserver l'effet utile de la présente décision à la solution des instances actuellement en cours... » (Cons. const., 28 mai 2010, n°2010-1 QPC, *Cristallisation des pensions*).

² La formule apparaît dès l'arrêt *Van Duyn* (CJCE, 4 déc. 1974, *Van Duyn c. Home Office*, n°41-74).

³ Sur le caractère de question préjudicielle de la QPC, voir X. Magnon, « La QPC est-elle une question préjudicielle ? », *AJDA* 2015. 254 ; G. Casu, « La QPC est-elle une question préjudicielle ? », in J. Bonnet et P.-Y. Gahdoun, *La QPC : une révolution inachevée ?* Institut Universitaire de Varenne, coll. Colloques & Essais, 2016.

⁴ Comme cela a été souligné en doctrine, la distinction entre le concret et l'abstrait est ambiguë, voire confuse. V. par ex. L. Gay, « Du contentieux a priori au contentieux a posteriori ; l'occasion manquée d'un contrôle concret de constitutionnalité en France ? », *AJJC*, 29, 2013, p. 55 ; M. Fatin-Rouge Stefanini, « La singularité du contrôle exercé a posteriori par le Conseil constitutionnel », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 38 2013, p. 211-216 ; M. Carpentier, « Pour de nouveaux “modèles” de justice constitutionnelle », *RIDC*, 1-2016, p. 198-202. Ainsi la notion de « *konkrete Normenkontrolle* » en droit constitutionnel allemand est utilisée pour décrire la question préjudicielle. L'ambiguïté affectant la notion de contrôle concret invite donc à l'utiliser avec prudence.

⁵ V. sur ce point la démonstration de J. Bonnet, « Les contrôles a priori et a posteriori », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 40, 2013.

⁶ Cons. const., 6 octobre 2011, n° 2010-39 QPC, *Mmes Isabelles B. et Isabelle D.*

Les outils de concrétisation du contrôle sont cependant plus poussés dans le contentieux QPC que dans le contentieux DC, dès lors que le Conseil constitutionnel est davantage amené à prendre en compte certains contextes d'application type, non seulement au sein de réserves d'interprétation (comme dans le contentieux *a priori*) mais également par des abrogations « en tant que »⁷.

Dans cette perspective, il demeure néanmoins inévitable que le Conseil constitutionnel soit amené à détourner son attention de la situation juridique concrète de l'auteur de la QPC. Ce dernier, en dépit de l'ardeur qu'y mettent parfois ses conseils lors de l'audience, ne peut demander au Conseil constitutionnel de statuer sur sa situation personnelle et subjective ; et c'est pourquoi cette dernière ne peut constituer le fondement d'une déclaration d'inconstitutionnalité.

Si la situation subjective de l'auteur de la QPC ne fait guère l'objet d'une appréciation *in concreto* au moment du contrôle, il en va autrement de la détermination des conséquences de ce contrôle et, donc, de l'effet de la décision du Conseil constitutionnel. Lorsque l'auteur de la QPC obtient gain de cause, c'est-à-dire principalement⁸ une déclaration d'inconstitutionnalité⁹, il semble légitime qu'il bénéficie de la décision du Conseil, c'est-à-dire qu'il puisse, à tout le moins, l'invoquer dans l'instance à laquelle il est partie. Cependant, si l'effet d'une réserve d'interprétation est (sauf exception) d'être déclaratoire du droit existant, l'effet d'une déclaration d'inconstitutionnalité est, si l'on s'en tient à une lecture littérale de la première phrase du deuxième alinéa de l'article 62 de la Constitution¹⁰, purement abrogatif. Il en résulte une non-rétroactivité de principe, puisque contrairement à l'annulation contentieuse, que l'on retrouve dans certains pays d'Europe¹¹, l'abrogation n'entraîne pas la disparition *ex tunc* des

⁷ V. pour un exemple récent la décision n° 2019-799/800 QPC du 6 septembre 2019. La disposition législative (telle qu'interprétée par la chambre criminelle de la Cour de cassation) qui subordonne la libération de personnes condamnées pour crimes ou délits terroristes à l'accomplissement de mesures probatoires est contraire en tant qu'elle prive les étrangers faisant l'objet d'une mesure d'éloignement du territoire ou d'une interdiction du territoire, qui ne sont pas éligibles à l'accomplissement de telles mesures, de tout bénéfice de la libération conditionnelle. Ici le contrôle est concrétisé dans la mesure où est pris en considération un contexte type d'application dans lequel l'application (ou plutôt son inapplicabilité) de la loi est contraire à la constitution. Dans de telles hypothèses cependant, l'abrogation est généralement différée afin de ne pas rendre impossible l'application de la loi aux situations pour lesquelles elle est en principe conforme à la Constitution.

⁸ Les réserves d'interprétation peuvent également voir leur effet modulé dans le temps (v. infra IIC). Le Conseil lui-même parle d'effet utile de la décision de conformité sous réserve (Cons. const., 4 décembre 2015, n° 2015-503 QPC, *M. Gabor R.*)

⁹ Il se peut que le véritable but de l'auteur soit d'obtenir une réserve d'interprétation. C'est par exemple le cas lorsqu'il demande à bénéficier de l'extension d'une réserve d'interprétation formulée dans une décision précédente au bénéfice d'autres catégories de justiciables, de contribuables ou d'administrés. Il y est d'autant plus incité que le Conseil reconnaît désormais qu'un doute dans le champ d'application d'une réserve d'interprétation constitue un changement de circonstances autorisant le renvoi d'une nouvelle disposition QPC sur la disposition ayant fait l'objet de la réserve (v. deux décisions du 7 juillet 2017, n° 2017-643/650 QPC, *M. Amar H. et autre* et n° 2017-642 QPC, *M. Alain C.*)

¹⁰ « Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause. »

¹¹ C'est par exemple, en principe du moins, le cas en Allemagne, aux termes de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale (v. BVerfGG, art. 31, al. 1.), même si celle-ci réserve, en son art. 79, le cas des décisions passées en force de chose jugée qui, sauf en matière pénale, ne peuvent plus être remises en cause sur le fondement d'une décision de la Cour constitutionnelle fédérale. Cependant la Cour constitutionnelle a également mis en œuvre une forme de modulation de l'annulation, au moyen d'un outil prétorien, les « déclarations d'inconstitutionnalité », qui ne privent la loi de son applicabilité qu'*ex nunc* (v. sur ce point O. Jouanjan, « Les effets dans le temps des décisions

effets de la loi. Dans cette perspective, la non-rétroactivité devrait être la règle¹² ; mais appliquée dans toute sa rigueur ce principe aurait sans doute pour effet de dissuader les justiciables de recourir à la QPC, sauf à la rigueur à des fins purement dilatoires. C'est pourquoi le Conseil constitutionnel a fait pleinement usage des pouvoirs que lui confère la seconde phrase du second alinéa de l'article 62 de la Constitution¹³, en reversant le rapport du principe à l'exception. Le principe est désormais que, par défaut, une décision d'inconstitutionnalité bénéficie à celui qui en est à l'initiative. Selon le considérant (désormais, le paragraphe) de principe arrêté définitivement début 2011, « *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* »¹⁴. La privation d'effet utile est, en revanche, l'exception. En cas d'abrogation immédiate, le Conseil constitutionnel devra motiver la privation éventuelle de l'effet utile (souvent due à l'impossibilité de différer l'abrogation, notamment parce que la disposition contestée est déjà sortie de vigueur). Et même en cas d'abrogation différée, où en principe la loi conserve l'ensemble de ses effets, y compris ceux qu'il a produits pour l'auteur de la QPC, le Conseil constitutionnel mettra en œuvre un certain nombre de mécanismes destinés à préserver l'effet utile, préoccupation présente dès la décision 2010-1 QPC précitée.

La présente étude, réalisée, principalement mais non exclusivement, par des chercheurs de l'Institut Maurice Hauriou de l'Université Toulouse 1 Capitole, a pour l'objet de faire le point sur la pratique jurisprudentielle du Conseil constitutionnel relative à l'effet utile de ses décisions. Il ne s'agira pas ici de s'intéresser à l'ensemble des aspects de la question des effets dans le temps des décisions QPC, question qui est sans doute l'une des plus épineuses (certains diront : « insoutenables »¹⁵) qu'ait posée la création dans notre droit français de cette voie de droit nouvelle. De fait l'enjeu n'est pas exclusivement technique. L'objet n'est pas uniquement de faire l'inventaire des différents outils propres à préserver ou au contraire de détruire l'effet utile de la décision. Il s'agit également de s'interroger sur l'efficacité contentieuse d'un recours qui, s'il a été pensé pour rapprocher les citoyens de la Constitution¹⁶, conduit parfois à des abrogations que l'on pourrait qualifier de platoniques¹⁷. Il s'agit donc de se demander ce que la question de l'effet utile révèle de la conception française du contentieux constitutionnel.

de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 45, 2015, p. 92).

¹² V. notamment sur ce point M. Disant, « Les effets dans le temps des décisions QPC », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 40, 2013, p. 69. Pour un point de vue contraire, v. M. Guillaume, *Question prioritaire de constitutionnalité*, 2019, p. 159.

¹³ « Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause ».

¹⁴ Cons. const., 25 mars 2011, n° 2010-108 QPC, *Mme Marie Christine D.* et Cons. const., 25 mars 2011, n° 2010-110 QPC, *M. Jean-Pierre B.* On notera que c'est la date de la publication qui compte et non celle du rendu de la décision.

¹⁵ M. Benigni et E. Cartier, « L'insoutenable question des effets dans le temps des décisions QPC » in E. Cartier, L. Gay, A. Viala (dir.), *La QPC, vers une culture constitutionnelle partagée ?*, Paris, Institut Universitaire Varenne, coll. Colloques & Essais, 2016.

¹⁶ V. par exemple, O. Duhamel, « La QPC et le citoyen », *Pouvoirs*, n°137, 2011.

¹⁷ Cette épithète est empruntée au contentieux administratif (concl. Romieu sur l'arrêt Martin de 1905, qui parle d'annulation platonique d'un acte détachable sans effet sur la validité du contrat que le requérant a pourtant intérêt à voir disparaître). Pour l'actualité de cette notion, voir C. Lantero, « Sécurité juridique et mutation des annulations platoniques », *AJDA*, 2019. 1100.

I. LE CADRE DE L'EFFET UTILE

A. Les principes en jeu

Il existe de nombreuses raisons permettant d'expliquer et de justifier que le Conseil constitutionnel tente de préserver l'effet utile de ses décisions. La majorité de ces dernières peuvent en effet bénéficier à l'auteur de la QPC. Sous réserve des difficultés que la lecture de la décision peut susciter quant à son applicabilité au demandeur (v. *infra* II.B), il apparaît en effet que sur les 213 décisions d'inconstitutionnalité totale ou partielle prononcées au 1^{er} septembre 2016, seuls 32% des décisions sont privées de tout effet utile. Ce chiffre est d'autant plus remarquable que le nombre des abrogations différées, où l'effet utile est en principe détruit, est plus élevé (36%) : cela traduit la volonté du Conseil constitutionnel d'assurer à ses décisions le *maximum* d'efficacité contentieuse.

Le bénéfice de la décision d'inconstitutionnalité est également étendu à l'ensemble des instances en cours nées de l'application de la loi inconstitutionnelle. Cette rétroactivité procédurale étendue est justifiée par des considérations d'égalité devant de la justice constitutionnelle¹⁸. Elle n'est cependant dénuée de problèmes : elle peut créer un effet d'aubaine pour des catégories entières de justiciables et elle est susceptible de porter atteinte à la « confiance légitime » que les tiers peuvent avoir en l'application de la loi. Cependant, son principe même en est acquis ; il a été validé par la CEDH dans son arrêt *Dolca c/ Roumanie* du 4 septembre 2002, et à notre connaissance, le Conseil constitutionnel n'a jamais réservé l'effet utile d'une décision d'inconstitutionnalité au seul auteur de la QPC¹⁹. Lorsque le Conseil constitutionnel estime qu'une rétroactivité procédurale de sa décision est problématique pour une raison une autre, il la détruit entièrement, y compris pour l'auteur de la QPC qui se retrouve privé du bénéfice d'une décision qu'il a lui-même provoquée.

La question de l'effet utile met donc en jeu au moins cinq principes :

- le principe d'efficacité contentieuse, qui fait obstacle à ce que l'exercice réussi d'une voie de droit soit purement platonique ;
- la sécurité juridique, qui fait obstacle à ce que des situations cristallisées soient remises en cause ;
- le principe d'égalité devant la justice (constitutionnelle), qui impose l'extension du bénéfice de la décision aux autres instances et/ou situations en cours ;
- le respect de l'autorité de la chose jugée, qui fait obstacle à ce que des affaires jugées définitivement (prescrites et/ou forcloses) soient rouvertes indûment ;
- la prohibition de l'abus de droit qui fait obstacle à ce qu'un justiciable tire un profit excessif d'une décision d'inconstitutionnalité.

A ces principes, s'ajoutent l'ensemble des règles et principes ou objectifs constitutionnels qu'une application rétroactive de la décision d'inconstitutionnalité pourrait heurter.

¹⁸ O. Mamoudy, *La modulation dans le temps des effets des décisions de justice en droit français*, thèse dactyl., Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2013, p. 315.

¹⁹ L'exemple italien montre que même en cas d'abrogation différée, l'effet utile est systématiquement préservé pour l'instance *a quo* (v. ci-dessous la contribution de Nicoletta Perlo).

Jusqu'à présent, le principe de l'égalité devant la justice n'a pas été remis en cause. Contrairement à certains de ses homologues européens (notamment italien et allemand), le Conseil constitutionnel considère que, même en matière pénale, il n'y a pas lieu d'accorder un sort particulier à l'auteur de la QPC au regard des autres justiciables engagés dans des instances analogues. Quant au principe même de l'autorité de la chose jugée, il n'a fait l'objet que très exceptionnellement de remises en cause²⁰, le Conseil considérant que le respect de l'autorité de la chose prime la résorption des effets de la loi inconstitutionnelle. Il considère par ailleurs, en revanche, le principe d'efficacité contentieuse est souvent mis en balance avec les autres principes. C'est ce qui explique que dans de nombreuses hypothèses, l'auteur de la QPC ne peut se prévaloir de la décision qu'il a obtenue.

B. Les hypothèses de réalisation ou d'anéantissement de l'effet utile

L'effet de la décision QPC est réglé dans deux (ou davantage selon les cas) considérants²¹ : un considérant de principe, demeuré inchangé depuis les décisions 2010-108 et 100 QPC précitées ; et un ou plusieurs considérants d'espèce qui viennent préciser les effets de la décision. Alors que le considérant de principe mentionne « l'auteur de la QPC » (ainsi que les « instances en cours »), le considérant d'espèce n'évoque jamais le premier, dont le sort n'est pas expressément réglé dans la décision. L'effet de celle-ci sur l'auteur se déduit de la combinaison des deux considérants.

Il convient ici de distinguer plusieurs hypothèses²². L'effet utile est par principe préservé en cas d'abrogation immédiate, et est en principe anéanti en cas d'abrogation différé. Cependant, dans chaque cas de figure, la situation est plus contrastée.

1. En cas d'abrogation immédiate

En cas d'abrogation immédiate, la position par défaut du Conseil constitutionnel est désormais que l'effet utile s'applique. Cela est acquis au moins depuis le considérant de principe des décisions 2010-108 et 2010-110 QPC, déjà évoqué plus haut. Cependant, le Conseil constitutionnel peut être amené à préciser expressément le champ d'application de cet effet utile : c'est ainsi le cas lorsque par exemple, il indique si la décision est applicable ou simplement invocable²³ ou encore s'il convient de restreindre ou d'étendre le champ des situations juridiques susceptible de donner lieu à une « instance » ou une « affaire » (v. *infra* II.B).

²⁰ V. notamment la décision 2013-318 QPC du 7 juin 2013.

²¹ On continuera ici à parler de considérants, même si la réforme du style de rédaction des décisions du Conseil constitutionnel intervenue en 2017 les a supprimés. Il conviendrait ici, comme le fait le Conseil, de parler de « paragraphes ». L'usage du terme « considérant » n'a pour vocation que d'unifier le vocabulaire dans un propos qui se veut général, sans qu'il soit besoin d'adapter le vocabulaire selon que l'on a affaire à une décision pré- ou post-réforme.

²² Pour une typologie plus complète, on renvoie à Marthe Fatin-Rouge Stefanini et Karine Roudier, « Les suites des décisions rendues par les juridictions constitutionnelles dans le cadre de questions d'inconstitutionnalité » in L. Gay (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 332.

²³ Lorsque la décision est applicable aux instances en cours, le moyen tiré de l'inconstitutionnalité de la loi est d'ordre public et doit être relevé d'office par le juge ordinaire ; lorsqu'elle est seulement invocable, au contraire, le juge ne peut en principe pas la relever d'office.

Le Conseil peut décider de priver sa décision de tout effet utile, alors même qu'il n'en reporte pas dans le temps l'entrée en vigueur. Dans l'hypothèse où l'application aux instances en cours heurterait un principe d'intérêt général ou aurait des conséquences manifestement excessives, le premier réflexe du Conseil est naturellement de reporter dans le temps l'abrogation (ou plutôt son entrée en vigueur). Cependant dans certaines hypothèses, un tel report est impossible ou impraticable. Il en va ainsi par exemple lorsque la disposition déclarée contraire à la Constitution a déjà disparu de l'ordre juridique, ou encore parce qu'elle a été abrogée ou modifiée par le législateur. Dans ce cas, le Conseil ne peut pas reporter l'abrogation d'une disposition déjà abrogée, et sa décision ne peut du reste avoir pour effet même de l'abroger. Dès lors, le Conseil sera contraint de dénier explicitement tout effet utile à sa décision lorsque l'inapplication de la loi inconstitutionnelle aux instances en cours aurait des conséquences manifestement excessives (même justification, donc, que pour le report de l'abrogation) : v. pour un exemple récent, 2016-567/568 QPC, ou encore 2019-802 QPC. Cependant, cette négation de l'effet utile n'est parfois pas même motivée, ce qui est plus problématique : v. par exemple 2012-286 QPC ; 2013-352 QPC ; ou encore 2013-368 QPC.

Les abrogations immédiates sont, dans la grande majorité des cas (90% environ) dotées d'effet utile ou, tout au moins, aménagent une forme de rétroactivité procédurale ou substantielle de la décision.

2. En cas d'abrogation différée

En vertu de l'article 62 de la Constitution, le Conseil constitutionnel dispose de la possibilité de reporter « l'entrée en vigueur » de l'abrogation résultant de la déclaration d'inconstitutionnalité. Une telle technique n'est d'ailleurs pas propre au contentieux QPC : on la retrouve dans la jurisprudence du Conseil d'État (CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, n° 255886), de la Cour de cassation (Cass. 2ème civ., 8 juillet 2004, n°01-10.426 ; Cass. Ass. plén., 21 décembre 2006, n°00-20.493) et dans le contentieux constitutionnel *a priori* (2008-564 DC). Elle a d'ailleurs reçu l'aval mesuré de la Cour européenne des droits de l'Homme²⁴.

Dans l'hypothèse d'une abrogation différée, la problématique de l'effet utile est plus complexe. La présomption qui prévaut est l'inverse de celle résultant de l'abrogation immédiate : la décision d'inconstitutionnalité est en principe privée d'effet utile. L'abrogation différée permet à la loi frappée d'inconstitutionnalité de continuer à produire ses effets après la date de la décision ; il est également logique que soient préservés ceux produits avant cette décision. L'abrogation différée a donc, dans de nombreux cas, pour effet de rendre le succès de la QPC tout à fait platonique pour son auteur.

Dans certaines hypothèses, cependant, il semble au Conseil excessif de laisser perdurer les effets de la loi inconstitutionnelle. Il dispose alors de divers outils à cette fin. Aux débuts de la QPC, le principal mécanisme est celui de l'injonction de sursis à statuer adressée aux juridictions ordinaires ; dans cette hypothèse, le Conseil impose aux juridictions de surseoir à statuer jusqu'à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi ou, au plus tard le jour de l'abrogation (v.

²⁴ CEDH, 6 février 2018, *Chessa c/ France*. Comme le note Théo Ducharme, le fait que la Cour a jugé les justifications apportées au report de l'abrogation suffisantes ne préjuge en rien de son appréciation dans des espèces futures (T. Ducharme, « L'effet inutile des QPC confronté aux droits européens », *RDP*, 2019-1).

2010-1 QPC), en ordonnant également dans cette hypothèse, au législateur de prévoir l'application rétroactive de la loi nouvelle aux instances pendantes. Dans ce cas, le juge *a quo* ne peut appliquer à l'instance la disposition déclarée contraire à la Constitution : le Conseil d'État en a d'ailleurs tiré les conséquences dans son arrêt d'assemblée *M'Rida*²⁵.

Depuis 2014, le Conseil constitutionnel dispose également de l'outil très efficace des « réserves »²⁶ transitoires²⁷, qui sont de plus en plus usitées (v. décision 2014-400 QPC). Contrairement à la technique de l'injonction du sursis à statuer, destiné à préserver l'effet des décisions, les réserves ont davantage pour fonction première de neutraliser les effets de la loi inconstitutionnelle dans la période qui sépare la publication de la décision du Conseil de l'entrée en vigueur de l'abrogation de la loi déclarée inconstitutionnelle. Cet outil de neutralisation des effets de la loi inconstitutionnelle, dont l'abrogation est différée, n'est ainsi pas nécessairement mis au service de l'effet utile. Ainsi les effets neutralisés peuvent fort bien être ceux intervenant entre la date de la décision et la date de l'abrogation, tout en laissant intacts les effets antérieurs à la décision, y compris ceux contestés à l'occasion d'instances en cours à la date de la décision. Ainsi, le Conseil constitutionnel peut décider de faire courir la réserve transitoire à compter de la date de la décision, ce qui revient à la priver de tout effet utile, puisque l'auteur de la QPC ne pourra s'en prévaloir, l'instance étant, par hypothèse, antérieure à la date de la décision²⁸. Dans d'autres cas au contraire, le mécanisme de la réserve transitoire a été étendu aux instances pendantes²⁹. Par conséquent, tout au moins en ce qui concerne les réserves transitoires, l'effet utile de la décision ne se présume pas : il sera déterminé au cas par cas, eu égard au champ d'application temporel que le Conseil souhaite conférer au régime transitoire par lui bâti.

Il est des cas de figure, enfin, où des outils plus originaux sont usités, avec une postérité variable. Par exemple, en matière de principe d'égalité, l'abrogation immédiate pourrait, dans certaines situations, avoir pour effet, non pas d'étendre le régime favorable à ceux qui en étaient exclus et qui en demandent le bénéfice, mais de le supprimer y compris à ses anciens bénéficiaires. Il apparaît donc nécessaire de reporter l'entrée en vigueur de de l'abrogation. Mais il est parfois souhaitable de tempérer la rigueur de cette solution, de manière à protéger les intérêts de ceux qui sont lésés par la violation du principe d'égalité. Cela amène le Conseil à une certaine audace, lorsqu'il s'immisce, par exemple, dans la procédure pénale en suspendant la prescription de l'action civile le temps que le législateur remédie à l'inconstitutionnalité de la disposition litigieuse³⁰.

²⁵ CE, Ass., 13 mai 2011, *Mme M'Rida*, n°316734.

²⁶ Pour une critique de l'assimilation du régime transitoire créé par le Conseil à des réserves d'interprétation, v. N. Jacquinet, « Regard critique sur la notion de réserve transitoire dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *AJDA*, 2018. 2009.

²⁷ De manière frappante, les premières « réserves » de la sorte n'ont pas été transitoires mais pérennes, le Conseil constitutionnel élaborant de manière prétorienne le régime législatif remplaçant celui abrogé de manière immédiate (Cons. const., 2 juillet 2010, n° 2010-10 QPC, *Consorts C.*).

²⁸ V. par exemple Cons. const., du 2 mars 2018, n° 2017-694 QPC, *M. Ousmane K. et autres*.

²⁹ V. par exemple Cons. const., 2 février 2018, n° 2017-688 QPC, *M. Axel N.*

³⁰ Cons. const., 16 octobre 2015, n° 2015-492 QPC, *Association Communauté rwandaise de France*.

II. LES PARAMÈTRES DE L'EFFET UTILE

Une décision est dotée d'effet utile lorsque l'auteur de la QPC peut s'en prévaloir à son profit. Cependant, la détermination de l'existence même de l'effet utile (quelle que soit l'hypothèse dans laquelle elle est réalisée) dépend de plusieurs paramètres, dont l'identification est parfois malaisée : il peut y avoir une incertitude sur la nature exacte de l'« auteur de la QPC » (A). Ensuite, la décision dotée d'effet utile jouit d'un effet utile lorsqu'elle est rétroactive ; mais cette rétroactivité peut être procédurale comme substantielle, et elle peut être strictement encadrée par le Conseil constitutionnel, de sorte qu'il puisse subsister un doute sur l'effet utile pour l'auteur de la QPC (B). Enfin, se pose la question de savoir si une décision de conformité sous réserve peut également faire l'objet d'une analyse en termes d'effet utile (C).

A. L'auteur de la QPC

En principe, l'auteur de la QPC est la partie qui a soulevé la question prioritaire de constitutionnalité au cours de l'instance *a quo*. C'est cette partie qui confère son nom à la décision du Conseil constitutionnel (nom réduit, pour les personnes physiques, au seul prénom suivi de l'initiale du nom de famille). C'est donc elle qui doit pouvoir bénéficier de la décision d'inconstitutionnalité, qui fait en principe obstacle à ce que la loi inconstitutionnelle lui soit appliquée.

Par hypothèse, une telle solution doit être étendue à l'ensemble des « auteurs » lorsque la décision résulte de la jonction de plusieurs QPC portant sur les mêmes dispositions législatives. Cette jonction peut être le fait de la juridiction de renvoi. Ainsi doivent être considérés comme « auteurs de la QPC » ayant donné lieu à la décision 2010-14/22, *Garde à vue* non seulement M. Daniel W., mais également la quarantaine de prévenus dont la QPC a été renvoyée par la Cour de cassation. Cette jonction peut également résulter de la décision du Conseil du constitutionnel, ce qui est d'ailleurs également dans la décision *Garde à vue* (puisque'il y avait eu deux décisions de renvoi de la Cour de cassation, dans deux formations différentes) à quelques jours d'intervalle.

La question de l'identification de l'auteur de la QPC devient néanmoins plus complexe lorsqu'un justiciable, ayant soulevé une QPC recevable (et répondant aux critères de transmission ou de renvoi des articles 23-2 et 23-4 et 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958), se voit opposer par le juge (du fond, de cassation ou du filtre) un refus de transmettre ou de renvoyer dès lors qu'une question portant sur une disposition législative a déjà fait l'objet d'un renvoi au Conseil constitutionnel et mise en cause par les mêmes motifs³¹. Dans cette hypothèse, la transmission ou le renvoi sont conditionnés à l'appréciation discrétionnaire du juge *a quo*. Est-ce à dire que le justiciable dans cette situation ne doit pas être considéré comme un « auteur de la QPC » ? Le fait que le seul hasard du calendrier ait privé sa QPC d'une transmission ou d'un renvoi doit-il entraîner pour l'intéressé la privation du bénéfice de la décision ? Tant que l'auteur de la QPC sera logé à la même enseigne que les autres « instances en cours », cette question demeurera sans grand intérêt pratique ; mais si le Conseil

³¹ V. pour les juridictions du fond : les articles R*771-6 du Code de justice administrative, 126-5 du Code de procédure civile, et R*49-26 du code de procédure pénale. Pour le Conseil d'État : les articles R*771-18 du Code de justice administrative (qui ne trouve pas d'équivalent dans les codes applicables à la Cour de cassation).

constitutionnel, comme certaines cours constitutionnelles européennes, devait un jour décider de faire primer le principe d'efficacité contentieuse sur celui d'égalité devant la justice, et réserver un sort particulier à « l'auteur de la QPC », elle pourrait entraîner un certain nombre de difficultés.

Le justiciable placé dans cette fâcheuse situation dispose toujours de la faculté d'intervenir à l'instance devant le Conseil constitutionnel. Il bénéficie d'ailleurs d'un aménagement du délai fixé par le Conseil pour pouvoir présenter des observations, qui ne lui est pas opposable (art. 6 al. 3 du règlement intérieur relatif à la QPC). Cela pose la question plus générale de savoir si un intervenant (dont l'intervention est admise par le Conseil) peut être considéré comme un « auteur » de la QPC. Cette question se justifie par le fait que l'intervenant est pleinement intégré au procès constitutionnel : il devient ainsi une partie au procès (une « partie intervenante »), au même titre que l'auteur *stricto sensu* que le Conseil désigne sous le nom de « partie requérante » ; il prend part au contradictoire et peut s'exprimer (par la voix de son conseil) à l'audience. Il lui arrive par ailleurs de développer des moyens différents de ceux des requérants et qui seront accueillis par le Conseil constitutionnel³². Est-ce à dire que l'intervenant doit être traité comme un « auteur de la QPC » (alors même qu'il n'a pas forcément emprunté comme la partie requérante le chemin semé d'embûches du double filtrage) ? Cette question est épineuse, dans la mesure où les prétentions des intervenants peuvent différer de celles de l'auteur de la QPC initiale³³. A ceci s'ajoute que les finalités poursuivies par les intervenants peuvent différer grandement : l'intervenant peut tenter d'obtenir la protection de ses propres droits subjectifs, ou bien se contenter de proposer un *amicus curiae* réalisé dans le seul but d'éclairer la décision du Conseil. C'est ce qui fait dire à une partie de la doctrine que le Conseil constitutionnel devrait mieux distinguer les différentes fonctions poursuivies par les interventions et adapter en fonction sa politique jurisprudentielle en matière d'admissibilité de ces dernières³⁴.

En tout état de cause, l'identification de « l'auteur de la QPC » et de « la partie requérante » n'est pas aussi aisée que ce que l'on pourrait croire au premier abord.

B. Rétroactivité procédurale et substantielle

La décision d'inconstitutionnalité a en principe un effet abrogatif, ce que le Conseil d'État notamment rappelle périodiquement depuis la décision d'Assemblée *M'Rida* : « une disposition législative déclarée contraire à la Constitution sur le fondement de l'article 61-1 n'est pas annulée rétroactivement mais abrogée pour l'avenir à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision ». L'effet

³² V. par ex. Cons. const., 6 octobre 2011, n° 2011-174 QPC, *Mme Oriette P.* ; ou encore (de manière moins frappante) Cons. const., 21 juillet 2017, n° 2017-645 QPC, *M. Gérard B.*

³³ Pour un exemple évocateur voir Cons. const., 21 janvier 2016, n° 2015-512 QPC, *M. Vincent R.* (la partie requérante réclamant l'abrogation du délit de contestation de l'existence de certains crimes contre l'humanité, et la partie intervenante réclamant son abrogation « en tant que ne pas », c'est-à-dire en réalité son extension à des crimes contre l'humanité non couverts par les dispositions en cause) ; ou encore Cons. const., 25 octobre 2019, n°2019-810 QPC, *Société Air France* (la partie requérante étant une société faisant valoir ses intérêts financiers, mis à mal par les amendes qui lui sont infligées pour avoir débarqué des étrangers en situation irrégulière, et la partie intervenante étant une association défendant les droits des étrangers et des réfugiés).

³⁴ V. notamment A.M. Lecis Cocco Ortu, « QPC et interventions des tiers : le débat contradictoire entre garantie des droits de la défense et utilité des *amici curis* », *RFDC*, n° 104, 2015.

utile fait partie des exceptions à ce principe abrogatif, puisqu'il consiste en une application rétroactive de la décision d'inconstitutionnalité à un ensemble d'instances en cours, c'est-à-dire de procès (voire de procédures non-juridictionnelles). Il s'agit d'une rétroactivité purement procédurale (ou processuelle) qui ne vise pas principalement à revenir sur des situations juridiques. Il ne s'agit donc pas – ou pas nécessairement – d'une rétroactivité substantielle. L'effet d'une décision QPC est utile lorsque la loi déclarée inconstitutionnelle doit être ou non appliquée dans le procès *a quo* et dans les autres instances analogues ; ce faisant, la décision ne modifie pas par elle-même les droits et obligations nées de l'application de la loi. Certes, par hypothèse, l'instance étant en cours à la date de la décision du Conseil constitutionnel, elle provient d'une situation juridique elle-même antérieure. Mais l'effet utile, en tant que tel, ne nous dit rien sur le devenir de telles situations juridiques nées de l'application de la loi inconstitutionnelle, mais n'ayant pas, à la date de la décision, fait l'objet d'instances en cours. S'il s'agissait d'une rétroactivité substantielle, l'effet utile serait nécessairement étendu aux instances postérieures à la décision (ou à son entrée en vigueur lorsqu'elle est différée) mais mettant en jeu des situations nées de l'application de la loi déclarée inconstitutionnelle, sous réserve, naturellement, de la non-échéance des délais de prescription et de forclusion. Sur ce point, l'examen de la jurisprudence du Conseil constitutionnel révèle une grande complexité, voire par endroit certaines incohérences, faute de distinguer clairement ce qui relève d'une part de l'effet de la décision sur les instances (définitivement réglées, en cours, nouvelles) et d'autre part de ses effets sur les situations juridiques.

1. Quant à la rétroactivité procédurale

L'effet utile normal : les instances en cours. En principe, une décision d'abrogation immédiate, et, par exception, une décision d'abrogation différée, sont applicables, ou sont susceptibles d'être invoquées, non seulement en ce qui concerne l'auteur de la QPC, mais également dans les « instances en cours ». Elle peut, selon la formule de la décision 2010-33 QPC « être invoquée dans les instances en cours à cette date et dont l'issue dépend de l'application des dispositions déclarées inconstitutionnelles ». Cette formule « instances en cours » sera par ailleurs reprise dans le considérant de principe de la décision 2010-108 précitée, et continue à l'être dans ce cadre. En revanche, sa place dans le considérant d'espèce à l'espèce, qui détermine les effets de la décision, a pu susciter certaines interrogations. Cette expression est quelque peu ambiguë³⁵ : elle désigne en principe les procédures engagées devant une juridiction à la date de la publication de la décision du Conseil constitutionnel. La question se pose cependant de savoir si elle doit être étendue aux instances ayant déjà donné lieu à une décision, et pour lesquelles le délai de recours ou de forclusion n'est pas échu à la date de la publication de la décision³⁶. Elle se pose également de savoir si par instances en cours il faut

³⁵ S. Benzina, *L'effectivité des décisions QPC du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, 2017, p. 264 ; E. Cartier, « L'ambiguïté des effets de la déclaration d'inconstitutionnalité sur le procès », in E. Cartier (dir.), *La QPC, le procès et ses juges. L'impact sur le procès et l'architecture juridictionnelle*, Paris, Dalloz, 2013, p. 163 ; X. Magnon, « 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 ? », *RFDA*, 2011-4, p. 764.

³⁶ X. Magnon (dir.), *QPC - La question prioritaire de constitutionnalité. Principes généraux, pratique et droit du contentieux*, 2^e éd., Paris, LexisNexis, 2013, p. 290.

également entendre les procédures non juridictionnelles, voire non contentieuses, engagées devant l'administration.

Dans un premier temps, le Conseil constitutionnel a décidé d'employer dans le considérant d'espèce la formule « d'instances non jugées définitivement »³⁷, ce qui semble exclure les recours non juridictionnels³⁸. Lorsque le Conseil constitutionnel souhaite étendre l'effet utile aux procédures en cours devant l'administration, il le fait expressément³⁹. Puis, même s'il continue parfois d'employer dans le considérant d'espèce la notion d'instance non définitivement jugée (la notion d'instance en cours demeurant intouchée dans le considérant de principe), il a commencé à partir de 2012 à parler « d'affaires », et non plus d'instances, « non jugées définitivement »⁴⁰. Il apparaît cependant que ces deux termes sont employés de manière interchangeable par le Conseil constitutionnel qui n'a pas renoncé à l'emploi du terme « instance » dans le considérant d'espèce.

La rétroactivité procédurale peut faire l'objet de restrictions, comme d'extensions. Ainsi le Conseil constitutionnel peut décider de limiter l'effet de la décision à certaines – et non toutes les instances en cours – par exemple en fixant une date dans le passé au-delà de laquelle un acte n'est plus contestable sur le fondement de l'inconstitutionnalité (v. par ex. 2012-198 QPC ou encore 2019-798 QPC). Il peut aussi décider d'étendre l'effet de la décision non seulement aux affaires en cours et non jugées définitivement mais également aux « affaires nouvelles ».

L'effet utile renforcé ? Les affaires nouvelles. Le Conseil a employé l'expression d'affaire nouvelle dans cinq décisions de 2014 (à partir de la décision n° 2013-360 QPC du 9 janvier 2014), sans que l'on sache véritablement ce qu'elle recouvre. En principe, dès lors que l'on a affaire à une abrogation immédiate (la question ne se posant pour une abrogation différée), la loi inconstitutionnelle ne saurait sauf exception continuer à créer des effets après la publication de la décision du Conseil. Comme l'a montré le professeur Sami Benzina⁴¹, il ne peut donc y avoir « d'affaire nouvelle » qu'au sens où une situation juridique née de l'application de la loi *antérieurement* à la publication de la décision donne lieu à une instance prenant naissance après cette date.

L'emploi de cette formule crée donc un certain effet d'aubaine, dès lors que, sous réserve des délais de recours, de prescription et de forclusion, son emploi laisse la possibilité à des justiciables de se prévaloir de la décision du Conseil constitutionnel alors même que la situation née des effets de la loi n'a donné lieu jusqu'alors à aucun litige ni à aucune contestation. Dans certains contextes, il est vrai, de telles affaires nouvelles sont conceptuellement impossibles. Il en va ainsi de la matière pénale. Lorsque les faits incriminés par la loi sont antérieurs à la décision, soit leur auteur a été poursuivi avant cette dernière et, sous réserve de l'intervention d'un jugement définitif, est engagé de ce seul fait dans une « affaire en cours » ; soit au contraire, les poursuites sont postérieures à la publication de la décision du Conseil constitutionnel, et alors le principe de rétroactivité *in mitius* fait obstacle à

³⁷ Décision n° 2011-174 QPC précitée.

³⁸ S. Benzina, *L'effectivité des décisions QPC...*, *op. cit.* p. 266.

³⁹ V. par ex. sur les procédures devant la commission centrale d'aide sociale, Cons. const., 8 juin 2012, n° 2012-250 QPC, M. Christian G. C'est classiquement le cas en matière fiscale lorsque le Conseil constitutionnel indique que la décision est applicable aux impositions contestées avant la date de la publication (v. l'étude de M. Jordan Puissant ci-dessous).

⁴⁰ Cons. const., 4 mai 2012, 2012-240 QPC, M. Gérard D. (harcèlement sexuel).

⁴¹ S. Benzina, *L'effectivité des décisions QPC...*, *op. cit.* p. 269.

ce qu'elles soient engagées. Cependant, dans la plupart des autres matières, l'application de la décision aux affaires nouvelles devrait être purement exceptionnelle. Lorsqu'il n'en est pas fait mention dans le considérant d'espèce, et que seules les affaires non définitivement jugées y sont évoquées, on devrait en conclure *a contrario* que la décision du Conseil constitutionnel n'est en principe pas applicable aux affaires nouvelles.

Nous disons « en principe », car cette question n'est pas tout à fait réglée⁴². Le Conseil n'a jamais paru s'en préoccuper, ce qui se traduit par une certaine forme de désinvolture à ce sujet. Il arrive parfois au commentaire officiel (anciennement appelé commentaire aux *Cahiers*) de reprendre la formule « affaires nouvelles et affaires non jugées définitivement » alors même que la décision ne fait mention que des instances ou affaires non jugées définitivement⁴³. Un récent avis contentieux du Conseil d'État (certes propre à la matière fiscale) vient néanmoins appuyer la thèse de l'effet utile « renforcé » bénéficiant même à ceux dont l'instance est introduite postérieurement à la décision du Conseil constitutionnel, alors même que ce dernier ne fait pas mention des affaires nouvelles : « *cette déclaration peut être invoquée dans toutes les procédures contentieuses en cours, quelle que soit la période d'imposition sur laquelle porte le litige. Elle peut l'être aussi à l'appui de toute réclamation encore susceptible d'être formée eu égard aux délais fixés par les articles R. 196-1 et R. 196-2 du livre des procédures fiscales* »⁴⁴.

En tout état de cause, le Conseil constitutionnel devrait apporter une clarification tant l'effet d'aubaine est ici criant. L'effet utile (sauf lorsqu'il fait l'objet de restrictions) est avant tout une rétroactivité procédurale de la décision d'inconstitutionnalité⁴⁵. A supposer même que le Conseil constitutionnel souhaitât remettre en cause tout ou partie des situations nées de l'application – sauf, éventuellement, celles qui ont donné lieu à un jugement définitif ou sont prescrites –, il conviendrait que les conséquences procédurales de cette rétroactivité substantielle soient clairement explicitées ; et notamment, lorsque le Conseil indique que la décision est applicable aux affaires non jugées définitivement, il devrait indiquer clairement si cette formule exclut ou inclut les affaires nouvelles.

2. Quant à la rétroactivité substantielle

Outre la modification du cadre normatif applicable aux *instances (ou affaires) en cours*, le Conseil constitutionnel confère parfois à sa décision une rétroactivité substantielle. Il prend alors pleinement parti de l'habilitation qui lui est conférée par l'article 62 de la Constitution de remettre en cause les effets produits par la loi.

⁴² V. pour des doutes à ce sujet, L. Daydie, « La détermination des effets des décisions QPC : illustration d'un usage perfectible de la Constitution », *RFDC*, n° 113, 2018, p. 40.

⁴³ V. par exemple le Commentaire sur la décision 2018-737 QPC du 5 octobre 2018.

⁴⁴ CE, avis, 6 février 2019, n° 425509, avec la très éclairante note de S. Benzina, « Le champ d'application de l'effet utile des décisions QPC d'inconstitutionnalité », *AJDA*, 2019. 1226. V. également l'étude de M. Jordan Puissant ci-dessous.

⁴⁵ Lorsque la disposition abrogée est une règle procédurale (composition d'un organe, voie ou délai de recours, etc.) la question ne se pose pas, puisque la décision du Conseil ne modifie pas les situations, mais uniquement les instances (et plus largement les procédures, contentieuses ou non). Lorsque l'abrogation est immédiate, la décision sera rétroactive pour les instances en cours (effet utile), mais elle pourra également être invoquée aux procédures postérieures à la date de sa publication, car c'est précisément l'objet de la décision que de modifier, à compter de sa publication, les procédures en cause.

Dans certains cas (que l'abrogation soit immédiate⁴⁶ ou différée⁴⁷), il peut décider de maintenir l'ensemble des situations résultant de l'application de la loi, y compris celles qui ont donné lieu à des instances en cours. Dans de telles hypothèses, la décision est privée de tout effet utile ; en revanche, les situations postérieures à la date de publication de la décision ne seront pas immunisées contre une éventuelle remise en cause contentieuse sur le fondement la décision du Conseil.

Dans d'autres cas au contraire, il peut décider de laisser subsister seulement certaines des situations nées de l'application de la loi, et au contraire d'en modifier certaines autres rétroactivement. On peut en prendre trois exemples. Dans la décision 2013-336 QPC du 1^{er} août 2013, *Société Natixis Asset Management*, le Conseil constitutionnel a jugé entachées d'incompétence négative, et, pour cette raison, contraires à la liberté d'entreprendre, les dispositions créant un système de participation obligatoire des salariés aux résultats des entreprises publiques. Il a alors décidé que les sommes versées en vertu d'un mécanisme inconstitutionnel de participation des salariés aux résultats de l'entreprise publique ne pourraient faire l'objet de répétition, ce qui revient à maintenir les situations juridiques nées de l'application de la loi. Mais il a également jugé que lorsqu'un tel mécanisme de participation n'avait pas été mis en place, les salariés, même dans les instances en cours, ne pouvaient plus en réclamer le bénéfice, ce qui revient à modifier les situations juridiques antérieures à la publication de la décision du Conseil constitutionnel.

Les deux autres exemples sont tirés du droit de la nationalité. Dans la décision 2013-360 QPC du 9 janvier 2014 précitée, le Conseil constitutionnel a jugé que des dispositions législatives (abrogées en 1973) subordonnaient, pour le seul cas des Français de sexe masculin, à une autorisation gouvernementale la perte de nationalité résultant de l'acquisition d'une nationalité étrangère – dans le but de faire obstacle au contournement des obligations du service militaire – étaient contraires à la Constitution, en tant que la privation de nationalité pour les femmes ayant fait l'acquisition d'une autre nationalité était, quant à elle, de plein droit. Le Conseil a néanmoins affirmé que « *la remise en cause des situations juridiques résultant de l'application des dispositions déclarées inconstitutionnelles aurait des conséquences excessives si cette inconstitutionnalité pouvait être invoquée par tous les descendants des personnes qui ont perdu la nationalité en application de ces dispositions* ». C'est pourquoi il limite l'effet de sa décision sur les situations constituées en la rendant invocable par « *les seules femmes qui ont perdu la nationalité française par l'application des dispositions* » litigieuses, les descendantes ne pouvant s'en prévaloir que si les intéressées ont obtenu une décision leur reconnaissant la nationalité française. C'est à cette occasion (*cf. supra*) que le Conseil a par ailleurs reconnu l'invocabilité de la décision d'inconstitutionnalité dans les affaires nouvelles.

On retrouve, de manière plus implicite, le même raisonnement dans la décision *Jaime Rodrigo F.*⁴⁸, le Conseil abroge une loi de 1927, relative à la transmission de la nationalité française à une personne née à l'étranger dont le père est français qui a été abrogée en 1945, et n'a produit d'effet que pour les enfants nés 1906 et 1927. Le Conseil constitutionnel affirme alors que l'inconstitutionnalité n'est invocable que par les personnes nées dans cette période ;

⁴⁶ V. par exemple Cons. const., 14 juin 2019, n° 2019-789 QPC, *Mme Hanen S.*

⁴⁷ Le *locus classicus* étant ici la décision n° 14/22 QPC du 30 juillet 2010, *Garde à vue*.

⁴⁸ Cons. const., 5 octobre 2018, n° 2018-737 QPC.

cela en prive leurs descendants éventuels. Le requérant lui-même, qui est né en 1988⁴⁹ – arrière-petit-fils d'une Française installée à l'étranger au début du XX^e siècle –, ne peut s'en prévaloir directement. Il faut que son grand-père (s'il est encore vivant), qui est né entre 1906 et 1927, le fasse. Ici, contrairement à la décision 2013-360 QPC précitée, le Conseil constitutionnel a limité la rétroactivité procédurale aux seules « instances en cours ».

Lorsque le Conseil constitutionnel module la rétroactivité substantielle de sa décision, il porte potentiellement atteinte à l'effet utile de cette dernière. Par hypothèse, si une situation née de l'application de la loi antérieure à la publication de la décision est maintenue par le Conseil constitutionnel, elle ne peut plus faire l'objet d'une remise en cause, fût-ce par l'auteur de la QPC. La difficulté qui naît de l'imbrication de la rétroactivité procédurale et de la rétroactivité substantielle tient à ce que, lorsqu'on n'a pas accès notamment aux décisions des juridictions *ad hoc*, il est parfois très difficile, de l'extérieur, de déterminer si l'auteur de la QPC est bien placé dans la situation remise en cause par la décision, ou bien si sa situation fait partie de celles préservées par le Conseil.

C. ...et les réserves d'interprétation ?

L'étude qui suit porte principalement sur l'effet utile des décisions d'inconstitutionnalité. Nous avons fait le choix d'exclure de notre investigation la question de la modulation dans le temps des décisions de conformité sous réserve, qui nous est apparue trop marginale pour pouvoir faire l'objet d'un traitement systématique. Toutefois, cette question n'est pas dénuée d'intérêt.

La réserve d'interprétation est en principe déclaratoire du droit existant⁵⁰, étant donné qu'elle fixe l'interprétation de la loi qui permet d'en préserver la conformité à la constitutionnalité (il s'agit d'une variante de la technique de l'interprétation conforme). En ce sens, toute réserve d'interprétation est – du moins en principe – nécessairement rétroactive. La reconnaissance de ce caractère déclaratoire n'est en principe pas source de complications en procédure *a priori*, dès lors que la loi contrôlée n'a de toute façon pas produit d'effets. Il est cependant arrivé au Conseil constitutionnel de tempérer ce principe en contrôle DC et de réserver l'applicabilité de sa réserve d'interprétation aux situations postérieures à la publication de la décision, notamment parce que celle-ci intervenait à l'issue d'un contrôle « néo-calédonien »⁵¹.

La QPC est venue complexifier la question des effets des réserves d'interprétation. Par défaut, en effet, la réserve d'interprétation est rétroactive, tant au plan procédural qu'au plan processuel : elle peut donc amener à remettre en cause des situations antérieures, même définitivement constituées (pourvu naturellement qu'elles ne soient pas prescrites). Le principe de sécurité juridique peut s'en trouver affecté. C'est pourquoi il est arrivé au Conseil constitutionnel, à diverses reprises, de moduler les effets dans le temps des réserves

⁴⁹ Selon le commentaire officiel.

⁵⁰ M. Disant, « Les effets dans le temps des décisions QPC », *cit.*, p. 68.

⁵¹ Cons. const., 24 oct. 2012, n° 2012-656 DC, *Loi portant création des emplois d'avenir*. Le contrôle dit « néo-calédonien » est le contrôle d'une disposition déjà promulguée, effectué, sur le fondement de l'article 61 al. 2 de la Constitution (procédure DC), à l'occasion de l'examen de dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine (Cons. const., 25 janvier 1985, n° 85-187, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances*).

d'interprétation. La problématique est ici l'inverse de celle qui guide la question des effets de la décision d'inconstitutionnalité. Celle-ci étant en principe purement abrogative, elle ne saurait remettre en question les situations et instances antérieures ; il en résulte la nécessité pour le Conseil constitutionnel d'aménager une certaine rétroactivité procédurale ou substantielle. En revanche, la réserve d'interprétation est en principe purement rétroactive ; il en résulte parfois la nécessité de limiter cette rétroactivité de principe, par exemple en affirmant le caractère exclusivement post-actif de la réserve.

Dans certains cas, cette modulation peut entraîner une post-activité procédurale exclusive de la réserve d'interprétation. Il en va principalement ainsi en matière de procédure pénale : par exemple la décision 2010-62 QPC⁵², relative à la procédure devant le juge des libertés et de la détention, est assortie d'une réserve qui n'est applicable qu'aux demandes de remise en liberté postérieures à la publication de la décision⁵³. Dans cette hypothèse, la réserve d'interprétation est privée de tout effet utile, puisqu'elle ne peut être appliquée aux demandes pendantes de remise en liberté.

Dans d'autres cas de figure, le Conseil constitutionnel a entendu au contraire préserver l'effet utile de la décision de conformité sous réserve, tout en repoussant les effets substantiels à la période postérieure à la publication de la décision. Par exemple, dans la décision 2015-473 QPC⁵⁴, le Conseil constitutionnel a jugé que la réserve d'interprétation n'était applicable qu'aux « *impositions contestées avant la publication de la décision* »⁵⁵. La rétroactivité n'est alors que procédurale, et bénéficie uniquement à l'auteur de la QPC et aux instances en cours.

III. PROBLÉMATIQUE ET PLAN DE L'ÉTUDE

A. Enjeux de l'étude

La présente étude se donne pour objectif de dresser un bilan de la politique jurisprudentielle du Conseil constitutionnel relative à l'effet utile de ses décisions d'inconstitutionnalité. Le principal enjeu de l'étude est de déterminer si, au regard du cadre général et des paramètres définis ci-dessus, cette politique a donné lieu à des solutions cohérentes et systématisables. Deux principaux angles d'analyse ont ainsi été retenus : tout d'abord la question de la concrétisation et de la subjectivisation du contrôle ; ensuite celle de la hiérarchisation des droits fondamentaux.

1. L'effet utile et la concrétisation et subjectivisation du contrôle

En premier lieu, la question de l'effet utile peut contribuer à révéler l'étendue et les limites de la concrétisation comme de la subjectivisation du contrôle effectué par le Conseil

⁵² Cons. const., 17 décembre 2010, n° 2010-62 QPC, *M. David M.*

⁵³ V. également les décisions n° 2011-191/194/195/196/197 QPC du 18 novembre 2011 (« *Garde à vue II* ») et n° 2012-257 QPC du 18 juin 2012, *Société OLANO CARLA et autres.*

⁵⁴ Cons. const., 26 juin 2015, n° 2015-473 QPC, *Époux P.*

⁵⁵ Voir aussi en un sens proche, Cons. const., 15 décembre 2015, 2015-503 QPC, *M. Gabor R.*

constitutionnel. L'objet de ce contrôle ne saurait être de censurer les *applications* inconstitutionnelles de la loi, mais la loi inconstitutionnelle elle-même, ce en quoi le contrôle que le Conseil exerce demeure bien abstrait ; cet objet n'est pas davantage de prendre en compte la situation subjective de l'auteur de la QPC le respect de ses droits subjectifs. Néanmoins, une réflexion sur l'effet de ce contrôle invite à s'interroger sur la part de concrétisation et de subjectivisation qui entre en jeu lorsque le Conseil constitutionnel décide (ou non) d'attribuer à sa décision un effet utile.

Un marqueur intéressant peut être, de ce point de vue, la qualité de l'auteur de la QPC. Si la partie requérante, dans une majorité de cas, est une personne physique, il arrive également fréquemment qu'elle soit, par exemple, une association ou une société⁵⁶. Les objectifs poursuivis par les différents types de requérants ne sont pas les mêmes : alors qu'une personne physique ou une société souhaite généralement obtenir une modification de sa situation de droit subjective, une association pourra poursuivre une finalité plus objective (telle que l'abrogation d'un texte produisant des effets sociaux à ses yeux problématiques).

Un bon exemple en est fourni par la QPC 2017-695 relative à diverses dispositions de la loi du 30 octobre 2017 relative à la sécurité intérieure et à la lutte contre le terrorisme. L'origine de la QPC provient de deux instances tout à fait différentes : d'une part, un référé-liberté engagé par une personne ayant fait l'objet de mesures individuelles de contrôle administratif et de surveillance, au cours duquel l'intéressé a soulevé une QPC portant sur les seules dispositions législatives à l'origine de sa situation (à savoir les articles L. 228-1 et L. 228-2 du Code de sécurité intérieure) ; d'autre part, un recours pour excès de pouvoir dirigé par la Ligue des droits de l'Homme contre la circulaire du ministre de l'Intérieur relative à l'application de la loi du 30 octobre 2017, qui sert de point d'ancrage à une QPC dirigée contre de très nombreuses dispositions du CSI issues de cette loi. Le Conseil d'État, juge du filtre pour la première instance, et juge de premier et dernier ressort pour la seconde, a, de manière quelque peu audacieuse, décidé de joindre les deux QPC et de les renvoyer au Conseil constitutionnel. Curieusement, celui-ci ne confère, dans la décision 2017-695 QPC qui s'ensuit, la qualité de partie requérante à la seule personne physique, l'association se voyant attribuer la qualité de partie intervenante. C'est bien pour la majeure partie sur les prétentions de la Ligue des droits de l'Homme que le Conseil va statuer. Or, ce n'est pas son intérêt subjectif que cette association fait valoir (mais bien des principes objectifs, dont la défense découle d'ailleurs de son objet statutaire). Cette décision n'a cependant donné lieu qu'à des censures marginales, de sorte qu'il est difficile de déterminer de quelle manière cette différence d'intérêts entre les deux parties requérantes aurait pu influencer sur la détermination de l'effet utile.

2. L'effet utile et la hiérarchisation des droits fondamentaux

En second lieu, la question de l'effet utile des décisions permet de s'interroger sur une éventuelle hiérarchie matérielle des règles et principes constitutionnels entre eux, notamment

⁵⁶ Selon les statistiques aimablement fournies par le Conseil constitutionnel, au 1^{er} octobre 2019, 443 parties requérantes étaient des personnes physiques, tandis que 193 étaient des sociétés, 62 des associations et 35 des syndicats. Ces statistiques ne concernent que le premier auteur de la QPC : elles ne prennent ni en compte les parties requérantes dont l'instance a été jointe à la première partie par le juge de renvoi, ni la qualité des intervenants.

en ce qui concerne les droits et libertés fondamentaux. On sait que dans certaines jurisprudences constitutionnelles, certains droits ou certains principes jouent un rôle fondamental et sont intangibles ; ils ne peuvent ainsi être mis en balance avec d'autres principes dans le contrôle de proportionnalité. Il en va ainsi par exemple de la dignité de la personne humaine, dans l'interprétation systémique faite par la Cour constitutionnelle fédérale allemande de l'ensemble des droits fondamentaux protégés par la Constitution, qui trouvent tous en un sens leur source dans la dignité humaine⁵⁷. Rien dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel ne permet d'avancer avec autant d'assurance que certains principes constitutionnels joueraient un tel rôle (pas même le principe de dignité de la personne humaine, dégagé en 1994 et qui n'a depuis lors donné lieu, sauf erreur de notre part, à aucune censure). L'hypothèse, cependant, qu'il est permis de formuler, c'est que la propension plus ou moins grande à conférer à sa décision un effet utile dépend du droit ou liberté (ou du type de droits ou libertés) sur le fondement desquels l'inconstitutionnalité a été prononcée. Autrement dit, plus le Conseil est enclin à protéger l'effet utile de sa décision, plus le droit ou la liberté auxquels la disposition censurée porte atteinte revêt une importance à ces yeux. C'est cette hypothèse qui a guidé le plan de la première partie de la présente étude, même si, comme on le verra, elle n'a pas été pleinement vérifiée, hormis en ce qui concerne les droits et libertés relatifs à la matière pénale.

B. Plan général de l'étude

Pour mener à bien ce travail de recherche, nous avons pris le parti de procéder en deux temps.

La **première partie** est consacrée à une analyse systématique de l'attribution ou non par le Conseil constitutionnel d'un effet utile à ses décisions d'inconstitutionnalité en fonction grands types de droits ou libertés qui en constituent le fondement. C'est pourquoi la première partie est consacrée à cinq études particulières procédant par grands blocs de droits et libertés. L'idée directrice qui a guidé ce choix est l'hypothèse selon laquelle l'effet utile est un marqueur de l'importance plus ou moins grande que le Conseil entend donner à certains droits, dont l'effectivité est peut-être plus impérieuse. En réalité, sauf en matière pénale – et, à vrai dire, de droit pénal substantiel uniquement – cette hypothèse ne s'est pas pleinement réalisée.

Pour mener à bien ce travail, nous avons confié à des groupes de travail la tâche de réaliser un relevé quantitatif des différentes décisions pertinentes, puis de réaliser une analyse globale des principaux traits qui s'en dégagent. Pour ce faire, nous avons tout d'abord opéré une cartographie des différentes hypothèses dans lesquelles on peut parler d'effet utile ; ensuite nous avons adressé aux différents groupes quatre questions, auxquelles les études devaient, dans une part variable, apporter une réponse :

- Le droit/liberté étudié pose-t-il des problèmes spécifiques en matière d'effet utile (par exemple : « abrogation en tant que ne pas » ; en matière de procédure pénale, conséquences excessives pour l'ordre public d'une abrogation immédiate, *etc.*) ?

- Le Conseil constitutionnel emploie-t-il des outils spécifiques pour préserver l'effet utile (par exemple : réserves transitoires) ?

⁵⁷ V. pour une introduction en français : O. Jouanjan, « La dignité de la personne humaine dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle de Karlsruhe », *Revue générale du droit* (en ligne), 2014, n° 18315.

- Lorsque l'effet utile est refusé, quelle en est la motivation ? Celle-ci semble-t-elle suffisante/adéquate ?

- La jurisprudence du Conseil constitutionnel, en ce qui concerne l'effet utile des décisions prises sur le fondement du droit/liberté étudié, semble-t-elle cohérente ?

La seconde partie est consacrée à cinq études transversales qui suivent plusieurs objectifs distincts. Ainsi, il nous est apparu nécessaire de réserver un traitement particulier à certaines matières dans lesquelles la détermination l'effet utile répond à une problématique particulière : c'est pourquoi nous avons consacré une étude spécifique à la matière fiscale ainsi qu'à la jurisprudence relative à l'état d'urgence, qui permet également de s'interroger sur le poids du contexte dans la détermination de l'effet utile. Il nous est apparu opportun de dresser un bilan de l'effet utile comme outil inachevé de subjectivisation du contrôle, et de proposer, en conséquence, quelques pistes pour l'amélioration de la motivation du Conseil sur ce point. Enfin, nous avons souhaité intégrer une perspective comparatiste. Le temps imparti à la réalisation de cette étude ne nous a pas, hélas, permis de réaliser pleinement cette ambition⁵⁸. Cependant, il nous a paru opportun de clore cet ouvrage sur une étude de la situation italienne. Diverses considérations expliquent et justifient ce choix. En premier lieu, la Cour constitutionnelle italienne est principalement saisie à titre préjudiciel ; même si les détails des mécanismes contentieux diffèrent jusqu'à un certain point, la QPC et le recours devant la Cour constitutionnelle italienne présentent des similitudes suffisamment importantes pour que les mêmes questions, les mêmes problématiques et les mêmes enjeux relatifs à l'effet des décisions se posent pour chacune des deux juridictions. En second lieu, c'est bien vers la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne que le Conseil constitutionnel s'est tourné par le passé lorsqu'il s'est agi de trouver certains modèles d'inspiration afin de résoudre les difficultés nées de la mise en œuvre de la QPC ; il en est allé ainsi de la doctrine du « droit vivant », adoptée et adaptée dès 2010 par le Conseil constitutionnel.

N.B. L'ensemble des travaux qui suivent sont, sauf mention contraire, à jour au 1^{er} septembre 2019.

⁵⁸ Nous avons également dû renoncer, faute de temps et de participants disponibles, à une étude systématique relative à la réception et à l'exécution par les juridictions ordinaires de la décision du Conseil constitutionnel.

PREMIÈRE PARTIE
L'EFFET UTILE AU PRISME DES GRANDS
BLOCS DE DROITS ET LIBERTÉS

Chapitre 1

L'effet utile des décisions relatives au principe d'égalité

Gaëlle Lichardos et Marie Eude

Le principe d'égalité est l'un des principes majeurs protégés par la Constitution de 1958 et plus largement par le « bloc de constitutionnalité » : il apparaît ainsi tant dans les textes adossés à la Constitution (déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, préambule de la Constitution de 1946) que dans la Constitution elle-même.

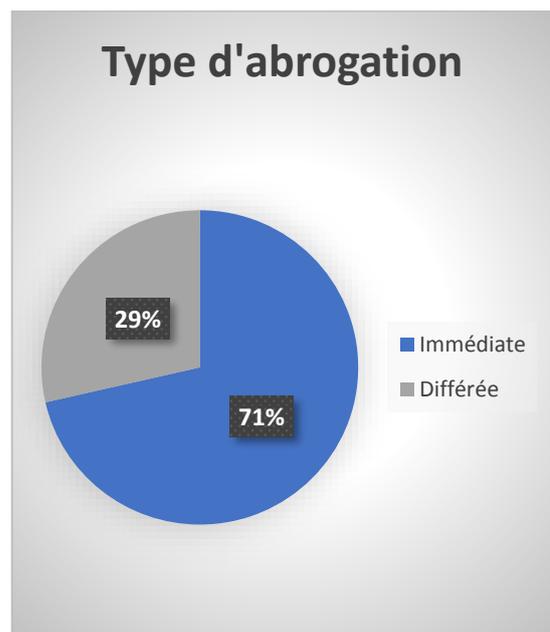
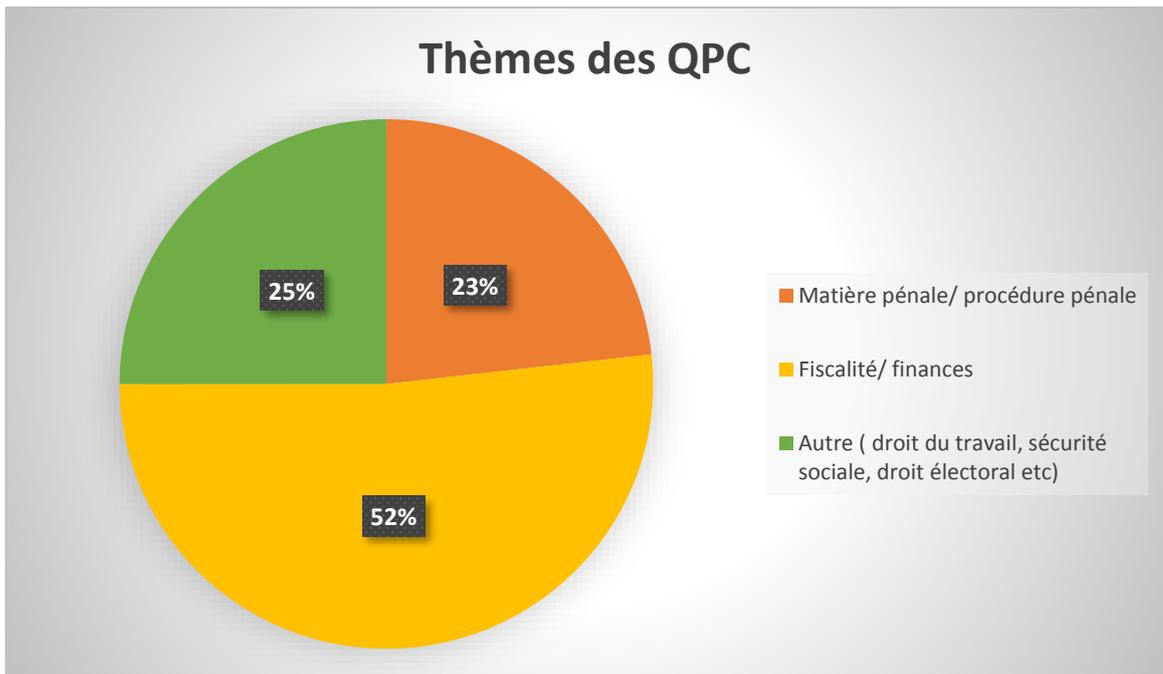
A ce titre, il est régulièrement utilisé dans le cadre du contentieux constitutionnel et plus largement dans le contentieux lié aux droits et libertés fondamentaux. En effet, le développement progressif, initié dans les années 1970, du rôle du Conseil Constitutionnel, au travers de sa jurisprudence et des réformes constitutionnelles, a abouti à la mise en œuvre d'une protection de plus en plus efficace des droits et libertés fondamentaux tels que reconnus par le droit positif, dont le principe d'égalité.

La révision constitutionnelle de 2008 ainsi que la loi organique de 2010 instituant la Question Prioritaire de Constitutionnalité (QPC) a, d'une certaine façon, consacré officiellement le rôle de promoteur des droits et libertés fondamentaux que le Conseil s'était attribué en 1971 et a permis le développement de son activité en la matière.

La présente étude a pour objectif d'analyser quantitativement et qualitativement l'effet utile des décisions QPC du Conseil Constitutionnel quand celui-ci utilise le principe d'égalité comme au moins l'un des fondements de sa constatation de non-conformité. Les deux principaux critères pour conserver ou écarter une décision QPC faisant référence au principe d'égalité ont ainsi été, d'une part, une décision de non-conformité, et d'autre part, une décision de non-conformité fondée sur le non-respect du principe d'égalité exclusivement ou non exclusivement. En effet, le principe d'égalité est très souvent utilisé tant par les parties que par le Conseil, sans pour autant que ce dernier le retienne comme fondement à sa décision de non-conformité.

Cinquante-huit décisions ont ainsi été retenues dans le champ de cette étude, recouvrant des domaines relativement variés, sans que l'on puisse s'empêcher de constater que certains domaines sont plus représentés que d'autres. Une proportion non négligeable concerne le contentieux fiscal. Il est par ailleurs intéressant de noter un nombre important de décisions relatives aux conséquences de la guerre d'Algérie.

Sans grande surprise, la plupart des décisions ont un effet utile. De la même façon, l'abrogation est généralement immédiate, bien que dans presque 30% des cas, il existe une abrogation différée.



La plupart du temps, dans les hypothèses d'abrogation de dispositions toujours en vigueur au jour de la décision, le Conseil constitutionnel suit un schéma que l'on pourrait qualifier de classique : **l'abrogation n'est pas différée, et la disposition abrogée ne demeure pas applicable à l'auteur de la QPC et aux instances en cours (I).**

Un point ressort ainsi clairement de nos analyses : le pragmatisme certain du Conseil constitutionnel, qui a nettement pour objectif de maintenir - en toute logique - une cohérence et une stabilité du droit, y compris dans les hypothèses d'abrogation. Cette tendance lui avait d'ailleurs partiellement été reprochée dès les premières QPC rendues, dans la mesure où une partie de la doctrine considérait que le Conseil constitutionnel se saisissait trop timidement des outils mis à sa disposition.

Indépendamment du fond-même des décisions, l'emploi de certaines expressions récurrentes témoignent de cet état d'esprit (on pense notamment à la formule « conséquences manifestement excessives »). Dans la même lignée, le Conseil constitutionnel utilise fréquemment le système des dispositions transitoires ou des réserves dans le but clair d'éviter une trop grande déstabilisation du droit, tout en abrogeant une disposition contraire au « bloc de constitutionnalité » (II).

I. LES HYPOTHÈSES CLASSIQUES D'ABROGATION :

ABROGATION IMMÉDIATE ET APPLICATION AUX INSTANCES EN COURS.

S'il demeure une formule classique consistant pour le juge constitutionnel à abroger immédiatement et à appliquer l'abrogation aux instances en cours (A), il existe des hypothèses dans lesquelles le Conseil précise sa décision, ceci pouvant avoir une influence positive, neutre ou négative sur l'effet utile (B).

A. *La standardisation des abrogations immédiates applicables aux instances en cours : la préservation de l'effet utile*

Le principe semble être pour le Conseil constitutionnel de donner un effet utile à ses décisions. Autrement dit, il doit donner un effet utile à sa décision, et adapter ensuite les effets de sa décision en fonction des autres principes et objectifs à valeur constitutionnelle, et des conséquences d'un tel effet.

Le recours à l'effet utile enjoint ainsi le Conseil constitutionnel à prendre en considération les effets concrets de ses décisions. Il ne fait parfois pas tant un contrôle *in abstracto* de mise en balance de principes constitutionnels inconciliables, qu'un véritable contrôle, même implicitement, *in concreto*. Il prend en compte des éléments purement factuels pour déterminer la portée de sa décision.

Dans les premières années de la QPC, le Conseil constitutionnel s'en tient généralement à la lettre de l'article 62 de la Constitution, que celui-ci soit expressément cité ou pas. La décision *Comité Harkis et Vérité*⁵⁹ fait ainsi directement référence à l'article 62⁶⁰, tandis que dans les décisions *Société LAVAL DISTRIBUTION*⁶¹, *Département des Landes*⁶², *Mme*

⁵⁹ Décision n° 2010-93 QPC du 4 février 2011.

⁶⁰ « Considérant qu'aux termes du deuxième alinéa de l'article 62 de la Constitution : « Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause » ; que la présente déclaration d'inconstitutionnalité prend effet à compter de la publication de la présente décision ; qu'elle peut être invoquée dans les instances en cours à cette date et dont l'issue dépend de l'application des dispositions déclarées inconstitutionnelles »

⁶¹ Décision n° 2010-97 QPC du 4 février 2011.

⁶² Décision n° 2011-146 QPC du 8 juillet 2011.

Catherine F., épouse L.⁶³ et M. Antoine C.⁶⁴, il se contente de citer le contenu de l'article 62 sans y faire directement référence⁶⁵.

Cependant, à partir de la décision *Mme Khadija A., épouse M.*⁶⁶, le Conseil va mettre en œuvre deux considérants « type » faisant directement référence à l'effet utile en ces termes : « *Considérant qu'aux termes du deuxième alinéa de l'article 62 de la Constitution : « Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause » ; que, 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*

Considérant, que l'abrogation [base légale en question] prend effet à compter de la publication de la présente décision ; qu'elle est applicable à toutes les instances non jugées définitivement à cette date ».

Le Conseil rappelle ainsi à la fois la question de l'effet utile mais s'empare, dans le même temps, pleinement des possibilités qui lui sont offertes par la Constitution. Il n'en reste pas moins que ce schéma « classique » est suivi dans la majorité des cas par le Conseil, puisque 56% des décisions étudiées en relèvent⁶⁷.

⁶³ Décision n° 2011-161 QPC du 9 septembre 2011.

⁶⁴ Décision n° 2011-181 QPC du 13 octobre 2011.

⁶⁵ « Que cette déclaration d'inconstitutionnalité prend effet à compter de la publication de la présente décision ; qu'elle peut être invoquée dans les instances en cours à cette date et dont l'issue dépend des dispositions déclarées inconstitutionnelles ».

⁶⁶ Décision n° 2011-212 QPC du 20 janvier 2012.

⁶⁷ V. Déc. n° 2011-213 QPC, COFACE, Déc. n° 2012-228/229 QPC, M. Kiril Z., Déc. n° 2013-328 QPC, Association Emmaüs Forbach, Déc. n° 2014-414 QPC, Société Assurances du Crédit Mutuel, Déc. n° 2014-436 QPC, Mme Roxane S, Déc. n° 2015-498 QPC, Société SIACI Saint-Honoré SAS et autres, Déc. n° 2015-509 QPC, M. Christian B, Déc. n° 2015-520 QPC, Société Metro Holding France SA venant aux droits de la société CRFP Cash, Déc. n° 2015-522 QPC, Mme Josette B.-M, Déc. n° 2015-523 QPC, M. Michel O., Déc. n° 2015-530 QPC, M. Chérif Y., Déc. n° 2016-534 QPC, Mme Francine E., Déc. n° 2016-539 QPC, Mme Ève G., Déc. n° 2016-547 QPC, Ville de Paris, Déc. n° 2016-553 QPC, Société Natixis, Déc. n° 2016-573 QPC, M. Lakhdar Y., Déc. n° 2016-587 QPC, Époux F., Déc. n° 2016-614 QPC, M. Dominique L., Déc. n° 2017-657 QPC, Société Valeo systèmes de contrôle moteur, Déc. n° 2017-660 QPC, Société de participations financières, Déc. n° 2017-663 QPC, Époux T. , Déc. n° 2017-664 QPC, Confédération générale du travail - Force ouvrière, Déc. n° 2017-689 QPC, M. Gabriel S., Déc. n° 2017-690 QPC, M. Abdelkader K., Déc. n° 2017-692 QPC, Epoux F., Déc. n° 2018-747 QPC, M. Kamel H.

B. Les modulations appliquées par le Conseil aux abrogations immédiates : les interrogations autour de l'effet utile

1. Les compléments afin de préserver et étendre l'effet utile

Dans sa décision *M. Boubakar B.*⁶⁸, le Conseil tente de trouver un équilibre entre le principe de sécurité juridique (en vertu duquel ses décisions n'ont pas d'effet rétroactif) et le principe selon lequel la déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier au requérant. Aussi précise-t-il que les décisions antérieures à la décision d'inconstitutionnalité ne sont pas illégales mais cessent de produire un effet juridique. Le juge constitutionnel cherche véritablement ici à préserver et étendre l'effet utile de sa décision.

Par ailleurs, dans sa décision *M. Claude N.*⁶⁹, le Conseil prend soin d'ajouter à ses deux considérants de principe un passage permettant de préciser, en s'arrangeant avec le principe de non-rétroactivité de ses décisions, que pour les affaires jugées, le caractère incestueux doit être retiré du casier judiciaire.

2. Les compléments sans incidence sur l'effet utile

Dans sa décision *Syndicat SUD-AFP*⁷⁰, le Conseil adjoint à son considérant de principe un complément : « *cette déclaration d'inconstitutionnalité est sans effet sur les décisions rendues antérieurement par le conseil d'administration de l'Agence France-Presse qui auraient acquis un caractère définitif au jour de la publication de la présente décision* ». Les dispositions jugées inconstitutionnelles concernent la formation du Conseil d'Administration : le juge précise donc que malgré l'inconstitutionnalité des dispositions, les décisions à caractère définitif prises par le CA ne sont pas concernées par sa décision. La question qui se pose est celle de savoir si le Conseil constitutionnel considère *a contrario* que malgré le principe de non-rétroactivité des décisions, celles qui n'ont pas de caractère définitif ne sont pas illégales mais cessent de faire effet.

Dans sa décision *Commune de Salbris*⁷¹, le Conseil précise que ses décisions ne peuvent avoir d'effet rétroactif eu égard aux conséquences manifestement excessives que cela aurait. S'agissant des effets dans le temps de la déclaration d'inconstitutionnalité, le Conseil constitutionnel a jugé que ces dispositions seraient abrogées à compter de la publication de la décision. S'agissant des effets que la disposition a produits avant la déclaration d'inconstitutionnalité, le Conseil constitutionnel a d'abord indiqué que l'application de sa décision entraînerait des conséquences manifestement excessives⁷². Le Conseil apporte

⁶⁸ Décision n° 2010-81 QPC du 17 décembre 2010.

⁶⁹ Décision n° 2011-163 QPC du 16 septembre 2011.

⁷⁰ Décision n° 2011-128 QPC du 6 mai 2011.

⁷¹ Décision n° 2014-405 QPC du 20 juin 2014.

⁷² « La remise en cause immédiate de la répartition des sièges dans l'ensemble des communautés de communes et des communautés d'agglomération où elle a été réalisée avant la publication de la présente décision en application des dispositions déclarées contraires à la Constitution entraînerait des conséquences manifestement excessives ; que, d'une part, afin de préserver l'effet utile de la déclaration d'inconstitutionnalité à la solution des instances en cours à la date de la présente décision, il y a lieu de prévoir que l'abrogation du deuxième alinéa du paragraphe I de l'article L. 5211-6-1 du code général des collectivités territoriales est applicable dans ces instances ; que, d'autre part, afin de garantir le respect du principe d'égalité devant le suffrage pour les élections à venir, il y a lieu de prévoir la remise en cause du nombre et de la répartition des sièges dans les communautés de communes et les

toutefois deux tempéraments : d'une part, il préserve l'effet utile de la déclaration d'inconstitutionnalité aux des instances en cours ; d'autre part, les modifications des conseils issus des dispositions censurées devront l'être sous l'empire de la déclaration d'inconstitutionnalité.

3. Compléments pour limiter les effets de sa décision d'inconstitutionnalité

Le juge se heurte parfois directement au bon fonctionnement de la justice. Annuler la mesure et donner un effet rétroactif à sa décision risque de perturber les procédures en cours, et engendrerait une instabilité et une insécurité juridiques. Dès lors, afin de garantir au mieux aux justiciables les effets de sa décision, il se limitera très souvent à abroger la mesure et à limiter l'application directe de sa décision. Dans la décision *M. Hovanes A.*⁷³, l'abrogation de la mesure pourra être invoquée dans les instances en cours seulement si la mesure inconstitutionnelle a porté grief aux parties sans avocat. Ce faisant, il évite la révision de plusieurs jugements, et permet aux justiciables de bénéficier de l'inconstitutionnalité seulement en cas d'atteinte effective à leur droit à la défense. Le requérant ayant soulevé la QPC bénéficiera de la décision du Conseil dans la mesure où l'absence de notification de la réquisition du procureur lui a fait grief. Le Conseil garantit ainsi l'effet utile de sa décision en abrogeant immédiatement la disposition contestée mais en la précisant⁷⁴, permettant en conséquence de limiter son bénéfice aux seules personnes qui ont un intérêt légitime à invoquer l'inconstitutionnalité, à savoir celles qui ne sont pas représentées par un avocat.

De même, dans la décision *M. Kiril Z.*⁷⁵, il prend en compte l'intérêt de sécurité juridique et du bon fonctionnement de la justice pénale en ne conférant pas d'effet utile à sa décision pour le requérant, malgré l'abrogation immédiate. L'abrogation de la mesure empêchant l'enregistrement des interrogatoires pour certains crimes particuliers, aurait fait peser un risque sur le bon fonctionnement de la justice pénale, en permettant de « faire tomber » un certain nombre de procédures pénales sur ce fondement. Dès lors, malgré l'abrogation, bien qu'immédiate, seuls les interrogatoires n'ayant pas encore eu lieu effectivement à la date de la décision pourront bénéficier de l'inconstitutionnalité.

Prenons un autre exemple. Dans la décision *Mme Danièle B.*⁷⁶, l'objet de l'inconstitutionnalité est une rupture d'égalité devant les charges publiques. L'abrogation est partielle et immédiate, sous une réserve permettant aux contribuables intéressés par les dispositions contestées de prouver que le financement des éléments de patrimoine qu'ils détiennent n'implique pas la possession des revenus définis forfaitairement.

Enfin, dans sa décision *M. Mahamadi*⁷⁷, le Conseil apporte deux types de compléments aux considérants classiques. Le premier concerne une partie des dispositions contestées et fait

communautés d'agglomération au sein desquelles le conseil municipal d'au moins une des communes membres est, postérieurement à la date de la publication de la présente décision, partiellement ou intégralement renouvelé ».

⁷³ Décision n° 2011-160 QPC du 9 septembre 2011.

⁷⁴ « Elle est applicable à toutes les procédures dans lesquelles les réquisitions du procureur de la République ont été adressées postérieurement à la publication de la présente décision ; que, d'autre part, dans les procédures qui n'ont pas été jugées définitivement à cette date, elle ne peut être invoquée que par les parties non représentées par un avocat lors du règlement de l'information dès lors que l'ordonnance de règlement leur a fait grief ».

⁷⁵ Décision n° 2012-228/229 QPC du 6 avril 2012.

⁷⁶ Décision n° 2010-88 QPC du 21 janvier 2011.

⁷⁷ Décision n° 2016-544 QPC du 3 juin 2016.

simplement une application à l'espèce de l'article 62 de la Constitution. Cela n'emporte donc aucune conséquence sur l'effet utile. Le second type de complément semble, quant à lui, concerner l'effet utile de la décision puisqu'il précise que « *la déclaration d'inconstitutionnalité de la référence à l'article 288 du Code de procédure pénale [...] prend effet à compter de la date de la publication de la décision [...] elle est applicable aux infractions commises à compter de cette date* ». Il s'agit encore une fois d'éviter de donner un effet rétroactif à la décision d'abrogation, remettant donc en question l'effet utile de la décision sur un fondement pragmatique.

D'autres illustrations peuvent être données, cette fois-ci dans le domaine fiscal. Les décisions *Société EDI-TV*⁷⁸ et *Société FB Finances*⁷⁹ apportent un complément à ses deux considérants de principes pour limiter l'effet utile de sa décision aux impositions contestées avant la publication de la décision dans le premier cas, et aux instances en cours et à venir.

Enfin dans sa décision *M. Jaime Rodrigo F.*⁸⁰, le Conseil limite l'effet utile de sa décision sur deux critères alternatifs :

- être né à l'étranger d'une mère française entre le 16 août 1906 et le 21 octobre 1924
- être descendant de ces personnes.

Pour comprendre comment le Conseil a modulé dans le temps les effets de la décision, il faut tenir compte de plusieurs paramètres. L'action déclaratoire de nationalité est imprescriptible comme l'avait déjà souligné le juge constitutionnel dans une de ses décisions (2013-354 QPC du 22 novembre 2013, *Mme Charly K.*, cons. 5), ce qui justifie que la Cour de cassation a considéré que les dispositions de la loi incriminée, bien qu'abrogées, étaient applicables au litige en vertu de la jurisprudence constante du Conseil sur cette question (2010-16 QPC du 23 juillet 2010).

L'ordonnance de 1945 a abrogé les dispositions de la loi de 1927 qui introduisait une distinction dans la transmission de la nationalité aux enfants légitimes selon qu'ils étaient nés en France ou à l'étranger d'une mère ou d'un père français. Cette abrogation a eu pour effet de permettre à toute personne mineure née d'une mère française à l'étranger, avant l'entrée en vigueur de cette ordonnance, de se prévaloir de la nationalité française (enfant et ayants-droits). Étant donné que la majorité était fixée à 21 ans à cette époque, le juge est premièrement parti du principe que toute personne née entre octobre 1924 et octobre 1945 avait pu réclamer la nationalité française. La seconde étape de son raisonnement fut de recenser à qui la loi de 1927 avait fait défaut, étant entendu que seules les personnes mineures pouvaient demander la certification de nationalité française. Usant de la même logique que pour les effets de l'abrogation de l'ordonnance de 1945, il a établi que seuls les enfants nés à compter du mois d'août 1906 jusqu'en octobre 1924 (date à laquelle on pouvait se prévaloir de l'ordonnance de 1945 qui avait abrogé les dispositions de la loi litigieuse), pouvaient se voir appliquer les effets de la déclaration de non-conformité de la présente décision.

Par conséquent, dans cette décision, le juge utilise les instruments classiques qui lui sont confiés par la Constitution en vue de garantir l'effet utile de la décision (effet immédiat, application aux affaires en cours ou futures), tout en préservant les situations juridiques existantes *via* la modulation dans le temps sa déclaration de non-conformité.

⁷⁸ Décision n° 2016-620 QPC du 30 mars 2016.

⁷⁹ Décision n° 2017-629 du 19 mai 2017.

⁸⁰ Décision n° 2018-737 QPC du 5 octobre 2018.

II. LES MODULATIONS APPLIQUÉES AUX DÉCISIONS D'ABROGATION PAR LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Il convient toutefois de relever que dans un certain nombre d'hypothèses, le Conseil constitutionnel est « sorti » de son schéma classique (16 décisions sur 56). Plusieurs solutions doivent alors être envisagées : un effet différé assorti d'un régime transitoire (A), et non assorti d'un régime transitoire (B).

A. Effet différé et régime transitoire

Le Conseil constitutionnel dispose de toute une série d'outils lui permettant de moduler l'effet de ses décisions dans le temps, dont l'effet différé.

1. Protection du contribuable et effet différé

L'effet différé semble répondre à l'existence d'un cadre bien précis, explicité dans le commentaire de la décision *Société Orange SA*⁸¹. Un régime dérogatoire qualifié de « réserves transitoires » jusqu'à instauration d'une nouvelle loi ou d'une date déterminée⁸² est institué. Dans les cas où le législateur n'est pas tenu d'intervenir suite à l'abrogation des dispositions litigieuses, mais où des droits accordés par celles-ci ainsi disparaissent, le Conseil constitutionnel fait le choix de reporter l'abrogation des dispositions déclarées contraires à la Constitution à une date ultérieure « afin de permettre au législateur d'apprécier les suites qu'il convient de donner à cette déclaration d'inconstitutionnalité ». Toutefois, une telle abrogation à effet différé posait la question de la préservation de l'effet utile de la décision pour la solution des instances en cours, et notamment pour celle à l'occasion de laquelle la QPC a été soulevée, dès lors qu'aucune conséquence manifestement excessive ne pouvait en résulter. Le Conseil a donc opté pour circonscrire lui-même les conséquences de sa décision en instaurant un régime juridique dédié, qu'il justifie tant par sa limite temporelle d'application que par le faible nombre d'affaires concernées.

Il est alors précisé en ce sens que lorsque « le législateur n'est pas tenu d'intervenir postérieurement à l'abrogation des dispositions contestées mais où des droits accordés par ces dispositions sont supprimés le Conseil constitutionnel fait le choix de reporter la date de l'abrogation des dispositions déclarées contraires à la Constitution »⁸³.

⁸¹ Décision n° 2014-400 QPC du 6 juin 2014.

⁸² Décision n° 2014-400 QPC du 6 juin 2014 : « Considérant, d'autre part, qu'afin de préserver l'effet utile de la présente décision, notamment à la solution des instances actuellement en cours, les frais de constitution de garanties engagés à l'occasion d'une demande de sursis de paiement formulée en application du premier alinéa de l'article L. 277 du livre des procédures fiscales avant l'entrée en vigueur d'une nouvelle loi ou, au plus tard, avant le 1er janvier 2015 sont imputables soit sur les intérêts « moratoires » prévus par l'article L. 209 du livre des procédures fiscales, soit sur les intérêts « de retard » prévus par l'article 1727 du code général des impôts dus en cas de rejet, par la juridiction saisie, de la contestation de l'imposition ».

⁸³ Commentaire du CC, Déc. n°2014-400 QPC, p.11.

Il est alors possible d'envisager la solution proposée par le Conseil sous une forme mathématique : de l'absence d'obligation d'intervention du législateur associée aux droits accordés par les dispositions abrogées résulte l'effet différé.

Cette équation se retrouve tant dans le premier cas⁸⁴, que dans le second⁸⁵ : en effet, le souci premier du Conseil est ici d'éviter de priver d'un droit les bénéficiaires admis à s'en prévaloir, et plus particulièrement de protéger financièrement le justiciable.

La décision *Mme Marie Lou B. et autres*⁸⁶ concerne plus spécifiquement les droits de la défense et spécifiquement la communication des réquisitions du ministère public. Le Conseil juge ici que les dispositions de la loi du 15 juin 2000 se retrouvant aux troisième et quatrième alinéas de l'article 197 du Code de procédure pénale sont contraire à la Constitution, tout en prévoyant une abrogation différée et en mettant en place des réserves transitoires ayant pour objectif de protéger le droit au procès équitable. Ceci en empêchant que l'on puisse interpréter sa décision comme « *interdisant, à compter de cette publication, aux parties à une instance devant la chambre de l'instruction non assistées par un avocat, d'avoir connaissance des réquisitions du procureur général jointes au dossier de la procédure* ». En d'autres termes, le Conseil, conscient qu'une abrogation immédiate ajouterait au mépris des droits de la défense mais qu'une réserve transitoire est cependant nécessaire, toujours dans la même optique, aménage donc sa décision en ce sens.

La première décision, contrairement à la seconde, justifie par ailleurs explicitement l'effet différé de sa décision par un autre motif : son absence de « *pouvoir général d'appréciation de même nature que celui du Parlement* ». Dès lors, le Conseil s'autolimité dans son champ de compétence. Il se pose là une question de société pour laquelle il se déclare incompétent et diffère l'application de sa décision au 1^{er} janvier 2015⁸⁷.

2. Effet utile et régime transitoire

Sur la question du régime transitoire, les deux décisions sont très différentes. Si dans la première décision le commentaire est très explicite (afin de préserver l'effet utile de sa décision le Conseil met en place un régime transitoire⁸⁸), la seconde décision ne contient qu'une réserve transitoire et non un régime transitoire, ce qui ne permet pas de protéger l'effet utile⁸⁹.

⁸⁴ Commentaire du CC, Déc. n°2014-400 QPC, p.11 : « Une censure à effet immédiat aurait eu pour effet de priver tous les contribuables ayant engagé des frais de garantie à l'occasion d'une action contentieuse à l'encontre de certaines impositions de la possibilité d'obtenir l'imputation des frais de garantie lorsque leur demande est rejetée par le tribunal administratif. Après cette censure, le législateur pourrait faire le choix soit de mettre un terme à toute forme de récupération des frais de garantie quand la demande d'un contribuable est rejetée, soit à l'inverse d'appliquer les mêmes règles de récupération des frais de garantie constitués lors du sursis de paiement. Pour autant, la censure du troisième alinéa de l'article L. 209 ne créerait, comme le relevait à juste titre le Secrétariat général du Gouvernement dans ses observations devant le Conseil, aucune obligation pour le législateur d'intervenir à nouveau ».

⁸⁵ Commentaire du CC, Déc. n°2016-566 QPC, p.11 : « Une abrogation immédiate de ces dispositions aurait cependant eu pour effet de priver les parties assistées par un avocat d'avoir accès au dossier de la procédure ».

⁸⁶ Décision n° 2016-566 QPC du 16 septembre 2016.

⁸⁷ Cons. 13, Décision n°2014-400 QPC.

⁸⁸ Cons. 14, Décision n° 2014-400 QPC.

⁸⁹ Cons. 13, Décision n° 2016-566 QPC.

En effet, la mise en place d'un régime transitoire a pour but, dans la première décision, de protéger l'effet utile et cela est explicite tant dans la décision⁹⁰ que dans le commentaire de celle-ci⁹¹. Cependant, l'effet utile est circonscrit temporairement et matériellement puisque les dispositions contestées sont abrogées au 1^{er} janvier 2015, et qu'il ne s'applique qu'aux demandes de sursis de paiement formulées en même temps que la contestation de l'imposition et ayant pour conséquence la constitution de garanties.

Dans le second cas, la réserve transitoire se borne à préciser que « *les dispositions des troisième et quatrième alinéas de l'article 197 du code de procédure pénale ne sauraient être interprétées comme interdisant, à compter de cette publication, aux parties à une instance devant la chambre de l'instruction non assistées par un avocat, d'avoir connaissance des réquisitions du procureur général jointes au dossier de la procédure* »⁹². Elle ne permet donc pas de maintenir un droit ou d'octroyer un droit particulier au requérant, mais simplement d'affirmer que l'abrogation des dispositions n'est pas créatrice d'un droit.

Dans la décision *Association En Marche* !⁹³, le juge constitutionnel met en place une réserve transitoire qui maintient la disposition contestée jusqu'au 30 juin 2018, ce qui emporte une conséquence négative sur l'effet utile de la décision. Cela s'explique par un contexte particulier : les élections législatives des 11 et 18 juin 2017, et la volonté de ne pas se substituer au Parlement. Le Conseil justifie l'effet différé de sa décision par la suppression de base légale pour la fixation des durées des émissions de la campagne électorale par le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) devant se tenir un mois après la décision. La mise en place d'une sorte de régime transitoire permet d'assurer l'effet utile de cette dernière. En effet, le Conseil livre ici une interprétation de la disposition contestée qui permet au CSA, en cas de disproportion manifeste, de modifier à la hausse les durées d'émission accordées aux partis et groupements non représentés à l'Assemblée nationale.

B. Effet différé sans régime transitoire

Quand le Conseil constitutionnel donne un effet différé à ses décisions, deux hypothèses apparaissent : une remise en question de l'effet utile (1) ou une préservation de l'effet utile (2).

1. L'effet différé remettant en question l'effet utile

Effet différé exclusif

Dans la décision *Mme Marie-Christine D.*⁹⁴ (à propos de la pension de réversion des enfants), l'objet de l'inconstitutionnalité est une différence de traitement entre les enfants de lits différents (ayants-droits) dans la compensation de la perte de revenus à l'occasion du décès d'un fonctionnaire. L'abrogation est différée, sans effet utile *a priori*, dans la mesure où le juge constitutionnel laisse le soin au législateur d'apprécier les suites à donner à la déclaration

⁹⁰ « Considérant, d'autre part, qu'afin de préserver l'effet utile de la présente décision, notamment à la solution des instances en cours », Cons. 13, Décision n° 2014-400 QPC.

⁹¹ Commentaire du CC, Décision n° 2014-400 QPC, p.11.

⁹² Cons. 13, Décision 2016-566 QPC.

⁹³ Décision n° 2017-651 QPC du 31 mai 2017.

⁹⁴ Décision n° 2010-108 QPC du 25 mars 2011.

d'inconstitutionnalité ; les dispositions contestées semblent demeurer applicables à l'auteur de la QPC et aux instances en cours puisqu'il n'est pas précisé de sursis à statuer.

Il est ainsi possible de considérer qu'en l'absence d'obligation d'intervention du législateur⁹⁵ associée à l'octroi de droits par les dispositions abrogées⁹⁶, le Conseil module les effets de sa décision en appliquant un effet différé, celui-ci étant justifié explicitement par un autre motif (le fait qu'« *il ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation de même nature que celui du Parlement* »). Le Conseil constitutionnel fait montre ici d'une position relativement classique quant à sa prise en compte du pouvoir du Parlement, impliquant une autolimitation de son champ de compétence.

Dans cette hypothèse, l'absence d'effet utile est ainsi justifiée par la préservation des droits accordés par les dispositions en cause ainsi, que des réticences du Conseil à se risquer d'empiéter sur le pouvoir du Parlement. Cependant, dans certaines hypothèses, le Conseil associe à cet effet différé un sursis à statuer, préservant ainsi l'effet utile de sa décision.

Les conséquences manifestement excessives

Dans la décision *Association Cercle de réflexion et de proposition d'actions sur la psychiatrie*⁹⁷, le juge constitutionnel module dans le temps sa décision et ne lui confère pas d'effet utile dans la mesure où l'abrogation immédiate serait de nature à porter atteinte à l'ordre public de manière excessive. La justification, bien que succincte en l'espèce, semble être utilisée à d'autres reprises. Dans les décisions *Répartition de la DCRTP et du FNGIR des communes et établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre lors de la modification du périmètre des établissements*⁹⁸ et *Fonds de solidarité des communes de la région d'Île-de-France*⁹⁹, le Conseil ne préserve pas l'effet utile de ses décisions en raison des conséquences sérieuses que provoqueraient une abrogation immédiate. Dans la mesure où celui-ci se retranche par ailleurs derrière son pouvoir, différent de celui du Parlement, il ne peut mettre en place de régime transitoire et, par là même, ne peut préserver l'effet utile de sa décision.

Un autre domaine semble poser une difficulté du point de vue de l'effet utile — de son absence en l'occurrence —, au point que le Conseil module systématiquement ses décisions en les différant : l'élargissement du champ de l'impôt. Dans ces hypothèses, il prive ses décisions d'effet utile, le justifiant par sa volonté d'empêcher un élargissement de l'assiette. Trois décisions, en ce qui concerne le principe d'égalité, ont ainsi posé difficulté : les décisions *Contribution prévue par l'article 1613 bis A du code général des impôts*¹⁰⁰, *Société Layher SAS*¹⁰¹ et *Exonération de certains ports de la cotisation foncière des entreprises*¹⁰².

Par exemple, dans la décision *Exonération de certains ports de la cotisation foncière des entreprises*, le Conseil a différé les effets de la décision au 1^{er} janvier 2019 sans instaurer de régime transitoire pour autant. Il justifie ces deux éléments d'une part, car l'abrogation

⁹⁵ Commentaire du CC, Déc. n°2010-108 QPC.

⁹⁶ Cons. 6, Déc. n°2010-108 QPC.

⁹⁷ Décision n° 2012-235 QPC du 20 avril 2012.

⁹⁸ Décision n° 2013-323 QPC du 14 juin 2013.

⁹⁹ Décision n° 2014-397 QPC du 6 juin 2014.

¹⁰⁰ Décision n° 2014-417 QPC du 19 septembre 2014.

¹⁰¹ Décision n° 2016-571 QPC du 30 septembre 2016.

¹⁰² Décision n° 2018-733 QPC du 21 septembre 2018.

immédiate aurait eu pour conséquence « *d'étendre l'application d'un impôt [la CFE] à des personnes qui en ont été exonérées par le législateur* » (cons. 13) ; d'autre part, il ne crée pas de régime transitoire dans la mesure où il ne saurait se substituer au législateur pour modifier les règles d'imposition en la matière (cons. 13). Ce faisant, le Conseil prive d'effet utile sa décision puisque, sans intervention du législateur, et bien que les dispositions ont été déclarées inconstitutionnelles, le régime en place continuera à s'appliquer du 21 septembre 2018 au 1^{er} janvier 2019.

De la même façon, dans la décision *Société Layher SAS*¹⁰³, le juge constitutionnel diffère l'effet de sa décision au 1^{er} janvier 2017. Celui-ci met en avant le fait qu'une abrogation immédiate aurait pour conséquence d'étendre l'application d'un impôt à des personnes qui en ont été exonérées par le législateur. Or, comme pour la décision *Association En Marche !* le juge constitutionnel ne veut pas se substituer au Parlement.

2. L'effet différé aménagé comme garantie de l'effet utile

Le sursis à statuer

Dans sa décision *Consorts L.*¹⁰⁴, le Conseil constitutionnel accompagne l'effet différé d'une obligation de surseoir à statuer afin de préserver explicitement¹⁰⁵ l'effet utile de sa décision. L'objet de l'inconstitutionnalité réside dans des différences de traitement entre les bénéficiaires d'une pension. L'abrogation est différée, au motif explicite de la nécessité de préservation de l'effet utile, le juge constitutionnel invitant les juridictions à surseoir à statuer et le législateur à prévoir une application des dispositions nouvelles aux instances en cours : l'effet utile est bien présent, sous réserve de la non-rétroactivité de la loi nouvelle.

De la même façon, dans sa décision *M. Claude G.*¹⁰⁶, le Conseil accompagne l'effet différé d'une obligation de surseoir à statuer afin de préserver explicitement¹⁰⁷ l'effet utile de sa décision, appliquant exactement le même raisonnement ayant présidé à la décision *Consorts L.*¹⁰⁸. L'objet de l'inconstitutionnalité est une différence de traitement entre les fonctionnaires pensionnés invalides d'une part et valides d'autre part dans le cumul d'une pension de retraite et d'une rente viagère d'invalidité ; l'effet utile est de nouveau préservé sous réserve de la non-rétroactivité de la loi nouvelle.

Le Conseil applique ainsi ce raisonnement relativement souvent, eu égard au nombre de décisions analysées dans cette étude : dans sa décision *Société PV-CP*¹⁰⁹, ce but est tout aussi explicite que dans les décisions précédentes¹¹⁰. L'effet utile de la décision est par ailleurs étendu puisque celle-ci est aussi susceptible de profiter à certains contribuables à qui la disposition contestée a été appliquée mais qui n'auraient pas encore formé de recours alors que les délais de contestation de l'imposition acquittée ne sont pas encore échus¹¹¹.

¹⁰³ Décision n° 2016-571 QPC *précitée*.

¹⁰⁴ Décision n° 2010-1 QPC du 28 mai 2010.

¹⁰⁵ Cons. 12, décision 2010-1 QPC, *précitée*. V. aussi Commentaire du CC, Déc. 2010-1 QPC, p. 14.

¹⁰⁶ Décision n° 2010-83 QPC du 13 janvier 2011.

¹⁰⁷ Cons. 7, Décision n° 2010-83 QPC.

¹⁰⁸ Commentaire du CC, décision n° 2010-83 QPC, p. 8.

¹⁰⁹ Décision n° 2014-413 du 19 septembre 2014.

¹¹⁰ Cons. 8, Décision n° 2010-83 QPC, *précitée*. V. aussi le commentaire du CC, Déc. n° 2010-83 QPC, p. 13.

¹¹¹ Commentaire du CC, Décision n° 2010-83 QPC, *précitée*, p. 14.

Dans sa décision *Taxe sur les éditeurs et distributeurs de service de télévision*¹¹², le Conseil applique le même raisonnement. Pourtant, la société requérante appelait à une censure à effet immédiat¹¹³. Le Centre national du cinéma et de l'image animée (CNC), quant à lui, avançait l'idée qu'une abrogation immédiate reviendrait à indemniser les éditeurs de service de télévision d'une somme trop importante au vu du préjudice subi¹¹⁴. En parallèle, le Premier ministre invitait le Conseil constitutionnel à reporter dans le temps la déclaration d'inconstitutionnalité afin de permettre au législateur de redéfinir l'assiette de la taxe¹¹⁵. Il répondit à l'invitation de Premier ministre en différant l'effet de sa décision, mais en vue de préserver l'effet utile de sa décision, il a assorti l'effet différé d'une obligation de surseoir à statuer¹¹⁶. Le Conseil a finalement différé les effets de la décision au 1^{er} juillet 2018 afin de permettre au législateur d'intervenir et de prendre en compte la déclaration d'inconstitutionnalité. Le juge constitutionnel semble rester prudent quant au respect de sa sphère de compétence pour ne pas empiéter sur le travail du législateur. Cela semble de prime abord confirmer que le Conseil ne se considère pas, ou du moins n'agit pas, en tant que législateur, mais bien en censeur de la loi.

La suspension des délais de prescription

Dans sa décision *Association Communauté rwandaise de France*¹¹⁷, le Conseil aurait pu agir de manière classique puisque le législateur n'a pas d'obligation d'intervention suite à l'abrogation¹¹⁸ et que la disposition abrogée fait disparaître un droit¹¹⁹. Mais, il accompagne l'effet différé d'une suspension des délais de prescription afin de préserver l'effet utile¹²⁰. En effet, l'abrogation immédiate des dispositions contestées aurait des conséquences sérieuses puisqu'il était considéré qu'elle aurait eu « *pour effet de faire disparaître, pour toute association ayant pour objet de défendre les intérêts moraux et l'honneur de la Résistance ou des déportés, le droit d'exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne l'apologie des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité* ». Rappelant qu'il ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation de même nature que celui du Parlement, le Conseil applique un effet différé à sa décision, mais suspend en parallèle les délais de prescription applicables à la mise en mouvement de l'action publique par la partie civile jusqu'à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi. Le Conseil aménage une fois de plus sa décision pour lui permettre, sans empiéter sur le rôle du Parlement, de préserver l'effet utile de sa décision (sous réserve des dispositions législatives).

A titre accessoire, il est utile de préciser que l'une des questions étudiées par l'équipe sur l'éventualité d'une systématisation de l'effet utile a été d'envisager que celui-ci a été conféré

¹¹² Décision n° 2017-669 QPC du 20 octobre 2017.

¹¹³ Commentaire du CC, Décision n° 2017-669 QPC, p. 9.

¹¹⁴ Commentaire du CC, Décision n° 2017-669 QPC, p. 9.

¹¹⁵ Commentaire du CC, n° Décision 2017-669 QPC, p. 9.

¹¹⁶ Cons. 10, Décision n° 2017-669 QPC et Commentaire du CC, Décision n° 2017-669 QPC, p. 10.

¹¹⁷ Décision n° 2015-492 QPC du 16 octobre 2015.

¹¹⁸ Cons. 9, Décision n° 2015-492 QPC et Commentaire du CC, Décision n° 2015-492 QPC, p. 14.

¹¹⁹ Cons. 9, Décision n° 2015-492 QPC et Commentaire du CC, Décision n° 2015-492 QPC, p. 14.

¹²⁰ Commentaire du CC, Décision n° 2015-492 QPC, p. 15.

à ses décisions par le Conseil constitutionnel soit en fonction du type de requérant, soit en fonction de la matière concernée.

Statistiquement :

- 46 décisions sur 58 ont un effet utile, soit un peu plus de 79% des décisions.
- 21 décisions sur 46, soit un peu plus de 45% des décisions qui ont un effet utile sont portées par des **personnes morales**
- 25 décisions sur 46, soit un peu plus de 54% des décisions qui ont un effet utile sont portées par des **personnes physiques**.

Il est donc difficile de dégager une logique de systématisation des décisions du CC au regard du type de requérant ;

- 27 décisions sur 46, soit un peu plus de 58% des décisions qui ont un effet utile concernent la **matière fiscale**
- 6 décisions sur 8, soit 75% des décisions qui n'ont pas d'effet utile concernent aussi la matière fiscale.

Il est donc difficile de dégager une logique de systématisation des décisions du Conseil constitutionnel au regard de la matière concernée par les QPC soulevées.

Sur l'analyse des effets des décisions d'abrogation, lorsque celle-ci est immédiate, il y a généralement effet utile pour le requérant et l'ensemble des instances en cours¹²¹. En ce sens, dans certaines décisions, on discerne la volonté du Conseil constitutionnel de maintenir l'effet utile pour les instances en cours **tout en privant temporairement d'effet utile l'abrogation pour ceux qui ne sont pas en cours d'instance**. Aussi, dans la QPC *Commune de Salbris*, le juge préserve-t-il l'effet utile en déclarant l'abrogation du texte incriminé pour les seules instances en cours. En revanche, eu égard aux conséquences manifestement excessives de l'abrogation pour les justiciables qui pourraient se retrouver dans une situation analogue, la déclaration d'inconstitutionnalité ne sera effective qu'à partir d'un certain évènement (les prochaines élections en l'espèce).

Lorsque l'abrogation est différée, l'enjeu réside dans l'objectif pour les requérants en instance de bénéficier de la déclaration d'inconstitutionnalité, ce qui pose d'ailleurs la question de la nature et du degré de ce bénéfice. Les décisions témoignent ainsi souvent la volonté « *de préserver l'effet utile* » par la mise en œuvre d'un régime transitoire. Faute de régime transitoire, le report d'abrogation conduit à l'extinction de l'effet utile pour les instances en cours. Le régime transitoire peut consister soit en une forme de sursis à statuer, soit en l'émission de réserves transitoires. Les premiers bénéficient généralement aux requérants en instance, les secondes rarement aux instances en cours en ce qu'elles visent davantage à prévenir des conséquences de la décision.

Il arrive ainsi régulièrement que le Conseil constitutionnel prévoie un **sursis à statuer** jusqu'à l'entrée en vigueur d'une potentielle loi ou, au plus tard, à une date déterminée. Dans certaines décisions, le juge opère de manière plus originale en prévoyant non pas un sursis à

¹²¹ Sachant que la notion d'instances en cours dépend en grande partie de la matière concernée. En matière fiscale par exemple, une réclamation contentieuse est considérée comme une instance en cours.

statuer mais une **suspension des délais de prescription**¹²² jusqu'à l'entrée en vigueur d'une potentielle loi ou, au plus tard, une date déterminée.

Dans le cadre de l'abrogation différée, le Conseil constitutionnel mentionne généralement que l'abrogation vise à « *permettre au législateur d'apprécier les suites qu'il convient à donner à cette déclaration d'inconstitutionnalité* ». Cette formule est souvent adjointe à la réponse à des problématiques pour lesquelles le juge indique ne pas disposer « *d'un pouvoir général d'appréciation de même nature que celui du Parlement* » : il s'agit alors d'une invitation à légiférer.

Parfois, le juge peut se montrer laconique en ne prévoyant qu'un report d'abrogation sur le fondement qu'une « *entrée en vigueur immédiate de l'abrogation de dispositions déclarées contraires à la Constitution aurait pour effet [...] d'entraîner une mise en œuvre différente des dispositifs légaux* ». Cette mise en œuvre différente s'entend d'un texte dont le champ d'application pourrait se trouver augmenté par la déclaration d'inconstitutionnalité d'autres textes. Une telle appréciation relevant du législateur, le Conseil préfère généralement inviter le législateur à modifier la loi.

Enfin, le report d'abrogation est souvent accompagné de réserves transitoires lorsqu'il est estimé que la déclaration d'inconstitutionnalité emporterait des « *conséquences manifestement excessives* ». Dans cette hypothèse, non seulement les requérants en instance ne bénéficient pas de la déclaration d'inconstitutionnalité, mais en sus, le champ d'application de cette déclaration peut être modulé par le Conseil constitutionnel. En ce sens, celui-ci opère généralement une réduction du champ d'application temporel des effets de la déclaration d'inconstitutionnalité, ce qui est notamment le cas en matière fiscale. Aussi, dans un souci de préservation de l'effet utile, le Conseil constitutionnel peut prévoir l'application non plus de simples « réserves transitoires » mais davantage de dispositions transitoires en prévoyant l'application (et non pas la réduction d'application) de certains dispositifs en remplacement de ceux déclarés inconstitutionnels¹²³.

¹²² Décision n° 2015-492 QPC précitée.

¹²³ Décision n° 2014-400 QPC précitée.

Chapitre 2

L'effet utile des décisions relatives aux libertés économiques : l'exemple de la liberté d'entreprendre

Thomas Bertrand

La notion juridique de liberté d'entreprendre – « *liberté conférée aux personnes privées [en principe]¹ d'exercer une activité économique [ou une profession] souverainement et donc de la créer ou d'y accéder, de la gérer matériellement, de l'exploiter économiquement et d'y mettre un terme* »² – apparaît, en matière de QPC, dans soixante-dix-huit décisions. La première apparition fut à l'occasion de Cons. const., 6 octobre 2010, 2010-45 QPC, *M. Mathieu P.* ; la dernière apparition, Cons. const., 21 juin 2019, 2019-792 QPC, *Clinique Saint Cœur et autres*. **Dans douze de ces décisions, celle-ci n'est mobilisée que dans les moyens du (des) requérant(s), la liberté n'étant pas examinée par le Conseil constitutionnel.** Tel est par exemple le cas lorsqu'est contestée la conformité d'une dispositions législative à plusieurs normes constitutionnelles, dont la liberté d'entreprendre, et que le Conseil conclut à la non-conformité de la disposition au regard d'une norme constitutionnelle qui n'est pas la liberté d'entreprendre : « *sans qu'il soit besoin d'examiner les autres griefs* ».

Parmi les soixante-six décisions au sein desquelles une analyse de la conformité de la (des) disposition(s) contestée(s) à la liberté d'entreprendre est opérée, **cinquante-trois ont conduit à une décision de conformité, deux à une décision de conformité sous réserve et onze à une décision de non-conformité.** En pourcentage, cela donne respectivement : 80,3% de décisions de conformité, 03,03% de conformité sous réserve, et 16,66% de décisions de non-conformité.

Parmi les onze décisions ayant conduit à une déclaration d'inconstitutionnalité, les dispositions déclarées inconstitutionnelles étaient toujours en vigueur au jour de la décision dans dix décisions, et ne l'étaient plus dans l'une d'entre elles.

¹ La liberté d'entreprendre semble pouvoir, dans certaines conditions, s'appliquer aux entreprises publiques (v. Cons. const., 1^{er} août 2013, n° 2013-336 QPC, *Société Natixis Asset Management* ; Cons. const., n° 2018-732 QPC du 21 septembre 2018, *Grand port maritime de la Guadeloupe* ; Pierre-Yves Gahdoun, « Chronique de droit public. I. La liberté d'entreprendre des personnes publiques », *Titre VII n° 2*, Conseil constitutionnel, avril 2019).

² Thomas Bertrand, « La liberté de mettre fin à une activité économique, troisième temps de la liberté d'entreprendre », *Lamy Droit Public des Affaires*, novembre 2014, *Bulletin d'actualisation n° 194*, 2014.

I. PREMIÈRE HYPOTHÈSE : LA DISPOSITION DÉCLARÉE INCONSTITUTIONNELLE N'EST PLUS EN VIGUEUR AU JOUR DE LA DÉCISION

Dans sa décision *Société Natixis Asset Management*³, le Conseil a déclaré l'inconstitutionnalité de dispositions datant de 1986, qui n'étaient plus en vigueur au jour de ladite décision⁴, et dont l'entreprise requérante contestait la conformité aux droits et libertés à l'occasion d'une instance au cours de laquelle elle engageait la responsabilité de l'État. Il était attendu de celui-ci qu'il indemnise des sommes qu'elle était susceptible d'être condamnée à verser à ses salariés et anciens salariés l'ayant assignée devant les tribunaux judiciaires, afin de se voir reconnaître leur droit à la participation aux résultats de l'entreprise pour la période 1989-2001. En effet, les dispositions contestées avaient rendu obligatoire un tel dispositif pour certaines entreprises, mais un décret en Conseil d'État devait déterminer les entreprises publiques soumises audit dispositif. Or, le législateur s'est abstenu de définir le critère en fonction duquel les entreprises devaient être qualifiées de « publiques » et ainsi être soumises à cette obligation. La société Natixis, majoritairement détenue par une personne publique et ne figurant pas dans le décret du 26 novembre 1987, a considéré, d'une part, être une entreprise publique et, d'autre part, qu'elle n'était pas soumise au dispositif de participation des salariés à ses résultats.

Or, le 6 juin 2000, la Cour de cassation eut l'occasion d'interpréter ces dispositions et retint, pour qualifier une entreprise publique, le critère de la nature de l'activité. Le requérant ayant une activité commerciale, ce critère devait conduire à le considérer comme une société de droit privé et donc le soumettre de plein droit à l'obligation d'instituer ledit dispositif de participation. Tel fut le moyen soulevé par des salariés de l'entreprise à l'appui de leurs prétentions débattues devant les tribunaux judiciaires.

Par une loi n° 2004-1484 du 30 décembre 2004, le législateur est venu modifier les dispositions en question et trancher en faveur du critère de l'origine du capital.

Le Conseil constitutionnel, en se fondant sur le moyen qu'il tira d'office de l'incompétence négative et en considérant que cette méconnaissance affectait par elle-même la liberté d'entreprendre, censura les dispositions litigieuses. En effet, en vertu de l'article 34 de la Constitution, la loi détermine les principes fondamentaux des obligations civiles et commerciales. Parce qu'il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et considérant l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, ce dernier aurait dû définir le critère en fonction duquel les entreprises publiques sont soumises à cette obligation et, ainsi, ne pas reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer ces règles (considérant 18). Partant, et par ailleurs, le Conseil semble reconnaître l'applicabilité de la liberté d'entreprendre à des personnes publiques...

Temps de l'abrogation. S'il semble qu'en matière d'incompétence négative, le Conseil mobilise généralement la technique de l'abrogation différée, celle-ci semble en l'espèce

³ Cons. const., 1^{er} août 2013, n° 2013-336 QPC.

⁴ Dispositions issues du premier alinéa de l'article 15 de l'ordonnance n° 86-1134 du 21 octobre 1986 *relative à l'intéressement et à la participation des salariés aux résultats de l'entreprise et à l'actionnariat des salariés*, devenu le premier alinéa de l'article L. 442-9 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2004-1484 du 30 décembre 2004 de finances pour 2005.

impraticable ou sans intérêt, considérant que les dispositions censurées ont déjà disparu de l'ordre juridique et que le législateur a, bien avant cette décision, exercé pleinement sa compétence confiée par l'article 34, en choisissant le critère de l'origine du capital (loi n° 2004-1484). C'est pourquoi la déclaration d'inconstitutionnalité est ici immédiate. Autrement expliquée, cette censure « *n'a pas laissé place au néant, puisqu'existe dorénavant une définition législative plus précise du champ d'application du dispositif de participation des salariés* »⁵.

Effet utile. En ce qui concerne l'effet utile – c'est-à-dire la possibilité pour le Conseil de faire bénéficier, en l'espèce de manière rétroactive, la société Natixis ainsi que les requérants dans l'ensemble des instances en cours, des effets de l'abrogation des dispositions inconstitutionnelles (donc de ne pas appliquer ces dernières) – le Conseil constitutionnel a très largement amoindri celui-ci, à tel point que l'on a pu dire que « *cette décision ne devrait pas avoir une grande portée pratique* »⁶. En effet, en décidant, d'une part, que les salariés des entreprises dont le capital est majoritairement détenu par des personnes publiques ne peuvent, en application des dispositions censurées, « *demandeur, y compris dans les instances en cours, qu'un dispositif de participation leur soit applicable au titre de la période pendant laquelle les dispositions déclarées inconstitutionnelles étaient en vigueur* » et, d'autre part, que les sommes versées au titre de la participation sur le même fondement ne pourraient donner lieu à répétition, le Conseil constitutionnel a largement privé d'effet utile sa décision.

Effectivement, en décidant de « *geler les situations juridiques nées antérieurement à sa décision* » (« *ni participation rétroactive ni restitution des sommes versées aux salariés au titre du dispositif de participation* »)⁷, le Conseil a toutefois satisfait, à défaut des moyens (le grief étant tiré d'office), les prétentions de la société Natixis. Cette forme de *statu quo* fait en effet obstacle à l'invocabilité de l'interprétation de la notion d'entreprise publique livrée par la Cour de cassation (Cass. soc., 6 juin 2000, n° 98-20304) au moyen de laquelle les salariés de la société Natixis ont prétendu qu'elle n'était pas une entreprise publique, considérant la nature de son activité et qu'elle aurait ainsi dû mettre en place un dispositif de participation.

Le Conseil a sans aucun doute bridé l'effet utile de sa décision au regard de l'ampleur des *conséquences économiques*, tantôt pour les sociétés, tantôt pour les salariés, qui auraient découlé d'une censure inconditionnelle et ainsi d'une *rétroactivité* aux conséquences excessives. L'*exigence de sécurité juridique* a sûrement joué un rôle éminent dans cette délibération.

II. DEUXIÈME HYPOTHÈSE : LA DISPOSITION DÉCLARÉE INCONSTITUTIONNELLE EST TOUJOURS EN VIGUEUR AU JOUR DE LA DÉCISION

Il n'y a, juridiquement, pas de principe en matière de détermination de la date de l'abrogation. Ainsi que le précise l'alinéa 2 de l'article 62 de la Constitution, « *Une disposition*

⁵ Agnès Roblot-Troizier, Guillaume Tusseau, « Chronique de jurisprudence », *RFDA*, 2013, p. 1255.

⁶ Pauline Gervier, Christophe Radé, « La QPC au secours de la liberté d'entreprendre », *Constitutions*, 2013, p. 592.

⁷ Agnès Roblot-Troizier, « Le Conseil constitutionnel, arbitre des conflits de jurisprudence ou juge des effets rétroactifs des revirements de jurisprudence ? », *RFDA*, 2013 p. 1255.

déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision ».

Lorsqu'elle est immédiate, le Conseil prononce l'abrogation en ces termes « *la déclaration d'inconstitutionnalité [...] prend effet à compter [parfois : de la date] de la publication de la présente décision* ». Dans les décisions ici analysées, le Conseil ne précise pas les raisons d'un tel choix. Tel n'est pas le cas en matière d'abrogation différée, pour laquelle il a l'habitude de justifier ce choix. C'est donc peut-être et notamment négativement qu'il serait possible de rechercher les raisons d'une abrogation immédiate, c'est-à-dire *a contrario* des justifications livrées en cas d'abrogation différée. Plus que bien ailleurs, dans une décision du Conseil constitutionnel, il y a le visible et l'invisible et si l'on n'examine que le visible, c'est n'est pas un commentaire que l'on fait⁸, à savoir l'« *examen critique du contenu et de la forme [...] en vue d'une lecture plus pénétrante de ce texte* »⁹. S'il n'y a pas de principe juridique d'abrogation immédiate, il est possible de qualifier cette situation d'attendue ou de normale, c'est-à-dire dépourvue de tout caractère exceptionnel. D'ailleurs, le Conseil a pu affirmer qu'« *aucun motif ne justifie de reporter la prise d'effet des déclarations d'inconstitutionnalité* » (2019-774 QPC), ce qui tend à démontrer que l'abrogation immédiate est la situation normale et l'abrogation différée, celle qui doit faire suite à une motivation particulière.

Ainsi l'abrogation est-elle différée lorsque « *l'abrogation immédiate aurait des conséquences manifestement excessives* ». Tel est le cas de la décision n° 2010-45 QPC étudiée ci-après : « *les conséquences à tirer de la disparition de la norme inconstitutionnelle conduiraient le Conseil à se substituer au Parlement* » ; « *la seule abrogation à effet immédiat ne permettrait pas de satisfaire aux exigences constitutionnelles qui ont été méconnues* »¹⁰. Négativement, l'abrogation serait immédiate quand « *elle n'est de nature ni à provoquer des effets manifestement excessifs ni à créer un vide juridique* », ou encore lorsque celle-ci « *est sans effet pour l'avenir, les dispositions en cause n'étant plus en vigueur à la date à laquelle se prononce le Conseil* », ou enfin lorsqu'il n'est pas possible de « *laisser subsister l'inconstitutionnalité, même à titre temporaire* »¹¹.

Globalement, le Conseil adopte une approche moins déontologiste que conséquentialiste en délibérant, c'est-à-dire en pesant le pour et le contre, les mérites et imperfections, les avantages et inconvénients du choix d'une abrogation immédiate ou différée. Ce « *raisonnement conséquentialiste ne repose [...] pas sur des conséquences réalisées mais sur celles prêtées à la solution envisagée* »¹². Une abrogation immédiate pourrait en effet, dans certains cas, produire des effets d'inconstitutionnalité(s) d'une plus grande ampleur qu'un maintien temporaire (abrogation différée) des dispositions déclarées inconstitutionnelles.

⁸ Paraphrase de propos tenus par Jean-Luc Godard : « Il y a le visible et l'invisible. Si vous ne filmez que le visible, c'est un téléfilm que vous faites ».

⁹ Entrée « commentaire », *Trésor de la langue française informatisé*, <http://www.cnrtl.fr>.

¹⁰ Conseil constitutionnel, « Septembre 2014 : Les effets dans le temps des décisions QPC », *site Internet du Conseil constitutionnel*, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/la-qpc/septembre-2014-les-effets-dans-le-temps-des-decisions-qpc?fbclid=IwAR1eqHDWY2KzYHO3Vt3f8vW3t6vAeb52z7NeW4gueOXeyGnzlK6-J353HT8>, page consultée le 15 septembre 2019.

¹¹ *Ibid.*

¹² Pascale Deumier, « Les effets dans le temps des décisions QPC : un droit des conséquences des décisions constitutionnelles », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel n° 47 (dossier : 5 ans de QPC)*, avril 2015, p. 65 à 78.

Il convient alors de se demander ce qui justifie – en général – une abrogation immédiate ou différée et si ces justifications correspondent à celles employées en matière de liberté d’entreprendre.

A. L’abrogation est immédiate

Concernant l’abrogation immédiate, ce choix a, dans ces cas d’espèces, tout d’abord sans doute été opéré par le Conseil dans la mesure où les atteintes portées à la liberté d’entreprendre étaient d’une certaine gravité. Le considérant de principe en la matière est le suivant : « *Considérant qu’il est loisible au législateur d’apporter à la liberté d’entreprendre, qui découle de l’article 4 de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l’intérêt général, à la condition qu’il n’en résulte pas d’atteintes disproportionnées au regard de l’objectif poursuivi* ». Il y a ainsi différents degrés d’atteinte à la liberté. Le plus élevé se présente lorsque l’atteinte n’est ni justifiée par l’intérêt général, ni liée à des exigences constitutionnelles. Le point médian semble atteint lorsque l’on est certes en présence d’exigences constitutionnelles ou de l’intérêt général, mais que les unes ou l’autre n’est ou n’est pas en *lien direct* avec l’atteinte portée à la liberté d’entreprendre. Enfin, en cas de tension entre la liberté d’entreprendre et des exigences constitutionnelle ou l’intérêt général, l’inconstitutionnalité résultant d’une disproportion serait d’une moindre intensité que dans les deux précédentes descriptions. Il n’est pas insensé de formuler l’hypothèse suivante : plus l’atteinte à la liberté est forte, plus il est dangereux pour l’ordre constitutionnel de prononcer une abrogation différée, et donc, plus la justification de cette dernière devrait être appuyée et étayée. Aussi, le Conseil semble attentif à ce que l’abrogation immédiate ne provoque pas des *effets manifestement excessifs* ou crée un *vide juridique*.

En l’espèce, l’atteinte à la liberté d’entreprendre n’est ni liée à des exigences constitutionnelles, ni justifiée par l’intérêt général dans les décisions 2012-285 QPC ; 2015-480 QPC ¹³ et n° 2015-516 QPC. Elle est donc d’une particulière gravité. En sus, une abrogation immédiate ne devrait pas provoquer des effets manifestement excessifs ou de vide juridique. En effet, dans le premier cas (2012-285 QPC), si les dispositions censurées prévoyaient une obligation d’affiliation à une corporation d’artisans en Alsace-Moselle, les artisans sont immatriculés à un registre tenu par des chambres de métiers qui assurent la représentation des intérêts généraux de l’artisanat. C’est pourquoi la disparition immédiate de cette obligation sera atténuée par l’immatriculation au registre. Ainsi, d’une part, l’abrogation immédiate est justifiée par la particulière gravité de l’inconstitutionnalité relevée, en ce que cette dernière frappe la liberté d’entreprendre dans son volet d’accès à une profession ou à une activité économique¹⁴ sans être liée à des exigences constitutionnelles et sans être justifiée par

¹³ Dans la décision n° 2015-476 QPC, l’atteinte n’est pas en lien avec l’objectif de protection de la santé. Ce qui justifie de rattacher cette décision à la catégorie des atteintes les plus graves. En effet, entrent dans la catégorie médiane les atteintes qui ne sont pas en lien *direct* mais qui ont donc un *lien indirect*.

¹⁴ Les atteintes relatives à la création d’une activité économique ou à l’accès à une profession (premier temps de la liberté d’entreprendre) sont par nature plus graves que celles relatives à l’exercice de l’activité (deuxième temps) ou à la fin de l’activité (troisième temps), dans la mesure où – notamment – le premier temps de la liberté conditionne les deux autres.

l'intérêt général, et, d'autre part, par le fait que ses conséquences ne devraient pas produire de vide juridique.

Il en va de même de l'abrogation immédiate de l'interdiction faite aux conducteurs de taxi de cumuler leur activité avec celle de conducteur de voiture de transport avec chauffeur (2015-516 QPC). Ici encore, le premier temps de la liberté d'entreprendre (accès ou création) tend à expliquer la gravité de l'atteinte.

En outre, dans la décision n° 2015-480 QPC, l'abrogation immédiate de dispositions suspendant la fabrication et l'exportation, en France ou depuis la France, des conditionnements, contenants ou ustensiles contenant du bisphénol A et destinés à entrer en contact direct avec des denrées alimentaires, ne semble pas créer de vide juridique.

Puis, l'atteinte à la liberté d'entreprendre n'est pas justifiée par un motif d'intérêt général en lien direct avec l'objectif poursuivi dans les décisions n° 2013-317 QPC (lutte contre la pollution atmosphérique) et n° 2015-468/469/472 QPC (objectifs d'ordre public, notamment de police de la circulation et du stationnement sur la voie publique, dont découle, notamment, le monopole légal des taxis). L'atteinte est ici plutôt grave et l'abrogation immédiate ne semble ni créer de vide juridique, ni provoquer d'effets manifestement excessifs. Dans le premier cas, il s'agissait de normes techniques imposant à certaines constructions nouvelles de comporter une quantité minimale de matériaux en bois (2013-317 QPC) ; dans le second, d'une interdiction de certains modes de tarification pour la détermination du prix de certaines prestations de transport routier (2015-468/469/472 QPC). Ces deux espèces ont trait à la liberté d'exercer une profession ou une activité économique à laquelle on a accédé ou que l'on a créé, deuxième temps de la liberté d'entreprendre, pour lequel « la jurisprudence s'est beaucoup développée » et « de nombreuses décisions de censure ou de conformité sous réserve attestent la fermeté du juge »¹⁵.

Seules les décisions n° 2015-476 QPC et n° 2019-774 QPC censurent des dispositions ayant porté une atteinte manifestement disproportionnée à la liberté d'entreprendre. La première (2015-476 QPC), concernait une obligation faite au cédant d'une participation majoritaire, dans une société de moins de deux cent cinquante salariés, d'informer individuellement chaque salarié de sa volonté de céder afin de permettre à ceux-ci de présenter une offre d'achat. Certes, cette obligation portait atteinte à la liberté d'entreprendre (non de l'employeur mais de l'associé majoritaire¹⁶) dans son volet « liberté de mettre fin à une activité »¹⁷. Or, non seulement cette atteinte est, ainsi qu'en juge le Conseil constitutionnel, justifiée par un objectif d'intérêt général consistant à « encourager, de façon générale et par tout moyen, la reprise des entreprises et leur poursuite d'activité » (considérant 8), mais elle n'était ni disproportionnée du fait de son encadrement¹⁸, ni contraire au droit de propriété (une censure combinant atteinte à la liberté d'entreprendre et au droit de propriété était envisageable)

¹⁵ Denys de Béchillon, « Le volontarisme politique contre la liberté d'entreprendre », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 49, octobre 2015.

¹⁶ Stéphane Vernac, « Les droits des salariés et la liberté d'entreprendre de l'associé », *Constitutions*, 2015, p. 573, Dalloz.

¹⁷ Dont découle, en lien étroit avec le droit de propriété, la liberté de « détruire » l'activité dont on est propriétaire (par ex. fermeture d'un ou de plusieurs établissements) et la liberté de se séparer d'une activité au profit d'un tiers (ex. cession). Dans ce dernier cas, le cédant met fin à « son activité » (Thomas Bertrand, *ibid.*).

¹⁸ Eu égard au délai d'intervention de l'information, à la possibilité de délivrer l'information par tout moyen de nature à rendre certaine la date de réception ; à l'obligation de discrétion des salariés s'agissant des informations reçues (considérant 9).

dans la mesure où le propriétaire restait libre de céder sa participation à « *l'acquéreur de son choix et aux conditions qu'il estime les plus conformes à ses intérêts* » (considérant 10). Ainsi, la proportionnalité tient à ce que la disposition litigieuse, au nom de « *l'objectif de la continuité de l'activité d'une entreprise* », « *n'entrave aucunement la libre disposition d'un bien* »¹⁹. Tel ne fut pas le cas de la procédure d'action en nullité d'une telle cession en méconnaissance de l'obligation d'information. Tant son principe²⁰ que la souplesse de ses conditions d'exercice²¹ portaient une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre, compte tenu de l'objectif des dispositions litigieuses de garantir aux salariés le droit de présenter une offre de reprise *sans que celle-ci s'impose au cédant*. Est-ce à dire qu'une telle action en nullité, cette fois-ci soumise à des conditions d'exercice plus strictement encadrées, et venant sanctionner un droit de présenter une offre de reprise *étant susceptible, selon certaines conditions, de s'imposer au cédant*²², aurait été jugée comme une atteinte proportionnée à la liberté d'entreprendre ? Cela est discutable, au regard de la décision n° 2014-692 DC, par laquelle le Conseil a censuré des dispositions ayant pour objet, sous peine de sanctions, d'imposer aux entreprises *in bonis* des obligations de recherche d'un repreneur lorsqu'est envisagée la fermeture d'un établissement qui aurait pour conséquence un projet de licenciement collectif. Somme toute, si les offres de reprises présentaient un « *caractère sérieux au regard notamment de la capacité de leur auteur à garantir la pérennité de l'activité et de l'emploi de l'établissement* », l'employeur n'aurait pu les refuser qu'à l'appui d'un « *motif légitime* », « *à savoir la mise en péril de la poursuite de l'ensemble de l'activité de l'entreprise* ». D'une main, le principe de la cession est libre et acté et la question porte sur le fait de savoir *qui* va reprendre les « commandes » (2015-476 QPC) ; de l'autre, c'est avant tout le principe de la cession qui devait s'imposer (2014-692 DC). Certes, l'abrogation immédiate de ces dispositions fut susceptible de créer un vide juridique (l'absence de sanction du non-respect d'une obligation légale). Mais, compte tenu de l'objet de l'obligation et de la gravité des dispositions censurées, qu'il ne fallait pas, au regard de la régularité de l'ordre constitutionnel, laisser perdurer, l'abrogation immédiate a *justement* primé sur l'abrogation différée. Autrement dit, le potentiel vide juridique²³ laissé par cette abrogation immédiate fut un pis-aller au regard de la gravité qu'aurait provoqué un maintien, le temps d'une intervention législative corrective, de telles dispositions. Le législateur est d'ailleurs intervenu depuis cette décision, en choisissant, plutôt que la nullité, l'amende civile comme sanction de l'inexécution de l'obligation d'information (loi n° 2015-990 du 6 août 2015 *pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques*).

La seconde décision (2019-774 QPC) a vu les Sages de la rue de Montpensier censurer un dispositif renforcé de réglementation des prix en Nouvelle-Calédonie « *en cas de dérives sur les prix manifestement excessives constatées suite à la date de suppression des taxes à l'importation remplacées par la taxe générale sur la consommation* ». Certes, ce faisant, le

¹⁹ Jean-François Giacuzzo, « À la recherche d'un équilibre entre la propriété individualiste et la propriété-fonction sociale », *Constitutions*, 2015, p. 555, Dalloz.

²⁰ Et donc les conséquences d'une nullité : importantes pour le cédant et le cessionnaire, moindres pour les salariés puisqu'une éventuelle offre de reprise ne s'impose pas au cédant.

²¹ Requéran, délais, non-détermination des critères d'annulation.

²² Dans cette hypothèse, le manquement à l'obligation d'information aurait en effet des conséquences sociales plus importantes.

²³ Qu'il faut par ailleurs relativiser considérant le caractère inopérant de la sanction de nullité dans l'hypothèse d'une cession n'étant pas arrivée à son terme, à défaut, par exemple, de cessionnaire (Stéphane Vernac, *ibid.*).

législateur du pays entendait poursuivre un objectif d'intérêt général de protection des consommateurs (lutte contre l'inflation), mais il a porté à la liberté d'entreprendre, au regard de ses conditions d'*exercice*, une atteinte disproportionnée considérant la trop grande largesse des conditions de mise en œuvre du dispositif (déclenchement du dispositif, moment et durée de sa mise en œuvre) et des prérogatives accordées au gouvernement de la Nouvelle-Calédonie. Le Conseil a considéré qu'aucun motif ne justifiait de prononcer une abrogation différée (considérant 40). Cela tenait sans doute à l'absence de vide juridique ou de conséquences manifestement excessives induites par l'abrogation immédiate ici prononcée.

Ensuite, un motif d'une certaine gravité a justifié l'abrogation immédiate de dispositions méconnaissant des exigences découlant de l'article 16 DDHC et *privant de garanties légales la protection constitutionnelle de la liberté d'entreprendre et du droit de propriété (décision n° 2014-375 QPC)*. Il s'agissait d'une procédure de saisie des navires utilisés pour commettre des infractions en matière de pêche maritime. Cette procédure, au niveau de l'exécution, était non-contradictoire et ne prévoyait pas de voie de droit permettant la remise en cause de la décision du juge autorisant la saisie et fixant le cautionnement. Autrement dit, ces dispositions ne prévoyaient pas « *les garanties procédurales permettant de contester la proportionnalité de l'atteinte au droit de propriété et à la liberté d'entreprendre résultant de la saisie de navires ou engins flottants* »²⁴. L'atteinte, en lien avec l'article 16 DDHC, était trop grave pour que le Conseil prononce une abrogation différée. Certes, cette abrogation était susceptible de laisser un vide juridique, mais le choix d'une abrogation différée aurait sans doute provoqué des effets manifestement excessifs, compte tenu de la gravité des atteintes portées en l'espèce.

Le dernier cas (décision n° 2019-774 QPC) est un cas à part et relève de la question de l'incompétence négative. On connaît le considérant de principe selon lequel « *la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence ne peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité que dans le cas où cette méconnaissance affecte par elle-même un droit ou une liberté que la Constitution garantit* ». En l'espèce, il s'agissait, en Nouvelle-Calédonie, de dispositions permettant au pouvoir réglementaire de fixer les prix de certains produits et services, en encadrant les marges commerciales des entreprises. Certes, l'atteinte à la liberté d'entreprendre était justifiée par un objectif d'intérêt général de protection des consommateurs et proportionnée. Mais, « *le législateur du pays a permis qu'un nombre indéterminé de produits ou services, autres que de première nécessité ou de grande consommation, puissent faire l'objet d'une réglementation, au seul motif de leur impact sur le budget des ménages. Il a ainsi méconnu l'étendue de sa compétence dans des conditions affectant la liberté d'entreprendre* » (considérant 20). Le Conseil, en procédant à la suppression des termes de la disposition contestée, permet de rétablir une situation sans incompétence négative mais avec une atteinte justifiée et proportionnée à la liberté d'entreprendre. Aucun motif ne justifiait donc une abrogation différée, bien qu'il ne soit pas rare que cela arrive en matière d'incompétence négative, notamment parce que le Conseil « *ne dispose pas d'un*

²⁴ Conseil constitutionnel, « Commentaire de la Décision n° 2014-375 et autres QPC », *site Internet du Conseil constitutionnel*, https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2014375qpc/ccc_375qpc.pdf, page consultée le 18 septembre 2019.

pouvoir général d'appréciation de même nature que celui du Parlement ». De surcroît, l'abrogation ne crée pas en l'espèce de vide juridique.

Somme toute, il est très difficile de tirer des conclusions compte tenu de la maigreur de l'échantillon actuellement disponible. Ce qui est sûr, c'est qu'il faut un motif pour que le Conseil prononce une abrogation différée. D'une part, il semble que ce motif sera plus difficile à mobiliser lorsque l'atteinte à la liberté d'entreprendre n'est ni liée à des exigences constitutionnelles, ni liées à un objectif d'intérêt général, qu'en cas de disproportion de l'atteinte. Surtout, l'abrogation immédiate pourra être écartée lorsqu'elle aurait des *effets manifestement excessifs* (plus l'atteinte à la liberté est grande, moins les effets ont de chance d'être excessifs) ou créer un *vide juridique* (à condition que les conséquences de ce vide soient d'une plus grande gravité que celles du maintien temporaire, dans l'ordonnement juridique, de dispositions inconstitutionnelles). De ce point de vue, la gradation des atteintes à la liberté d'entreprendre ici esquissée devrait apporter un élément au faisceau d'indices conduisant le Conseil à qualifier les effets « manifestement excessifs » ou à éviter un « vide juridique ».

L'abrogation étant datée – abrogation immédiate –, il convient de s'intéresser à la modulation de l'effet utile. Le cas majoritaire consiste à s'assurer de préserver l'effet utile de la décision du Conseil constitutionnel à la solution des instances en cours (subséquentement, y compris d'en faire bénéficier l'auteur de la QPC²⁵). Parfois, cette modulation de l'effet utile produit des inflexions variées allant de l'accentuation (effet ouvert) à la modération (effet endigué). Enfin, l'effet sera présumé normal en l'absence de précision du Conseil constitutionnel.

1. L'abrogation *est applicable* à toutes les affaires non jugées définitivement : déclarations de non-conformité avec effet utile *normal*

Il est proposé de parler ici d'effet utile *normal*²⁶ car il est non seulement – juridiquement – l'effet de principe (d'après le considérant de principe : « *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* »²⁷)²⁸ mais aussi

²⁵ « Le Conseil ne se prononce jamais sur la seule situation du requérant : celui-ci n'est envisagé qu'au travers de la formule plus générale des instances en cours, et ce quand bien même la seule instance concernée serait celle du requérant », Pascale Deumier, « Les effets dans le temps des décisions QPC : un droit des conséquences des décisions constitutionnelles », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel* n° 47 (dossier : 5 ans de QPC), avril 2015, p. 65 à 78.

²⁶ « A. – [Correspond à norme A] Qui est conforme à la norme, à l'état le plus fréquent, habituel ; qui est dépourvu de tout caractère exceptionnel », Entrée « Normal, -ale, -aux », *Trésor de la langue française informatisé*, www.cnrtl.fr, page consultée le 15 septembre 2019).

²⁷ Cons. const., 25 mars 2011, n° 2010-108 QPC et n° 2010-110 QPC.

²⁸ « Le Conseil constitutionnel a ainsi voulu confirmer le principe selon lequel 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 cette décision. », Conseil constitutionnel, « Avril 2011 : Les effets dans le temps des décisions QPC du Conseil constitutionnel (II) », *site Internet du Conseil constitutionnel*, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/la-qpc/avril-2011-les-effets-dans-le-temps-des-decisions-qpc-du-conseil-constitutionnel-ii>, page consultée le 15 septembre 2019.

le moins exceptionnel. Ainsi que l'affirme le Conseil constitutionnel, le principe – d'ordre public²⁹ – est celui de l'effet abrogatif faisant bénéficier de l'effet utile de la décision tant l'auteur de la QPC que la solution des instances en cours. Ce principe est de rigueur tout autant lorsque le Conseil l'a « expressément indiqué dans sa décision qu'en cas d'absence d'une telle mention »³⁰. En effet, la mention expresse « *ne fait qu'expliciter cet effet de droit commun de la déclaration d'inconstitutionnalité* »³¹. Ainsi, soit l'effet utile normal est *expressément prévu* (décisions n° 2012-285 QPC ; n° 2013-317 QPC ; n° 2015-468/469/472 QPC ; n° 2015-480 QPC ; n° 2015-476 QPC), soit il est *présumé* (décision n° 2019-774 QPC). Partant, il est approprié de lier les deux formules et de les analyser d'un bloc.

Il convient d'insister sur le fait que l'effet utile a trait aux « conséquences pour le passé d'une déclaration d'inconstitutionnalité »³². Par conséquent, il en découle le bénéfice de la déclaration d'inconstitutionnalité pour l'auteur de la question ainsi que pour la solution des instances en cours. Concernant l'auteur de la QPC, il est bénéficiaire de l'effet utile même si la formule dégagée par le juge constitutionnel ne le précise pas ; elle est inclusive : l'auteur de la question « n'est envisagé qu'au travers de la formule plus générale des instances en cours, et ce quand bien même la seule instance concernée serait celle du requérant »³³. Cela est justifié par des questions d'égalité de traitement entre les justiciables. Concernant les affaires en cours, en cas d'abrogation immédiate, le Conseil « précise le plus souvent que le bénéfice de cette décision est applicable aux instances en cours à la date de sa décision »³⁴. C'est en effet le cas dans les six décisions traitées dans cette section. En l'absence de conséquences manifestement excessives, le Conseil n'a pas jugé nécessaire, dans ces cas précis, de déroger au principe de l'effet utile de la QPC.

2. L'abrogation *est applicable* aux affaires nouvelles ainsi qu'aux affaires non jugées définitivement : déclarations de non-conformité avec effet utile *accentué* ?

L'effet utile est en principe tourné vers le passé et il peut être difficile de comprendre « *en quoi les autres situations, également nées avant la décision QPC, mais pour lesquelles l'action est engagée postérieurement à la décision, supporteraient-elles mieux l'application d'une disposition inconstitutionnelle ?* »³⁵. Sans doute est-ce parce que, selon Pascale Deumier, l'effet utile est « *plutôt conçu comme une mise en œuvre du droit au recours effectif* » alors que « *l'inconstitutionnalité ne profitera pas aux instances non encore engagées par souci de stabilité juridique, afin d'éviter des remises en cause permanentes des situations passées du*

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Ibid.*

³² Conseil constitutionnel, « Septembre 2014 : Les effets dans le temps des décisions QPC », *site internet du Conseil constitutionnel*, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/la-qpc/septembre-2014-les-effets-dans-le-temps-des-decisions-qpc?fbclid=IwAR1eqHDWY2KzYHO3Vt3f8vW3t6vAeb52z7NeW4gueOXeyGnzlK6-J353HT8>, (page consultée le 10 janvier 2019).

³³ Pascale Deumier, « Les effets dans le temps des décisions QPC : un droit des conséquences des décisions constitutionnelles », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel n° 47 (dossier : 5 ans de QPC)*, avril 2015, p. 65 à 78.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Ibid.*

fait de la déclaration d'inconstitutionnalité. [...] la logique semble vouloir faire profiter de la décision le plus grand nombre, sans susciter d'effet d'aubaine ou générer un contentieux qui n'aurait pas existé sans la décision d'inconstitutionnalité »³⁶.

Il serait arrivé, dans de rares situations, que le Conseil accentue l'effet utile en rendant applicable la déclaration d'inconstitutionnalité aux « affaires nouvelles », donc concernant des affaires dans lesquelles aucun contentieux n'était engagé à la date de publication de la décision QPC *ad hoc*. Tel aurait été le cas de la décision n° 2014-375 QPC concernant la procédure de saisie des navires utilisés pour commettre des infractions en matière de pêche maritime. Tout dépend de l'interprétation que l'on peut donner à son considérant n° 16 : « *Considérant que la déclaration d'inconstitutionnalité [...] prend effet à compter de la date de la publication de la présente décision ; qu'elle est applicable aux affaires nouvelles ainsi qu'aux affaires non jugées définitivement à cette date* ». La question est de savoir s'il convient de distinguer les « affaires nouvelles » des « affaires non jugées définitivement à cette date ». S'il fallait les distinguer, une justification de cette accentuation de l'effet utile s'expliquerait par le fait, qu'en la matière, le Conseil tenterait d'évaluer le « *volume de contentieux potentiellement concerné* »³⁷. En l'espèce, non seulement – on l'a vu – l'atteinte portée à la liberté d'entreprendre était d'une particulière gravité, mais en sus, considérant que le nombre de saisies de navires ou de cautionnement en cours était très faible³⁸, non seulement l'abrogation pouvait être immédiate, mais la déclaration d'inconstitutionnalité pouvait bénéficier aux affaires en cours et aux affaires nouvelles.

A contrario, l'on peut relever que cette formule, utilisée à cinq reprises en 2014³⁹, a depuis été abandonnée. Cet abandon a peut-être été motivé par l'ambiguïté que susciterait cette formule en laissant croire à une accentuation de l'effet utile. Ainsi, comme on peut le lire dans le commentaire du Conseil constitutionnel de la première décision mobilisant cette formule (213-360 QPC) : afin de dissiper tout doute quant à l'effet de la déclaration d'inconstitutionnalité, le Conseil constitutionnel a enfin précisé son considérant de principe *sans en changer le sens* et a jugé que cette déclaration « *est applicable aux affaires nouvelles ainsi qu'aux affaires non jugées définitivement à la date de publication de la décision* »⁴⁰... Telle semble être l'interprétation de Marc Guillaume (opinion exprimée non en tant qu'ancien secrétaire général, mais en tant qu'auteur⁴¹), qui rappelle « *le principe selon lequel 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*

³⁶ *Ibid.*

³⁷ Pascale Deumier, « Les effets dans le temps des décisions QPC : un droit des conséquences des décisions constitutionnelles », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel* n° 47 (dossier : 5 ans de QPC), avril 2015, p.65 à 78.

³⁸ Conseil constitutionnel, « Commentaire de la Décision n° 2014-375 et autres QPC du 21 mars 2014 », Site Internet du Conseil constitutionnel, https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2014375qpc/ccc_375qpc.pdf, page consultée le 16 septembre 2019.

³⁹ 2013-360 QPC ; 2014-375 QPC ; 2014-374 QPC ; 2014-390 QPC ; 2014-391 QPC.

⁴⁰ C'est nous qui soulignons. Conseil constitutionnel, « Commentaire de la Décision n° 2013-360 QPC du 9 janvier 2014 », Site Internet du Conseil constitutionnel, https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2013360qpc/ccc_360qpc.pdf, page consultée le 16 septembre 2019.

⁴¹ « La présente rubrique n'exprime que le point de vue de son auteur », Marc Guillaume, « Question prioritaire de constitutionnalité », *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, avril 2019.

constitutionnalité mais également dans toutes les instances en cours à la date de cette décision »⁴². Quelle clarification aurait donc souhaité opérer le Conseil constitutionnel ? D'aucuns considéraient-ils que la formule « L'abrogation est applicable à toutes les affaires non jugées définitivement » excluait les « affaires nouvelles » ? Mais que sont ces « affaires nouvelles » s'il ne s'agit pas des instances non encore engagées ? Une affaire est une « Cause soumise au juge ; espèce dont il est saisi, en matière contentieuse ou gracieuse », elle est la cause (ou, peut-on risquer le mot, « l'objet ») de l'instance (terme qui désigne « La procédure engagée devant une juridiction ; phase d'un procès »⁴³)⁴⁴. Un procès peut en effet combiner différentes instances et tantôt se *fragmenter* (coexistences d'instances dans la même affaire ; ex. : saisine parallèle d'une autre juridiction) tantôt se *segmenter* (succession d'instances dans le temps ; ex. : utilisation d'une voie de recours)⁴⁵. Si l'on retient un sens strict du terme « instance », l'on peut affirmer qu'une même affaire peut se dérouler sur plusieurs instances (première instance, etc.). Et comme les deux mots sont souvent employés indistinctement concernant l'application de l'effet utile, le Conseil aurait-il voulu rappeler ce que les initiés savent déjà, à savoir que l'effet utile s'applique à l'ensemble d'une affaire, y compris dans une affaire non encore jugée une première fois, en première instance (ce qu'il nommerait les « affaires nouvelles ») ? Tout cela manque quelque peu de clarté...

3. L'abrogation *peut être invoquée* dans toutes les instances introduites à sa date de publication et non jugées définitivement : déclarations de non-conformité avec effet utile *modéré*

Concernant la décision n° 2015-516 QPC, *M. Robert M. et autres*⁴⁶, le Conseil a modulé l'effet utile de sa déclaration d'inconstitutionnalité en le modérant. En l'espèce, cette dernière ne bénéficiera qu'aux personnes qui s'en prévalent et « *il n'appartient pas au juge de la relever d'office* »⁴⁷. Ce choix est en effet opéré pour « *limiter les conséquences de l'inconstitutionnalité sur l'ordre juridique* »⁴⁸. Ce faisant, il déroge au « *au principe de l'applicabilité immédiate et d'ordre public de la déclaration d'inconstitutionnalité aux instances non jugées définitivement en réservant le bénéfice de cet effet aux personnes qui ont invoqué l'inconstitutionnalité [de la disposition litigieuse] ou qui l'invoqueront, si elles sont encore dans les délais pour le faire* »⁴⁹.

⁴² Marc Guillaume, « Question prioritaire de constitutionnalité », *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, avril 2019.

⁴³ Entrée « Instance », Gérard Cornu, Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, Quadrige, Puf, 10^e édition.

⁴⁴ Entrée « Affaire », Gérard Cornu, Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, Quadrige, Puf, 10^e édition.

⁴⁵ Loïc Cadiet, Jacques Normand, Soraya Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, Thémis, Puf, Paris, 2010.

⁴⁶ Cons. const., 15 janvier 2016, n° 2015-516 QPC, *M. Robert M. et autres*.

⁴⁷ Conseil constitutionnel, « Septembre 2014 : Les effets dans le temps des décisions QPC », *site internet du Conseil constitutionnel*, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/la-qpc/septembre-2014-les-effets-dans-le-temps-des-decisions-qpc?fbclid=IwAR1eqHDWY2KzYHO3Vt3f8vW3t6vAeb52z7NeW4gueOXeyGnzlK6-J353HT8>, (page consultée le 10 janvier 2019).

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ Conseil constitutionnel, « Avril 2011 : Les effets dans le temps des décisions QPC du Conseil constitutionnel (II) », *site internet du Conseil constitutionnel*, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/la-qpc/avril-2011-les-effets-dans-le-temps-des-decisions-qpc-du-conseil-constitutionnel-ii>, page consultée le 16 septembre 2019.

En l'espèce, il s'agissait de dispositions faisant interdiction aux conducteurs de taxi de cumuler leur activité avec celle de conducteur de voiture de transport avec chauffeur et afin de « *lutter contre la fraude à l'activité de taxi, notamment dans le secteur des transports de malade et [...] [d'] assurer la pleine exploitation des autorisations de stationnement sur la voie publique* » (considérant 6). Or, ces objectifs n'étaient pas liés à l'atteinte à la liberté d'entreprendre et ne pouvaient ainsi la justifier, notamment parce que les deux catégories de véhicules comportent des signes distinctifs. Dès lors, un conducteur souhaitant cumuler les deux activités serait obligé d'avoir deux véhicules et de passer d'un véhicule à l'autre. Le Conseil a soulevé par ailleurs d'autres incohérences législatives, mais ne livre aucune explication au regard de cette modulation de l'effet utile. Il semble vouloir éviter « *l'effet d'aubaine susceptible de résulter de la censure* »⁵⁰.

B. L'abrogation est différée

Dans ce type de situations, l'enjeu pour le Conseil est de « *concilier la préservation de l'effet utile de la déclaration d'inconstitutionnalité et la poursuite des objectifs qui justifient le report de la déclaration d'inconstitutionnalité* »⁵¹. La préservation de l'effet utile de la décision à la solution des instances en cours a pu emprunter différentes méthodes. Ainsi le Conseil a-t-il pu juger qu'il appartient, d'une part, aux administrations et aux juridictions saisies d'instances relatives à l'application des dispositions déclarées inconstitutionnelles de *surseoir à statuer* jusqu'à l'intervention de la loi remédiant à cette inconstitutionnalité et, d'autre part, à prévoir que le législateur devra rendre cette loi applicable aux instances en cours à la date de la publication de la décision⁵². Ailleurs⁵³, le juge a posé une « *réserve d'interprétation transitoire neutralisant les effets inconstitutionnels de la disposition en cause jusqu'à son remplacement par une loi nouvelle* »⁵⁴. Un troisième chemin de préservation de l'effet utile consiste pour le Conseil à n'autoriser que l'*invocabilité* de la déclaration d'inconstitutionnalité dans les instances en cours ou à venir dont l'issue dépend de l'application des dispositions déclarées inconstitutionnelles⁵⁵. En outre, il est des situations dans lesquelles les conséquences manifestement excessives ou contraires aux exigences constitutionnelles qu'aurait provoqué une abrogation immédiate s'opposent à ce que la décision du Conseil ne crée un régime transitoire. Cela peut aussi résulter, lorsque l'option du sursis à statuer est envisagée, d'une

⁵⁰ Marc Guillaume, « Question prioritaire de constitutionnalité », *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, avril 2019.

⁵¹ Conseil constitutionnel, « Septembre 2014 : Les effets dans le temps des décisions QPC », *site internet du Conseil constitutionnel*, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/la-qpc/septembre-2014-les-effets-dans-le-temps-des-decisions-qpc?fbclid=IwAR1eqHDWY2KzYHO3Vt3f8vW3t6vAeb52z7NeW4gueOXeyGnzlK6-J353HT8>, page consultée le 17 septembre 2019.

⁵² V. par ex. : décisions n° 2010-1 QPC ; 2010-83 QPC ; 2013-343 QPC ; 2014-413 QPC ; 2017-669 QPC.

⁵³ V. par ex. : décisions n° 2014-400 QPC ; 2014-404 QPC ; 2015-503 QPC.

⁵⁴ Conseil constitutionnel, « Septembre 2014 : Les effets dans le temps des décisions QPC », *site Internet du Conseil constitutionnel*, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/la-qpc/septembre-2014-les-effets-dans-le-temps-des-decisions-qpc?fbclid=IwAR1eqHDWY2KzYHO3Vt3f8vW3t6vAeb52z7NeW4gueOXeyGnzlK6-J353HT8>, page consultée le 17 septembre 2019.

⁵⁵ V. par ex. : décision n° 2016-588 QPC.

incompatibilité avec le principe de bonne administration de la justice, lorsque le nombre des affaires dont le jugement est ainsi suspendu s'avère trop important.

La décision n° 2010-45 QPC (première QPC relative à la liberté d'entreprendre) est un cas d'incompétence négative affectant la liberté de communication (dans son volet « émission » et non « réception ») et la liberté d'entreprendre (dans son volet « exercice » de l'activité économique ou de la profession). Les dispositions déclarées inconstitutionnelles étaient relatives aux règles d'attributions de noms de domaine sur internet : le législateur avait commis l'impair d'entièrement déléguer le pouvoir d'encadrer les conditions dans lesquelles les noms de domaine sont attribués ou peuvent être renouvelés, refusés ou retirés. Déclarées inconstitutionnelles, ces dispositions allaient subir l'abrogation.

De l'abrogation différée (sécurité juridique). Considérant le nombre de noms de domaine ayant été attribués en application des dispositions litigieuses, les conséquences pour la sécurité juridique d'une abrogation immédiate auraient dès lors été « manifestement excessives ». Ici, l'excessivité est moins celle d'une atteinte aux garanties constitutionnelles induite par l'abrogation qu'une donnée quantitative⁵⁶. Le Conseil constitutionnel a livré dans son commentaire une formule laconique en affirmant ceci : « *On observera que la première décision dans laquelle le Conseil constitutionnel a reporté dans le temps l'effet d'une censure concernait également une question d'incompétence négative* ». L'explication à laquelle l'auteur de ces lignes se risque est la suivante : les décisions d'inconstitutionnalité prononcées pour donner suite à une incompétence négative font nécessairement naître un vide juridique⁵⁷. Il subsistait à juger lequel du vide juridique ou du maintien de la disposition inconstitutionnelle troublait plus la régularité de l'ordre constitutionnel.

Du renoncement à l'effet utile. Il restait donc à savoir si le Conseil allait autoriser l'invocabilité de la déclaration d'inconstitutionnalité, mettre en place un régime transitoire, demander aux juridictions de surseoir à statuer ou, *a contrario*, priver sa décision d'effet utile. L'on ne sait pas si la solution de l'invocabilité en matière d'abrogation différée était envisagée par le Conseil à l'époque. Le grand nombre de noms de domaines attribués aurait pu constituer un argument en faveur d'un effet utile réduit à l'invocabilité en cas d'abrogation immédiate afin de limiter les conséquences de l'inconstitutionnalité (le principe étant celui de l'applicabilité). Il semble *a contrario* constituer un argument en défaveur de l'invocabilité en cas d'abrogation différée, cette dernière étant mobilisée pour éviter les conséquences manifestement excessives d'une disparition soudaine dans l'ordonnement juridique d'une disposition (si le risque contentieux est quantitativement élevé, il est contre-indiqué d'offrir la possibilité d'invoquer l'inconstitutionnalité, dont on souhaite qu'elle produise ses effets plus tard). Quant à la question du régime transitoire, elle semble être écartée par la mobilisation par le Conseil du considérant classique selon lequel il « *ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation de même nature que celui du Parlement ; [il] ne lui appartient pas d'indiquer les principes fondamentaux des*

⁵⁶ Pascale Deumier, « Les effets dans le temps des décisions QPC : un droit des conséquences des décisions constitutionnelles », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel n° 47 (dossier : 5 ans de QPC)*, avril 2015, p. 65 à 78.

⁵⁷ D'ailleurs a-t-il pu être affirmé que « *s'il est des décisions de non-conformité qui se suffisent à elles-mêmes en ce sens qu'elles ne créent aucun vide et n'ouvrent la voie qu'à une seule possibilité normative, certaines affaires ne peuvent être jugées en faisant abstraction d'une nécessaire reprise en main du « législateur positif » pour utiliser la terminologie kelsénienne* », Mathieu Disant, « Les effets dans le temps des décisions QPC », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 40, juin 2013.

obligations civiles et commerciales qui doivent être retenus pour qu'il soit remédié à l'inconstitutionnalité ». La détermination d'un régime transitoire est en effet un type « *d'intrusion dans le champ de compétence du législateur* » par lequel, « *dans l'intervalle [entre la décision et la date d'abrogation], pour combler tout vide juridique, le Conseil s'autorise de déterminer, par une décision ciblée, les règles transitoires dans l'attente de l'adoption de la réforme salvatrice* »⁵⁸. L'exclusion de dispositions transitoires semble expliquer l'exclusion de la dernière option pour préserver l'effet utile : celle du gel du contentieux.

Quant à la décision n° 2014-388 QPC, ont été censurées des dispositions prévoyant qu'un accord national interprofessionnel étendu puisse confier à une branche professionnelle la mission « d'organiser » le portage salarial, et donc confiant à la convention collective le soin de fixer des règles qui relèvent de la loi. Il s'agissait donc d'un cas d'incompétence négative affectant l'exercice de la liberté d'entreprendre ainsi que les droits collectifs des travailleurs. Le fait qu'il s'agisse, là encore, d'un cas d'incompétence négative a justifié tant le report de l'abrogation que le renoncement à l'effet utile à travers la création d'un régime transitoire.

⁵⁸ Mathieu Disant, « Les effets dans le temps des décisions QPC », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 40, juin 2013.

Chapitre 3

L'effet utile des décisions relatives aux droits et libertés en matière pénale

Marie Glinel et Amelia Crozes

La pratique de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) offre une toute petite dizaine d'années de recul, et déjà de larges tendances se dessinent. La cohérence de la jurisprudence du Conseil en matière de contrôle *a posteriori* permet de dégager des orientations certaines sur le sens à donner à certaines décisions, sur la valeur de certaines libertés, et sur l'intensité de l'effet utile qu'il réserve à certaines décisions dont les libertés protégées sont ainsi placées, par la force des décisions, en haut de la hiérarchie des droits garantis.

Si la QPC s'inscrit, « à la française », dans un contentieux manifestement objectif, car il vise prioritairement à purger l'ordonnement juridique de ses inconstitutionnalités potentielles, son évolution, et une étude plus approfondie de l'effet utile de ces décisions traduisent en réalité l'ambiguïté de ce contentieux, tourné vers une dimension plus subjective. L'effet utile est initialement une application du pouvoir de modulation, par le Conseil, des effets de ses décisions dans le temps. Ainsi, l'effet utile serait un *indicateur procédural* de l'intensité du contrôle du juge, et de sa propension à « substituer » son appréciation à celle du législateur, ou à s'instituer en « *maître des horloges* »¹. Cependant, l'effet utile, devient peu à peu un *indicateur matériel* de l'influence du Conseil sur le contenu du droit et dans la situation concrète du requérant. Le Conseil, *a fortiori* depuis 2014, a enrichi sa palette d'outils lui permettant de préserver l'effet utile au bénéfice des requérants ayant déposé une QPC, notamment par l'usage des régimes transitoires. Cependant, si le Conseil élargit sensiblement la « qualité » de l'effet utile de ses décisions, au bénéfice des requérants, cela s'accompagne d'un resserrement significatif du contentieux au stade du filtre opéré par les Cours suprêmes qui, elles, restreignent l'accès au prétoire constitutionnel en opérant un contrôle strict du sérieux de la question posée.

Cette étude vise à interroger la réalité de l'effet utile des décisions QPC portant sur des droits et libertés en matière pénale. Afin de clarifier la portée de cette contribution, il conviendra tout d'abord de présenter les différents droits ou libertés ayant servi de fondement aux décisions du Conseil constitutionnel analysées, assortis d'une étude statistique (I). En effet, ce n'est qu'après avoir délimité les contours de notre étude, sélectionné et défini les différentes libertés essentielles du droit pénal ainsi que leurs fondements constitutionnels qu'il nous a été possible d'analyser l'usage, très relatif, d'outils préservant l'effet utile (II). C'est donc suite à ces réflexions qu'a été étudiée la standardisation des motivations des décisions du Conseil (III) et ainsi, l'analyse de ces dernières dans l'optique de dégager une tendance possible du juge en matière d'effet utile (IV).

¹ Rousseau Dominique, « Le Conseil constitutionnel, maître des horloges », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, vol. 54, n° 1, 2017, pp. 5-18.

I. PRÉSENTATION DE L'ANALYSE QUANTITATIVE EN MATIÈRE

D'EFFET UTILE DANS LE BLOC PÉNAL

A. Délimitation du champ de l'étude : droits et libertés contenus dans le bloc pénal

L'analyse quantitative présente ici, en guise de synthèse liminaire, l'étendue des décisions QPC relatives aux trois domaines du bloc pénal qui ont été retenus (légalité, nécessité et proportionnalité, liberté individuelle) en fonction de leur intérêt pour une étude consacrée à l'effet utile. En l'espèce, l'étude se fonde sur les 24 décisions de non-conformité en matière pénale. Sur ces 24 décisions de non-conformité, seulement 9 sont d'abrogation différée, le reste, c'est-à-dire 15, sont d'abrogation immédiate. Sur ces 15 décisions d'abrogation immédiate, toutes donnent lieu à un effet utile. Parmi les décisions d'abrogation différée, il convient de noter que deux décisions reconnaissent également un effet utile, car elles sont assorties d'une réserve transitoire. Il est intéressant de voir, *in fine*, que sur les 24 décisions d'inconstitutionnalité retenues, 17 reconnaissent le bénéfice de l'effet utile de la décision au requérant, contre seulement 7 qui l'excluent.

Pour la conseillère à la Cour de cassation Agnès Martinel, le droit pénal constitutionnel se fonde sur trois principes essentiels : le principe de légalité des délits et des peines (1) ainsi que le principe de nécessité² des peines (2) qui découlent notamment de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, et le principe d'égalité devant la loi pénale qui découle quant à lui de l'article 6 de la DDHC³. Si notre étude écarte le principe d'égalité, d'ores et déjà étudié au sein d'une autre analyse (*cf. supra*), elle inclut en revanche la liberté individuelle, en tant qu'elle se réfère à la notion de sûreté, renvoyant en cela aux questions relatives aux mesures privatives de liberté (3). Par suite, seront également étudiées les situations d'utilisation conjointe ou concurrente des droits et libertés contenus dans le bloc pénal (4).

1. Principe de légalité

Définition du principe de légalité

Selon l'article 111-3 du Code pénal : « nul ne peut être puni pour un crime ou pour un délit dont les éléments ne sont pas définis par la loi, ou pour une contravention dont les éléments ne sont pas définis par le règlement ».

Il est généralement admis que principe de légalité couvre deux composantes majeures⁴ : d'une part, la détermination/définition des crimes et délits par la loi et d'autre part, la clarté et la précision de la loi pénale⁵. Les fondements constitutionnels du principe de légalité des délits et des peines sont donc :

- l'article 8 DDHC : « La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée »

² Auquel nous accolerons le principe de proportionnalité des peines.

³ Martinel Agnès, « Le droit pénal du travail et le respect des principes constitutionnels : entre légalité, égalité et nécessité », *Semaine Sociale Lamy*, n°1724, 23 mai 2016.

⁴ *Ibid.*

⁵ Cons. const., Décision n°80-127 DC des 19 et 20 janvier 1981; Décision n°2006-540 DC du 27 juillet 2006).

- l'article 34 de la Constitution : « *La loi fixe les règles concernant [...] la procédure pénale* ».

Il faut dire que l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen constitue l'article de référence concernant le principe de légalité au sens pénal, mais se voit interprété à la lumière de l'article 34 de la constitution du 4 octobre 1958. Ces deux fondements sont donc très régulièrement utilisés et rappelés de manière conjointe par le Conseil constitutionnel dans son argumentation de la manière qui suit : « *Le législateur tient de l'article 34 de la Constitution, ainsi que du principe de légalité des délits et des peines qui résulte de l'article 8 de la Déclaration de 1789, l'obligation de fixer lui-même le champ d'application de la loi pénale et de définir les crimes et délits en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire* » (v. à titre d'exemple la décision n°2018-754 QPC du 14 décembre 2018).

Selon Agnès Martinel, l'on dénombre cependant peu d'abrogations sur le fondement de la méconnaissance de la compétence du législateur, dès lors que le Conseil constitutionnel « *demeure strict dans l'application de ce principe mais il consent à des aménagements* »⁶, et davantage au regard de la clarté et la précision de la loi pénale. En l'espèce, il nous semble difficile de confirmer ou d'infirmer ces tendances en matière de décision QPC, dès lors que sur les 6 décisions retenues, 3 le sont au regard de la méconnaissance de la compétence du législateur et 3 autres au regard de l'insuffisante clarté ou précision de la loi pénale.

Étude quantitative de l'effet utile

L'étude quantitative a fait ressortir que, sur **6 décisions d'abrogation** se fondant sur le principe de légalité :

Seule 1 décision n'a pas reconnu le bénéfice de l'effet utile. Il s'agissait alors d'une décision d'abrogation avec différée, et ce malgré la mise en place d'une réserve transitoire d'interprétation par le Conseil constitutionnel.

Contre 5 qui ont reconnu l'effet utile. Il s'agissait dans les 5 cas de décisions d'abrogation immédiate.

2. Principe de nécessité et de proportionnalité des délits et des peines

Définition du principe de nécessité et de proportionnalité

Dans l'analyse du Conseil constitutionnel, nécessité et proportionnalité sont deux principes étroitement imbriqués. En tout état de cause, un rapport de nécessité et de proportionnalité est exigé entre l'infraction et la peine ou sanction encourue. En d'autres termes et selon Agnès Martinel, « *le critère de fixation de la peine encourue doit être en lien avec la gravité de l'infraction à laquelle elle s'applique* »⁷.

Aussi, selon Guillaume Chetard, il est alors possible de « *définir le principe de proportionnalité comme celui qui soumet la licéité d'un acte à la condition qu'il soit*

⁶ Martinel Agnès, *op. cit.*

⁷ Martinel Agnès, *op. cit.*

proportionné, et le contrôle de proportionnalité comme la mise en œuvre de ce principe dans le cadre du contrôle juridictionnel »⁸.

Les principes de nécessité et de proportionnalité des peines sont affirmés par les articles 5 et 8 de la DDHC. Plus rarement, le juge ou la doctrine y rattachent également l'article 9 DDHC.

- Article 5 DDHC : « *La Loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la Société. Tout ce qui n'est pas défendu par la Loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas* ».
- Article 8 DDHC : « *La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée* ».
- Article 9 DDHC : « *Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi* ».

Si de manière générale, le juge constitutionnel regroupe les principes de nécessité et de proportionnalité dans sa motivation, il invoque rarement d'autres fondements que l'article 8 pour évaluer le respect d'une loi à ces principes (parfois cumulativement les articles 8 et 9 mais ne se fonde pas sur l'article 5).

Étude quantitative de l'effet utile

L'étude quantitative a fait ressortir que, sur **9 décisions d'abrogation** se fondant sur les principes de nécessité et de proportionnalité des délits et des peines :

8 décisions ont reconnu l'effet utile. Il s'agissait de 5 décisions avec abrogation immédiate et de deux décisions avec abrogation différée et réserve transitoire.

1 décision n'at pas reconnu l'effet utile. Il s'agissait d'une décision d'abrogation différée.

3. Liberté individuelle

Définition de la liberté individuelle

La liberté individuelle est une liberté infiniment plus complexe à saisir que les autres. Intimement liée à la sûreté, définie comme le « *droit de n'être ni accusé, ni arrêté ni détenu dans les cas déterminés par la loi et selon les formes qu'elle a prescrites* », elle possède aussi son propre contenu. La liberté individuelle entretient des relations ténues avec la sûreté. En effet, en écartant les griefs fondés sur la violation présumée de l'article 66 de la Constitution, au profit de la reconnaissance des griefs fondés sur l'article 16 de la DDHC, en ce qui concerne « le droit au recours juridictionnel effectif », le Conseil rattache la liberté individuelle à la sûreté, et donc l'inscrit, au sens large, dans une dimension procédurale. *A priori*, la sûreté fait

⁸ Chetard Guillaume, « La proportionnalité de la répression dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2013/1, n°1, p. 53.

partie de la liberté individuelle. Or, l'étude menée démontre que la liberté individuelle fait partie de la sûreté, comme dans la décision n°2017-624QPC où est écarté le fondement de l'article 66 de la Constitution au profit de la reconnaissance de l'article 16 de la DDHC.

Au sens du Professeur Pierre Delvolvé, la liberté individuelle « *est la protection contre les arrestations et détentions arbitraires. Elle garantit de ne pas être arrêté et détenu arbitrairement. [...] C'est le sens qui a été développé par la philosophie libérale et qui est retenu par de nombreuses déclarations de droits. Il combine la liberté qui appartient essentiellement (au sens fort) à l'homme et les modalités qui en assurent la protection. [...] C'est la transposition de l'habeas corpus, tel qu'il a été proclamé en Grande-Bretagne en 1679. Elle a un prolongement dans l'article 66 de la Constitution de 1958* ».

La liberté individuelle doit se distinguer des libertés individuelles (au sens de libertés individuelles ou collectives). « *Naturellement, il convient de dissocier "la" liberté individuelle "des" libertés individuelles semble a priori s'imposer : ces dernières désignent les différentes libertés dont l'individu dispose, susceptibles d'être qualifiées de libertés publiques ou, selon les hypothèses, de droits fondamentaux* ».

La liberté individuelle se définit en tous premiers lieux par rapport à l'article 66 de la Constitution : « *Aux termes de l'article 16 de la Déclaration de 1789 : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ».* Cette disposition garantit le droit des personnes intéressées à exercer un recours juridictionnel effectif. Les principes d'indépendance et d'impartialité sont indissociables de l'exercice de fonctions juridictionnelles ».

Par le biais des articles 7, 8, 9 et 16 de la DDHC, « *Une telle carence de la mention expresse de la liberté individuelle conduit parfois la doctrine à une interprétation extensive de la Déclaration* ». Ainsi, Arlette Heymann-Doat estime que la liberté individuelle est aussi présente aux articles 8 et 9 relatifs à la légalité des peines et à la présomption d'innocence.

Il est à noter que l'article 2 de la DDHC mentionne également la sûreté comme « *droit naturel et imprescriptible de l'homme* ». Aussi, le contenu de la liberté individuelle a sensiblement évolué au fil des années et de la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

Dans un premier temps, la liberté individuelle a chapeauté les droits de la défense, et plus largement englobait la liberté d'aller et venir, la vie privée, le secret des correspondances, la violation du domicile. En effet, « *Ainsi, de 1977 à 1997, le Conseil constitutionnel affirmait-il une conception extensive tant de l'application de l'article 66 (en police judiciaire et administrative) que de la notion même de liberté individuelle protégée par cet article (respect de la vie privée, inviolabilité du domicile, liberté du mariage, liberté d'aller et venir). Ce faisant, le Conseil prit ses distances avec les intentions des rédacteurs de la Constitution. Pour autant, il agit sans susciter de réelle controverse doctrinale* ».

Dans un deuxième temps, elle a constitué une partie des droits de la défense, et a été utilisée de manière concurrente aux articles 7, 8, 9 et 16 de la DDHC qui constituent, eux aussi, des garanties et droits de la défense. Dans ce deuxième temps, la liberté individuelle a donc été réduite à la sûreté. A présent, l'article 66 de la Constitution est employé pour les très graves atteintes aux libertés, que le juge matérialise par la « *privation* » de liberté. Cette appréciation prétorienne du degré d'atteinte aux libertés, écarte du giron de l'article 66 de la Constitution les atteintes simplement caractérisées par la « *limitation* » des libertés, pour lesquelles il mobilisera

plus aisément les articles 7, 8, 9 et 16 de la DDHC. Donc, aucune atteinte ne dépend de la liberté individuelle, sauf la privation.

Le contentieux lié à la liberté individuelle, fondé sur l'article 66 de la Constitution, est surtout en constante concurrence avec le contentieux de la liberté personnelle, fondé sur les articles 2 et 4 de la DDHC. Si c'est avant tout une histoire de compétence juridictionnelle, c'est surtout un critère qui détermine la frontière entre les deux : la durée de l'atteinte. En effet, « *Dans le droit-fil du Conseil d'État, le Conseil constitutionnel a progressivement dissocié la protection de la liberté individuelle, placée sous l'égide de l'article 66 et interprétée comme un habeas corpus, de celle de la liberté personnelle relevant quant à elle des articles 2 et 4 de la DDHC* ».

Plus précisément, l'on remarque que les décisions du Conseil constitutionnel, fondées sur la violation de l'article 66 de la Constitution, dans les QPC, sont pour l'immense majorité relatives à des assignations à résidence, où se pose la question de la frontière entre la limitation et la privation de liberté, fondée sur le critère très objectif de la durée. Si l'assignation à résidence excède 12h d'affilée, alors il s'agira d'une privation de liberté constitutive d'une violation de la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution. *In fine*, « *le Conseil constitutionnel a progressivement renoué avec la conception originelle – et étroite – de l'article 66 et de la notion de liberté individuelle : celle d'un habeas corpus, une disposition constitutionnelle contre les privations arbitraires de liberté. Dans cet objectif, il n'a pas hésité à faire fi de sa jurisprudence antérieure et à consacrer la notion de « liberté personnelle » afin de définir toutes les libertés constitutionnelles qui ne relèvent pas de l'article 66. Or, pareille approche dissociative entre liberté personnelle et liberté individuelle se retrouve également dans la jurisprudence du Conseil d'État (le procédé est utilisé tant par le juge des référés du Conseil que par la section du contentieux)* ».

Étude quantitative de l'effet utile

L'étude quantitative a fait ressortir que, sur **9 décisions d'abrogation** se fondant sur la liberté individuelle :

4 décisions seulement ont reconnu l'effet utile. Il s'agissait de 4 décisions avec abrogation immédiate.

Contre 5 décisions qui n'ont pas reconnu l'effet utile. Dans ces 5 décisions, il s'agissait de cas d'abrogation différée mais dont l'une des décisions recourait pourtant à l'outil des réserves transitoires.

4. Utilisation conjointe ou concurrente des droits et libertés contenus dans le bloc pénal

L'étude combinée du bloc pénal et de la liberté individuelle a permis de clarifier les fondements de chaque droit et liberté, ainsi que les motivations du juge lorsqu'il recourt plus à l'un qu'à l'autre des fondements. Aussi sera-t-il intéressant d'étudier à la fois le rapport de concurrence et de complémentarité qui existe dans le traitement des fondements ; pour ensuite focaliser l'étude sur la cohérence à proprement parler de la jurisprudence du Conseil.

Le rapport de concurrence et de complémentarité qu'entretiennent les différents droits et libertés de ce thème est très éloquent. Les droits et libertés du bloc pénal *lato sensu* sont la

proportionnalité, la nécessité, la légalité des délits et des peines et la liberté individuelle. Ces libertés reposent sur les articles 7, 8, 9 de la DDHC et 66 de la Constitution.

Tout d'abord, l'article 8 de la DDHC est mobilisé pour l'étude du bloc pénal stricto sensu. Selon l'angle retenu dans l'étude de cet article, le fondement n'aura pas la même force normative. En effet, l'article 8 DDHC sert à la fois de fondement pour le principe de légalité, souvent invoqué seul ; pour le principe de proportionnalité ; et pour le principe de nécessité et d'individualisation de peine d'où il tire sa plus grande force normative, car les décisions fondées sur la violation de l'article 8 de la DDHC en matière d'individualisation développent un effet utile. En outre, la combinaison de l'article 8 de la DDHC et de l'article 34 de la Constitution permet de reconnaître le principe de légalité *stricto sensu*, fondé sur la qualité de la loi.

Ensuite, l'article 9 de la DDHC n'est que très peu invoqué, et le Conseil ne reconnaît que très peu souvent les violations fondées sur sa disposition. Il existe souvent, dans l'esprit des requérants, une confusion entre le principe de nécessité et le principe de proportionnalité des peines. Ce qui, en définitive, débouche sur une appréciation assez évasive du principe de proportionnalité de la part du Conseil constitutionnel.

De plus, la liberté individuelle, fondée sur l'article 66 de la Constitution, offre un usage alternatif et non concurrent aux autres articles invoqués. Cela signifie que l'article 66 de la Constitution n'est pas le fondement principal du bloc pénal, car son atteinte n'est reconnue qu'en cas d'atteinte très grave, qualifiée de « privation ». Lorsqu'il y a invocation parallèle de la liberté individuelle, fondée sur l'article 66 de la Constitution, et de la proportionnalité, fondée sur l'article 9 de la DDHC, le traitement est assez peu différencié, et se résume simplement à la question principale : l'atteinte est-elle une privation ou une limitation des libertés ?

En règle générale, en matière pénale, l'on remarque une forte prégnance du formalisme. En effet, s'il n'est pas *a priori* naturel d'invoquer, en matière de QPC, des droits et libertés relatifs à la forme, cela se révèle être quasiment le fondement principal en matière pénale.

B. Synthèse et appréhension statistique de l'analyse quantitative

Une appréhension statistique de l'étude quantitative permet de mesurer plus aisément l'étendue de la présentation de l'effet utile des QPC en matière pénale. En effet, cette première étude permet de dégager une tendance générale : toutes les *décisions d'abrogation immédiate* réservent un effet utile, et la majorité des *décisions d'abrogation différée* ne reconnaissent pas l'effet utile, sauf dans deux cas très précis où le Conseil constitutionnel mobilise l'outil des réserves transitoires⁹. En ce sens, notre analyse, bien qu'axée sur un nombre limité de décisions (24) semble constituer une confirmation du contentieux général.

⁹ Décision n°2014-453QPC et décision n°2018-739QPC.

Droit et Liberté Effet utile ?		Légalité	Nécessité et proportionnalité	Liberté individuelle	Total	
Quand Abrogation immédiate	Oui	5	6	4	15	15
	Non	0	0	0	0	
Quand Abrogation différée	Oui	0	2	0	2	9
	Non	1	1	5	7	
Total		6	9	9	24	

Tableau n° 1 – Répartition de la reconnaissance ou non de l'effet utile par liberté¹⁰

Droit et Liberté Quand Abrogation Différée		Légalité	Nécessité et proportionnalité	Liberté individuelle	Total	
Avec Réserve transitoire	Oui	0	2	0	2	2
	Non	1	0	1	2	
Sans réserve transitoire	Oui	0	0	0	0	5
	Non	0	1	4	5	
Total		1	3	5	9	

Tableau n° 1 bis – Répartition de la reconnaissance ou non de l'effet utile par liberté et en cas d'abrogation différée

¹⁰ V. la synthèse de l'analyse en annexe.

1. Évolution de la reconnaissance de l'effet utile des QPC dans le temps

Une analyse statistique de l'évolution de la reconnaissance de l'effet utile des QPC, dans le temps, ne révèle *a priori* aucune tendance en matière pénale. Cela signifie simplement que le Conseil n'a pas développé, au fil des années, une jurisprudence soit plus stricte, soit plus souple, au soutien de la reconnaissance de l'effet utile de ses décisions au bénéfice des requérants. La seule remarque qu'il convient de formuler porte sur l'année 2016, qui a suivi la déclaration d'état d'urgence. Les QPC de cette année portent essentiellement sur des privations de la liberté d'aller et venir, ce qui se ressent dans le fort taux de reconnaissance de l'effet utile en matière pénale (5 décisions).

Année	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Présence Effet Utile	0	5	1	1	0	0	5	2	2	0
Absence Effet Utile	2	1	1	0	1	1	0	0	0	1

Tableau n°2 : évolution de la reconnaissance de l'effet utile des QPC dans le temps

2. Liaison de l'effet utile au mode d'abrogation

Très classiquement, une large tendance se dessine en matière pénale, qui confirme la tendance générale en droit constitutionnel : lorsque le Conseil procède à une abrogation immédiate (15/24, soit 62%), il assortit systématiquement ces décisions d'une reconnaissance d'effet utile. A l'inverse, lorsque le Conseil procède à une abrogation différée (9/24, soit 38%), dans la majorité des cas, il ne reconnaît pas d'effet utile (7/9, soit 73%), mais réserve cette reconnaissance d'effet utile dans un nombre limité de décisions (2/9, soit 27%).

	Abrogation immédiate	Abrogation différée
Effet utile	15	2
Absence d'effet utile	0	7
	15	9

Tableau n°3 : Liaison de l'effet utile au mode d'abrogation

3. Répartition de la reconnaissance de l'effet utile en fonction des juridictions de renvoi

Très majoritairement, en matière pénale, le Conseil constitutionnel est saisi par la Cour de cassation (15/24, soit 62%), et minoritairement par le Conseil d'État (9/24, soit 38%). Cela dit, dans le détail, si la Cour de cassation reste l'autorité de renvoi QPC la plus sollicitée sur des thèmes comme le principe de légalité (5/6, soit 83%) ou le principe de proportionnalité et de nécessité (66%), elle est cependant supplantée par le Conseil d'État en ce qui concerne la liberté individuelle (où le Conseil d'État est majoritairement l'autorité de saisine avec 5/9 décisions, soit 55% ; contre 45% pour la Cour de cassation). Cela s'explique, encore une fois, par le contexte d'état d'urgence qui a teinté les décisions QPC de l'année 2016 d'une coloration spécifique au contentieux de l'atteinte à la liberté individuelle, générant ainsi une évolution des compétences entre juridiction judiciaire et administrative, au profit de cette dernière.

	Légalité	Proportionnalité et nécessité	Liberté individuelle	Total
Conseil d'Etat	1	3	5	9
Cour de cassation	5	6	4	15

Tableau n°4 : Répartition de la reconnaissance de l'effet utile en fonction des juridictions

4. Évaluation des conséquences de l'effet utile sur la nature du contentieux

L'étude des conséquences de la reconnaissance de l'effet utile sur la nature du contentieux révèle un élément très intéressant : la place du requérant. Tout d'abord, il convient de noter que, comme cela a été vu plus haut, l'abrogation immédiate donne systématiquement lieu à reconnaissance de l'effet utile. Dans cette situation précise, le requérant est très majoritairement un prévenu (10/15, soit 67%). Ensuite, lorsque le Conseil procède à une abrogation différée, *a priori*, il n'y a pas reconnaissance de l'effet utile, sauf dans deux cas, ce qui relève d'une attitude volontariste de la part du Conseil, qui cherche à réserver un effet utile à des décisions d'abrogation différée où il est question de l'exception en règle générale. Dans les deux pour lesquels le Conseil reconnaît un effet utile à des décisions d'abrogation différée, la nature du requérant est la même que pour la majorité des cas de reconnaissance d'effet utile : il s'agit d'un prévenu. Il convient donc de tirer comme conclusion, à la lecture de ces analyses statistiques, que le requérant qui bénéficie de l'effet utile, est majoritairement un prévenu (13/24, soit 55%). Cette remarque interroge la place de la « victime » face au requérant « prévenu », et l'intensité de son accès au prétoire, ou encore l'efficacité de son droit au recours.

Requérant Effet utile ?		Prévenu Mis en cause	Autre type de requérant	Total
Quand Abrogation immédiate	Oui	10	5	15
	Non	0	0	0
Quand Abrogation différée	Oui	2	0	2
	Non	1	6	7
Total		13	11	24

Tableau n°5 : Évaluation des conséquences de l'effet utile sur la nature du contentieux

II. PRÉSENCE TRÈS RELATIVE D'OUTILS SPÉCIFIQUES DESTINÉS

À PRÉSERVER L'EFFET UTILE

Lorsque l'on analyse l'effet utile des décisions en matière de QPC du Conseil constitutionnel, se pose la question de sa préservation. Force est de constater que le juge constitutionnel dispose d'une large palette d'outils destinés à préserver l'effet utile¹¹, large palette qu'il a, au gré de ces 10 années de pratique, développée et fait évoluer. En déterminant « *les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause* »¹², le Conseil constitutionnel participe à la préservation de l'effet utile, qui agit *a priori* davantage comme une méthode de modulation des effets dans le temps de ses décisions, que comme un avantage direct conféré au requérant. Il convient de distinguer le premier stade du raisonnement, relatif au choix du type d'abrogation, du second stade du raisonnement, relatif cette fois-ci aux outils de préservation de l'effet utile.

A. L'appréciation initiale du choix du type d'abrogation : une large tendance confirmée du choix de l'abrogation immédiate en matière pénale

Structurellement, et concernant le premier stade de raisonnement que constitue le choix du type d'abrogation, le Conseil procède bien plus largement à des abrogations immédiates qu'à

¹¹ <https://www.cairn.info/revue-les-nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel-2017-1-page-5.htm>

¹² Article 62 de la Constitution.

des abrogations différées. Si le report de l'abrogation est envisagé par le Conseil, c'est en raison de 3 motivations. Soit l'abrogation immédiate « aurait des conséquences manifestement excessives »¹³, soit les conséquences d'une abrogation immédiate mèneraient le Conseil « à se substituer au Parlement »¹⁴, soit enfin l'abrogation immédiate ne remplirait pas les exigences constitutionnelles qui ont été méconnues¹⁵. Ainsi, très fréquemment, le Conseil est amené à prononcer des abrogations immédiates, motivées par 3 raisons principales. Soit l'abrogation immédiate ne provoquera pas d'effet manifestement excessif ou ne créera pas de vide juridique¹⁶ ; soit l'abrogation ne produira pas d'effet pour l'avenir car les dispositions censurées ne sont plus en vigueur au moment où le Conseil rend sa décision¹⁷ ; soit il est inconcevable que l'inconstitutionnalité dure dans le temps, notamment en matière de définition d'infraction pénale¹⁸. Il convient de noter qu'en l'espèce, les décisions donnant lieu à une abrogation immédiate sont issues de contentieux relatifs à la qualification pénale des faits¹⁹. C'est précisément ce dernier cas de figure qui concerne les décisions du Conseil en matière pénale, où il est très souvent procédé à une abrogation immédiate. En effet, sur les 24 décisions de non-conformité, relative au bloc pénal au sens large, 16 donnent lieu à une abrogation immédiate, soit 66%, ce qui suit très fidèlement la tendance des décisions du Conseil en matière de choix d'abrogation²⁰.

B. L'appréciation subséquente de l'outil de préservation de l'effet utile : l'emploi alternatif de réserves d'interprétations pour préserver l'effet utile de décisions d'abrogation différée

Plus spécifiquement, en ce qui concerne le second niveau d'analyse, il est question d'étudier la mobilisation d'outils spécifiques de préservation de l'effet utile. Tel que l'a souligné le Conseil « dans la mesure où elles préservent l'effet utile de la QPC pour le justiciable qui l'a posée, ces dispositions, qui concourent au bon fonctionnement de la justice, ne méconnaissent pas le droit reconnu par l'article 61-1 de la Constitution »²¹. Ainsi, la QPC est censée, par principe, bénéficier à son auteur, ce que le Conseil a par ailleurs formalisé à partir de sa décision n°2010-108 QPC, et c'est notamment ainsi que l'effet utile peut être reconnu. En revanche, le Conseil considérera qu'il peut déroger à l'effet utile s'il estime qu'une telle reconnaissance entraînerait des conséquences manifestement excessives, notamment, *a priori*, en matière pénale²². Or, force est de constater qu'en l'espèce, l'étude quantitative

¹³ QPC n°2010-14/22 du 30 juillet 2010.

¹⁴ QPC, n°2010-108 du 25 mars 2011.

¹⁵ QPC, n°2010-1 du 28 mai 2010.

¹⁶ QPC, n°2013-362 du 6 février 2014.

¹⁷ QPC, n°2013-351 du 25 octobre 2013.

¹⁸ QPC n°2011-161 du 9 septembre 2011 ; QPC n°2011-222 du 17 février 2012 ; QPC n° 2012-240 du 4 mai 2012 ; QPC n°2013-328 du 28 juin 2013.

¹⁹ Septembre 2014 : Les effets dans le temps des décisions QPC, [site du Conseil constitutionnel](#).

²⁰ V. Conseil constitutionnel, dossier, septembre 2014, « Les effets dans le temps des décisions QPC » : en 2014, déjà, la tendance de répartition des décisions était de 70% (abrogation immédiate) et 30% (abrogation différée).

²¹ Décision n°2009-595 DC du 3 décembre 2009, §17.

²² QPC n° 2010-32 ; QPC n°2010-71 ; QPC n°2012-268 ; QPC n°2014-397 ; QPC n° 2011-183/184.

relative au bloc pénal démontre une adéquation parfaite entre abrogation immédiate et reconnaissance de l'effet utile. En effet, sur les 16 décisions donnant lieu à une abrogation immédiate, chacune d'entre elles donne lieu à effet utile. Et sur les 8 décisions donnant lieu à une abrogation différée, aucune ne donne lieu à la reconnaissance d'un effet utile.

Cette observation fait poindre un paradoxe : si le Conseil concède qu'il déroge à l'effet utile en matière pénale, lorsque les conséquences de l'abrogation seraient excessives, alors comment expliquer que le Conseil préserve l'effet utile de nombreuses décisions en matière pénale ? Précisément parce que ce dernier opère une distinction méthodique entre deux cas de figure : soit le cas concerne des questions de procédure pénale et de qualification pénale (et dans ce cas, la décision donnera lieu à une abrogation différée), soit le cas concerne toute autre question (et dans ce cas, il sera question d'abrogation immédiate). Émerge alors une hiérarchisation des questions que le Conseil dessine au gré de ses décisions.

Concernant les outils employés par le Conseil pour préserver l'effet utile, ce dernier procède différemment. Il convient tout d'abord de définir ces outils afin de les repérer plus aisément dans sa jurisprudence, très opaque en la matière.

Parmi les outils dont le Conseil dispose, pour préserver l'effet utile, il existe les réserves d'interprétation transitoires, ou régimes d'interprétation transitoire, et les sursis à statuer.

1. L'absence de recours au sursis à statuer

Le sursis à statuer est une technique peu courante chez le juge constitutionnel. En effet, selon le secrétaire général du Conseil, dans le dossier consacré à la QPC de 2010, « *La loi organique prévoit un second cas dans lequel le sursis à statuer est une simple faculté : celui dans lequel le sursis risquerait d'entraîner des conséquences irrémédiables ou manifestement excessives pour les droits des parties. Dans cette hypothèse, la juridiction qui décide de transmettre la question peut statuer sur les points qui doivent être immédiatement tranchés* »²³. De plus, « *Le sursis à statuer peut également se prolonger après la décision du juge constitutionnel. En effet, celui-ci peut, tout en modulant dans le temps les effets de ses décisions (art. 62 C.), décider de geler des procédures pendantes devant les juges de droit commun le temps que le législateur adopte les mesures adéquates* »²⁴. En l'espèce, aucun sursis à statuer n'a été retenu par le Conseil constitutionnel, en matière pénale, afin de préserver l'effet utile de ses décisions.

2. Le recours alternatif aux réserves d'interprétation

Les réserves d'interprétation constituent une technique plus courante pour le Conseil. Selon le Professeur Thierry Di Manno, « *Par cette technique non prévue par les textes et purement prétorienne, le Conseil constitutionnel s'affranchit du carcan du schéma décisionnel binaire, pour agir directement sur la substance normative de la loi afin de la mettre en*

²³ Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 29 (dossier : la question prioritaire de constitutionnalité) - octobre 2010.

²⁴ Jacquilot Fanny, *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 40 (dossier : Le conseil constitutionnel : trois ans de QPC) - juin 2013.

harmonie avec les exigences constitutionnelles »²⁵. Selon le rapport sur les réserves d'interprétation du Secrétariat général du Conseil constitutionnel « *Le recours aux réserves n'est donc ni une lâcheté du Conseil constitutionnel, ni un coup de force de celui-ci* »²⁶. En effet, tel que le souligne le Professeur Guillaume Drago, « *Ce type de décision déclare bien la loi conforme à la Constitution, mais sous la condition de respecter certaines réserves d'interprétation exprimées dans les motifs de la décision et reprises dans le dispositif* »²⁷. Toutefois, le recours aux réserves d'interprétation doit être manipulé avec précaution par le Conseil, dans l'intérêt de ses relations avec les cours suprêmes, car « *La technique de la réserve d'interprétation appliquée à ce type de norme crée un malaise dans les institutions car elle permet au Conseil constitutionnel de reformuler l'interprétation donnée par la Cour de cassation ou le Conseil d'État pour faire en sorte que cette interprétation soit conforme à la Constitution. Or, cette reformulation, bien qu'aujourd'hui acceptée, a pu être considérée comme une immixtion du Conseil constitutionnel dans la jurisprudence de ces cours* »²⁸. Cependant, l'outil de la réserve d'interprétation transitoire constitue un outil encore plus complexe, car « *l'effet différé avec réserve d'interprétation transitoire est une modalité apparue en 2014 avec la 400 QPC. Elle est présentée comme une variante de la rétroactivité imposée. Elle permet en effet, de concilier abrogation différée et préservation de l'effet utile. Il s'agit pour le Conseil constitutionnel de gérer la situation transitoire afin soit de permettre que la déclaration d'inconstitutionnalité ait un effet utile malgré l'abrogation différée, soit tout simplement de gérer les situations en cours sans attendre la nouvelle loi* »²⁹. En somme, c'est l'unique outil dont dispose le Conseil pour préserver l'effet utile d'une décision dont l'abrogation est différée.

La réserve transitoire est matérialisée par le considérant de principe du Conseil « *Afin de faire cesser l'inconstitutionnalité constatée à compter de la publication de la présente décision* »³⁰. Les régimes transitoires, selon le Professeur Dominique Rousseau, sont présents « *dès lors que le Conseil crée un écart entre le moment de la décision d'inconstitutionnalité et celui de sa mise en application, il est nécessairement conduit à définir le régime juridique applicable dans cet entre-deux. Et, d'un strict point de vue juridique, les solutions imaginées sont toutes "baroques"* »³¹. Or, pour éviter l'écueil qui ferait « *que des dispositions jugées inconstitutionnelles soient appliquées, en connaissance de cause, par les juges et les autorités administratives* »³², le Conseil « *doit créer un régime propre et valable uniquement pour la période séparant la décision d'inconstitutionnalité et son entrée en vigueur et... tomber alors dans un autre « inconvénient », celui de se faire législateur momentané* »³³ comme dans la décision n° 2015-506 QPC. *In fine*, cependant, « *lorsque le juge élabore un régime transitoire,*

²⁵ Di Manno Thierry, « L'influence des réserves d'interprétation », pp. 189 à 190, in Drago Guillaume, François Bastien et Molfessis Nicolas (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, 1999, 415 p.

²⁶ Document Secrétariat général du Conseil constitutionnel, 14 décembre 2002, Les réserves d'interprétation

²⁷ Drago Guillaume, *Contentieux constitutionnel français*, PUF, 2ème éd., 2006, p. 534.

²⁸ Fatin-rouge Stefanini Marthe, *Les effets des décisions du Conseil constitutionnel en matière de QPC*.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Dans les décisions QPC n°2015-506 ; QPC n°2014-453 ; QPC n°2018-739 ; QPC n°2014-421

³¹ Rousseau Dominique, « Le Conseil constitutionnel, maître des horloges », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, vol. 54, n°1, 2017, pp. 5-18.

³² *Ibid.*

³³ *Ibid.*

il ne fait pas seulement une « réserve », il produit un droit qui n'existait pas avant son intervention ; il n'interprète pas la loi dans un sens conforme à la Constitution, comme il le fait avec ses réserves « classiques » ; il invente un régime juridique dans l'attente des dispositions qu'adoptera le législateur »³⁴. Notons cependant que derrière l'audace caractérisée du recours à de telles réserves, le Conseil mâtine son office en indiquant soit qu'il n'a pas de pouvoir sur les « modifications qui doivent être choisies pour qu'il soit remédié à l'inconstitutionnalité constatée »³⁵, soit qu'il ne « dispose pas d'un pouvoir d'appréciation identique à celui du législateur »³⁶.

Parmi ces 4 décisions, 2 décisions donnent lieu à effet utile, et 2 décisions ne donnent pas lieu à effet utile. D'un côté, dans le cas des deux décisions qui ne donnent pas lieu à effet utile, le Conseil prend soin de ne pas opposer à une reconnaissance hypothétique d'effet utile un objectif à valeur constitutionnelle (OVC), telle que la recherche et la poursuite des infractions, notamment. De plus, le Conseil prend le soin d'insister sur le fait qu'il ne lui appartient pas de « substituer son appréciation à celle du législateur ». Autre remarque : les deux décisions donnant lieu à une abrogation différée assortie d'une réserve d'interprétation transitoire et préservant l'effet utile³⁷ sont toutes les deux comprises dans le champ plus précis, dans le bloc pénal, du principe de nécessité et de proportionnalité. Il est ici aussi question de procédure pénale. D'un autre côté, dans le cas des deux décisions qui ne donnent pas lieu à la reconnaissance de l'effet utile, le Conseil oppose à cette reconnaissance l'existence d'un OVC, constitué par la recherche des auteurs d'infraction. De plus, il est spécifié que l'abrogation vaut pour l'avenir uniquement car, déjà, « la remise en cause des actes de procédure pénale pris sur le fondement des dispositions déclarées inconstitutionnelles méconnaîtrait l'OVC de recherche des auteurs d'infractions », de plus, elle « aurait des conséquences manifestement excessives », et enfin, « les mesures [...] prises avant la publication de la présente décision [...] ne peuvent être contestées sur le fondement de cette inconstitutionnalité »³⁸. En effet, sur les 25 décisions de non-conformité en matière pénale, 11 donnent lieu à une abrogation différée. Ensuite, sur ces 11 décisions, 4 décisions comportent une réserve transitoire, et deux décisions sur ces 4 donnent lieu à effet utile. En somme, 8% des décisions rendues donnent à la fois lieu à une abrogation différée assortie d'une réserve transitoire et à la préservation de l'effet utile pour le requérant.

Le Conseil met en œuvre une jurisprudence plutôt cohérente, car il n'assortit pas ses décisions d'abrogation immédiate d'outils de préservation de l'effet utile. En revanche, il a assorti 4 de ses décisions d'abrogation différée, d'outils transitoires, en réservant à deux d'entre elles la préservation de leur effet utile³⁹. Plus précisément, le Conseil réserve un effet utile à des décisions donnant lieu à une abrogation différée assortie d'une réserve d'interprétation dans une décision en matière de liberté individuelle, deux décisions en matière de proportionnalité et nécessité, et une décision en matière de légalité des délits et des peines. Il est intéressant de noter que les deux seules décisions ayant donné lieu à la fois à la reconnaissance d'un effet utile

³⁴ *Ibid.*

³⁵ Décision n°2010-422 QPC.

³⁶ Décision n°2014-453 QPC.

³⁷ Ce sont les décisions n°2014-453 QPC et n°2018-739 QPC.

³⁸ Décision n°2014-420 QPC et décision n°2015-506 QPC.

³⁹ QPC n°2015-506 ; QPC n°2014-453/454 ; QPC n°2018-739 ; QPC n°2014-420/421.

et à l'emploi d'une réserve transitoire sont comprise dans le principe de nécessité et de proportionnalité⁴⁰. Les deux décisions où l'effet utile n'a pas pu être retenu, dans le cas d'une abrogation différée avec réserve transitoire, sont de l'ordre de la liberté individuelle et du principe de légalité des délits et des peines⁴¹. Cette remarque démontre que lorsqu'il est question du principe de légalité des délits et des peines, comme la loi doit être claire et précise, la préservation de ce principe est valorisée, et prime donc sur la stabilité de la situation, ce qui implique une minimisation des effets d'une abrogation.

III. LA STANDARDISATION DE LA MOTIVATION DES DÉCISIONS DE REFUS ET D'ACCEPTATION DE L'EFFET UTILE

Il convient de préciser à titre liminaire que la présente analyse ne faisant état que de 7 décisions de refus d'effet utile et de 17 décisions le reconnaissant en matière pénale (au regard des libertés étudiées), les résultats suivants ne sauraient être généralisés en tant que tels. Toutefois, il semble possible d'affirmer sans trop d'hésitation que ces derniers constituent à la fois un échantillon pertinent permettant de confirmer une tendance plus générale de la manière pour le juge constitutionnel de motiver ses décisions mais également, et *a fortiori*, d'une manière de motiver en matière pénale.

Comme le souligne Nicole Belloubet, « *La motivation satisfait à une ambition simple : "Toute décision de justice vise d'abord à énoncer les motivations justifiant la solution retenue. Elle vise également à ce que cette décision soit comprise non pas seulement des requérants mais aussi de l'ensemble de ses lecteurs" »*⁴². En matière de QPC, la question de la motivation du choix de conférer ou non l'effet utile d'une décision d'inconstitutionnalité est d'autant plus important qu'il s'agit justement de permettre de faire bénéficier le justiciable du succès de sa question prioritaire de constitutionnalité, voire de l'étendre à l'ensemble des instances pendantes. Ainsi, lorsque le Conseil constitutionnel prononce l'inconstitutionnalité d'une loi *a posteriori*, il doit se prononcer sur la nécessité d'en différer les effets et d'en appliquer le bénéfice à son auteur.

C'est donc la question de la motivation de ce choix, à l'origine du rejet ou non de la reconnaissance de l'effet utile de la décision, qui a donc été analysée ici, avec comme idée préalable celle que tout refus d'effet utile se devrait d'être particulièrement motivé. Pourtant et paradoxalement, notre étude a révélé qu'alors que les refus d'effet utiles s'avéraient majoritairement motivés de manière laconique (A), la reconnaissance de l'effet utile des décisions ne l'était quant à elle jamais, posant un certain nombre de problématiques en matière pénale (B).

⁴⁰ Les décisions n°2014-453 QPC et n°2018-739 QPC.

⁴¹ Les décisions n° 2014-420 QPC et n°2015-506 QPC.

⁴² Belloubet Nicole, « La motivation des décisions du conseil constitutionnel : justifier et réformer », *Nouveaux cahiers du conseil constitutionnel*, n° 55-56 (dossier : Réforme et motivation des décisions), juin 2017, p. 1.

A. La motivation majoritairement laconique des refus d'effet utile

Comme cela a été étudié précédemment, les cas de refus d'effet utile concernent tous des décisions d'abrogation prononcées avec effet différé, dont deux pour lesquelles le juge avait pourtant eu recours au mécanisme des réserves transitoires. Cependant, s'il semble possible d'affirmer que, concernant les libertés étudiées, le refus d'effet utile implique nécessairement une décision d'abrogation avec effet différé, la présence d'une décision d'abrogation avec effet différé ne signifie pas obligatoirement rejet de l'effet utile. En effet, nos résultats font état de 27% de cas où le juge constitutionnel accepte de reconnaître l'effet utile d'une décision d'abrogation prononcée avec effet différé⁴³.

Pour rappel, les cas de refus de l'effet utile concernent les décisions suivantes :

Légalité	Nécessité et proportionnalité	Liberté individuelle
2015-506 (réserve transitoire)	2019-799/800	2014-420/421 (réserve transitoire) ; 2012-235 ; 2011-135/140 ; 2010-71 ; 2010-14/22

1. L'absence d'évolution chronologique dans la motivation du refus d'effet utile

La première tendance qu'il aurait été possible de déduire d'une telle analyse est **l'évolution de la motivation des décisions** de rejet de l'effet utile par le Conseil constitutionnel : sa motivation a-t-elle évolué au fil des jurisprudences ? est-elle plus détaillée ?

Le faible nombre des décisions de rejet en matière pénale (7 seulement dont 2 avec réserves d'interprétation transitoires) ne nous permet toutefois pas d'établir un constat clair d'une telle évolution, et ce bien que la période recouverte par les décisions étudiées couvre les années 2010 à 2019. Ce qui ressort néanmoins de cette approche chronologique (qu'il convient donc d'aborder avec prudence), est qu'il ne semble pas que le juge aille vers une véritable évolution de sa motivation, tant concernant l'effet utile en tant que tel, que le choix de recourir à un mode particulier d'abrogation. En effet, si la motivation du choix du recours à l'abrogation avec effet différé semble plus précise au sein de la décision n°2019-799/800 QPC (la dernière soumise à notre étude), ce constat ne saurait être réellement probant dès lors que l'on retrouve des décisions plus ou moins motivées lors des premières ou des dernières QPC. De prime abord, il nous apparaît donc que la teneur de la motivation semble relever d'un choix de la part du Conseil de motiver davantage ou non.

⁴³ Décision n°2018-739 QPC ; décision n°2014-453/454 QPC.

2. Le faible impact du type de rejet sur le choix du refus d'effet utile

Le type de rejet ne nous éclaire cependant pas vraiment davantage sur ce choix. En effet, il se dégage finalement assez peu de divergences en termes de motivation du rejet d'effet utile selon que le juge a prononcé explicitement ou implicitement ce dernier, la seule véritable différence entre ces deux formes de rejet tenant, comme leurs noms l'indiquent, en la précision spécifique ou non de ceux-ci. Ainsi, alors que dans les décisions de rejet explicite il sera précisé spécifiquement et de manière constante « *que les mesures/décisions [...] prises avant cette date [c'est-à-dire celle de la décision concernée] en application des dispositions déclarées contraire à la Constitution ne peuvent être contestées sur le fondement de cette inconstitutionnalité* », il sera seulement possible de le présumer dans les décisions de rejet implicite — ce qui ne concerne en l'espèce qu'une seule décision⁴⁴. Cette présomption ne sera possible que dans la mesure où la décision concernée le sera avec abrogation différée, la présomption étant inverse en cas d'abrogation avec effet immédiat.

3. La motivation du choix du mode d'abrogation comme justification de principe du choix de refus de l'effet utile

Il faut dire que, dans le cas d'une abrogation avec effet différé, il s'agit pour le juge constitutionnel de préserver les effets de la loi pourtant jugée inconstitutionnelle, dès lors que l'abrogation de celle-ci aurait « *des conséquences manifestement excessives* ». Or, comme l'a souligné Pascale Deumier, « *les conséquences manifestement excessives sont mentionnées une seule fois pour fonder à la fois le report de l'abrogation et la délimitation de l'effet utile* »⁴⁵. La présente étude confirme cette affirmation, dès lors que le Conseil constitutionnel ne motive pratiquement jamais son choix de refuser l'effet utile au requérant, mais fait découler ce choix (implicitement ou explicitement donc) de celui de recourir à l'abrogation différée.

Il est alors possible de dégager de tout ce qui précède une forme de « tendance » dans la manière de motiver en matière de refus de l'effet utile lors de décisions d'abrogation avec effet différé. En cela, 2 à 3 temps d'argumentation apparaissent communs à l'ensemble des décisions d'abrogations avec effet différé se dégagent.

Tout d'abord, le rappel par le juge de son considérant de principe dégagé en 2010⁴⁶ et selon lequel si la déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier, par principe, à l'auteur de la QPC soulevée, le Conseil constitutionnel détient un certain nombre de pouvoirs de modulation dans le temps de l'article 62 de la Constitution (temps d'argumentation que nous retrouvons également en matière d'abrogation avec effet immédiat) : « *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*

⁴⁴ Décision n°2019-799/800 QPC.

⁴⁵ Deumier Pascale, « Les effets dans le temps des décisions QPC : un droit des conséquences des décisions constitutionnelles », Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel n°47 (Dossier : 5 ans de QPC), Avril 2015, p. 65 à 78.

⁴⁶ Décisions n°2010-108 QPC et n°2010-110 QPC rendues le 25 mars 2011.

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 ».

Ensuite, le juge constitutionnel motive son choix du recours à l'abrogation différée au regard des conséquences manifestement excessives qui découleraient d'une abrogation immédiate. Cette motivation s'appuie alors toujours sur la formulation suivante : dans la mesure où « *l'abrogation immédiate [...] aurait des conséquences manifestement excessives* », il convient, « *afin de permettre au législateur de remédier à cette inconstitutionnalité* », de « *reporter [...] la date de l'abrogation* ».

Enfin, dans le hypothèses de refus explicites, le juge constitutionnel précisera que « *les décisions/ mesures prises avant cette date en application des dispositions déclarées contraires à la constitution ne peuvent être contestées sur le fondement de cette inconstitutionnalité* ».

Le problème qui nous semble découler cette « tendance », est qu'en réalité les « conséquences manifestement excessives », qui justifient à la fois le recours à l'abrogation différée ainsi que celui du refus de l'effet utile ne sont que très peu motivées. Pourtant, elles sont le fruit d'une analyse casuistique du Conseil, qui se doit d'arbitrer entre les conséquences du maintien d'une loi inconstitutionnelle et celles d'un potentiel « vide juridique »⁴⁷, afin de savoir si ces dernières seraient d'une gravité supérieure aux premières. Dans l'affirmative, il semble alors préférable de permettre au législateur de remédier à cette inconstitutionnalité et de fermer la possibilité aux requérants et autres instances en cours de se prévaloir de cette dernière. Aussi retrouve-t-on ce type d'abrogation différée et de refus de l'effet utile notamment en matière de procédure pénale (garde à vue, perquisition, libération conditionnelle d'étrangers, etc.), où l'abrogation immédiate aurait pour effet d'annuler l'ensemble des procédures, mais aussi en matière de soins psychiatriques ou d'hospitalisation d'office ou sans consentement, etc. On s'attendrait donc à une motivation rigoureuse de ce choix. En pratique, pourtant, elle s'avère globalement laconique, voire parfois inexistante, comme ce fut le cas dans la décision n°2012-235 QPC. A cette occasion, le Conseil s'est contenté d'affirmer que « *l'abrogation immédiate du paragraphe II de l'article L. 3211-12 et de l'article L. 3213-8 aurait des conséquences manifestement excessives ; que, par suite, afin de permettre au législateur de remédier à cette inconstitutionnalité, il y a lieu de reporter au 1er octobre 2013 la date de cette abrogation* ».

De manière générale, le Conseil constitutionnel va plutôt estimer que l'abrogation immédiate ainsi que la reconnaissance de l'effet utile auront des « conséquences manifestement excessives » dès lors qu'elle « *méconnaîtrait les exigences de la protection de la santé et la*

⁴⁷ Selon Pascale Deumier, pour « *en juger, le Conseil va se projeter, par un exercice de juris fiction, dans un système juridique dépourvu de la disposition dont il vient de déclarer l'inconstitutionnalité. Cette projection permet d'évaluer si les effets de l'abrogation ne seraient pas encore pire que les effets de l'application de la norme inconstitutionnelle, si un vide juridique ne se révélerait pas plus perturbateur encore qu'un plein inconstitutionnel* », in Deumier Pascale, « Les effets dans le temps des décisions QPC : un droit des conséquences des décisions constitutionnelles », *op. cit.*

prévention des atteintes à l'ordre public »⁴⁸, ou qu'elle « *méconnaîtrait les objectifs de prévention des atteintes à l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions* »⁴⁹.

De manière plus précise, le Conseil constitutionnel a pu toutefois affirmer que l'abrogation immédiate « *aurait pour effet de dispenser toutes les personnes condamnées pour certains faits de terrorisme de l'obligation, prévue par le législateur, d'accomplir des mesures probatoires avant de pouvoir bénéficier d'une libération conditionnelle* » et « *entraînerait ainsi des conséquences manifestement excessives* »⁵⁰.

4. Le cas particulier du refus de l'effet utile en présence de réserves d'interprétation transitoires

Il existe néanmoins une catégorie de décisions très spécifiques où le juge va choisir d'avoir recours à la plénitude de ses pouvoirs de modulation dans le temps, à savoir les décisions d'abrogation d'effet différé et réserves transitoires. Contrairement à celles précédemment évoquées, ces décisions présentent une forte motivation, tant des raisons justifiant l'abrogation différée que celles ayant justifié le rejet de l'effet utile.

Sans s'étendre sur l'outil développé au sein de la partie précédente, il convient de rappeler que ces réserves permettent de reporter dans le temps les effets de l'abrogation tout en neutralisant les effets de la disposition en cause jusqu'à son remplacement par une nouvelle loi⁵¹. Lors de ces décisions, le juge constitutionnel va alors procéder en 3 étapes distinctes : la justification traditionnelle des conséquences manifestement excessives qu'aurait une abrogation immédiate, la nécessité de faire toutefois cesser l'inconstitutionnalité constatée à compter de la présente décision et, enfin l'impossibilité malgré la réserve transitoire de reconnaître l'effet utile. Cette dernière justification semble en effet nécessaire afin de contrer la présomption d'effet utile qui pourrait découler de la réserve d'interprétation transitoire utilisée.

Ces décisions sont cependant toujours fondées sur les mêmes motifs concernant le refus de l'effet utile : il s'agit des hypothèses où, en vertu de l'objectif à valeur constitutionnelle de « *recherche des auteurs d'infractions* », les dispositions déclarées inconstitutionnelles remettraient en cause « *les actes de procédure pénale* » pris sur leur fondement⁵².

B. L'absence problématique de motivation des reconnaissances d'effet utile en matière pénale

A l'instar de ce qui a été démontré précédemment, l'effet utile a systématiquement été reconnu en cas d'abrogation prononcée avec effet immédiat. Toutefois, sur les 17 décisions

⁴⁸ Décisions n°2011-135/140 QPC ; n°2010-71 QPC.

⁴⁹ Décision n°2010-14/22 QPC.

⁵⁰ Décision n°2019-799/800 QPC.

⁵¹ Septembre 2014 : Les effets dans le temps des décisions QPC, [site du Conseil constitutionnel](#).

⁵² Décisions n°2014-420/421 QPC, n°2015-506 QPC ; n°2015-508 QPC.

d'abrogation ayant admis le bénéfice de la décision d'inconstitutionnalité, deux d'entre elles étaient des décisions prononcées avec effet différé et réserve d'interprétation transitoire⁵³.

Pour rappel, les cas d'acceptation de l'effet utile concernent les décisions suivantes :

Légalité	Nécessité et proportionnalité	Liberté individuelle
2016-608 ; 2016-569 ; 2012-240 ; 2011-222 ; 2011-163	2018-739 (réserve transitoire) ; 2018-703 ; 2017-667 ; 2017-625 ; 2016-554 ; 2016-618 ; 2014-453/454 (réserve transitoire) ; 2013-318	2016-532 ; 2011-202 ; 2011-185 ; 2011-174

Au regard des considérations précédentes, il ne semble *a priori* pas nécessaire, pour le Conseil constitutionnel, de motiver le choix de reconnaître l'effet utile dans le cas d'une abrogation immédiate. En effet, dès lors qu'un tel mode d'abrogation a été rendu possible du fait de l'absence de conséquences manifestement excessives de la déclaration d'inconstitutionnalité, cette dernière doit en principe bénéficier à l'auteur de la déclaration d'inconstitutionnalité. Ainsi, en cas d'abrogation immédiate (constituant donc la majorité des décisions de reconnaissance de l'effet utile, à savoir 82%), le Conseil constitutionnel fait jouer une présomption d'effet utile, reliant ainsi le choix de retenir l'effet utile à celui de recourir à une abrogation immédiate (principe ne souffrant, en l'espèce, d'aucune exception). Décision n'étant par ailleurs pas plus motivée.

En effet, sur l'ensemble des décisions étudiées, le juge procède comme suit. Soit le Conseil affirme laconiquement « *que l'abrogation de* » ou « *que la déclaration d'inconstitutionnalité [...] prend effet à compter de la présente décision* ». Dans ce cas, il ajoutera dans un second temps quelques mots concernant la question de l'effet utile :

- cette décision est « *applicable à toutes les instances non jugées définitivement à cette date* »⁵⁴ ;
- ou *a contrario*, qu'elle « *ne peut être invoquée dans les instances jugées définitivement* »⁵⁵.

Soit le juge constitutionnel considère qu'« *aucun motif ne justifie de reporter la date de l'abrogation des dispositions contestées* » (ou « *la prise d'effet de la décision d'inconstitutionnalité* »). Dans ce cas, il n'évoque pas la question de l'effet utile, considérée comme étant présumée au sein de cette affirmation⁵⁶. De manière chronologique, le Conseil

⁵³ Décision n°2018-739 QPC ; 2014-435/454 QPC.

⁵⁴ Décisions n°2011-163 QPC ; 2011-174 QPC ; 2011-185 QPC ; 2011-202 QPC ; 2011-222 QPC ; 2012-240 QPC ; 2013-318 QPC ; 2016-532 QPC ; 2016-554 QPC.

⁵⁵ Décisions n°2016-618 QPC ; 2017-667 QPC.

⁵⁶ Décisions n°2016-569 QPC ; 2016-608 QPC ; n°2017-625 QPC ; 2018-703 QPC.

semble privilégier ce mode de motivation sur le premier depuis la décision n°2016-569 QPC (au moins en ce qui concerne les décisions étudiées).

De manière générale, l'absence de motivation de l'abrogation immédiate et de la reconnaissance de l'effet utile semble aller de soi, se justifiant *per se* par le rappel du considérant de principe classique selon lequel la décision bénéficie par principe à l'auteur de la question. Seules les décisions d'abrogation différée nécessitent donc *a priori* une motivation plus complète, en tant qu'elles apportent une dérogation à ce principe. C'est d'ailleurs ce qu'il est possible de constater au regard des décisions ayant admis l'effet utile suite à une réserve d'interprétation transitoire. Dans ces dernières, le juge, de manière classique, justifie le recours à l'abrogation différée par les conséquences manifestement excessives qu'aurait eu une abrogation immédiate (justifiées une fois encore par des raisons procédurales⁵⁷). Puis, dans un second temps, il précise certains moyens afin de faire immédiatement cesser certains effets de l'inconstitutionnalité constatée, justifiant dès lors implicitement l'acceptation de l'effet utile pour ces domaines précis.

Cependant, au regard de la nature du contentieux pénal, l'absence de motivation du choix de retenir l'effet utile d'une décision, mais principalement de celui de recourir à un mode d'abrogation immédiate, comporte en soi un certain nombre de problématiques. En effet, dans le cas très particulier où serait considérée comme inconstitutionnelle la définition même d'une infraction pénale⁵⁸, le juge constitutionnel considère par défaut qu'il « *n'est pas possible de laisser subsister l'inconstitutionnalité, même à titre temporaire* »⁵⁹. Dès lors, l'abrogation immédiate se justifierait par la préservation du principe de légalité des délits et des peines au sens strict en ce sens que, comme l'a souligné Mathieu Disant, il semblerait exister « *des inconstitutionnalités, sinon plus « graves » ou accablantes que d'autres, à tout le moins insupportables le temps d'envisager que le législateur reprenne la main* »⁶⁰.

Une telle solution semble toutefois lourde de conséquences, au point que l'on pourrait se demander si elle ne présente pas en elle-même des « conséquences manifestement excessives ». En effet, retenir l'inconstitutionnalité avec effet immédiat d'une qualification pénale a pour effet de priver de la possibilité de poursuivre et de condamner les individus dont les actes seraient ou sont tombés sous le coup de cette dernière. C'est d'ailleurs ce que rappelle fermement le Conseil constitutionnel dans les décisions de cette nature, tel que ce fut le cas par exemple en matière de crime ou de délit d'inceste : « *aucune condamnation ne peut retenir la qualification de crime ou de délit "incestueux" prévu par cet article [i.e. celui abrogé] ; que lorsque l'affaire a été définitivement jugée à cette date, la mention de cette qualification ne peut figurer au casier judiciaire* »⁶¹. L'autre conséquence de ces déclarations

⁵⁷ L'abrogation immédiate « *aurait pour effet de priver de fondement la sanction de la délivrance irrégulière de documents permettant à un tiers d'obtenir indûment un avantage fiscal, même dans le cas où le caractère intentionnel du manquement serait établi* » (Décision n°2018-739 QPC) ; l'abrogation immédiate « *aurait pour effet, en faisant disparaître l'inconstitutionnalité constatée, d'empêcher toute poursuite et de mettre fin à celles engagées à l'encontre des personnes ayant commis des faits qualifiés de délit ou de manquement d'initié* » (Décision n°2014-453/454 QPC).

⁵⁸ Décisions n°2011-163 QPC ; n°2012-222 QPC ; n°2012-240 QPC ; n°2016-608 QPC.

⁵⁹ Septembre 2014 : Les effets dans le temps des décisions QPC, [site du Conseil constitutionnel](#).

⁶⁰ Disant Mathieu, « Les effets dans le temps des décisions QPC », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n°40 (Dossier : Le Conseil constitutionnel : trois ans de QPC), juin 2013.

⁶¹ Décisions n°2011-222 QPC ; n°2012-240 QPC.

d'inconstitutionnalité étant ainsi la libération des prévenus ou accusés ainsi que la dissolution des affaires en cours. A titre d'exemple, suite à la décision précitée du Conseil constitutionnel, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a estimé que l'accusé, déclaré coupable de viols aggravés qualifiés d'incestueux par application de l'article 222-31 du Code pénal, devait être mis en liberté, et donc l'annulation « *en toutes ses dispositions de l'arrêt susvisé de la cour d'assises du Haut-Rhin du 9 juin 2010, ensemble la déclaration de la cour et du jury et les débats qui l'ont précédée, et, par voie de conséquence, l'arrêt du même jour par lequel la cour a prononcé sur les intérêts civils* »⁶².

Au vu de la gravité d'une telle solution, de nature à entraîner une forme de « vide juridique », il semblerait essentiel que le juge constitutionnel précise avec force et détails les motifs ayant conduit à retenir une telle solution. Ceci, en l'espèce, n'est pas le cas dès lors que le Conseil motive l'ensemble de ces décisions d'abrogation immédiate de manière presque identique. A tout le moins, un rappel pédagogique des autres qualifications juridiques dont pourraient se prévaloir les victimes ou autorités judiciaires pourrait être envisagé.

IV. L'INFLUENCE CONTRASTÉE DU CONTENTIEUX PÉNAL SUR LA RECONNAISSANCE DE L'EFFET UTILE

A. *La cohérence globale des résultats de l'étude quantitative en matière d'effet utile dans le bloc pénal*

Structuration globale de la jurisprudence autour du degré d'atteinte. La cohérence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel s'étudie à plusieurs niveaux. Tout d'abord, il convient de clarifier la structure générale du contentieux relatif au bloc pénal et aux violations de la liberté individuelle. Tout le contentieux est focalisé sur la frontière entre la restriction et la privation de liberté. De manière très méthodologique, le Conseil opère un contrôle fondé sur le degré de l'atteinte aux libertés.

D'un côté, si l'atteinte est constitutive d'une privation de liberté, ce qui peut être notamment matérialisé par une assignation à résidence excédant 12 heures, alors le Conseil constitutionnel fondera cette atteinte sur l'article 66 de la Constitution et sur une conception restrictive de la liberté individuelle et de celle du juge judiciaire. D'un autre côté, si l'atteinte est constitutive d'une simple restriction de liberté, ce qui peut être notamment matérialisé par une assignation à résidence qui n'excède pas 12 heures, alors le Conseil constitutionnel fondera cette atteinte sur tous les autres fondements constitutionnels du bloc pénal, à l'exception de l'article 66 de la Constitution, car il s'agira selon lui d'une atteinte à la liberté personnelle.

Cohérence des motivations. Plus globalement, l'étude quantitative menée sur cette thématique démontre, *a priori*, une grande cohérence jurisprudentielle. Tout d'abord, toutes les abrogations immédiates donnent lieu à effet utile de manière automatique. En règle générale,

⁶² Cour de cassation, Ch. crim., 12 octobre 2011, n°10-84.992.

ce qui motive l'abrogation immédiate est toujours la même expression : « *une abrogation immédiate aurait des conséquences manifestement excessives* », « *pourrait faire disparaître l'infraction* », ou encore « *permettre au législateur de remédier à l'inconstitutionnalité* ». La réunion de ces 3 justifications systématiques prouve la spécificité du bloc pénal dans le contentieux constitutionnel, dont le traitement est cohérent et rigoureux.

Une tendance générale à la reconnaissance de l'effet utile en matière pénale. De manière plus quantitative, sur les 24 décisions d'inconstitutionnalité retenues dans le bloc pénal (dont le vivier est constitué des décisions fondées sur les droits et libertés – légalité, proportionnalité, nécessité, individualisation, liberté individuelle), 9 décisions sont d'abrogation différée et n'ont pas d'effet utile ; et 15 décisions sont d'abrogation immédiate et expriment un effet utile certain.

Parmi ces 15 décisions d'abrogation immédiate et d'effet utile, 3 libertés sont traitées de manière relativement cohérente. D'abord, le principe de légalité comporte 6 décisions d'abrogation immédiate avec effet utile et deux décisions d'abrogation différée avec effet utile, ce qui démontre, globalement, une prise au sérieux du fondement de la légalité. Ensuite, relativement à la liberté individuelle, 4 décisions sont d'abrogation immédiate avec effet utile et 5 décisions sont d'abrogation différée sans effet utile. Les résultats sont davantage contrastés, ce qui est en partie dû à la dualité du fondement que constitue la liberté individuelle. Enfin, quant à la proportionnalité et à la nécessité, 6 décisions donnent lieu à abrogation immédiate et effet utile, et 3 décisions ne donnent lieu qu'à une abrogation différée sans effet utile. La pratique de la réserve transitoire par le Conseil, dans seulement deux décisions donnant lieu à une abrogation différée, démontre que le juge n'abuse pas des outils dont il dispose pour amplifier l'effet utile de ses décisions d'inconstitutionnalité. Il se contente, la majeure partie du temps, pour faire bénéficier au requérant d'un effet utile, de procéder à des abrogations immédiates, quitte à plonger le contentieux dans une forme inédite de vide juridique, ce qui sera davantage étudié ci-dessous.

Ces résultats démontrent une tendance claire à la reconnaissance d'un effet utile dans la jurisprudence relative au bloc pénal. En effet, la question de la sécurité juridique, qui sous-tend l'étude systémique du bloc pénal, constitue un frein aux fantaisies législatives et donc constitue par-là même un prétexte à un contrôle plus poussé de la part du Conseil, mieux à même d'apprécier le fait qu'une abrogation immédiate n'aurait pas « *de conséquences manifestement excessives* ».

B. Les conséquences délétères de l'absence de motivation des décisions de reconnaissance de l'effet utile en l'espèce

L'analyse quantitative effectuée a révélé que, sur les 24 décisions d'inconstitutionnalité rendues par le juge constitutionnel en matière de protection de la liberté individuelle et du bloc pénal, 17 décisions l'avaient été avec abrogation immédiate et effet utile, contre seulement 9 avec abrogation différée dont deux avec effet utile.

De prime abord, il semble très surprenant de constater une majorité de décisions où l'abrogation est immédiate et où le juge souligne — implicitement ou explicitement — l'effet

utile de ces dernières. En effet, le droit pénal est un droit pouvant porter atteinte aux libertés, par sa nature même. Le contrôle du Conseil constitutionnel doit alors être strict, afin notamment de ne permettre que des atteintes mesurées à ces libertés. En conséquence pour ce droit, une déclaration d'inconstitutionnalité peut réellement et rapidement s'avérer lourde de conséquences, dès lors qu'elle supprime la possibilité de poursuivre des crimes et des délits qui seraient fondés sur la loi jugée inconstitutionnelle. Ainsi, et en vertu du principe de non-rétroactivité de la loi pénale, on s'attendrait davantage à une majorité de décisions de censure prises avec effet différé afin de laisser le temps au législateur d'adopter un nouveau texte tout en maintenant une certaine sécurité juridique, notamment dans le cas où ce sont des lois incriminant des délits qui ont pu être soumises à censure. En effet, de telles décisions auraient pu toutefois permettre, par dérogation à la tendance jurisprudentielle du conseil constitutionnel, d'étendre le bénéfice de l'application de la décision d'inconstitutionnalité au requérant, fût-il le prévenu.

La question avait notamment été soulevée lors de la décision n°2012-240 QPC du 24 mai 2012, dite *M. Gérard D.*, et ayant trait à la définition du délit de harcèlement sexuel. En l'espèce, le juge avait abrogé immédiatement l'article 222-33 du Code pénal, au motif que les éléments constitutifs de l'infraction n'étaient pas suffisamment précis et méconnaissaient ainsi le principe de légalité des délits et des peines. Aussi, l'abrogation avait été rendue applicable à toutes les instances non définitivement jugées à cette date, en vertu de l'application de l'effet utile.

L'effet de surprise passé, l'on constate en réalité une forte cohérence du contentieux constitutionnel en matière de libertés pénales, constat d'ores et déjà réalisé par la doctrine et que nous partageons⁶³. Au regard de l'étude quantitative effectuée, il apparaît clair que le juge constitutionnel prend en compte à la fois la nature spéciale du contentieux pénal mais également celle du requérant. Car c'est en réalité en vertu du principe de la rétroactivité *in mitius*, et donc de la loi pénale plus douce, que de telles décisions sont prises sur le fond (articles 112-1 al. 3 du Code pénal). En effet, parce qu'elle abroge (ou doit abroger) la loi jugée inconstitutionnelle, la décision du Conseil constitue par nature une mesure plus favorable, justifiant la nécessité de faire bénéficier ladite abrogation à l'auteur de la question mais également aux personnes étant dans la même situation. Seules les infractions commises postérieurement à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi tomberont ainsi sous son coup, en vertu du principe de la non-rétroactivité de la loi pénale.

La reconnaissance systématique de l'effet utile qui découle des abrogations immédiates en matière pénale, tant pour le requérant que pour l'ensemble des instances en cours, semble donc aller de soi. Une telle jurisprudence, outre le fait qu'elle ne découragera pas les recours en la matière, permet également une grande protection des libertés sur lesquelles repose le droit pénal. Par ailleurs, le juge semble disposer d'une plus grande marge de manœuvre en matière de modulation des effets dans le temps lorsqu'il statue sur la constitutionnalité de lois concernant les procédures pénales (*cf.* en ce sens notamment les décisions n°2014-420/421 ; n°2010-14/22 ; n°2014/454).

⁶³ Disant Mathieu, « Les effets dans le temps des décisions QPC », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n°40 (Dossier : Le Conseil constitutionnel : trois ans de QPC), juin 2013.

Il nous semble toutefois dommage que le juge constitutionnel, en vertu du principe de sécurité juridique, n'use pas davantage de l'effet différé, quitte à les assortir de réserves transitoires, pour préserver un effet utile au bénéfice du requérant. De prime abord, le recours à un tel mécanisme semble, il est vrai, mettre une certaine pression sur le législateur mais aussi permettre une intervention du Conseil constitutionnel dans le champ de compétences de ce dernier — ce qui est d'autant plus complexe en matière pénale où le principe de légalité tient une place prépondérante. Toutefois, et comme l'a souligné Mathieu Disant, l'abrogation immédiate d'une disposition pénale, *a fortiori* concernant un crime ou un délit, met une pression tout aussi réelle sur le législateur en tant que ce dernier « *se trouve désormais sous le coup d'une logique pressante de correction des inconstitutionnalités* »⁶⁴. Cette interrogation étant par ailleurs renforcée par la possibilité pour le juge de déterminer, au cas par cas, l'intérêt de reconnaître un certain effet utile à sa décision.

In fine, la conséquence majeure de cette méthode juridictionnelle, étayée au fil des décisions du Conseil, vise à préserver plus efficacement l'effet utile des décisions au bénéfice du requérant. Cependant, puisque le requérant est, en la matière, de nature à être assimilé à un « prévenu » ou un « délinquant », il est légitime de s'interroger sur la protection de la partie adverse, qui subit fatalement l'abrogation immédiate *via* la reconnaissance très aisée de l'effet utile, en ce qu'elle ne peut plus solliciter la qualification juridique abrogée au fondement de ses prétentions.

Ainsi, derrière l'émergence plébiscitée de la reconnaissance de l'effet utile, c'est avant tout la facilité avec laquelle le Conseil procède à des abrogations immédiates qui pose, en réalité, une plus grande difficulté. Effectivement, en définitive, c'est la possibilité de poursuivre les auteurs d'infractions, au regard des qualifications abrogées, qui est affectée. Quitte à ce que sur le plan de la procédure pénale, le juge constitutionnel soit quasiment obligé de recourir à des abrogations immédiates systématiques, *a fortiori* en matière de qualification pénale, il conviendrait de recourir alors à une motivation bien plus rigoureuse de ce choix. Par exemple, dans les communiqués de presse rédigés par le secrétariat du Conseil constitutionnel, sont parfois précisées les autres qualifications susceptibles de fonder un recours contre les mêmes faits que ceux tombant sous le coup de la disposition abrogée. Cette pratique, certes didactique, permettrait néanmoins aux parties adverses des « prévenus », souvent des victimes, mais également des tiers, de savoir précisément comment bénéficier pleinement d'un droit qui leur est soustrait au bénéfice du délinquant, à savoir le droit à un recours effectif, ainsi que la préservation d'une certaine forme de sécurité juridique, ou bien de « stabilité des situations » qui constitue, par ailleurs, un élément mis en balance face à la reconnaissance de l'effet utile dans certaines circonstances.

⁶⁴ *Ibid.*

Chapitre 4

L'effet utile des décisions relatives à la liberté personnelle

Xavier Bioy et Marie Glinel

La liberté personnelle a ses coquetteries. Liberté composite, voire hétérogène, elle réunit un certain nombre de prérogatives individuelles sous la bannière des articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen. Si l'on y retrouve des composantes semblables à celles du droit au respect de la vie privée et familiale de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, l'analyse comparative peine à maintenir le parallèle. En effet, d'une part l'absence de contrôle concret devant le Conseil constitutionnel ne permet pas de mesurer les nécessités de concrétisation de la norme de droit fondamental ; d'autre part, la notion d'autonomie de la personne, qui sert de concept général du côté de la Convention, ne fait ni l'objet d'une invocation directe et explicite, ni même de guide argumentatif en contentieux constitutionnel français. La liberté personnelle a ainsi fort peu de personnalité. Elle accueille aussi bien la liberté du mariage, la liberté corporelle, la liberté d'aller et venir et le droit au respect de la vie privée (abordées ici) que la liberté contractuelle et la liberté d'entreprendre qui sont ici étudiées par ailleurs.

Le Conseil reste fidèle à sa logique d'origine, des années 1990, lorsqu'il a consacré la notion pour mettre certaines libertés de l'individu à l'abri des exigences de l'article 66 de la Constitution et permettre au juge administratif de conserver ses compétences (au titre de la jurisprudence du Tribunal des conflits ou selon les blocs législativement déterminés).

Elle souffre d'un manque d'identité et d'une proximité avec la liberté individuelle (laquelle, en réalité, peut tout à fait être l'une de ses composantes¹), qui ne permet pas bien de saisir les enjeux qui affecteraient l'effet utile des décisions QPC. On constatera d'ailleurs, par un premier regard englobant, que le régime d'état d'urgence et l'inflation des atteintes aux libertés placées sous contrôle du juge administratif, a plus souvent donné lieu à censure modulée sur le terrain de la liberté individuelle que sur celui des autres libertés (aller et venir, correspondance, domicile, protection des données...). Ces libertés apparaissent ainsi moins exigeantes quand il est question d'aménagement dans le temps ou d'insécurité juridique. L'effet utile y apparaît, de prime abord, mieux respecté.

La notion de liberté personnelle sert principalement de fondement global à différentes composantes qui se répartissent entre secret de la vie privée et autonomie dans les choix de vie. Elle est rarement mobilisée dans le sens de l'autonomie personnelle telle que portée par l'article

¹ De manière générale, la doctrine a tendance à exagérer la portée d'une distinction pour en faire une frontière. Fille de la logique dichotomique et de la rationalité prêtée au droit, la dogmatique constitutionnaliste a pensé que l'article 66 de la Constitution (dont l'objet principal demeure d'établir la compétence de l'autorité judiciaire à l'égard de la liberté individuelle puisque cette dernière se trouve déjà à l'article 7 de la DDHC). Dès lors, les articles 2 et 4 DDHC font office de cadre interprétatif général des droits et libertés et la notion de liberté personnelle qui les réunit peut inclure la liberté individuelle et son régime dérogatoire de compétence juridictionnelle. Ce qui correspond d'ailleurs plus à l'idée de « seuil » qui s'applique dans la jurisprudence entre liberté d'aller et venir et liberté individuelle (question de degré d'ingérence) que de l'existence de deux catégories de prérogatives différentes. Ce fondement englobant de la liberté personnelle ne méconnaît pas l'approche jurisprudentielle même si on sent, intuitivement, que le juge est lui aussi tenté d'opposer liberté personnelle et liberté individuelle.

8 de la Convention européenne. A cela s'ajoute la différence évidente de contrôle qu'exerce le Conseil constitutionnel sur ces questions, qui demeure de nature abstraite, même s'il est question de proportionnalité. On ne saurait donc identifier d'effet utile comparable aux obligations résultant pour l'État d'un arrêt de la Cour Strasbourg. En outre, l'hétérogénéité de ces composantes ne permet pas de tirer de conclusions définitives.

La liberté personnelle apparaît généralement moins protégée par la jurisprudence constitutionnelle française que les fondamentaux du libéralisme comme la liberté individuelle ou le principe d'égalité. Le rôle de la loi, comme norme de choix et de conciliation, y apparaît plus présent, l'effet utile moins compromis par des impératifs de sécurité juridique ou d'ordre public. En ce sens, le champ retenu ne semble pas présenter de spécificité marquante.

Cette étude vise à interroger la réalité de l'effet utile des décisions QPC portant sur des droits et libertés en matière de liberté personnelle. Afin de clarifier la portée de cette contribution, il conviendra tout d'abord de présenter les différents droits ou libertés ayant servi de fondement aux décisions du Conseil constitutionnel analysées, assortis d'une étude statistique (I). En effet, ce n'est qu'après avoir délimité les contours de notre étude, sélectionné et défini les différentes libertés essentielles qu'il nous a été possible d'analyser la préservation de l'effet utile (II).

I. PRÉSENTATION DE L'ANALYSE QUANTITATIVE EN MATIÈRE D'EFFET UTILE POUR LA LIBERTÉ PERSONNELLE

A. Délimitation du champ de l'étude

La principale difficulté résidait dans la délimitation des décisions fondées sur la liberté personnelle dans la mesure où le Conseil constitutionnel ne l'invoque pas toujours expressément, alors même que certaines de ses composantes sont concernées. Définir la liberté personnelle relève donc d'un exercice relativement complexe. Xavier Bioy a pu proposer la définition suivante : « *En droit constitutionnel français, la liberté personnelle est le nom que le juge constitutionnel a donné au concept porté par les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme, c'est-à-dire la Liberté au sens le plus général, le moins précisé dans ses manifestations. Il s'agit d'une porte d'entrée unique pour toutes les manifestations de l'autonomie personnelle* »². Celui-ci conclut en avançant que la liberté personnelle « *est donc une « liberté mère » ou « matricielle » qui n'en est pas pour autant écartée de tout usage direct ou semi-direct* »³. Il a donc été décidé de recenser les décisions relatives aux composantes traditionnelles de la liberté personnelle, même si celle-ci n'était pas expressément mobilisée par le Conseil constitutionnel — à l'exception cependant des composantes recensées par d'autres groupes de travail comme la liberté d'entreprendre. Plus statistiquement, ce sont les

² X. Bioy, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, p. 364

³ *Ibid.*

décisions reposant sur le fondement de l'article 2 et de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen qui ont été relevées ici.

Classiquement, la liberté personnelle est principalement composée de 4 droits et libertés que sont : la liberté du mariage, la protection de la santé et bioéthique, la liberté d'aller et venir, et le droit au respect de la vie privée. Une première étude quantitative a permis d'opérer un premier tri. En effet, les seules décisions de non-conformité rendues en matière de liberté personnelle concernent la liberté d'aller et venir et le droit au respect de la vie privée. Ce sont ces deux libertés qui ont été retenues dans un deuxième temps dans cette étude qualitative.

Seules 57 décisions ont été rendues par le Conseil constitutionnel en matière de liberté personnelle. Cette recension a été effectuée à partir d'un double travail. D'abord, une première analyse à partir des tables de jurisprudence ; ensuite, une seconde analyse complémentaire à partir de Légifrance pour intégrer les décisions omises dans les tables (essentiellement les décisions de conformité).

La liberté du mariage ne concerne que 4 QPC, dont aucune ne donne lieu à une déclaration de non-conformité, ce qui les exclut du champ de l'analyse. La protection de la santé et la bioéthique donne lieu à 3 QPC, dont aucune ne conclut, encore une fois à une décision de non-conformité, ce qui exclut également celle-ci du champ de l'analyse⁴. Ensuite, la liberté d'aller et venir offre un panel de 21 QPC, dont 11 donnent lieu à une déclaration de non-conformité, ce qui retiendra notre attention pour le reste de l'analyse. Enfin, le droit au respect de la vie privée comporte 29 QPC, dont 14 sont des décisions de non-conformité, et constituent également une partie du panel de la présente étude. *In fine*, la présente étude porte donc sur les 11 décisions de non-conformité relatives à la liberté d'aller et venir et les 14 décisions de non-conformité relatives au droit au respect de sa vie privée, sachant que deux sont communes car les deux arguments sont conjoints, attestant de l'imprécision des notions en cause.

1. Liberté d'aller et venir

Définition de la liberté d'aller et venir

La liberté d'aller et venir n'a pas de véritable fondement textuel constitutionnel, sa seule consécration étant jurisprudentielle⁵. La Convention EDH distingue aussi la privation de liberté

⁴ Néanmoins, dans la décision n°2012-235 QPC était en cause la levée des mesures d'hospitalisation psychiatrique d'office prises à l'initiative de l'autorité administrative après que l'autorité judiciaire l'ait informée d'un classement sans suite ou d'une irresponsabilité pénale motivées par des troubles psychiatriques pouvant nécessiter des soins. Il peut aussi s'agir de personnes ayant séjourné en Unité pour malades dangereux (UMD) (paragraphe II de l'article L. 3211-12 et article 3213-8 du CSP). La liberté d'aller et de venir et le droit à la vie privée sont ici invoquées avec la liberté individuelle de l'article 66 et avec le principe d'égalité. Il semble que la décision soit ici principalement fondée sur ce dernier car le Conseil souligne (concernant la spécificité de la situation des personnes ayant commis des infractions pénales en état de trouble mental ou qui présentent, au cours de leur hospitalisation, une particulière dangerosité) que la censure porte sur les « règles plus rigoureuses que celles applicables aux autres personnes soumises à une obligation de soins psychiatriques, notamment en ce qui concerne la levée de ces soins ». Il ne s'agit pas spécifiquement de liberté personnelle.

⁵ CC, 25 févr. 1992, déc. n° 92-307 DC, cons. 15. Par ailleurs, l'art. 12 du Pacte international des droits civils et politiques offre une définition claire de la liberté d'aller et venir, étant entendue comme suit « 1. *Quiconque se trouve légalement sur le territoire d'un Etat a le droit d'y circuler librement et d'y choisir librement sa résidence. 2. Toute personne est libre de quitter n'importe quel pays, y compris le sien. 3. Les droits mentionnés ci-dessus ne peuvent être l'objet de restrictions que si celles-ci sont prévues par la loi, nécessaires pour protéger la sécurité nationale, l'ordre public, la santé ou la moralité publiques, ou les droits et libertés d'autrui, et compatibles avec*

(article 5) et l'entrave de l'article 2-2° du protocole additionnel n° 4⁶ à la Convention EDH. Le juge invite à apprécier *in concreto* la durée et les effets de la limitation de liberté⁷. Le Conseil d'État a pu en offrir une décision plus précise, bien qu'imparfaite, en 1992, faisant référence à « *la liberté fondamentale d'aller et de venir, laquelle n'est pas limitée au territoire national, mais comporte également le droit de le quitter, ne sont prévues par aucun texte et ont le caractère de mesures susceptibles d'être déférées au juge de l'excès de pouvoir* »⁸. Le Conseil constitutionnel a peu à peu détaché la liberté d'aller et venir de la liberté individuelle, en la faisant passer dans le giron de la liberté personnelle, en la fondant, non plus sur l'article 66 de la Constitution, mais sur les articles 2 et 4 de la DDHC.

Un concept commun existe à la base de la liberté d'aller et de venir et de la liberté individuelle. Il s'agit de restreindre ses déplacements dans l'espace et dans le temps, ce qui a pour effet de limiter aussi son autonomie dans ses relations à autrui, à ses proches, son milieu professionnel et à son pays, éventuellement. La liberté individuelle se trouve atteinte généralement lorsqu'il y a privation de liberté, au point que l'individu ne puisse quitter un lieu donné, dans lequel ses autres libertés connaissent également des restrictions fortes, voire totales. Selon le degré de contrainte spatiale, certains seuils de temps s'ajoutent : plus le temps de limitation de déplacement est long, plus il se transforme en argument pour considérer la limitation de déplacement comme une privation de liberté. La privation de déplacement constitue en soi une catégorie qui nécessite un régime de contrôle particulier. La limitation des déplacements appelle aussi une telle protection lorsqu'elle a pour effet d'attenter au développement de l'individu par les conséquences que cela a sur ses relations avec autrui, ses activités professionnelles, l'accès à sa résidence habituelle, la surveillance dont il fait l'objet.

Naturellement, face à des motifs d'ordre public ou de protection des intérêts d'autrui, la liberté d'aller et venir a moins de poids que la liberté individuelle. On trouverait donc logique que la jurisprudence constitutionnelle renonce à l'effet utile de ses abrogations. Or, c'est apparemment l'inverse qui semble se produire.

Étude quantitative de l'effet utile

La liberté d'aller et venir offre un panel de 21 décisions, dont 11 décisions sont des décisions de non-conformité. Au sein de ces 11, 8 décisions conservent leur effet utile (2012-279 QPC ; 2013-318 QPC ; 2014-420/421 QPC ; 2015-468/469/472 QPC ; 2017-624 QPC ; 2017-684 QPC ; 2017-691 QPC ; 2017-695 QPC).

les autres droits reconnus par le présent Pacte. 4. Nul ne peut être arbitrairement privé du droit d'entrer dans son propre pays ». Même le Traité sur le fonctionnement de l'Union offre une définition de la liberté d'aller et venir, envisagée sous sa qualification « liberté de circulation » qui peut être entendue comme une maladroite traduction de ses enjeux, à l'art. 45 TFUE qui dispose « 1. La libre circulation des travailleurs est assurée à l'intérieur de l'Union ».

⁶ « 1. Quiconque se trouve régulièrement sur le territoire d'un État a le droit d'y circuler librement et d'y choisir librement sa résidence. 2. Toute personne est libre de quitter n'importe quel pays, y compris le sien. 3 L'exercice de ces droits ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au maintien de l'ordre public, à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

⁷ CEDH, 6 nov. 1980, *Guzzardi c. Italie*.

⁸ Conseil d'État, *GISTI*, 22 mai 1992.

Toutefois, plusieurs d'entre elles (2017-691 QPC ; 2017-695 QPC) n'ont un effet utile que pour une déclaration de non-conformité seulement, sur plusieurs que contient la décision, et non pas concernant la liberté d'aller et venir. La décision n°2017-691 QPC connaît un effet différé de l'abrogation des dispositifs d'assignation à résidence mais censure plutôt sur fondement du droit au recours (le requérant doit agir dans un délai d'un mois)⁹. La décision n°2014-420/421 QPC retient à titre principal le droit à un recours juridictionnel effectif (garde à vue pour escroquerie en bande organisée, la décision n° 2015-468/469/472 QPC concerne la liberté d'entreprendre (concernant le régime des voitures avec chauffeur et des taxis) et la décision n°2017-624 QPC (assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence II) le principe d'impartialité et le droit à un recours juridictionnel effectif. De même, la décision n°2017-691 QPC prévoit un effet différé de l'abrogation dans le cas d'une assignation à résidence mais la censure porte plutôt sur le droit au recours (le requérant doit agir dans un délai d'un mois)¹⁰.

Enfin, la seule décision prévoyant une abrogation différée avec un régime transitoire n'est pas fondée sur la liberté d'aller et venir, et est donc exclue de l'étude (2014-420/421 QPC). Le Conseil constitutionnel a eu recours à une réserve d'interprétation transitoire neutralisant les effets inconstitutionnels de la disposition.

In fine, les 3 décisions restantes ayant effet utile voient leurs dispositions déclarées non-conformes immédiatement abrogées :

- 2012-279 QPC : à propos des gens du voyage, en imposant que le carnet de circulation soit visé tous les 3 mois par l'autorité administrative et en punissant d'une peine d'un an d'emprisonnement les personnes circulant sans carnet de circulation, les dispositions de l'article 5 de la loi du 3 janvier 1969 portent à l'exercice de la liberté d'aller et de venir une atteinte disproportionnée au regard du but poursuivi
- 2017-684 QPC : en état d'urgence, la loi autorise la création de zones avec contrôle du séjour, mais le législateur n'a soumis la création d'une zone de protection ou de sécurité à aucune autre condition ; il n'a pas défini la nature des mesures susceptibles d'être prises par le préfet pour réglementer le séjour des personnes à l'intérieur d'une telle zone et n'a encadré leur mise en œuvre d'aucune garantie
- 2017-695 QPC : l'un des articles attaqués, l'article L. 228-1 du Code de la sécurité intérieure, interdit de se trouver en relation directe ou indirecte avec certaines personnes, nommément désignées, dont il existe des raisons sérieuses de penser que leur comportement constitue une menace pour la sécurité publique. Ces dispositions portent donc atteinte au droit de mener une vie familiale normale, au droit au respect de la vie privée et à la liberté d'aller et de venir. La mesure elle-même fait l'objet d'une censure par le fait que le juge ait

⁹ « *Eu égard aux libertés en cause* » le législateur a opéré une conciliation manifestement déséquilibrée entre les exigences constitutionnelles précitées et l'objectif de valeur constitutionnelle de prévention des atteintes à l'ordre public.

¹⁰ « *Eu égard aux libertés en cause* » le législateur a opéré une conciliation manifestement déséquilibrée entre les exigences constitutionnelles précitées et l'objectif de valeur constitutionnelle de prévention des atteintes à l'ordre public.

4 mois pour se prononcer sur sa légalité, ce qui conduit à un équilibre disproportionné en défaveur de la liberté personnelle, bien que le juge opère la censure sur le droit à un recours juridictionnel effectif (forme de procéduralisation des droits substantiels que l'on retrouve dans la jurisprudence de la CEDH). L'abrogation est immédiate et conserve donc l'effet utile, ce qui est le cas commun.

On peut néanmoins arrêter le regard sur la décision n°2017-695 QPC¹¹ concernant « l'interdiction de fréquenter » des personnes fortement liées au terrorisme. En effet, cette décision présente plusieurs fondements d'inconstitutionnalité et d'abrogations différentes, ce qui autorise une rare comparaison (même si l'on ne peut l'estimer significative). En outre, cette décision invoque ensemble liberté d'aller et venir et respect de la vie privée car au fond, il s'agit plus d'autonomie relationnelle, de personnalité et de choix de vie de la personne que de liberté d'aller et venir ou de secret de la vie privée.

En revanche, le renouvellement de la mesure au-delà de 3 mois sans qu'un juge ait préalablement statué et pouvant faire l'objet d'un recours suspensif, mais sans qu'un délai ne soit imposé au juge pour statuer est censuré. « *Compte tenu des conséquences manifestement excessives qu'aurait l'application immédiate de la censure sur ce point* », l'abrogation est, cette fois différée. Ici, le déséquilibre est au contraire en faveur de la liberté car le caractère suspensif du recours empêcherait la mise en œuvre de la mesure. Le juge formule en outre des réserves d'interprétation. En effet, le ministre de l'Intérieur doit tenir compte, dans la détermination des personnes dont la fréquentation est interdite, des liens familiaux de l'intéressé et de s'assurer en particulier que l'interdiction de fréquentation ne porte pas une atteinte disproportionnée à son droit de mener une vie familiale normale ; le renouvellement ne doit pas excéder la limite de 12 mois *maximum* de cumul. Par ailleurs, dans la même décision, une censure concerne la saisie de biens portant atteinte au droit de propriété (terminaux, objets et documents saisis), mais connaît une abrogation immédiate.

Cet unique cas d'un effet utile écarté peut sans doute s'expliquer par la nouveauté de la loi, le fait que les hypothèses de renouvellement soient encore largement à venir, mais que le nombre des réserves implique une réécriture de la loi. Ici sans doute, rien qui tienne à une spécificité de la liberté personnelle.

2. Droit au respect de sa vie privée

Définition du droit au respect de sa vie privée

La vie privée est une notion juridique qui rassemble de multiples manifestations de la protection de l'intimité de l'individu et de l'expression de ses choix de vie, que cela soit dans un cadre public ou professionnel. Elle intègre, selon l'approche constitutionnelle, la protection des données personnelles. En droit français, elle se fonde sur le principe de liberté personnelle, alors que pour la Convention EDH cette autonomie personnelle est inhérente au respect de la vie privée et familiale de l'article 8 . Elle est traditionnellement rattachée aux articles 2 et 4 de

¹¹ Décision n°2017-695 QPC du 29 mars 2018, *M. Rouchdi B. et autre* [mesures administratives de lutte contre le terrorisme].

la DDHC, et recouvre de multiples facettes, dont certaines relèvent principalement du droit civil.

Étude quantitative de l'effet utile

Le droit au respect de sa vie privée comporte 21 décisions, parmi lesquelles 13 sont des décisions de non-conformité sur ce fondement. Parmi ces 14 décisions de non-conformité, le Conseil constitutionnel a reconnu à 6 reprises un effet utile à ses décisions.

- **2016-536 QPC** : dispositions dans le cadre de l'état d'urgence qui permettent à l'autorité administrative d'ordonner des perquisitions et de copier des données stockées dans un système informatique auxquelles les perquisitions donnent accès. Conciliation non proportionnée de la vie privée avec l'ordre public car l'autorité administrative pourrait copier toutes les données informatiques auxquelles il aura été possible d'accéder au cours de la perquisition, sans autorisation par un juge, y compris lorsque l'occupant du lieu perquisitionné ou le propriétaire des données s'y oppose, et alors même qu'aucune infraction n'est constatée. L'abrogation prend effet à la date de la décision avec effet rétroactif. L'effet utile est alors plein.
- **2016-569 QPC** : concernant une procédure qui permet à l'officier de police judiciaire, tant que l'action publique n'est pas mise en mouvement, de transiger sur la poursuite de certaines contraventions et de certains délits. Le Conseil censure la possibilité d'échanges d'informations entre l'État-major de sécurité ou la cellule de coordination opérationnelle des forces de sécurité intérieure, les juridictions de l'application des peines et le service pénitentiaire d'insertion et de probation. En ne définissant pas la nature des informations concernées et ne limitant pas leur champ, le législateur a, s'agissant de cet objectif, porté une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée. Abrogation immédiate, sans rétroactivité.
- **2016-590 QPC** : concernant des mesures de surveillance et de contrôle de toute transmission empruntant la voie hertzienne, sans exclure que puissent être interceptées des communications ou recueillies des données individualisables, les dispositions contestées portent atteinte au droit au respect de la vie privée et au secret des correspondances. Dès lors que l'abrogation immédiate de cet article aurait eu pour effet de priver les pouvoirs publics de toute possibilité de surveillance des transmissions hertziennes, le Conseil constitutionnel a reporté au 31 décembre 2017 la date d'effet de cette déclaration d'inconstitutionnalité.
- **2016-591 QPC** : concernant, en vue de lutter contre la fraude fiscale, un registre public des *trusts*, dans lequel sont recensés tous ceux dont la déclaration est rendue obligatoire. Censure car le registre fournit des informations sur la manière dont une personne entend disposer de son patrimoine sans préciser ni la qualité, ni les motifs justifiant la consultation du registre, ni limiter le cercle des personnes ayant accès aux données. Abrogation immédiate, sans rétroactivité.

- **2017-695 QPC** : cf. *supra*.

Par ailleurs, parmi ces 5 décisions reconnaissant un effet utile, celui-ci est principalement consécutif d'une abrogation immédiate. Cet effet utile est le plus souvent implicite, le Conseil constitutionnel se contentant d'indiquer que la décision « *prend effet à compter de la date de la publication de la présente décision* » (2016-569 QPC ; 2016-591 QPC ; 2017-691 QPC ; 2017-695 QPC). L'effet utile dans les décisions 2017-691 QPC et 2017-695 QPC concerne les dispositions ayant fait l'objet d'une abrogation immédiate et non celles ayant fait l'objet d'une abrogation différée ; il est exceptionnellement explicite. Le Conseil a précisé dans une décision que la déclaration d'inconstitutionnalité « *peut être invoquée dans toutes les instances introduites à cette date et non jugées définitivement* » (2016-536 QPC).

Enfin, une décision impliquant une abrogation différée a conduit à la reconnaissance d'un effet utile (**2016-590 QPC**). Afin de limiter les conséquences du report dans le temps de la censure et de concilier celui-ci avec l'objectif de préservation de l'effet utile de la déclaration d'inconstitutionnalité, le Conseil constitutionnel a eu recours à une réserve d'interprétation transitoire, neutralisant les effets inconstitutionnels de la disposition en cause.

La décision n°2016-590 QPC du 21 octobre 2016, *La Quadrature du Net et autres* [surveillance et contrôle des transmissions empruntant la voie hertzienne] fait figure d'exception dans cet ensemble de rares abrogations sans recours à l'effet utile.

La censure y est totale, accompagnée d'une abrogation différée avec réserve transitoire. Les dispositions contestées permettaient aux pouvoirs publics de prendre, à des fins de défense des intérêts nationaux, des mesures de surveillance et de contrôle des transmissions empruntant la voie hertzienne et ne suivant pas le régime des mesures de renseignement. Le ministre de la Défense ou le ministre de l'Intérieur pouvait ainsi requérir, auprès des personnes physiques ou morales exploitant des réseaux de communications électroniques ou fournisseurs de services de communications électroniques, les informations ou documents nécessaires pour les interceptions.

La liberté personnelle, selon l'article 2 de la Déclaration, se voyait ainsi concernée à travers le secret des correspondances et le droit au respect de la vie privée, dans la mesure où il n'était pas exclu que puissent être interceptées des communications ou recueillies des données individualisables, et pour des motifs qui dépassent la catégorie des « *intérêts fondamentaux de la Nation* ». Faute de définir la nature des mesures de surveillance et de contrôle et de soumettre le recours à ces mesures à des conditions de fond ou de procédure — faute de garanties, tout simplement — la disproportion est manifeste. On se retrouve dans une conjoncture digne de l'arrêt *Benjamin*. Néanmoins, l'impréparation du texte ou la naïveté du législateur ont de quoi surprendre. Élaborées dans un contexte de lutte contre le terrorisme, les dispositions censurées devaient apparaître comme absolument nécessaires.

C'est pourquoi le Conseil a entendu différer leur censure tout en accordant l'effet utile quant aux mesures injustifiables dans l'absolu — interception de correspondances, recueil de données de connexion ou captation de données informatiques ou des communications émises ou reçues à l'étranger, par ailleurs soumises à l'autorisation du Premier ministre. Il en va de même de la surveillance et du contrôle des transmissions empruntant la voie hertzienne qui ne sauraient être mises en œuvre sans l'information de la Commission nationale de contrôle des

techniques de renseignement. Cette information contribuera, pendant la période transitoire, au respect de la réserve émise par le Conseil constitutionnel quant au caractère « résiduel » des mesures autorisées par les dispositions déclarées inconstitutionnelles. Le Conseil autorise donc en partie la poursuite du contrôle hertzien tout en l'assortissant d'un *minimum* de garanties. On perçoit que l'ampleur de la violation, confrontée à la nécessité des mesures, a conduit le juge à se substituer provisoirement au législateur, ce qui éclaire l'originalité de cette décision dans le corpus.

Il est à noter que 2 décisions se retrouvent à la fois dans le panel relatif à la liberté d'aller et venir et relatif au droit au respect de sa vie privée (2017-691 ; 2017-695)

B. Synthèse et appréhension statistique de l'analyse quantitative

Une appréhension statistique de l'étude quantitative permet de mesurer plus aisément l'étendue de la présentation de l'effet utile des QPC en matière de liberté personnelle. En effet, cette première étude permet de dégager une tendance générale. Toutes les décisions d'abrogation immédiate réservent un effet utile, et la majorité des décisions d'abrogation différée ne reconnaissent pas l'effet utile, sauf dans deux cas très précis où le Conseil constitutionnel mobilise l'outil des réserves transitoires. En ce sens, notre analyse, bien qu'axée sur un nombre limité de décisions (11) semble constituer une confirmation du contentieux.

Droit et Liberté Effet utile ?		Liberté d'aller et venir	Droit au respect de sa vie privée	Total	
Quand Abrogation immédiate	Oui	5	3	8	8
	Non	0	0	0	
Quand Abrogation différée	Oui	0	1	1	1
	Non	0	0	0	
Total		5	4	9	

Tableau n° 1 – Répartition de la reconnaissance ou non de l'effet utile par liberté¹²

¹² V. la synthèse de l'analyse en annexe.

1. Évolution de la reconnaissance de l'effet utile des QPC dans le temps

Une analyse statistique de l'évolution de la reconnaissance de l'effet utile des QPC dans le temps ne révèle, *a priori*, aucune tendance. Cela signifie simplement que le Conseil n'a pas développé, au fil des années, une jurisprudence soit plus stricte, soit plus souple, au soutien de la reconnaissance de l'effet utile de ses décisions au bénéfice des requérants. L'unique remarque qui peut être formulée concerne le fort taux de reconnaissance de l'effet utile contenu dans les décisions de non-conformité, sur les années 2016 (4 décisions) et 2017 (3 décisions), qui révèlent un sursaut notable. Ces décisions sont très principalement liées à la déclaration de l'état d'urgence, et plus précisément à l'assignation à résidence.

Année	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Présence Effet Utile	0	0	1	1	0	0	4	3	0	0

Tableau n°2 : évolution de la reconnaissance de l'effet utile des QPC dans le temps

2. Liaison de l'effet utile au mode d'abrogation

Il semble que lorsque le Conseil procède à une abrogation immédiate, il leur conserve un effet utile, voire précise que l'abrogation joue pour les instances en cours. A l'inverse, lorsque le Conseil procède à une abrogation différée, ce qui est bien plus rare dans notre domaine que dans d'autres, il assortit sa reconnaissance d'effet utile d'un outil transitoire.

	Abrogation immédiate	Abrogation différée
Effet utile	8	1
Absence d'effet utile	0	0
	8	1

Tableau n°3 : Liaison de l'effet utile au mode d'abrogation

3. Répartition de la reconnaissance de l'effet utile en fonction des juridictions de renvoi

Très majoritairement, en matière de liberté personnelle, le Conseil constitutionnel est saisi par le Conseil d'État (8/9, soit 89%), et minoritairement par la Cour de cassation (1/9, soit 11%). Le type de liberté comprise dans le bloc de la liberté personnelle n'a aucune incidence dans cette étude, *a fortiori* car l'unique décision dont la Cour de cassation est la juridiction de renvoi, est relative aux véhicules à moteur (2013-318 QPC). Il n'est donc pas question d'une confusion relative au contentieux spécifique de l'état d'urgence, où la compétence juridictionnelle entre l'ordre judiciaire et l'ordre administratif est partagée. Quant à la liberté d'aller et venir et la vie privée, ce sont 100% de décisions administratives.

	Liberté d'aller et venir	Droit au respect de sa vie privée	Total
Conseil d'État	4	4	8
Cour de cassation	1	0	1

Tableau n°4 : Répartition de la reconnaissance de l'effet utile en fonction des juridictions

4. Évaluation des conséquences de l'effet utile sur la nature du contentieux

L'étude des conséquences de la reconnaissance de l'effet utile sur la nature du contentieux révèle un élément très intéressant : la situation du requérant. En matière de liberté personnelle, le requérant est en général une personne surveillée ou suspecte du point de vue de la sécurité publique et du renseignement, mais n'est pas encore suspecté d'avoir commis une infraction. Il semble donc logique que l'ordre public soit moins prégnant et les effets différés moins nombreux.

Requérant Effet utile ?		Prévenu Mis en cause Suspect	Autre type de requérant	Total
Quand Abrogation immédiate	Oui	3	5	8
	Non	0	0	0
Quand Abrogation différée	Oui	1	0	1
	Non	0	0	0
Total		4	5	9

Tableau n°5 : Évaluation des conséquences de l'effet utile sur la nature du contentieux

II. LA PRÉSERVATION GÉNÉRALE DE L'EFFET UTILE

Le Conseil constitutionnel dispose d'une large palette d'outils destinés à préserver l'effet utile¹³. En déterminant « *les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause* »¹⁴, il participe à la préservation de l'effet utile. Son appréciation semble être davantage guidée par une conception générale, objective et abstraite, que par le souci du requérant qui a agi devant lui, même si cela ne l'empêche pas de penser à des catégories fines de bénéficiaires de l'effet utile, notamment les autres titulaires du droit fondamental qui se trouveraient déjà engagés dans des contentieux similaires, issus des mêmes dispositions.

A. L'appréciation initiale du choix du type d'abrogation : une large tendance confirmée du choix de l'abrogation immédiate

Structurellement, le Conseil procède bien plus largement à des abrogations immédiates qu'à des abrogations différées. Si celui-ci envisage le report de l'abrogation, c'est en raison de 3 motivations : soit l'abrogation immédiate « *aurait des conséquences manifestement excessives* »¹⁵, soit encore les conséquences d'une abrogation immédiate mèneraient le Conseil « *à se substituer au Parlement* »¹⁶, soit enfin l'abrogation immédiate ne remplirait pas les

¹³ Rousseau Dominique, « Le Conseil constitutionnel, maître des horloges », *Nouveaux Cahiers du conseil constitutionnel*, n° 54, 2017.

¹⁴ Article 62 de la Constitution.

¹⁵ QPC n°2010-14/22 du 30 juillet 2010.

¹⁶ QPC n°2010-108 du 25 mars 2011.

exigences constitutionnelles qui ont été méconnues¹⁷. Ainsi, très fréquemment, le Conseil est amené à prononcer des abrogations immédiates, motivées par 3 raisons principales : soit l'abrogation immédiate ne provoquera pas d'effet manifestement excessif ou ne créera pas de vide juridique¹⁸, soit encore l'abrogation ne produira pas d'effet pour l'avenir car les dispositions censurées ne sont plus en vigueur au moment où le Conseil rend sa décision¹⁹, soit enfin il est inconcevable que l'inconstitutionnalité dure dans le temps.

Sur les 23 décisions de non-conformité, relative à la liberté personnelle, 9 reconnaissent un effet utile, parmi lesquelles 8 donnent lieu à une abrogation immédiate (soit 88%), ce qui suit assez fidèlement la tendance des décisions du Conseil en matière de choix d'abrogation, bien que ce soit légèrement plus élevé²⁰.

B. L'appréciation subséquente de l'outil de préservation de l'effet utile : l'emploi alternatif de réserves d'interprétations pour préserver l'effet utile de décisions d'abrogation différée

Plus spécifiquement, concernant le second niveau d'analyse, il est question d'étudier la mobilisation d'outils spécifiques de préservation de l'effet utile. Tel que l'a souligné le Conseil « dans la mesure où elles préservent l'effet utile de la QPC pour le justiciable qui l'a posée, ces dispositions, qui concourent au bon fonctionnement de la justice, ne méconnaissent pas le droit reconnu par l'article 61-1 de la Constitution »²¹. Ainsi, la QPC est censée, par principe, bénéficier à son auteur, ce que le Conseil a par ailleurs formalisé à partir de sa décision n°2010-108 QPC, et c'est notamment ainsi que l'effet utile peut être reconnu. En revanche, il considérera qu'il peut déroger à l'effet utile s'il estime qu'une telle reconnaissance entraînerait des conséquences manifestement excessives notamment, *a priori*, en matière pénale²².

Or, force est de constater qu'en l'espèce, l'étude quantitative relative à la liberté personnelle démontre une adéquation parfaite entre abrogation immédiate et reconnaissance de l'effet utile. En effet, sur les 8 décisions donnant lieu à une abrogation immédiate, chacune d'entre elles donne lieu à effet utile. En outre, sur la décision donnant lieu à une abrogation différée et reconnaissance de l'effet utile, l'on peut constater l'emploi d'un outil d'aménagement transitoire (décision n°2016-590 QPC).

La réserve d'interprétation est l'outil dont dispose le Conseil pour préserver l'effet utile d'une décision dont l'abrogation est différée. La réserve transitoire est matérialisée par le considérant de principe du Conseil : « Afin de faire cesser l'inconstitutionnalité constatée à compter de la publication de la présente décision »²³. Ici, l'unique décision d'abrogation

¹⁷ QPC n°2010-1 du 28 mai 2010.

¹⁸ QPC n°2013-362 du 6 février 2014.

¹⁹ QPC n°2013-351 du 25 octobre 2013.

²⁰ V. Conseil constitutionnel, dossier, septembre 2014, « Les effets dans le temps des décisions QPC » : en 2014, déjà, la tendance de répartition des décisions était de 70% (abrogation immédiate) et 30% (abrogation différée).

²¹ Décision n°2009-595 DC du 3 décembre 2009, §17.

²² QPC n° 2010-32 ; QPC n°2010-71 ; QPC n°2012-268 ; QPC n°2014-397 ; QPC n° 2011-183/184.

²³ Dans les décisions QPC n°2015-506 ; QPC n°2014-453 ; QPC n°2018-739 ; QPC n°2014-421

différée préservant l'effet utile au bénéficiaire du requérant est la décision n°2016-590 QPC. A cette occasion, le Conseil a pris le soin de mettre en balance le droit au respect de sa vie privée et le fait que « *l'abrogation immédiate de l'article L. 811-5 du code de la sécurité intérieure aurait pour effet de priver les pouvoirs publics de toute possibilité de surveillance des transmissions empruntant la voie hertzienne* »²⁴. Cela dit, le Conseil a conclu qu'afin « *de faire cesser l'inconstitutionnalité constatée à compter de la publication de la présente décision, il y a lieu de juger que, jusqu'à l'entrée en vigueur d'une nouvelle loi ou, au plus tard, jusqu'au 30 décembre 2017, les dispositions de l'article L. 811-5 du code de la sécurité intérieure ne sauraient être interprétées comme pouvant servir de fondement à des mesures d'interception de correspondances, de recueil de données de connexion ou de captation de données informatiques soumises à l'autorisation prévue au titre II ou au chapitre IV du titre V du livre VIII du code de la sécurité intérieure* »²⁵.

Le Conseil met en œuvre une jurisprudence plutôt cohérente, car il n'assortit pas ses décisions d'abrogation immédiate d'outils de préservation de l'effet utile. En revanche, il a assorti son unique décision d'abrogation différée, d'outils transitoires, en lui réservant un effet utile.

En définitive, sur un aussi faible volume contentieux, il est difficile de tirer des tendances. Ainsi que le note Mathieu Disant²⁶ : « *On comprend sans grande difficulté que la raison d'être de la modulation réside dans l'équilibre général entre, d'une part, l'exigence du respect de la régularité dans l'ordre juridique (qui empêche de se prévaloir des effets produits par une norme irrégulière) et, d'autre part, la sécurité des relations juridiques (qui incite à préserver les effets de la norme du seul fait qu'ils se sont produits ou intégrés comme devant l'être). Outre qu'il faut se méfier de l'apparente simplicité de cette équation, ne serait-ce qu'en raison des conflits internes à la notion de sécurité juridique, la difficulté est que la solution de principe fixée en mai 2011 demeure silencieuse sur les raisons qui justifient cet équilibre. On n'est pas loin de penser qu'il est difficile d'en tenir rigueur tant il y a sans doute quelque chose de vain ou d'illusoire à prétendre pouvoir parfaitement préétablir les conditions d'exercice d'un pouvoir qui relève fondamentalement d'un impératif né de la pratique contentieuse et qui se fonde dans des transactions pragmatiques* ».

²⁴ Décision n°2016-590 QPC, §11.

²⁵ Décision n°2016-590 QPC, §12.

²⁶ M. Disant, « Les effets dans le temps des décisions QPC », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°40, 2013, p. 66.

Chapitre 5

L'effet utile des décisions d'inconstitutionnalité prononcées sur le fondement de l'article 16 de la Déclaration de 1789

Zakia Mestari, Julien Marguin et Estelle Poizat

L'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDHC) de 1789, adage du constitutionnalisme, est fondateur de par ses origines et de par sa postérité. Ses origines marquent, tout d'abord, la traduction juridique de la pensée libérale moderne. Le diptyque formé entre la séparation des pouvoirs et la garantie des droits s'est incarné comme un guide rédactionnel pour les constituants. Si la séparation des pouvoirs a premièrement été mobilisée comme principe directeur, permettant d'ailleurs la garantie des droits, l'avènement du pouvoir judiciaire sous la V^{ème} République a progressivement rééquilibré la tendance, voire l'a inversée. Le développement du contentieux constitutionnel, *a priori* puis *a posteriori*, a entretenu définitivement la postérité de l'article 16. Si son rôle d'« aiguilleur » demeure, l'évolution du contentieux dans les années 1990, et plus concrètement avec l'entrée en vigueur de la QPC, semble aujourd'hui porter les principes de séparation des pouvoirs et de garantie des droits selon 3 droits principaux : le principe d'indépendance et d'impartialité des juridictions, le respect de droits de la défense et le droit à un recours judiciaire effectif.

La multiplication du contentieux sous fondement de l'article 16 témoigne effectivement du développement d'un ensemble de droits constitutionnels entourant l'accès et l'exercice de la fonction judiciaire (*cf.* tableau p. 2). Il en découle à la fois des obligations pour les autorités judiciaires quant à l'exercice de leur fonction et à la fois le déploiement d'un panel de droits subjectifs bénéficiant à tout titulaire justiciable s'estimant habilité à contester la constitutionnalité d'une loi. L'invocabilité de l'article 16 par un justiciable, et ce dès les premières applications du contentieux QPC¹, a permis au Conseil constitutionnel d'enrichir l'arsenal des droits et libertés que la Constitution garantit découlant dudit article. Comme cela a pu être véhiculé par le discours institutionnel², la QPC a vocation à placer la Constitution, et les droits et libertés qu'elle garantit, au service du justiciable. En l'occurrence, les situations découlant du présent article sont d'autant plus décisives qu'elles concernent l'ensemble des droits des individus relatifs à leur faculté d'ester en justice et de bénéficier de toutes les garanties relatives à une bonne tenue de leur procès. Comme a pu l'expliquer le précédent Président du Conseil constitutionnel, Jean-Louis Debré, la QPC doit être un « *progrès pour*

¹ Concernant les trois premières décisions, voir : Cons. const., n° 2010-2 QPC, 11 juin 2010, *Mme Vivianne L.* [Loi dite "anti-Perruche"], cons. 20 ; Cons. const., n° 2010-10 QPC, 2 juillet 2010, *Consorts C. et autres* [Tribunaux maritimes commerciaux], cons. 3 ; Cons. const., n° 2010-15/23 QPC, 23 juillet 2010, *Région Languedoc-Roussillon et a.* [Article 575 du Code de procédure pénale], cons. 4.

² Voir par exemple, Rapport Ass. nat., Commission des lois constitutionnelle, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi organique (n° 1599) *relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, n° 1898.

l'État de droit »³. Les prérogatives découlant de l'article 16 doivent en ce sens faire l'objet d'une attention particulière. Là est, autrement dit, tout l'enjeu de cette facette du contentieux : il appartient à un juge – le juge constitutionnel – de s'assurer, en vertu de la Constitution, que chaque justiciable puisse jouir d'un bon accès et d'un fonctionnement régulier de la Justice. Partant, ces 10 années de contentieux permettent d'avoir le recul suffisant pour faire ressortir certaines tendances.

Ainsi, une analyse à la fois quantitative et qualitative permet de mesurer des tendances quant aux droits mobilisés et quant à l'opportunité des décisions QPC pour le justiciable (I). Les spécificités propres à la Question prioritaire de constitutionnalité, en ce qu'elle est une forme d'exception d'inconstitutionnalité, appellent à analyser les outils spécifiques que le juge met en œuvre dans le domaine de l'article 16 afin d'aménager l'effet utile de ses décisions (II). Si, par ailleurs, de telles décisions sont susceptibles d'avoir des conséquences concrètes sur les situations du ou des justiciables, et plus largement sur l'ordonnancement juridique, il apparaît indispensable de comprendre quelles motivations et conséquences justifient pour le juge les cas d'absence d'effet utile (III). De cette étude ressort finalement un ensemble d'observations et de recommandations visant à rendre d'autant plus intelligible et efficace l'aménagement de l'effet utile dans ce pan spécifique du contentieux (IV).

I. LES DROITS ET LIBERTÉS IMPLIQUÉS PAR L'ARTICLE 16 :

PRÉSENTATION GÉNÉRALE ET ANALYSES STATISTIQUES

En se fondant sur la sélection obtenue, il s'agit alors de présenter et détailler les tendances majeures se dégageant de l'ensemble des décisions QPC relatives à l'article 16 de la DDHC.

Une analyse quantitative permet de classer les décisions en fonction de la présence ou de l'absence d'effet utile. L'intérêt est ici de faire ressortir des tendances quant au pourcentage de décisions suivies d'effet utile en fonction notamment des droits invoqués, du type d'abrogation utilisé et des situations juridiques concernées.

A. Présentation générale

Le contentieux QPC a permis de mobiliser un ensemble de droits découlant des prescriptions de l'article 16 :

DROITS ET LIBERTÉS INVOQUÉS	NOMBRE DE DÉCISIONS
Principe du contradictoire	1
Sécurité juridique	3
Séparation des pouvoirs	1

³ Discours prononcé au Conseil constitutionnel le 1^{er} mars 2011 au sujet du « premier anniversaire de la QPC ».

Principes d'indépendance et d'impartialité	13
Droit au procès équitable	0
Droit à un recours juridictionnel effectif	15
Respect des droits de la défense	10
Équilibre des droits des parties	2

Tableau n°1 : Nombre d'invocations autonomes de chaque droit, principe ou liberté découlant de l'article 16

Au regard des tableaux statistiques (*cf.* tableaux n°2, 3 et 4), il apparaît que 3 groupes de droits et libertés sont majoritairement mobilisés dans les décisions pourvues d'effet utile. On observe, en effet, une nette primauté réservée au droit à un **recours juridictionnel effectif**, au **principe d'indépendance et d'impartialité**, ainsi qu'au **respect des droits de la défense**. Il convient de considérer enfin que, selon les cas, d'autres droits peuvent être invoqués en soutien par les requérants, ou bien que de ces 3 droits peuvent l'être simultanément.

1. Les principes d'indépendance et d'impartialité

Champ d'application général

Dans son acception générale, le principe d'indépendance des juridictions est interprété comme l'interdiction de toute immixtion ou substitution d'un pouvoir public constitutionnel sur un autre, en l'occurrence, sur le pouvoir juridictionnel⁴. Il est ainsi, dans sa logique, associé au principe de séparation des pouvoirs prévu par l'article 16 DDHC⁵.

Mobilisations de l'effet utile

Sur les 13 décisions dans lesquelles les principes d'indépendance et d'impartialité ont été mobilisés, 8 ont bénéficié d'un effet utile (6 abrogations immédiates ; 2 abrogations différées). Le refus d'effet utile est quant à lui à noter sur 5 décisions (4 abrogations immédiates ; une abrogation différée).

Concernant les droits invoqués simultanément, 2 décisions mobilisent les droits de la défense (1 abrogation immédiate ; 1 abrogation différée) et 1 décision implique le droit à un recours juridictionnel effectif (1 abrogation immédiate). Sur ces 3 décisions, aucune n'est suivie d'effet utile.

⁴ Le principe a été ainsi considéré par le Tribunal des conflits comme une « *des garanties essentielles du droit public français* » (TC, 23 mai 1927, *Koch*, Rec. CE, p. 587). Le Conseil constitutionnel a, par la suite, confirmé cette idée. Voir par exemple, Cons. const., n° 80-119 DC, 22 juillet 1980, *Loi portant validation d'actes administratifs*, cons. 6 ; Cons. const., 28 décembre 2006, n° 2006-545 DC, *Loi sur le développement de la participation et portant diverses dispositions d'ordre économique et social*, cons. 24.

⁵ Voir à ce propos, Renoux (Th.), de Villiers (M.), Magnon (X.), *Code constitutionnel*, LexisNexis, 9^{ème} éd., 2019, p. 439.

2. Le droit à un recours juridictionnel effectif

Champ d'application général

En tant que principe de valeur constitutionnelle, le droit à un recours juridictionnel effectif a d'abord été apprécié par la Haute juridiction sous l'angle de la bonne administration de la justice, comme une « *garantie résultant des principes et des règles de valeur constitutionnelle* »⁶, ou encore comme la « *garantie effective du droit des intéressés* »⁷, pour ensuite être nommé comme tel dans la décision du 9 avril 1996, relative à la loi organique portant statut autonome de la Polynésie française⁸. L'interprétation faite par le juge constitutionnel de l'article 16 DDHC, aujourd'hui précisée, fait du droit au recours juridictionnel effectif un droit substantiel, dont l'accès au juge est l'une des composantes qui bénéficie de manière objective à toute personne intéressée⁹. Une analyse de la jurisprudence constitutionnelle permet d'illustrer les situations caractérisant une « atteinte substantielle » à l'accès au juge en plusieurs catégories de garanties, dégagées au cas par cas par le juge constitutionnel. L'obligation positive de garantir un accès effectif au juge se solde, principalement, par la sanction de l'incompétence négative du législateur.

Partant, le Conseil a déployé un ensemble de droits découlant du droit à un recours juridictionnel effectif : le droit d'être averti de l'existence d'une procédure juridictionnelle¹⁰, le droit à une aide juridictionnelle¹¹, un droit à la motivation des décisions de justice¹², ou encore l'existence de recours subséquents¹³ ou de recours parallèles¹⁴.

Mobilisation de l'effet utile

Sur les 15 décisions dans lesquelles le droit à un recours juridictionnel effectif a été mobilisé, 8 ont bénéficié de l'effet utile (8 abrogations immédiates) et 7 en sont dépourvues (7 abrogations différées).

⁶ Cons. const., n° 89-261 DC, 28 juillet 1989, *Loi relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France*, cons. 29.

⁷ Cons. const., n° 86-207 DC, 26 juin 1986, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*, cons. 23.

⁸ Cons. const., n° 96-373 DC, 9 avril 1996, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, cons. 83.

⁹ À ce propos, le Conseil tire de l'article 16 DDHC, le principe selon lequel « *il ne doit pas être porté d'atteinte aux droits des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction* ». Voir à ce propos, Cons. const., n° 99-416 DC, 23 juillet 1999, *Couverture maladie universelle*, cons. 37 ; Cons. const., n° 2001-451 DC, 27 novembre 2001, *Loi portant amélioration de la couverture des non-salariés agricoles contre les accidents du travail et les maladies professionnelles*, cons. 36 ; Renoux (Th.), de Villiers (M.), Magnon (X.) (dir.), *Code constitutionnel*, LexisNexis, 2017, p. 386.

¹⁰ Cons. const., n° 2011-126 QPC, 13 mai 2011, *Société Système U Centrale Nationale et autres* [Action du ministre contre des pratiques restrictives de concurrence], cons. 9.

¹¹ Par exemple, Cons. const., n° 2011-631 DC, 9 juin 2011, *Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*, cons. 88.

¹² Cons. const., n° 20011/113/115 QPC, 1^{er} avril 2011, *M. Xavier P. et autre* [Motivation des arrêts d'assises], cons. 11. Le Conseil ne confère cependant pas à cette obligation un caractère général et absolu.

¹³ Par exemple, Cons. const., n° 2011-150 QPC, 13 juillet 2011, *SAS VESTEL France et autre* [perquisitions douanières], cons. 6 à 8.

¹⁴ Cons. const., 2011-153 QPC, 13 juillet 2011, *M. Samir A.* [Appel des ordonnances des juges d'instruction et du juge des libertés et de la détention], cons. 5 ; Cons. const., n° 2011-168 QPC, 30 septembre 2011, *M. Samir A.* [Maintien de la détention lors de la correctionnalisation en cours d'instruction], cons. 4 à 6.

Nota bene : Toutes les décisions ordonnant une abrogation immédiate sont suivies d'effet utile, tandis que ce dernier est refusé dans les décisions comportant une abrogation différée.

Concernant les droits invoqués simultanément, 4 décisions mobilisent les droits de la défense (3 abrogations immédiates ; 1 abrogation différée), 1 implique le principe de séparation des pouvoirs (abrogation immédiate), 4 concernent le droit à un procès équitable (3 abrogations différées ; 1 abrogation immédiate), et 1 autre les principes d'indépendance et d'impartialité (1 abrogation immédiate). Sur ces 10 décisions, 5 sont pourvues d'effet utile 5 sont suivies d'effet utile (5 abrogations immédiates), les 5 autres en sont dépourvues (4 abrogations différées ; 1 abrogation immédiate).

3. Le respect des droits de la défense

Champ d'application général

Le respect des droits de la défense fait partie des droits et libertés dont un justiciable peut se prévaloir sous fondement de l'article 16. Tout d'abord, il importe de noter que le juge constitutionnel assimile par principe le respect des droits de la défense à l'existence d'un procès¹⁵. Il se décline en plusieurs autres hypothèses : le droit à l'avocat¹⁶, l'obligation constitutionnelle de notifier ses droits à la personne retenue contre son gré¹⁷, le principe du contradictoire¹⁸ et les sanctions ayant le caractère de punition¹⁹.

Mobilisations de l'effet utile

Sur les 10 décisions au sein desquelles les droits de la défense ont été mobilisés, 3 sont pourvues d'effet utile (3 abrogations immédiates), 7 en sont dépourvues (2 abrogations immédiates ; 5 abrogations différées).

Nota bene : Toutes les décisions suivies d'effet utile ont fait l'objet concernent des décisions à abrogation immédiate, tandis que les refus d'effet utile sont majoritairement accompagnés d'abrogations différées (selon un *ratio* de 5 sur 7 décisions).

¹⁵ Le cas des procédures transitoires n'est par exemple pas pris en compte dans ce cas de figure. Voir, Cons. const., n° 2006-535 DC, 30 mars 2006, *Loi pour l'égalité des chances*, cons. 43.

¹⁶ Cons. const., n° 2010-14/22 QPC, 30 juillet 2010, *M. Daniel W. et autres* [Garde à vue], cons. 28.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ Cons. const., n° 2006-535 DC, 30 mars 2006, *Loi pour l'égalité des chances*, cons. 43 ; Cons. const., n° 2011-126 QPC, 13 mai 2011, *Société Système U Centrale Nationale et autres* [Action du ministre contre des pratiques restrictives de concurrence], cons. 6 à 8.

¹⁹ Par exemple, Cons. const., n° 2006-540 DC, 27 juillet 2006, *Droits d'auteurs et droits voisins* [Loi DADVSI], cons. 11 ; Cons. const., n° 2010-38 QPC, 29 septembre 2010, *M. Jean-Yves G.* [Amende forfaitaire et droit au recours], cons. 3. Est également compris le cas où un individu fait l'objet d'une procédure en raison de graves soupçons d'infraction : Cons. const., n° 191/194/195/196/197 QPC, 18 novembre 2011, *Mme Élise A. et autres* [Garde à vue II], cons. 18 à 20.

4. Les cas de combinaisons des articles 6 et 16 DDHC

Le principe d'égalité prévu à l'article 6 de DDHC est parfois mobilisé à l'appui des droits relatifs à l'article 16 de la DDHC. Il ressort de la sélection effectuée que le présent article 6 est interprété en combinaison avec les droits de la défense et le principe du contradictoire.

Un constat général permet de constater que sur les 9 décisions rendues, 7 sont suivies d'effet utile (5 abrogations immédiates ; 2 abrogations différées), 2 demeurent dépourvues d'effet utile (1 abrogation immédiate ; 1 abrogation différée). Concernant la combinaison entre le principe d'égalité et les droits de la défense, les 5 décisions rendues sont pourvues d'effet utile (4 abrogations immédiates ; 1 abrogation différée). Concernant la combinaison entre le principe d'égalité et le principe du contradictoire, sur les 4 décisions rendues, 2 sont suivies d'effet utile (2 abrogations immédiates), 2 en sont dépourvues (1 abrogation immédiate ; 1 abrogation différée).

5. Le principe du contradictoire

Le principe du contradictoire a été invoqué une seule fois (abrogation immédiate avec effet utile).

En outre, celui-ci a été adossé aux droits de la défense dans 3 décisions, et droit à un recours juridictionnel effectif dans 3 autres décisions. Sur ces 6 décisions, 3 ont été suivies d'effet utile (2 abrogations immédiates ; 1 abrogation différée) et 3 en ont été dépourvues (1 abrogation immédiate ; 2 abrogations différées).

6. Le principe de sécurité juridique

Le principe de sécurité juridique a été invoqué seul dans 3 décisions, comprenant 3 abrogations immédiates avec effet utile. Il a, par ailleurs, été adossé au principe de séparation des pouvoirs dans une décision, laquelle concernait une abrogation immédiate avec absence d'effet utile.

7. Le principe de séparation des pouvoirs

La seule fois où le principe de séparation des pouvoirs a été invoqué seul, ce dernier a suscité une abrogation immédiate dépourvue d'effet utile.

De plus, dans 4 autres décisions, il a été adossé au principe de sécurité juridique (1 abrogation immédiate, absence d'effet utile), au droit à un recours juridictionnel effectif (1 abrogation immédiate, effet utile, ainsi qu'aux droits de la défense dans 2 décisions (2 abrogations différées, effet utile).

8. Le droit à un procès équitable

Le droit à un procès équitable n'a pas fait l'objet d'une invocation autonome, il a été en effet systématiquement mobilisé au soutien d'autres droits et principes constitutionnels.

Dans 4 décisions, celui-ci a été invoqué au soutien du droit à un recours juridictionnel effectif, dont 1 a bénéficié d'un effet utile avec abrogation immédiate ; les 3 autres ont manifesté une absence d'effet utile avec abrogation différée). Il a également été adossé aux droits de la défense dans deux décisions ayant fait l'objet d'abrogations immédiates avec effet utile. Enfin, une décision l'a couplé aux principes d'indépendance et d'impartialité aboutissant à une abrogation immédiate avec effet différé.

9. Le principe d'équilibre des droits entre les parties

Le principe d'équilibre des droits entre les parties a été invoqué seulement deux fois : une décision consacra un effet utile avec abrogation immédiate, contrairement à l'autre avec abrogation différée.

Dans deux autres décisions il a été adossé aux droits de la défense, donnant un même résultat statistique : 1 décision avec abrogation différée et effet, l'autre avec abrogation différée sans effet utile.

B. Tableaux statistiques

ANNÉES	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2010-2019
EFFET UTILE	5/7	4/9	2/8	6/7	4/8	3/8	3/4	2/5	5/7	3/5	37/68

Tableau n°2 : Nombre de décisions pourvues d'effet utile

ANNÉES	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2010-2019
ABROGATION DIFFÉRÉE	2/7	5/9	2/8	0/7	2/8	8/8	2/4	1/5	4/7	3/5	29/68
EFFET UTILE	0/2	0/5	0/2	0/7	0/2	3/8	1/2	0/1	2/4	1/3	7/29

Tableau n°3 : Nombre de décisions d'inconstitutionnalité avec abrogation différée pourvues d'effet utile

Précisions : les décisions d'inconstitutionnalité avec abrogation différée sont le plus souvent dépourvues d'effet utile. Néanmoins, nous relevons 7 décisions d'inconstitutionnalité avec abrogation différée pourvues d'effet utile : 2014-457 ; 2014-453/454 ; 2015-492 ; 2016-566 ; 2017-688 ; 2018-715 ; 2019-773.

ANNÉES	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2010-2019
ABROGATION IMMÉDIATE	5/7	4/9	6/8	7/7	6/8	0/8	2/4	4/5	3/7	2/5	39/68
EFFET UTILE	5/5	4/4	2/6	6/7	4/6	0/0	2/2	2/4	3/3	2/2	30/39

Tableau n° 4 : Nombre de décisions d'inconstitutionnalité avec abrogation immédiate pourvues d'effet utile

Précisions : les décisions d'inconstitutionnalité avec abrogation immédiate sont le plus souvent pourvues d'effet utile. Néanmoins, nous relevons 9 décisions d'inconstitutionnalité avec **abrogation immédiate dépourvues d'effet utile** : 2011-223 ; 2012-228/229 ; 2012-284 ; 2012-286 ; 2013-352 ; 2013-368 ; 2013-372 ; 2016-616/617 ; 2017-624.

C. État des lieux

Un état des lieux fait apparaître une tendance générale quant aux proportions des décisions pourvues d'effet utile. Au regard des statistiques obtenues, on constate en effet que 54,41% des décisions concernant l'article 16 DDHC sont pourvues d'effet utile. Parmi les décisions dans lesquelles le juge constitutionnel a prononcé une abrogation différée, seulement 24,13% ont été suivies d'un effet utile, alors que dans les cas d'abrogations immédiates la proportion atteint 76,92%.

En raison de la nature des droits impliqués par l'article 16, il est également à noter que la majorité des décisions concernent la procédure pénale. Il s'agit là d'un exemple particulièrement illustratif. On décompte en effet 24 décisions concernant la matière pénale, dont 10 sont suivies d'effet utile (41,6%) et 15 ont fait l'objet d'une abrogation différée (62,5%). Le contentieux relatif à la matière pénale demande dans la majorité des hypothèses l'aménagement des effets des décisions dans le temps. Le nombre élevé de décisions avec abrogation différées induit inversement un nombre plus faible de décisions pourvues d'effet utile. Si la procédure pénale est ainsi fortement concernée par le contentieux de l'article 16, elle n'est pas, en proportion, celle qui est le plus propice à l'octroi de l'effet utile.

Dès lors, si plus de la moitié des décisions du Conseil sont dotées d'effet utile, celui-ci demeure majoritairement mobilisé dans les décisions d'abrogations immédiates. Dans ce cas de figure, il apparaît évidemment plus aisé pour le juge de maîtriser les conséquences de sa décision, ce qui lui permet d'étendre au *maximum* l'effet de ses décisions en se préservant d'une certaine juridique. Cette hypothèse est ainsi plus favorable au requérant. Dans le cas des abrogations différées, les effets de ses décisions dans le temps sont plus délicats à mesurer pour le juge en raison des conséquences que pourrait avoir une abrogation sur l'ordonnement juridique et les situations concernées par la loi objet du contrôle. À cette fin, plusieurs outils et techniques ont été mobilisés afin de justifier l'octroi ou le refus de l'effet utile dans ces décisions.

II. LES TECHNIQUES ET OUTILS SPÉCIFIQUES VISANT À GARANTIR

L'EFFET UTILE DES DÉCISIONS

Le Conseil constitutionnel rappelle dans la plupart de ses décisions, par la même formule que, « *en principe, une déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à la partie qui a présenté la question prioritaire de constitutionnalité* ». Par là même, il réaffirme que la décision d'inconstitutionnalité doit en principe avoir un effet utile pour l'auteur de la QPC²⁰. Néanmoins, en ce qui concerne les décisions prises sur le fondement de l'article 16 DDHC, près de la moitié des décisions (45%) sont dépourvues d'effet utile. Le bénéfice à l'auteur de la QPC n'est donc pas la norme pour ce qui concerne l'article 16. Cependant, le Conseil recourt à des techniques et outils spécifiques pour garantir l'effet utile de ces décisions : les réserves d'interprétation et les régimes transitoires.

A. Les réserves d'interprétation transitoires

Le Conseil constitutionnel a, dès la naissance du contrôle de constitutionnalité *a priori*, émis des réserves d'interprétation. Ces réserves visent, dans le cadre du contrôle de l'article 61 de la Constitution, à déclarer une disposition conforme à la Constitution, tout en s'assurant qu'aucune interprétation ne pourra mettre à mal sa constitutionnalité²¹. S'agissant des lois ordinaires, il émet une réserve d'interprétation dans sa décision n° 68-35 DC du 30 janvier 1968 en déclarant que « *les mesures d'ordre réglementaire visées par ce texte doivent être regardée comme s'appliquant uniquement à celles prévues dans la loi [...] [et] que, compte tenu de cette limitation, ledit article 22 doit être déclaré conforme à la Constitution* » (considérant 4). Ainsi, en ce qui concerne le contrôle *a priori*, la disposition est déclarée conforme à la Constitution, sous réserve de l'interprétation donnée par le Conseil²².

Dans le cadre du contrôle QPC, nous relevons 4 décisions d'inconstitutionnalité prises sur le fondement de l'article 16 DDHC et accompagnées de réserves transitoires. L'une d'entre elles aboutit au refus de l'effet utile, mais les 3 autres le garantissent.

D'abord, dans la décision n° 2016-566 QPC²³, le Conseil constitutionnel refuse l'abrogation immédiate des alinéas 3 et 4 de l'article 197 du Code de procédure pénale au motif que cela « *aurait pour effet de supprimer des dispositions permettant aux parties devant la chambre de l'instruction, assistées par un avocat, d'avoir accès au dossier de la procédure* »

²⁰ L'effet utile, lorsque l'abrogation est immédiate et qu'il n'est pas expressément refusé, est présumé. Voir : Cons. const., n° 2010-2 QPC, 11 juin 2010, *Mme Vivianne L.* [Loi dite « anti-Perruche »] ; Cons. const., n° 2010-100 QPC, *M. Alban Salim B.* [Concession du stade de France] ; Cons. const., n° 2017-624 QPC, *M. Softyan I.* [Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence II] ; Cons. const., n° 2017-691 QPC, 16 février 2018, *M. Farouk B.* [Mesure administrative d'assignation à résidence aux fins de lutte contre le terrorisme] ; Cons. const., n° 2018-712, 8 juin 2018, *M. Thierry D.* [Irrecevabilité de l'opposition à un jugement par défaut lorsque la peine est prescrite].

²¹ Voir Cons. const., n° 59-2 DC, 24 juin 1959, *Règlement de l'Assemblée nationale* : « *Sont déclarés conformes à la Constitution, sous réserve des observations qui suivent, les articles du règlement de l'Assemblée nationale ci-après mentionnés [...]* ».

²² Voir aussi « Les réserves d'interprétation émises par le Conseil constitutionnel », *Exposé présenté par M. Xavier Samuel, chargé de mission au Conseil constitutionnel, le 26 janvier 2007.*

²³ Cons. const., n° 2016-566 QPC, 16 septembre 2016, *Mme Marie-Lou B. et autre* [Communication des réquisitions du ministère public devant la chambre de l'instruction].

(considérant 12). Cependant, le Conseil s'attache tout de même à « *faire cesser l'inconstitutionnalité constatée à compter de la publication de la présente décision* ». C'est pourquoi il déclare qu'« *il y a lieu de juger que les dispositions des troisième et quatrième alinéas de l'article 197 du code de procédure pénale ne sauraient être interprétées comme interdisant, à compter de cette publication, aux parties à une instance devant la chambre de l'instruction non assistées par un avocat, d'avoir connaissance des réquisitions du procureur général jointes au dossier de la procédure* » (considérant 13). Cette interprétation neutralisante permet de différer l'abrogation de la disposition déclarée inconstitutionnelle, tout en faisant cesser l'inconstitutionnalité de manière immédiate. Cela garantit le bénéfice de la décision à l'auteur de la QPC et ainsi, l'effet utile de la décision d'inconstitutionnalité.

Ensuite, dans la décision n° 2017-688 QPC²⁴, de la même manière, le Conseil constitutionnel diffère l'abrogation de la disposition parce que l'abrogation immédiate aurait des conséquences manifestement excessives (considérant 12), mais affirme qu'« *Afin de faire cesser l'inconstitutionnalité constatée à compter de la publication de la présente décision, il y a lieu de juger que, pour préserver le rôle régulateur confié par le législateur à l'agence française de lutte contre le dopage jusqu'à l'entrée en vigueur d'une nouvelle loi [...], le 3° de l'article L. 232-22 du code du sport impose à l'agence française de lutte contre le dopage de se saisir de toutes les décisions rendues en application de l'article L. 232-21 du même code postérieurement à la présente décision et de toutes les décisions rendues antérieurement à cette décision dont elle ne s'est pas encore saisie dans les délais légaux* » (considérant 13). Par là même, le Conseil garantit l'effet utile de sa décision.

Enfin, dans la décision n° 2019-773 QPC²⁵, le Conseil constitutionnel, par une interprétation constructive de la disposition contestée, garantit l'effet utile de sa décision d'inconstitutionnalité. En effet, s'il diffère de manière classique l'abrogation de la disposition (considérant 10), il explique qu'« *Afin de faire cesser l'inconstitutionnalité constatée à compter de la publication de la présente décision, il y a lieu de juger, pour les décisions rendues par les juridictions pénales après cette date, que les dispositions du premier alinéa de l'article 800-2 du code de procédure pénale doivent être interprétées comme permettant aussi à une juridiction pénale prononçant une condamnation ou une décision de renvoi devant une juridiction de jugement, d'accorder à la personne citée comme civilement responsable [...] une indemnité [...]* » (considérant 11). Par là même, le Conseil constitutionnel peut, dans le même temps, différer l'abrogation de la disposition mais faire cesser l'inconstitutionnalité à compter de la publication de sa décision et ainsi garantir à l'auteur de la QPC le bénéfice de la décision.

Si le mécanisme de la réserve transitoire permet en principe de garantir l'effet utile de la décision d'inconstitutionnalité, cela n'a pas été le cas dans les décisions n° 2014-420/421 QPC et n° 2015-506 QPC²⁶. Dans la décision n° 2014-420/421, par exemple, le raisonnement du Conseil constitutionnel se fait en 3 temps :

²⁴ Cons. const., n° 2017-688 QPC, 2 février 2018, *M. Axel N.* [Saisine d'office de l'agence française de lutte contre le dopage et réformation des sanctions disciplinaires prononcées par les fédérations sportives].

²⁵ Cons. const., n° 2019-773 QPC, 5 avril 2019, *Société Uber B.V. et autre* [Frais irrépétibles devant les juridictions pénales].

²⁶ Cons. const., n° 2014-420/421 QPC, 9 octobre 2014, *M. Maurice L. et autre* [Prolongation exceptionnelle de la garde à vue pour des faits d'escroquerie en bande organisée] et Cons. const., n° 2015-506 QPC, 4 décembre 2015, *M. Gilbert A.* [Respect du secret professionnel et des droits de la défense lors d'une saisie de pièces à l'occasion d'une perquisition].

- d'abord, le Conseil diffère l'abrogation de la disposition déclarée inconstitutionnelle (« *l'abrogation immédiate [...] aurait dès lors des conséquences manifestement excessives* » (considérant 25) ;

- ensuite, le Conseil émet une réserve d'interprétation puisqu'il considère « *qu'afin de faire cesser l'inconstitutionnalité constatée à compter de la publication de la présente décision, il y a lieu de juger que les dispositions [...] ne sauraient être interprétées comme permettant, à compter de cette publication, pour des faits d'escroquerie en bande organisée, le recours à la garde à vue prévue par l'article 706-88 du code de procédure pénale* » (considérant 26) ;

- enfin, malgré la réserve transitoire émise au considérant précédent, le Conseil refuse l'effet utile de cette décision au motif que cela « *méconnaîtrait l'objectif de valeur constitutionnelle de recherche des auteurs d'infraction et aurait des conséquences manifestement excessives* » (considérant 27).

Ainsi, en matière de garde à vue, le Conseil constitutionnel semble privilégier le maintien de la stabilité des situations plutôt que l'effet utile de la décision. En effet, la garde à vue est une situation particulière qui découle des droits impliqués par l'article 16 DDHC (ici, les droits de la défense). Cela laisse supposer que le maintien de la stabilité des situations au détriment de l'effet utile des décisions d'inconstitutionnalité est dû aux spécificités des droits et des domaines associés à l'article 16 DDHC. La procédure pénale, par exemple, implique des enjeux importants qui expliquent que le Conseil veuille favoriser le maintien des situations juridiques. Favoriser l'effet utile reviendrait à donner le bénéfice de la décision à un seul requérant, en fragilisant l'ensemble du régime juridique applicable. Cette décision est donc la seule où le Conseil émet une réserve transitoire mais refuse l'effet utile de sa décision d'inconstitutionnalité.

B. Les régimes transitoires

Parallèlement aux réserves d'interprétation, le régime transitoire est un mécanisme permettant au Conseil constitutionnel d'imposer le régime juridique qui sera applicable dans l'attente d'une nouvelle loi, le plus souvent dans le cas d'une abrogation différée. Ce régime transitoire permet de renverser la présomption de refus d'effet utile dans le cas d'une abrogation différée. Nous relevons cinq décisions mettant en œuvre ce type de régime.

Dans la décision n° 2014-403 QPC²⁷, le Conseil constitutionnel déclare que « l'abrogation du cinquième alinéa de l'article 380-11 du code de procédure pénale prend effet à compter de la publication de la présente décision ». L'abrogation est donc immédiate. Pour autant, le Conseil précise qu'« *afin de permettre le jugement en appel des accusés en fuite, il y a lieu de prévoir que, nonobstant les dispositions de l'article 380-1 du code de procédure pénale, ils pourront être jugés selon la procédure du défaut en matière criminelle* » (considérant 8). De cette manière, il abroge la disposition déclarée inconstitutionnelle mais, afin de combler un éventuel vide juridique, définit le régime applicable à compter de l'abrogation. Ici, la décision est pourvue d'effet utile puisqu'elle « *est applicable à toutes les affaires non jugées*

²⁷ Cons. const., n° 2014-403 QPC, 13 juin 2014, *M. Laurent L.* [Caducité de l'appel de l'accusé en fuite].

définitivement à cette date ». La Cour de cassation qui a saisi le Conseil constitutionnel ayant dû surseoir à statuer, l'affaire du requérant n'est pas jugée définitivement à la date de la décision QPC : la décision d'inconstitutionnalité bénéficie donc à son auteur.

De la même façon, dans les décisions n° 2014-457 QPC, n° 2015-492 QPC et n° 2018-715 QPC²⁸, le Conseil constitutionnel crée des régimes transitoires qui ont toujours pour objectif de faire cesser l'inconstitutionnalité constatée à compter de la publication de la décision. En effet, pour ces 3 décisions, le Conseil reporte l'abrogation de la disposition, mais impose un régime juridique applicable entre la publication de celles-ci et l'intervention du législateur. Il peut s'agir d'imposer un moyen de recours²⁹, la suspension de délais de prescription³⁰ ou encore la composition d'une commission disciplinaire³¹.

Le régime transitoire vise donc en principe à garantir l'effet utile des décisions d'inconstitutionnalité. Néanmoins, nous relevons une décision mettant en œuvre un régime transitoire qui, pour autant, ne bénéficie pas à l'auteur de la QPC. En effet, dans la décision n° 2018-763 QPC³², le Conseil définit un régime transitoire en affirmant que « *les avis défavorables pris sur le fondement des dispositions litigieuses par les magistrats judiciaires après la date de cette publication peuvent être contestés devant le président de la chambre de l'instruction dans les conditions prévues par la deuxième phrase du quatrième alinéa de l'article 145-4 du code de procédure pénale* ». Ainsi, le régime transitoire n'est applicable qu'aux personnes ayant reçu un avis défavorable après la date de cette décision. L'auteur de la QPC n'est en revanche pas dans cette situation. Il ne pourra donc pas bénéficier de la décision d'inconstitutionnalité qui se trouve dépourvue d'effet utile. La décision aurait mérité, en tout état de cause, davantage de précisions sur l'effet utile puisque le cas semble assez classique : le Conseil diffère l'abrogation de la disposition inconstitutionnelle mais crée un régime transitoire censé garantir l'effet utile de la décision. Or, l'effet utile est refusé sans précision ni motivation.

²⁸ Cons. const., n° 2014-457 QPC, 20 mars 2015, *Mme Valérie C., épouse D.* [Composition du conseil national de l'ordre des pharmaciens statuant en matière disciplinaire] ; Cons. const., n° 2015-492 QPC, 16 octobre 2015, *Association Communauté rwandaise de France* [Associations pouvant exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne l'apologie des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité] ; Cons. const., n° 2018-715 QPC, 22 juin 2018, *Section française de l'Observatoire international des prisons* [Correspondance écrite des personnes en détention provisoire].

²⁹ Cons. const., n° 2018-715 QPC, 22 juin 2018, *Section française de l'Observatoire international des prisons* [Correspondance écrite des personnes en détention provisoire] : « *Afin de faire cesser l'inconstitutionnalité constatée à compter de la publication de la présente décision, il y a lieu de juger que les décisions de refus prises après la date de cette publication peuvent être contestées devant le président de la chambre de l'instruction dans les conditions prévues par la deuxième phrase du quatrième alinéa de l'article 145-4 du code de procédure pénale* » (considérant 10).

³⁰ Cons. const., n° 2015-492 QPC, 16 octobre 2015, *Association Communauté rwandaise de France* [Associations pouvant exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne l'apologie des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité] : « *il y a également lieu de suspendre les délais de prescription applicables à la mise en mouvement de l'action publique par la partie civile en matière d'apologie des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité jusqu'à l'entrée en vigueur d'une nouvelle loi et au plus tard jusqu'au 1er octobre 2016* » (considérant 9).

³¹ Cons. const., n° 2014-457 QPC, 20 mars 2015, *Mme Valérie C., épouse D.* [Composition du conseil national de l'ordre des pharmaciens statuant en matière disciplinaire] : « *afin de faire cesser l'inconstitutionnalité constatée à compter de la publication de la présente décision, il y a lieu de juger que, jusqu'à l'entrée en vigueur d'une nouvelle loi ou, au plus tard, jusqu'au 31 décembre 2015, les représentants de l'État ne siègeront plus au conseil national de l'ordre des pharmaciens statuant en formation disciplinaire* » (considérant 9).

³² Cons. const., n° 2018-763 QPC, 8 février 2019, *Section française de l'Observatoire international des prisons* [Rapprochement familial des détenus prévenus attendant leur comparution devant la juridiction de jugement].

III. LA MOTIVATION OU L'ABSENCE DE MOTIVATION DES REFUS D'EFFET UTILE DES DÉCISIONS D'INCONSTITUTIONNALITÉ PRISES SUR LE FONDEMENT DE L'ARTICLE 16

De manière préliminaire, il convient de souligner rapidement qu'il n'y a pas d'étape chronologique menant vers une perfection de la motivation des refus d'effet utile par le Conseil en la matière. En effet, que ce soit dans le cas d'une absence de motivation ou d'une motivation plus que sommaire, ceux-ci peuvent se trouver à la fois lors des premières QPC que lors des dernières.

Ce constat suppose donc qu'un choix a été opéré par le Conseil constitutionnel de motiver ou non certaines décisions. L'intérêt de cette partie est d'éclairer et d'expliquer ce choix.

Le rejet de l'effet utile n'est motivé que dans de très rares cas. Lorsque celui-ci l'est, sa motivation reste lacunaire et superficielle. Pourtant, on a pu identifier en ce sens plusieurs « façons de faire » du Conseil.

La première dichotomie concerne le fait de savoir si le refus d'effet utile constitue un refus explicite ou implicite. En effet, une première catégorie va consister en des refus implicites d'effet utile : ce sont des cas où le Conseil motive le recours à l'abrogation différée, mais ne règle pas explicitement la question de l'effet utile. Il est donc supposé qu'il refuse l'effet utile. Dans notre corpus, cela concerne 11 décisions. La seconde catégorie concerne les refus explicites d'effet utile.

A. La motivation des refus implicite d'effet utile : une motivation de l'abrogation différée seulement – Premier témoignage d'une confusion entre moment de l'abrogation et effet utile

Il est possible d'identifier plusieurs éléments structurant cette première catégorie. Ces décisions concernent toutes des cas d'abrogation différée³³.

Ces abrogations différées concernent le plus souvent, soit la procédure pénale entendue strictement, soit des procédures de sanction qui ne sont pas compilées dans le code de procédure pénale. Dans ces différents cas, la seule motivation concerne donc l'abrogation différée, lorsqu'elle est présente, et non le refus de l'effet utile implicite.

La motivation du juge constitutionnel, concernant ces abrogations différées, peut se différencier entre deux cas : soit ceux où il est fait mention de « conséquences manifestement excessives », soit ceux où il n'en est pas fait mention. À ce titre, à la différence des autres cas de motivations que l'on va parcourir, le recours à la mention « des conséquences manifestement excessives » est très faible. En revanche, cette mention devient quasi systématique dans les autres catégories.

³³ Dans le cas inverse, il aurait été supposé que le Conseil reconnaisse un effet utile à la décision (*cf. infra*).

En ce qui concerne les cas où **il n'est pas fait mention de « conséquences manifestement excessives »**, deux argumentations sont avancées pour justifier le recours à l'abrogation différée :

- la suppression de droits ou la création de droits, attentatoires à des principes constitutionnels. Cet argument est toujours combiné avec la précision que le Conseil ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation de même nature que celui du Parlement³⁴ ;
- la disparition d'une voie de droit³⁵.

En ce qui concerne les cas où **le Conseil fait mention de « conséquences manifestement excessives »**, plusieurs jurisprudences en témoignent, toutes symptomatiques de la façon dont le Conseil utilise indifféremment cet argument. Le Conseil peut caractériser ce que sont les conséquences manifestement excessives³⁶ ; soit il les utilise au soutien d'autres arguments, le plus souvent pour le clôturer et sans expliciter son contenu précis³⁷, soit elles constituent le seul argument avancé par le Conseil et son contenu n'est pas explicité³⁸.

Il existe aussi, à côté de ces différentes façons de justifier l'abrogation différée, certaines décisions où **le Conseil ne justifie d'aucune manière** l'abrogation différée³⁹.

Ces différentes motivations concernant l'abrogation différée de certaines déclarations d'inconstitutionnalité constituent le cœur de la façon dont le Conseil argumente les refus d'effet utile. En effet, bien que dans cette catégorie il puisse sembler difficile d'argumenter spécifiquement l'effet utile lorsque celui-ci est refusé de manière implicite, la confusion ou fusion entre la motivation de l'abrogation différée et du refus d'effet utile a aussi cours lorsque ce refus est explicite.

³⁴ Cons. const., n° 2010-112 QPC, 1^{er} avril 2011, *Mme Marielle D.* concernant la condamnation de l'auteur de l'infraction aux frais irrépétibles au bénéfice de la partie civile devant la Cour de cassation. Cons. const., n° 2011-190 QPC, 21 octobre 2011, *M. Bruno L. et autre* concernant les frais irrépétibles devant les juridictions pénales. Cons. const., n° 2018-765 QPC, 15 février 2019, *M. Charles-Henri M.*, concernant les règles régissant la possibilité de demander au juge d'instruction la notification de l'intégralité du rapport d'expertise.

³⁵ Cons. const., n° 2015-494 QPC, 16 octobre 2015, *Consorts R.* concernant les ordonnances du juge d'instruction statuant sur la restitution des biens saisis et placés sous-main de justice. Cons. const., n° 2015-500 QPC, 27 novembre 2015, *Société Footlocker France SAS* concernant la charge des frais d'expertise dans le cadre d'un recours exercé par un employeur.

³⁶ Cons. const., n° 2017-691 QPC, 16 février 2018, *M. Farouk B.* concernant les mesures administratives d'assignations à résidence aux fins de lutte contre le terrorisme (seconde phrase). Dans cette décision, le Conseil caractérise ce qu'il entend par conséquences manifestement excessives « *la combinaison du caractère suspensif du recours avec le fait qu'aucun délai n'est fixé au juge pour statuer pourrait avoir pour conséquence d'empêcher l'exécution de la décision de renouvellement en temps utile* ».

³⁷ Cons. const., n° 2011-147 QPC, 8 juillet 2011, *M. Tarek J.* concernant la composition des tribunaux pour enfants. Dans cette décision, le Conseil constitutionnel argue que « *l'abrogation immédiate méconnaîtrait le principe fondamental reconnu par les lois de la République en matière de justice pénale des mineurs et entraînerait des conséquences manifestement excessives* ».

³⁸ Cons. const., n° 2011-203 QPC, 2 décembre 2011, *M. Wathik M.* concernant les règles relatives à la permission de vendre des biens confisqués demandée par l'administration des douanes au juge. Cons. const., n° 2011-208 QPC, 13 janvier 2012, *Consorts B.*, concernant les règles relatives à la confiscation des marchandises saisies par les douanes. Cons. const., n° 2017-675 QPC, 24 novembre 2017, *Société Queen Air*, concernant la procédure de sanction devant l'autorité de contrôle des nuisances aéroportuaires.

³⁹ Cons. const., n° 2011-192 QPC, 10 novembre 2011, *Mme Ekaterina B., épouse D. et autres*, concernant les règles de classification des lieux secret-défense au sein du code de procédure pénale.

B. La motivation des refus explicites d'effet utile : une motivation graduelle

Concernant les refus d'effet utile explicites, leurs motivations recouvrent 3 modalités différentes. Ces 3 catégories sont distinguées suivant le degré de motivation du refus d'effet utile par le juge constitutionnel.

1. L'absence de motivation d'un refus explicite d'effet utile : les refus d'effet utile dans le cadre d'une abrogation immédiate inopportunément jamais motivée

Le premier cas consiste en **une absence totale de motivation**. Celle-ci se constitue à la fois en ce qui concerne le moment de l'abrogation retenue que sur la question plus particulière de l'effet utile. Le point commun en l'espèce, est que cela concerne seulement des cas d'abrogation immédiate. Les 7 décisions se recourent en termes de domaines : de la procédure pénale⁴⁰ ainsi que des procédures mettant en cause l'impartialité et l'indépendance d'une procédure juridictionnelle⁴¹. Il peut sembler inopportun, voire étonnant que ce soient spécifiquement les déclarations d'inconstitutionnalité subissant une abrogation immédiate pour lesquelles le refus d'effet utile explicite ne soit pas motivé. En effet, la présomption d'effet utile en faveur du justiciable dans le cas d'une abrogation immédiate semble être un principe central au sein du mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité. Pourtant, lorsque le Conseil refuse l'effet utile dans le cas d'une abrogation immédiate, c'est-à-dire lorsqu'il contredit ce principe, il ne justifie pas sa position.

On peut à l'inverse interpréter cette absence de motivation du Conseil comme un indice sur le fait que la procédure pénale, comme les procédures mettant en jeu des questions d'indépendance et d'impartialité est un contentieux constitutionnel particulier en ce qui concerne les modalités des effets dans le temps d'une déclaration d'inconstitutionnalité. Les raisons motivant le Conseil à priver d'effet utile ces décisions prononçant une abrogation immédiate sembleraient naturelles étant donné le domaine particulier dans lequel celles-ci évoluent, notamment eu égard aux effets importants sur les contentieux en cours que sont le plus souvent la nullité de nombreux procès. Cette explication semble peu rigoureuse, notamment car cela ne touche pas toutes les décisions dans ces deux domaines. En effet, on retrouve à nouveau ces deux domaines dans toutes les autres catégories.

⁴⁰ Sur la procédure pénale : Cons. const., n° 2011-223 QPC, 17 février 2012, *Ordre des avocats du Barreau de Bastia* concernant la désignation de l'avocat lors d'une garde à vue en matière de terrorisme. Cons. const., n° 2012-284 QPC, 23 novembre 2012, *Mme Maryse L.*, concernant le droit des parties non assistées par un avocat et l'expertise pénale.

⁴¹ Sur le principe d'indépendance et d'impartialité : Cons. const., n° 2012-286 QPC, 7 décembre 2012, *Société Pyrénées service et autres* sur la saisine d'office du tribunal pour l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire, Cons. const., n° 2013-352 QPC, 15 novembre 2013, *Société Mara Télécom et autre* concernant la saisine d'office du tribunal pour l'ouverture de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire en Polynésie française, Cons. const., n° 2013-368 QPC, 7 mars 2014, *Société Nouvelle d'exploitation Sthrau hôtel* concernant la saisine d'office du tribunal pour l'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire, Cons. const., n° 2013-372 QPC, 7 mars 2014, *M. Marc V.* sur la saisine d'office du tribunal pour la résolution d'un plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire, Cons. const., n° 2016-616/617 QPC, 9 mars 2017, *Société Barnes et autre* sur la procédure de sanction devant la Commission nationale des sanctions.

2. Une motivation confuse du recours à l'abrogation différée et du refus de l'effet utile

Les refus explicite d'effet utile par le Conseil peuvent se caractériser par une absence de distinction entre les motivations relatives au choix du moment de l'abrogation et le fait de reconnaître ou non un effet utile. C'est notamment le cas des prochaines décisions. En effet, ce nouveau groupe de décisions ont toutes en commun de motiver le choix du moment de l'abrogation, de rejeter explicitement l'effet utile, mais de ne pas motiver spécifiquement le rejet de l'effet utile. La particularité de ces décisions est que la motivation des différentes décisions semble en apparence justifier à la fois l'abrogation différée et le rejet de l'effet utile. Pour autant, cette approximation ne peut tenir sachant bien qu'une abrogation différée ne suppose pas nécessairement un rejet de l'effet utile⁴².

En ce qui concerne cette motivation du Conseil, cela concerne **plusieurs domaines** non spécifiquement : la procédure pénale, les règles répressives en matière douanière, arrêté d'admission d'enfant comme pupille de l'État, sur les visites, perquisitions et saisies de pièces à conviction dans les lieux de travail, ainsi que la loi pénitentiaire de 2009.

À la différence de la catégorie précédente, les motifs invoqués pour les différents refus d'abrogation immédiate et d'effet utile se caractérisent **par la mention des « conséquences manifestement excessives »**. A la lecture des différentes motivations, deux hypothèses peuvent être avancées quant à son utilisation par le Conseil : soit la motivation constitue la caractérisation du contenu de la notion de « conséquences manifestement excessives », soit celles-ci sont distinctes des autres motifs. Ce dernier cas peut être interprété de différentes manières : soit ces « conséquences manifestement excessives » constituent un argument supplémentaire lors de la motivation de l'abrogation différée spécifiquement ou de la motivation de l'abrogation différée et du refus de l'effet utile, soit celui-ci constitue l'argument spécifique du rejet de l'effet utile. Les différentes formulations du Conseil ne permettent pas de trancher spécifiquement cette question.

De plus, on peut différencier chronologiquement deux méthodes de présentation de la motivation⁴³. La première sera rapidement abandonnée au profit de la seconde, qui constitue la formulation de principe que le Conseil a retenu aujourd'hui pour traiter des questions d'effet dans le temps des déclarations d'inconstitutionnalité.

La première façon de présenter la motivation pour le Conseil a pour spécificité que le contenu de cette motivation est aussi identique. En effet, ce dernier rappelle tout d'abord « *qu'il ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation de même nature que celui du parlement et qu'il ne lui appartient pas d'indiquer les modalités des règles de procédure pénale à choisir pour remédier à l'inconstitutionnalité* ». Ensuite, après avoir énoncé comme principe qu'« *une déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à la partie qui a présenté la question prioritaire de constitutionnalité, l'abrogation immédiate des dispositions contestées* », il ajoute sa motivation qui reste identique : « *il méconnaît l'objectif de prévention des atteintes à*

⁴² En effet, le point commun des outils spécifiques visant à préserver l'effet utile sont que ceux-ci existent dans le cas d'une abrogation différée.

⁴³ Il est important de les différencier ici car la première systématisation en la matière mêle à la fois considérant de principe et motivation d'espèce.

l'ordre public et recherche des auteurs d'infractions et entraînerait des conséquences manifestement excessives »⁴⁴.

Très rapidement, le Conseil change sa façon de présenter son argumentation concernant l'effet utile pour la version qui est encore utilisée aujourd'hui⁴⁵. Cette nouvelle version, plus systématisée, permet de différencier plus facilement les motifs invoqués dans chaque cas d'espèce.

Sur les différents motifs invoqués dans cette catégorie, ils sont tous, à une exception près, associés aux conséquences manifestement excessives, et ceux-ci sont assez diversifiés. À la différence des premières décisions, les motifs invoqués ne sont pas identiques, et ils sont même formulés de manière assez précise : supprimer le droit de contester l'arrêté d'admission d'un enfant en qualité de pupille de l'État⁴⁶ ; l'objectif de recherche des auteurs d'infractions⁴⁷ ; entraîner la nullité ou empêcher la tenue d'un nombre important de procès d'assises et d'autre part, remettrait en cause l'absence de sanction par une nullité procédurale de la méconnaissance des dispositions de l'article 308 du Code de procédure pénale autres que celles de son second alinéa⁴⁸ ; la disparition d'un recours contre les décisions refusant un permis de visite et éviter que cette déclaration affecte des modifications législatives allant en ce sens et qui sont en cours d'adoption au parlement⁴⁹ ; la suppression de l'obligation pour le procureur de la République et le juge d'instruction d'aviser le curateur ou le tuteur ainsi que le juge des tutelles, en cas de poursuites pénales à l'encontre d'un majeur protégé⁵⁰ ; la privation pour les prévenus dont l'instruction est achevée et qui attendent leur comparution devant la juridiction de jugement de la possibilité d'obtenir un rapprochement familial⁵¹.

⁴⁴ Cons. const., n° 2010-14/22 QPC, 30 juillet 2010, *M. Daniel W. et autres* concernant la procédure de la garde à vue ; Cons. const., n° 2010-32 QPC, 22 septembre 2010, *M. Samir M. et autres* concernant la retenue douanière.

⁴⁵ Le Conseil commence toujours par l'article 62 de la Constitution ensuite il poursuit par son considérant de principe sur les effets dans le temps des déclarations d'inconstitutionnalité : « *que, 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* ».

⁴⁶ Cons. const., n° 2012-268 QPC, 27 juillet 2012, *Mme Annie M.* sur le recours contre l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'État.

⁴⁷ Cons. const., n° 2014-387 QPC, 4 avril 2014, *M. Jacques J.* sur les visites domiciliaires, perquisitions et saisies dans les lieux de travail.

⁴⁸ Cons. const., n° 2015-499 QPC, 20 novembre 2015, *M. Hassan B.* concernant l'absence de nullité de la procédure en cas de méconnaissance de l'obligation d'enregistrement sonore des débats de cours d'assises. Cette décision est une des seules où les motifs avancés par le Conseil sont caractérisés comme « *des conséquences manifestement excessives* ».

⁴⁹ Cons. const., n° 2016-543 QPC, 24 mai 2016, *Section française de l'observatoire international des prisons* concernant le permis de visite et l'autorisation de téléphoner durant la détention provisoire. C'est la seule décision de cette catégorie qui ne mentionne pas « *des conséquences manifestement excessives* ».

⁵⁰ Cons. const., n° 2018-730 QPC, 14 septembre 2018, *M. Mehdi K.* concernant l'absence d'obligation légale d'aviser le tuteur ou le curateur d'un majeur protégé de son placement en garde à vue. Cette décision associe ce motif avec celui selon lequel « *le Conseil ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation de même nature que celui du parlement* ».

⁵¹ Cons. const., n° 2018-763 QPC, 8 février 2019, *Section française de l'observatoire international des prisons* concernant le rapprochement familial des détenus prévenus attendant leur comparution devant la juridiction de jugement. Cette décision est particulière notamment car le Conseil choisit de mettre en place un régime transitoire. Celui-ci ne vise pourtant pas à préserver l'effet utile mais celui-ci organise son rejet.

Malgré deux décisions qui semblaient dessiner un raisonnement systématisé avec des motifs communs⁵², le Conseil livre une appréciation *in concreto* des motifs d'abrogation et de rejet d'effet utile sans les distinguer les uns des autres.

3. La motivation spécifique des refus d'effet utile explicite : le cas particulier des abrogations différées en matière de procédure pénale et mettant en danger l'objectif de recherche des auteurs d'infractions et les actes de procédure pénale

Cette dernière catégorie constitue la motivation des refus d'effet utile la plus aboutie du Conseil. Ce sont les décisions (peu nombreuses : 3)⁵³, où le Conseil prend la peine de différencier dans sa motivation les motifs relevant du moment choisi pour l'abrogation de la préservation ou non de l'effet utile. Ce sont donc les seules décisions où le Conseil motive spécifiquement le refus d'effet utile. Il motive dans ce cas ces décisions pour des cas très particuliers et très facilement systématisables : cela concerne toujours des cas d'abrogation différée⁵⁴ ainsi que seulement dans le domaine de la procédure pénale. De plus, les motifs concernant le refus d'effet utile sont toujours identiques et associés : l'objectif de recherche des auteurs d'infractions ainsi que la remise en cause des actes de procédure pénale⁵⁵.

IV. OBSERVATIONS ET RECOMMANDATIONS

A. *L'absence de spécificité relative à l'article 16 DDHC*

Si les droits impliqués par l'article 16 DDHC sont majoritairement des droits procéduraux, le constat général semble s'orienter vers une absence de spécificité de l'aménagement de l'effet utile. Malgré des droits spécifiques (en ce qu'ils concernent notamment la procédure pénale), le Conseil constitutionnel adopte un raisonnement relativement standard. La technique de l'abrogation différée est, sur ce point, la plus mobilisée par le juge et semble la plus adéquate. En effet, celle-ci est une technique classique et maîtrisée par le juge constitutionnel. Contrairement à l'effet utile qui demande une prise en considération plus poussée des circonstances d'espèce et des situations similaires, l'abrogation différée semble mieux répondre à l'impératif de stabilité de l'ordonnancement juridique. Le critère des conséquences manifestement excessives, donc des risques d'instabilité, permet au Conseil constitutionnel de rejeter l'effet utile tout en différant l'effet dans le temps de sa décision.

⁵² Ce sont les 2 premières décisions de cette catégorie.

⁵³ Cons. const., n° 2014-420/421 QPC, 9 octobre 2014, *M. Maurice L. et autre* sur la prolongation exceptionnelle de la garde à vue pour des faits d'escroquerie en bande organisée ; Cons. const., n° 2015-506 QPC, 4 décembre 2015, *M. Gilbert A.* sur le respect du secret professionnel et des droits de la défense lors d'une saisie de pièces à l'occasion d'une perquisition ; Cons. const., n° 2015-508 QPC, 11 décembre 2015, *M. Amir F.* sur la prolongation exceptionnelle de la garde à vue pour des faits de blanchiment, de recel et d'association de malfaiteurs en lien avec des faits d'escroquerie en bande organisée.

⁵⁴ A une exception près : c'est le cas d'une décision où le Conseil justifie l'abrogation différée mais une loi postérieure est déjà venue abroger la disposition inconstitutionnelle.

⁵⁵ En comparant avec la catégorie précédente, on se rend compte que certaines décisions mettaient en jeu ces différents motifs mais jamais de manière associée.

L'invocation des conséquences manifestement excessives comme seule motivation de l'abrogation différée devient une alternative à la mise en œuvre de l'effet utile de la décision d'inconstitutionnalité. En effet, la motivation de l'abrogation différée permet le rejet sans mention dans de nombreuses décisions d'un quelconque effet utile de la décision d'inconstitutionnalité. La notion de conséquences manifestement excessives, centrale dans le raisonnement du Conseil, n'est mobilisée qu'au regard de l'objectif qui lui est assigné. D'une part, ne pas motiver l'absence d'effet utile et d'autre part, mettre en évidence des cas où cet effet utile serait impossible à mettre en œuvre. Par exemple, dans la décision n° 2017-691 QPC du 16 février 2018, *M. Farouk B.*, le Conseil motive le report de l'abrogation en invoquant les conséquences manifestement excessives et en expliquant qu'en l'espèce « *la combinaison du caractère suspensif du recours avec le fait qu'aucun délai n'est fixé au juge pour statuer pourrait avoir pour conséquence d'empêcher l'exécution de la décision de renouvellement en temps utile* ». Or, cela contreviendrait à l'impératif de stabilité de l'ordonnement juridique que le Conseil constitutionnel garantit. Ainsi, cette décision est un exemple de cas où d'une part, l'abrogation différée est une alternative à l'effet utile et où, d'autre part, l'effet utile n'aurait pas pu être mis en œuvre sans contrevenir à la stabilité juridique.

Finalement, la spécificité de l'article 16 DDHC ne concerne pas tant l'effet utile que l'abrogation différée des décisions d'inconstitutionnalité. Le rejet de l'effet utile est quantitativement important (environ 45%) mais cela semble lié aux domaines dans lesquels l'article 16 intervient, notamment le domaine de la procédure pénale qui justifie que – pour garantir l'impératif de stabilité de l'ordonnement juridique – l'effet utile soit refusé.

B. Les lacunes identifiées dans l'aménagement de l'effet utile

L'analyse quantitative et qualitative de l'effet utile dans les décisions d'inconstitutionnalité prises sur le fondement de l'article 16 DDHC a mené à une observation systématique : nous relevons un manque de clarté des considérants relatifs à l'effet utile des décisions.

Le Conseil constitutionnel use du « considérant-balai » affirmant que « *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* ». Il affirme donc deux principes : d'une part, la déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à l'auteur de la QPC (effet utile) et, d'autre part, cette déclaration prend effet immédiatement (moment de l'abrogation). Néanmoins, nous relevons que dans la plupart des décisions, le Conseil motive l'abrogation différée, mais pas l'effet utile (*cf.* 3 *supra*). Ainsi, c'est dans ce « considérant-balai » qu'il faut chercher la présence ou l'absence d'effet utile de la décision.

Pour autant, celui-ci n'est jamais clairement affirmé ou refusé. Par ailleurs, les termes « effet utile » n'apparaissent jamais dans les décisions d'inconstitutionnalité prises sur le fondement de l'article 16, alors même que ceux d'« abrogation différée » sont cités. La

motivation – lacunaire – du Conseil constitutionnel ne concerne que le moment de l’abrogation et non l’effet utile.

Cette absence de mention de l’effet utile ne serait pas d’une importance majeure si la présomption d’effet utile était toujours vérifiée. Pour rappel, l’effet utile est présumé lorsque l’abrogation est immédiate, tandis que c’est le refus d’effet utile qui est présumé lorsque l’abrogation est différée. Pour autant, nous relevons 7 décisions avec abrogation différée pourvues d’effet utile et, réciproquement, 9 décisions avec abrogation immédiate dépourvues d’effet utile (cf. tableaux page 6). Les présomptions sont donc renversées dans 16 décisions qui auraient mérité de faire apparaître un considérant relatif à l’effet utile.

Cela mène à des situations d’incertitude à propos de certaines décisions dont il est très difficile de savoir si elles sont pourvues ou dépourvues d’effet utile. C’est le cas par exemple de la décision n° 2010-100 du 11 février 2011, *M. Alban Salim B.* dans laquelle le Conseil constitutionnel précise seulement que « *en application de l’article 62 de la Constitution, cette disposition est abrogée à compter de la publication de la présente décision au Journal officiel de la République française* ». Il est alors tentant de se référer à la présomption : l’abrogation étant immédiate, l’effet utile doit être garanti. Néanmoins, les 16 cas de renversement de la présomption prouvent que celle-ci n’est pas systématique.

De la même façon, certaines décisions se veulent explicites, mais entraînent également des incertitudes. Par exemple, dans la décision n° 2014-457 QPC du 20 mars 2015, *Mme Valérie C., épouse D.*, le Conseil explique que « *la mise en cause de l’ensemble des décisions prises sur le fondement des dispositions déclarées inconstitutionnelles aurait des conséquences manifestement excessives ; que, par suite, les décisions rendues avant la publication de la présente décision par le conseil national de l’ordre des pharmaciens statuant en matière disciplinaire ne peuvent être remises en cause sur le fondement de cette inconstitutionnalité que si une partie 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* » (considérant 10). Dans ce cas, la décision n’a pas acquis, pour le requérant, de caractère définitif au jour de la publication, étant donnée la suspension des délais découlant de la mise en œuvre du recours. La décision devrait donc être pourvue d’effet utile. Le requérant a effectivement une instance en cours. En revanche, la motivation du Conseil constitutionnel semble expliquer qu’il refuse l’effet utile de la décision. Néanmoins, l’abrogation de la disposition déclarée inconstitutionnelle est différée, ce qui implique, si l’on suit la présomption, que la décision soit dépourvue d’effet utile. En outre, le Conseil définit un régime transitoire, mécanisme censé garantir l’effet utile de ses décisions (cf. 2 *supra*). Nous concluons finalement à l’effet utile de cette décision mais un considérant clair mentionnant le maintien ou le refus de l’effet utile serait bienvenu.

Pour pallier ce manque de motivation et de clarté, la rédaction d’une autre « considérant-balai », paraît judicieuse. Celui-ci pourrait être rédigé de la sorte : « *en application de ce principe, l’abrogation est immédiate/interviendra le [date] et l’effet utile est reconnu à cette décision d’inconstitutionnalité et bénéficie à [l’auteur de la question]* » ou encore « *en application de l’article 62 de la Constitution, l’abrogation est immédiate/interviendra le [date] et l’effet utile n’est pas reconnu à cette décision d’inconstitutionnalité dans la mesure où [motivation]* ».

DEUXIÈME PARTIE
L'EFFET UTILE : ÉTUDES TRANSVERSALES

Chapitre 6

L'effet utile et l'effectivité des décisions en matière fiscale

Jordan Puissant

Le grand passage de témoin : de la légitimité parlementaire à celle du juge constitutionnel. – « *Le consentement à l'impôt est sans nul doute la clef de voûte de la démocratie représentative : le peuple ne paie l'impôt qu'après l'avoir consenti par le biais de ses représentants* »¹. Le consentement à l'impôt² tel qu'il résulte de l'article 14 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (DDHC) du 26 août 1789 se traduit traditionnellement par le respect de deux principes à valeur constitutionnelle, celui de légalité, inscrit à l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 et celui d'égalité, inscrit à l'article 13 de la DDHC qui proclame solennellement que « *pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable : elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés* ». Dans sa jurisprudence en matière fiscale, le Conseil constitutionnel mobilise très largement, mais non exclusivement³, ces deux principes cardinaux. La première utilisation du principe d'égalité dans une décision rendue sur Question Prioritaire de Constitutionnalité (QPC)⁴ date du 23 juillet 2010⁵ mais est postérieure à la première QPC fiscale, dans laquelle le principe invoqué est celui du droit de propriété garanti par les articles 2 et 17 de la DDHC⁶.

¹ CABANNES Xavier, « L'État, le Parlement et le consentement annuel à l'impôt », in *Revue Française de Finances Publiques*, n°77, 2002, pp. 225-249. Ce postulat est celui qui sera mobilisé tout au long de cette étude, partant du principe que les acteurs de la gouvernance fiscale – y compris les juges – sont en recherche d'une stricte application des principes démocratiques et de leurs fondements philosophiques, notamment ceux qui s'expriment à travers le libéralisme politique et, subséquentement, la défense des droits et libertés.

² Notons que le principe ne peut être invoqué indépendamment de l'article 34 de la Constitution, v. ARRIGUI DE CASANOVA Jacques, « Quel avenir pour la jurisprudence Kimberly Clark ? », in *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 46, 2015, pp. 29-39. ; MOURIESSE Élise, « QPC et droit au consentement à l'impôt », in *Revue Française de Finances Publiques*, n°137, 2017, pp. 241-260 ; BARILARI André, « Le Conseil constitutionnel précise le domaine de compétence des QPC et confirme son interprétation de l'article 14 de la DDHC selon laquelle c'est le Parlement qui consent à l'impôt », in *Constitutions*, 2010, p. 597.

³ de CROUY CHANEL Emmanuel, « Le Conseil constitutionnel mobilise-t-il d'autres principes constitutionnels que l'égalité en matière fiscale ? », in *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 33, 2011, pp. 15-26.

⁴ Sur une différenciation de ce contrôle, en matière fiscale, par rapport au contrôle *a priori*, v. COLLIN Pierre, « Le Conseil constitutionnel, juge de l'impôt en 61 et 61.1 : différences et ressemblances », in *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, Le Conseil constitutionnel et l'impôt, 2011, pp. 27-39.

⁵ Décision n°2010-16 QPC du 23 juillet 2010, *M. Philippe E.* (conformité). Notons que dans cette décision, la conformité est établie dès lors que la différence de traitement alléguée « demeure justifiée à l'instar du régime antérieur et ne crée donc pas de rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques ». *Nota bene* : sauf mention contraire, toutes les décisions retracées dans ce document sont issues du Conseil constitutionnel.

⁶ Décision n°2010-5 QPC du 18 juin 2010, *SNC Kimberly Clark* (conformité). Cette jurisprudence est aussi importante en matière d'incompétence négative, dès lors que celle-ci peut être soulevée dans le seul cadre d'une atteinte aux droits et libertés. En revanche, elle ne peut pas être invoquée à l'encontre d'une disposition législative antérieure à la Constitution du 4 octobre 1958, v. Décision n°2010-28 QPC du 17 septembre 2010, *Association Sportive Football Club de Metz* (conformité). Pour une autre invocation, sans même être étudiée, v. Décision n°2010-99 QPC du 11 février 2011, *Mme Laurence N.* (conformité). Pour une utilisation positive, v. Décision n°2012-298 QPC du 28 mars 2013, *SARL Majestic Champagne* (non-conformité totale). Pour des illustrations

La qualification de la matière fiscale. – Le premier souci de toute étude est de définir le périmètre de celle-ci, conformément au cadre général de l'étude prêtée au laboratoire. En ce sens, nous nous sommes attachés ici à **ne retenir que les seules décisions en matière fiscale** afin d'analyser l'effet utile qui leur est éventuellement affecté. Sont considérées comme des décisions en matière fiscale celles qui portent sur des dispositifs fiscaux dès lors qu'ils sont notamment issus du Code Général des Impôts (CGI) et du Livres des Procédures Fiscales (LPF)⁷. Sont aussi incluses les « impositions de toutes natures », sans être nécessairement contenues dans les codes précités, telle que la Contribution Sociale Généralisée (CSG)⁸, ou encore celles qui sont contenues dans le Code des douanes, le Code Général des Collectivités Territoriales (CGCT)⁹, dans le Code du Cinéma ou de l'Image Animée (CCIA)¹⁰, dans des lois non codifiées¹¹, mais aussi les prélèvements sociaux recouverts comme des impôts (il en va ainsi notamment en matière de plus-values et de revenus de capitaux mobiliers), notamment ceux contenus dans le Code de Sécurité Sociale (CSS), à l'exclusion de tous ceux dont la qualification demeurerait trop éloignée de notre champ d'étude¹². En ce qui concerne les décisions exclues de notre étude, il s'agit de celles portant sur des cotisations sociales, ainsi que toutes celles dont la nature nous semblait s'éloigner suffisamment des caractéristiques recherchées. Sont aussi exclues les décisions portant sur des dispositions qui ne sont pas fiscales, mais dont les conséquences peuvent se faire sentir en fiscalité, notamment sur les évaluations des biens expropriés ou assimilés. Il en va de même pour les décisions portant sur les financements des fonds d'indemnisation¹³, les reversements de taxe d'apprentissage¹⁴ ou encore les dispositifs de péréquation¹⁵.

Les fondements de la déclaration d'inconstitutionnalité en matière fiscale. – Rappelons qu'en matière fiscale, les déclarations d'inconstitutionnalité ne reposent pas exclusivement sur une rupture d'égalité devant les charges publiques ou devant la loi¹⁶. À ce propos, notons d'ailleurs que la jurisprudence distingue précisément le recours à l'article 6 de

supplémentaires, v. Décision n°2014-445 QPC du 29 janvier 2015, *Société Thyssenkrupp Electrical Steel Ugo SAS* (conformité) ; Décision n°2017-654 QPC du 28 septembre 2017, *Société BPCE* (conformité).

⁷ Pour la première décision portant sur le LPF, v. Décision n°2010-19/27 QPC du 30 juillet 2010, *Époux P. et autres* (conformité).

⁸ Pour une première utilisation, v. Décision n°2015-483 QPC du 17 septembre 2015, *M. Jean-Claude C.* (conformité – réserve).

⁹ Pour la première utilisation pertinente, v. Décision n°2010-97 QPC du 4 février 2011, *Société LAVAL DISTRIBUTION* (non-conformité totale).

¹⁰ Pour un exemple, v. Décision n°2017-669 QPC du 27 octobre 2017, *Société EDI-TV* (non-conformité totale – effet différé).

¹¹ Décision n°2018-750/751 QPC du 7 décembre 2018, *Société Long Horn International et autre* (conformité).

¹² Décision n°2017-657 QPC du 3 octobre 2017, *Société Valeo systèmes de contrôle moteur* (non-conformité partielle) ; Décision n°2017-673 QPC du 24 novembre 2017, *Société Neomades* (conformité).

¹³ Décision n°2012-251 QPC du 8 juin 2012, *COPACEL et autres* (conformité – réserve).

¹⁴ Décision n°2015-496 QPC du 21 octobre 2015, *Association Fondation pour l'École* (conformité).

¹⁵ Décision n°2012-255/265 QPC du 29 juin 2012, *Départements de la Seine-Saint-Denis et du Var* (conformité) ; Décision n°2013-323 QPC du 14 juin 2013, *Communauté de communes Monts d'Or Azergues* (non-conformité totale) ; Décision n°2016-564 QPC du 16 septembre 2016, *M. Lucas M.* (conformité).

¹⁶ de CROUY CHANEL Emmanuel, « Le Conseil constitutionnel mobilise-t-il d'autres principes constitutionnels que l'égalité en matière fiscale ? », art cit. ; FOUQUET Olivier, « Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant l'impôt », in *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°33, Le Conseil constitutionnel et l'impôt, avril 2011, pp. 7-13.

la DDHC¹⁷ du recours à l'article 13 de la DDHC. Ce dernier sert de fondement à une majorité de décisions en matière fiscale. Il faut toutefois signaler l'utilisation très énergique de l'article 8 de la DDHC¹⁸, qui institue le principe de nécessité des peines¹⁹. Enfin, notons aussi l'utilisation fréquente de l'article 16 de la DDHC²⁰ à propos notamment de la méconnaissance

¹⁷ Décision n°2010-28 QPC du 17 septembre 2010, *Association Sportive Football Club de Metz* (conformité) ; Décision n°2012-238 QPC du 20 avril 2012, *Société anonyme Paris Saint-Germain football* (conformité) ; Décision n°2015-466 QPC du 7 mai 2015, *Époux P.* (conformité) ; Décision n°2015-473 QPC du 26 juin 2015, *Époux P.* (conformité – réserve) ; Décision n°2015-474 QPC du 26 juin 2015, *Société ICADE* (conformité) ; Décision n°2015-475 QPC du 17 juillet 2015, *Société Crédit Agricole SA* (conformité) ; Décision n°2015-503 QPC du 4 décembre 2015, *M. Gabor R.* (conformité – réserve) ; Décision n°2015-515 QPC du 14 janvier 2016, *M. Marc François-Xavier M.-M.* (conformité – réserve) ; Décision n°2015-520 QPC du 3 février 2016, *Société Metro Holding France SA venant aux droits de la société CRFP Cash* (non-conformité totale) ; Décision n°2016-537 QPC du 22 avril 2016, *Société Sofadig Exploitation* (conformité) ; Décision n°2016-539 QPC du 10 mai 2016, *Mme Ève G.* (non-conformité totale) ; Décision n°2016-553 QPC du 8 juillet 2016, *Société Natixis* (non-conformité totale) ; Décision n°2016-555 QPC du 22 juillet 2016, *M. Karim B.* (conformité) ; Décision n°2016-564 QPC du 16 septembre 2016, *M. Lucas M.* (conformité) ; Décision n°2016-571 QPC du 30 septembre 2016, *Société Layher SAS* (non-conformité totale – effet différé) ; Décision n°2016-609 QPC du 27 janvier 2017, *Société Comptoir de Bonneterie Rafco* (conformité) ; Décision n°2016-612 QPC du 24 février 2017, *SCI Hyéroise* (conformité) ; Décision n°2016-615 QPC du 9 mars 2017, *Époux V.* (conformité – non-lieu à statuer) ; Décision n°2017-629 QPC du 19 mai 2017, *Société FB Finance* (non-conformité totale) ; Décision n°2017-638 QPC du 16 juin 2017, *M. Gérard S.* (conformité) ; Décision n°2017-642 QPC du 7 juillet 2017, *M. Alain C.* (conformité – réserve) ; Décision n°2017-654 QPC du 28 septembre 2017, *Société BPCE* (conformité) ; Décision n°2017-660 QPC du 6 octobre 2017, *Société de participations financière* (non-conformité totale) ; Décision n°2017-668 QPC du 27 octobre 2017, *Époux B.* (conformité) ; Décision n°2017-676 QPC du 1er décembre 2017, *Mme Élise D.* (conformité) ; Décision n°2017-681 QPC du 15 décembre 2017, *Société Marlin* (conformité) ; Décision n°2017-692 QPC du 16 février 2018, *Époux F.* (non-conformité de date à date – non-lieu à statuer) ; Décision n°2018-699 QPC du 13 avril 2018, *Société Life Sciences Holdings France* (conformité) ; Décision n°2018-719 QPC du 13 juillet 2018, *Mme Estelle M.* (conformité) ; Décision n°2018-733 QPC du 21 septembre 2018, *Société d'exploitation de moyens de carénage* (non-conformité partielle – effet différé) ; Décision n°2018-747 QPC du 23 novembre 2018, *M. Kamel H.* (non-conformité totale) ; Décision n°2018-748 QPC du 30 novembre 2018, *Société Zimmer Biomet France Holdings* (conformité – réserve) ; Décision n°2018-752 QPC du 7 décembre 2018, *Fondation Ildys* (conformité) ; Décision n°2018-753 QPC du 14 décembre 2018, *M. Jean-Guilhem G.* (conformité) ; Décision n°2019-782 QPC du 17 mai 2019, *Mme Élise D.* (conformité) ; Décision n°2019-784 QPC du 24 mai 2019, *Société Cosfibel Premium* (conformité).

¹⁸ L'article dispose que : « La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée. »

¹⁹ Décision n°2010-84 QPC du 13 janvier 2011, *SNC Eiffage Construction Val de Seine* (conformité) ; Décision n°2010-90 QPC du 21 janvier 2011, *M. Jean-Claude C.*, (conformité) ; Décision n°2010-103 QPC du 17 mars 2011, *Société SERAS II* (conformité) ; Décision n°2010-104 QPC du 17 mars 2011, *Epoux B.* (conformité) ; Décision n°2010-105/106 QPC du 17 mars 2011, *M. César S. et autre* (conformité) ; Décision n° 2011-124 QPC du 29 avril 2011, *Mme Catherine B.* (conformité) ; Décision n°2011-220 QPC du 10 février 2012, *M. Hugh A.* (conformité) ; Décision n° 2012-225 QPC du 30 mars 2012, *Société Unibail Rodamco* (conformité) ; Décision n°2012-239 QPC du 4 mai 2012, *Mme Ileana A.* (conformité) ; Décision n° 2012-267 QPC du 20 juillet 2012, *Mme Irène L.* (conformité) ; Décision n°2013-371 QPC du 7 mars 2014, *SAS Labeyrie* (conformité) ; Décision n°2014-418 QPC du 8 octobre 2014, *Société SGI* (conformité – réserve) ; Décision n°2015-482 QPC du 17 septembre 2015, *Société Gurdebeke SA* (conformité – réserve) ; Décision n°2016-545 QPC du 24 juin 2016, *M. Alec W. et autre* (conformité – réserve) ; Décision n°2016-546 QPC du 24 juin 2016, *M. Jérôme C.* (conformité – réserve) ; Décision n°2016-555 QPC du 22 juillet 2016, *M. Karim B.* (conformité) ; Décision n°2016-556 QPC du 22 juillet 2016, *M. Patrick S.* (conformité – réserve – non-lieu à statuer) ; Décision n°2016-564 QPC du 16 septembre 2016, *M. Lucas M.* (conformité) ; Décision n°2016-604 QPC du 17 janvier 2017, *Société Alinéa* (non-conformité totale) ; Décision n°2016-618 QPC du 16 mars 2017, *Mme Michelle Theresa B.* (non-conformité partielle) ; Décision n°2017-636 QPC du 9 juin 2017, *Société Edenred France* (conformité) ; Décision n°2017-657 QPC du 3 octobre 2017, *Société Valeo systèmes de contrôle moteur* (non-conformité partielle) ; Décision n°2017-667 QPC du 27 octobre 2017, *M. Didier C.* (non-conformité totale) ; Décision n°2018-739 QPC du 12 octobre 2018, *Société Dom Com Invest* (non-conformité totale – effet différé) ; Décision n°2018-745 QPC du 23 novembre 2018, *M. Thomas T. et autre* (conformité).

²⁰ L'article dispose que : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution. »

des droits de la défense ou du recours juridictionnel effectif²¹. D'autres libertés ont pu être invoquées subsidiairement, telles que celles figurant à l'article 64 de la Constitution qui dispose que « *Le Président de la République est garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire* »²² ou encore à l'article 2 de la DDHC²³ qui consacre le droit au respect de la vie privée²⁴. Ainsi, quantitativement, les articles 6, 8, 13 et 16 de la DDHC sont ceux qui permettent le plus souvent de formuler une QPC, sans qu'il soit possible de déterminer une corrélation exacte entre le principe invoqué et les chances d'obtenir l'inconstitutionnalité de la disposition législative contestée. En revanche, on constate que les fondements qui conduisent le plus souvent à l'inconstitutionnalité sont issus des articles 6, 13 et 16 de la DDHC.

Les cadres temporel et quantitatif. – Sur un plan temporel, l'étude s'achève au 1^{er} septembre 2019. Notons toutefois que 5 décisions postérieures à cette date concernent la matière fiscale et assimilée, toutes sont des décisions de conformité²⁵. Au 25 décembre 2019, le site²⁶ du Conseil constitutionnel fait mention de 838 affaires jugées en 730 décisions. Ont été retenues en matière fiscale 121 décisions²⁷, soit 16,6 %²⁸ de l'ensemble des décisions prises par le Conseil. Sur ces 121, 4 donnent lieu à un non-lieu partiel²⁹ et 1 donne lieu à un non-lieu total³⁰.

²¹ Décision n°2010-19/27 QPC du 30 juillet 2010, *Époux P. et autres* (conformité) ; Décision n°2010-51 QPC du 6 août 2010, *M. Pierre-Joseph F.* (non-lieu à statuer) ; Décision n°2010-70 QPC du 26 novembre 2010, *M. Pierre-Yves M.* (conformité – réserve) ; à propos de l'intangibilité du bilan d'ouverture servant à la détermination du résultat fiscal : Décision n°2010-78 QPC du 10 décembre 2010, *Société IMNOMA* (non-conformité totale) (il s'agit de la deuxième déclaration d'inconstitutionnalité en matière fiscale) ; Décision n°2010-90 QPC du 21 janvier 2011, *M. Jean-Claude C.* (conformité) ; Décision n°2011-166 QPC du 23 septembre 2011, *M. Yannick N.* (conformité) ; sur l'utilisation positive du fondement : Décision n°2012-298 QPC du 28 mars 2013, *SARL Majestic Champagne* (non-conformité totale) ; Décision n°2013-327 QPC du 21 juin 2013, *SA Assistance Sécurité et Gardiennage* (conformité – réserve) ; Décision n°2013-351 QPC du 25 octobre 2013, *Société Boulanger* (non-conformité totale) ; Décision n°2014-435 QPC du 5 décembre 2014, *M. Jean-François V.* (conformité – réserve) ; Décision n°2015-474 QPC du 26 juin 2015, *Société ICADE* (conformité) ; Décision n°2015-503 QPC du 4 décembre 2015, *M. Gabor R.* (conformité – réserve) ; Décision n°2015-515 QPC du 14 janvier 2016, *M. Marc François-Xavier M.-M.* (conformité – réserve) ; Décision n° 015-525 QPC du 2 mars 2016, *Société civile immobilière PB 12* (non-conformité totale) ; Décision n°2016-538 QPC du 22 avril 2016, *Époux M. D.* (conformité – réserve) ; Décision n°2016-555 QPC du 22 juillet 2016, *M. Karim B.* (conformité) ; Décision n°2016-603 QPC du 9 décembre 2016 *Consorts C.* (conformité – réserve) ; Décision n°2017-642 QPC du 7 juillet 2017, *M. Alain C.* (conformité – réserve) ; Décision n°2018-700 QPC du 13 avril 2018, *Société Technicolor* (conformité).

²² Décision n°2016-555 QPC du 22 juillet 2016, *M. Karim B.* (conformité) ; Décision n°2017-673 QPC du 24 novembre 2017, *Société Neomades* (conformité).

²³ L'article proclame que « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression. »

²⁴ Décision n°2016-591 QPC du 21 octobre 2016, *Mme Helen S.* (non-conformité totale).

²⁵ Sont ainsi exclues de l'étude (sauf mention contraire, le fondement invoqué lors de la contestation est généralement celui de l'égalité) : Décision n°2019-804 QPC du 27 septembre 2019, *Association française des entreprises privées* (conformité sur 6 et 16 DDHC) ; Décision n°2019-808 QPC du 11 octobre 2019, *Société Total raffinage France* (conformité) ; Décision n°2019-812 QPC du 15 novembre 2019, *M. Sébastien M. et autre* (conformité sur 6 et 16) ; Décision n°2019-813 QPC du 15 novembre 2019, *M. Calogero G.* (conformité sur 6 DDHC) ; Décision n°2019-814 QPC du 22 novembre 2019, *Société Prato Corbara* (conformité sur 6).

²⁶ <https://www.conseil-constitutionnel.fr/>

²⁷ À l'exclusion de celles postérieures au 1^{er} septembre 2019.

²⁸ $(121/730) \times 100 = 16,57$. Résultat arrondi à la première décimale supérieure, soit 16,6.

²⁹ Décision n°2016-556 QPC du 22 juillet 2016, *M. Patrick S.* (conformité – réserve – non-lieu à statuer) ; Décision n°2016-598 QPC du 25 novembre 2016, *Société Eurofrance* (conformité – réserve – non-lieu à statuer) ; Décision n°2016-615 QPC du 9 mars 2017, *Époux V.* (conformité – non-lieu à statuer) ; Décision n°2017-692 QPC du 16 février 2018, *Époux F.* (non-conformité de date à date – non-lieu à statuer).

³⁰ Décision n°2010-51 QPC du 6 août 2010, *M. Pierre-Joseph F.* (non-lieu à statuer).

Sur ces 121 décisions, 86 visent directement des dispositions du Code Général des Impôts³¹, 6 visent indirectement ce code dès lors que la disposition contestée n'est pas directement une disposition du code mais une disposition d'une loi de finances apportant des modifications audit code³². Relevons ensuite 6 décisions portant sur le Livre des Procédures Fiscales³³, 5 décisions portant sur le Code des douanes³⁴, 4 décisions portant sur le Code de Sécurité Sociale³⁵, 3 décisions portant sur le Code Général des Collectivités Territoriales³⁶, deux décisions portant sur le Code du Cinéma ou de l'Image Animée³⁷, 1 décision portant sur le Code de l'urbanisme³⁸ et 1 décision portant sur le Code Minier³⁹. Relevons enfin 7 décisions qui visent directement des dispositions inscrites dans une loi, généralement de finances, non codifiée⁴⁰.

Parmi les 121 décisions QPC, quatre-vingt-sept (87) prononcent une conformité à la Constitution⁴¹ et 1 prononce un non-lieu total (*cf. supra*). Il y a ainsi 33 décisions de non-

³¹ Dont une qui porte sur le Code des impôts de Nouvelle-Calédonie, v. Décision n°2016-539 QPC du 10 mai 2016, *Mme Ève G.* (non-conformité totale).

³² Décision n°2012-231/234 QPC du 13 avril 2012, *M. Stéphane C. et autres* (conformité) ; Décision n°2013-327 QPC du 21 juin 2013, *SA Assistance Sécurité et Gardiennage* (conformité – réserve) ; Décision n°2014-435 QPC du 5 décembre 2014, *M. Jean-François V.* (conformité – réserve) ; Décision n°2015-475 QPC du 17 juillet 2015, *Société Crédit Agricole SA* (conformité) ; Décision n°2015-525 QPC du 2 mars 2016, *Société civile immobilière PB 12* (non-conformité totale) ; Décision n°2016-604 QPC du 17 janvier 2017, *Société Alinéa* (non-conformité totale).

³³ Dont une à travers une disposition de loi incriminée, v. Décision n°2010-78 QPC du 10 décembre 2010, *Société IMNOMA* (non-conformité totale). Les autres décisions de la catégorie sont les suivantes : Décision n°2010-19/27 QPC du 30 juillet 2010, *Époux P. et autres* (conformité) ; Décision n°2010-51 QPC du 6 août 2010, *M. Pierre-Joseph F.* (non-lieu à statuer) ; Décision n°2014-400 QPC du 6 juin 2014, *Société Orange SA* (non-conformité totale – effet différé – réserve transitoire) ; Décision n°2015-503 QPC du 4 décembre 2015, *M. Gabor R.* (conformité – réserve) ; Décision n°2016-555 QPC du 22 juillet 2016, *M. Karim B.* (conformité).

³⁴ Décision n°2010-57 QPC du 18 octobre 2010, *Société SITA FD et autres* (conformité – réserve) ; Décision n°2012-290/291 QPC du 25 janvier 2013, *Société Distrivit et autres* (conformité) ; Décision n°2014-445 QPC du 29 janvier 2015, *Société Thyssenkrupp Electrical Steel Ugo SAS* (conformité) ; Décision n°2015-482 QPC du 17 septembre 2015, *Société Gurdebeke SA* (conformité – réserve) ; Décision n°2016-537 QPC du 22 avril 2016, *Société Sofadig Exploitation* (conformité).

³⁵ Décision n°2015-483 QPC du 17 septembre 2015, *M. Jean-Claude C.* (conformité – réserve) ; Décision n°2016-610 QPC du 10 février 2017, *Époux G.* (conformité – réserve) ; Décision n°2016-615 QPC du 9 mars 2017, *Époux V.* (conformité – non-lieu à statuer) ; Décision n°2017-643/650 QPC du 7 juillet 2017, *M. Amar H. et autre* (conformité – réserve).

³⁶ Décision n°2010-97 QPC du 4 février 2011, *Société LAVAL DISTRIBUTION* (non-conformité totale) ; Décision n°2013-305/306/307 QPC du 19 avril 2013, *Commune de Tourville-la-Rivière* (conformité) ; Décision n°2013-351 QPC du 25 octobre 2013, *Société Boulanger* (non-conformité totale).

³⁷ Décision n°2013-362 QPC du 6 février 2014, *TFI SA* (non-conformité partielle) ; Décision n°2017-669 QPC du 27 octobre 2017, *Société EDI-TV* (non-conformité totale – effet différé).

³⁸ Décision n°2012-225 QPC du 30 mars 2012, *Société Unibail Rodamco* (conformité).

³⁹ Décision n°2019-771 QPC du 29 mars 2019, *Société Vermilion REP* (conformité).

⁴⁰ Décision n°2010-52 QPC du 14 octobre 2010, *Compagnie agricole de la Crau* (non-conformité totale) ; Décision n°2010-53 QPC du 14 octobre 2010, *Société PLOMBINOISE DE CASINO* (conformité) ; Décision n°2010-58 QPC du 18 octobre 2010, *PROCOS et autres* (conformité) ; Décision n°2011-166 QPC du 23 septembre 2011, *M. Yannick N.* (conformité) ; Décision n°2018-700 QPC du 13 avril 2018, *Société Technicolor* (conformité) ; Décision n°2018-750/751 QPC du 7 décembre 2018, *Société Long Horn International et autre* (conformité). Notons enfin un cas particulier, v. Décision n°2011-150 QPC du 13 juillet 2011, *SAS VESTEL France et autre* (conformité).

⁴¹ Pour un échantillon représentatif de ces décisions : Décision n°2010-28QPC du 17 septembre 2010, *Association Sportive Football Club de Metz* ; Décision n°2010-53 QPC du 14 octobre 2010, *Société PLOMBINOISE DE CASINO* (conformité) ; Décision n°2010-58 QPC du 18 octobre 2010, *PROCOS et autres* (conformité) ; Décision n°2010-70 QPC du 26 novembre 2010, *M. Pierre-Yves M.* (conformité – réserve) ; Décision n°2010-90 QPC du 21 janvier 2011, *M. Jean-Claude C.* (conformité) ; Décision n°2010-99 QPC du 11 février 2011, *Mme Laurence N.* (conformité) ; Décision n°2010-103 QPC du 17 mars 2011, *Société SERAS II* (conformité) ; Décision n°2010-104 QPC du 17 mars 2011, *Epoux B.* (conformité) ; Décision n°2010-105/106 QPC du 17 mars 2011, *M. César S.*

conformité qui seront retenues pour cette étude. Parmi ces 33 décisions, 12 concernent des particuliers tandis que les 21 décisions restantes concernent des entreprises, soit donc 63,7 % de l'ensemble des décisions d'inconstitutionnalité⁴², ce qui fait l'objet d'importantes critiques⁴³. Les décisions de non-conformité totale sont les plus nombreuses avec 27 décisions contre 6 décisions de non-conformité partielle. Parmi ces dernières, 2 décisions sont assorties de réserves à constitutionnalité et 1 d'elles seulement est assortie d'un effet différé⁴⁴. Parmi les décisions qui prononcent une non-conformité totale, 7 sont assorties d'un effet différé⁴⁵ et 2 sont assorties

et autre (conformité) ; Décision n°2011-121 QPC du 29 avril 2011, *Société UNILEVER France* (conformité) ; Décision n°2011-124 QPC du 29 avril 2011, *Mme Catherine B.* (conformité) ; Décision n°2011-165 QPC du 16 septembre 2011, *Société HEATHERBRAE LTD* (conformité) ; Décision n°2012-231/234 QPC du 13 avril 2012, *M. Stéphane C. et autres* (conformité) ; Décision n°2013-305/306/307 QPC du 19 avril 2013, *Commune de Tourville-la-Rivière* (conformité) ; Décision n°2013-327 QPC du 21 juin 2013, *SA Assistance Sécurité et Gardiennage* (conformité – réserve) ; Décision n°2013-330 QPC du 28 juin 2013, *Mme Nicole B.* (conformité) ; Décision n°2013-340 QPC du 20 septembre 2013, *M. Alain G.* (conformité – réserve) ; Décision n°2013-361 QPC du 28 janvier 2014, *Consorts P. de B.* (conformité) ; Décision n°2013-365 QPC du 6 février 2014, *Époux M.* (conformité) ; Décision n°2014-418 QPC du 8 octobre 2014, *Société SGI* (conformité – réserve) ; Décision n°2014-425 QPC du 14 novembre 2014, *Société Mutuelle Saint-Christophe* (conformité) ; Décision n°2014-431 QPC du 28 novembre 2014, *Sociétés ING Direct NV et ING Bank NV* (conformité – réserve) ; Décision n°2014-435 QPC du 5 décembre 2014, *M. Jean-François V.* (conformité – réserve) ; Décision n°2014-437 QPC du 20 janvier 2015, *Association française des entreprises privées et autres* (conformité – réserve) ; Décision n°2014-456 QPC du 6 mars 2015, *Société Nextradio TV* (conformité) ; Décision n°2015-466 QPC du 7 mai 2015, *Époux P.* (conformité) ; Décision n°2015-473 QPC du 26 juin 2015, *Époux P.* (conformité – réserve) ; Décision n°2015-474 QPC du 26 juin 2015, *Société ICADE* (conformité) ; Décision n°2015-475 QPC du 17 juillet 2015, *Société Crédit Agricole SA* (conformité) ; Décision n°2015-482 QPC du 17 septembre 2015, *Société Gurdebeke SA* (conformité – réserve) ; Décision n°2015-515 QPC du 14 janvier 2016, *M. Marc François-Xavier M.-M.* (conformité – réserve) ; Décision n°2016-537 QPC du 22 avril 2016, *Société Sofadig Exploitation* (conformité) ; Décision n°2016-555 QPC du 22 juillet 2016, *M. Karim B.* (conformité) ; Décision n°2016-598 QPC du 25 novembre 2016, *Société Eurofrance* (conformité – réserve – non-lieu à statuer) ; Décision n°2016-609 QPC du 27 janvier 2017, *Société Comptoir de Bonneterie Rafco* (conformité) ; Décision n°2016-615 QPC du 9 mars 2017, *Époux V.* (conformité – non-lieu à statuer) ; Décision n°2017-636 QPC du 9 juin 2017, *Société Edenred France* (conformité) ; Décision n°2017-638 QPC du 16 juin 2017, *M. Gérard S.* (conformité) ; Décision n°2017-642 QPC du 7 juillet 2017, *M. Alain C.* (conformité – réserve) ; Décision n°2017-643/650 QPC du 7 juillet 2017, *M. Amar H. et autre* (conformité – réserve) ; Décision n°2017-654 QPC du 28 septembre 2017, *Société BPCE* (conformité) ; Décision n°2017-658 QPC du 3 octobre 2017, *M. Jean-Jacques M.* (conformité) ; Décision n°2017-668 QPC du 27 octobre 2017, *Époux B.* (conformité) ; Décision n°2017-676 QPC du 1er décembre 2017, *Mme Élise D.* (conformité) ; Décision n°2017-681 QPC du 15 décembre 2017, *Société Marlin* (conformité) ; Décision n°2018-699 QPC du 13 avril 2018, *Société Life Sciences Holdings France* (conformité) ; Décision n°2018-700 QPC du 13 avril 2018, *Société Technicolor* (conformité) ; Décision n°2018-701 QPC du 20 avril 2018, *Société Mi Développement 2* (conformité) ; Décision n°2018-708 QPC du 1er juin 2018, *Société Elengy et autre* (conformité) ; Décision n°2018-719 QPC du 13 juillet 2018, *Mme Estelle M.* (conformité) ; Décision n°2018-750/751 QPC du 7 décembre 2018, *Société Long Horn International et autre* (conformité) ; Décision n°2018-753 QPC du 14 décembre 2018, *M. Jean-Guilhem G.* (conformité) ; Décision n°2018-755 QPC du 15 janvier 2019, *M. Luc F.* (conformité) ; Décision n°2019-769 QPC du 22 mars 2019, *Mme Ruth S.* (conformité) ; Décision n°2019-771 QPC du 29 mars 2019, *Société Vermilion REP* (conformité) ; Décision n°2019-775 QPC du 12 avril 2019, *M. Joseph R.* (conformité) ; Décision n°2019-782 QPC du 17 mai 2019, *Mme Élise D.* (conformité) ; Décision n°2019-784 QPC du 24 mai 2019, *Société Cosfibel Premium* (conformité) ; Décision n°2019-793 QPC du 28 juin 2019, *Époux C.* (conformité).

⁴² $(21/33) \times 100 = 63,63$. Résultat arrondi à la première décimale supérieure, soit 63,7.

⁴³ KOSKAS Michael, « Le recours à l'effet différé de la censure par le Conseil constitutionnel : le point de vue de la Cour EDH », in *La Revue des droits de l'homme*, 2018, p. 8. ; HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie « “ ... les droits et libertés que la constitution garantit ” : quiproquo sur la QPC ? », *La Revue des droits de l'homme*, 2016 ; DUPRÉ Xavier, « La QPC comme supermarché des droits fondamentaux ou les dérivés du contentieux objectif des droits », in *Revue des droits et libertés fondamentaux*, chron. n° 2, 2014.

⁴⁴ Décision n°2018-733 QPC du 21 septembre 2018, *Société d'exploitation de moyens de carénage* (non-conformité partielle – effet différé).

⁴⁵ Décision n°2014-400 QPC du 6 juin 2014, *Société Orange SA* (non-conformité totale – effet différé – réserve transitoire) ; Décision n°2014-404 QPC du 20 juin 2014, *Époux M.* (non-conformité – effet différé – réserve

officiellement⁴⁶ de réserves transitoires⁴⁷. En conclusion, seules 8 décisions sur les 33 décisions qui prononcent une inconstitutionnalité partielle ou totale diffèrent leurs effets, ce qui représente tout de même près du quart de celles-ci⁴⁸.

Des cas particuliers en ce qui concerne des conformités avec réserve. – Les décisions de « conformité avec réserve » sont nombreuses⁴⁹, puisqu'elles ne sont pas moins de 26 sur les 121 décisions analysées, soit donc près de 21,5 % de l'échantillon⁵⁰. Parmi ces décisions de conformité, certaines relèvent de l'originalité puisqu'elles consacrent un effet utile. Il en est notamment ainsi dans la décision QPC de conformité du 4 décembre 2015⁵¹. Ces cas particuliers ne feront toutefois pas l'objet de développements particuliers afin de se concentrer sur la seule préservation de l'effet utile des décisions de non-conformité en matière fiscale.

Division de l'étude. – Compte tenu de l'objectif qui est d'analyser l'effet utile et l'effectivité des décisions QPC en matière fiscale – les deux notions ayant désormais tendance à se recouper –, il sera fait l'observation de la préservation de l'effet utile des décisions par le Conseil constitutionnel (**I**) puis sa réception par les autres juridictions, notamment administratives par souci d'efficacité (**II**).

transitoire) ; Décision n°2014-413 QPC du 19 septembre 2014, *Société PV-CP Distribution* (non-conformité totale – effet différé) ; Décision n°2014-417 QPC du 19 septembre 2014, *Société Red Bull On Premise et autre* (non-conformité partielle – effet différé) ; Décision n°2016-571 QPC du 30 septembre 2016, *Société Layher SAS* (non-conformité totale – effet différé) ; Décision n°2017-669 QPC du 27 octobre 2017, *Société EDI-TV* (non-conformité totale – effet différé) ; Décision n°2018-739 QPC du 12 octobre 2018, *Société Dom Com Invest* (non-conformité totale – effet différé).

⁴⁶ Entendre « officiellement » dès lors que le Conseil constitutionnel adjoint à sa publication en ligne la qualification de « réserve transitoire ». En revanche, nous estimons possible de considérer que d'autres décisions posent des réserves transitoires, en raison de leur nature ou de leur degré, même si elles ne sont pas qualifiées ainsi par le Conseil constitutionnel.

⁴⁷ Décision n°2014-400 QPC du 6 juin 2014, *Société Orange SA* (non-conformité totale – effet différé – réserve transitoire) ; Décision n°2014-404 QPC du 20 juin 2014, *Époux M.* (non-conformité – effet différé – réserve transitoire).

⁴⁸ $(8/33) \times 100 = 24,24$.

⁴⁹ Pour un échantillon : Décision n°2010-57 QPC du 18 octobre 2010, *Société SITA FD et autres* (conformité – réserve) ; Décision n°2013-371 QPC du 7 mars 2014, *SAS Labeyrie* (conformité) ; Décision n°2014-418 QPC du 8 octobre 2014, *Société SGI* (conformité – réserve) ; Décision n°2015-483 QPC du 17 septembre 2015, *M. Jean-Claude C.* (conformité – réserve) ; Décision n°2015-503 QPC du 4 décembre 2015, *M. Gabor R.* (conformité – réserve) ; Décision n°2016-538 QPC du 22 avril 2016, *Époux M. D.* (conformité – réserve) ; Décision n°2016-545 QPC du 24 juin 2016, *M. Alec W. et autre* (conformité – réserve) ; Décision n°2016-546 QPC du 24 juin 2016, *M. Jérôme C.* (conformité – réserve) ; Décision n°2016-556 QPC du 22 juillet 2016, *M. Patrick S.* (conformité – réserve – non-lieu à statuer) ; Décision n°2016-603 QPC du 9 décembre 2016, *Consorts C.* (conformité – réserve) ; Décision n°2017-659 QPC du 6 octobre 2017, *Époux N.* (conformité – réserve) ; Décision n°2017-679 QPC du 15 décembre 2017, *M. Jean-Philippe C.* (conformité – réserve) ; Décision n°2018-745 QPC du 23 novembre 2018, *M. Thomas T. et autre* (conformité) ; Décision n°2018-748 QPC du 30 novembre 2018, *Société Zimmer Biomet France Holdings* (conformité – réserve) ; Décision n°2010-57 QPC du 18 octobre 2010, *Société SITA FD et autres* (conformité – réserve).

⁵⁰ $(26/121) \times 100 = 21,48$. Le résultat est arrondi à la première décimale supérieure, soit 21,5.

⁵¹ Décision n°2015-503 QPC du 4 décembre 2015, *M. Gabor R.*, cons. 16 (conformité – réserve).

I. UNE RIGIDITÉ CIRCONSTANCIÉE DE LA PRÉSERVATION DE L'EFFET UTILE DES DÉCISIONS QPC EN MATIÈRE FISCALE

Une rigidité circonstanciée ? – Avouons tout de suite que l'étude des décisions d'inconstitutionnalité ne permet pas de dégager un cadre clair à la préservation de l'effet utile⁵² en matière fiscale. Plus précisément, pour la quasi-totalité des décisions d'inconstitutionnalité, il serait absolument impossible pour un conseil fiscal d'anticiper le bénéfice de la décision pour son client. Cette difficulté pose ici deux soucis majeurs. D'une part, celui de la sécurité juridique, dès lors qu'il n'est pas possible d'anticiper les conséquences d'une décision *a priori* « favorable » au requérant. D'autre part, celui du recours effectif car faute de bénéficier de la déclaration d'inconstitutionnalité, les conseils pourraient être amenés à penser qu'il vaut mieux y renoncer, au risque donc de tarir cette voie contentieuse. Si cette dernière assertion peut être facilement écartée, il n'en est pas de même pour la première. Force est de constater que chaque décision d'inconstitutionnalité révèle un nouveau mystère juridique source d'insécurité : les incantations sont les mêmes, mais les fruits ne le sont pas. Si cette rigidité pose des difficultés, il en va de même de la multiplication tendancielle du « type » de décision que peut prendre le Conseil constitutionnel. Toute entreprise typologique est perdue d'avance dès lors que le Conseil ne se contente pas de déclarer conforme ou ne de pas déclarer conforme à la Constitution. Aussi, même lorsqu'il ne déclare pas conforme, il se contente rarement d'établir une ou deux solutions distinctes pour les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité, au contraire, les hypothèses semblent se multiplier. Parallèlement, certains auteurs observent une tendance du Conseil constitutionnel à « *faire reposer la détermination concrète des effets de ses décisions sur les juridictions ordinaires* »⁵³. Le Professeur Samy Benzina explique alors ce phénomène par le délai très court dont dispose le Conseil constitutionnel pour se prononcer et le manque de visibilité quant à l'état du contentieux devant les juridictions ordinaires⁵⁴.

Tentative d'étude typologique. Le principe général des effets de la déclaration d'inconstitutionnalité est traditionnellement consacré dans un considérant rédigé de la manière suivante : « *Selon le deuxième alinéa de l'article 62 de la Constitution : « Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause* ». Notons que depuis une décision du 19 septembre 2014, pour ce qui concerne la matière fiscale, le Conseil constitutionnel fait généralement précéder ce considérant d'un titre rédigé de la manière

⁵² Sur la modulation dans le temps des décisions du Conseil, v. très particulièrement AUSTRY Stéphane, « QPC fiscale et effets de la décision dans le temps », in *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°33, 2011, pp. 69-84 ; MAGNON Xavier, « La modulation des effets dans le temps des décisions du juge constitutionnel », in *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, n° 27-2011, 2012, pp. 557-591. ; AYRAULT Ludovic, « QPC et droit fiscal », in *Les Petites Affiches*, n°194, 2011, p. 55-60 ; DISANT Mathieu, « Les effets dans le temps des décisions QPC », in *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 40, 2013, pp. 63-82.

⁵³ BENZINA Samy, « Le champ d'application de l'effet utile des décisions QPC d'inconstitutionnalité », in *Actualité Juridique Droit Administratif*, 2019, p. 1226. ; v. aussi BENZINA Samy, *L'effectivité des décisions QPC du Conseil constitutionnel*, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle », t. 148, 2017, pp. 496 et s.

⁵⁴ *Ibid.*

suivante : « – Sur les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité : [...] »⁵⁵. En principe, la déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à l'auteur de la question prioritaire de constitutionnalité (*cf. infra*) et la disposition déclarée contraire à la Constitution ne peut plus être appliquée dans les instances en cours à la date de la publication de la décision du Conseil constitutionnel⁵⁶. Cependant, les dispositions de l'article 62 de la Constitution réservent à ce dernier le pouvoir « tant de fixer la date de l'abrogation et de 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 ». Cette rédaction complète du « considérant » relatif aux effets des décisions du Conseil constitutionnel est issue d'une décision du 25 octobre 2013 pour ce qui concerne la matière fiscale⁵⁷. Elle est précisément employée dans 28 des 33 décisions retenues. Sa rédaction ne diffère qu'en 2016, lorsque le « considérant » traditionnel est abandonné en faveur d'abord de l'expression « aux termes »⁵⁸ puis d'un simple « selon » à partir d'une décision du 8 juillet 2016 pour ce qui concerne la matière fiscale⁵⁹. Notons enfin que la seule référence au deuxième alinéa de l'article 62 de la Constitution est plus ancienne puisqu'on la retrouve dans sa première déclaration d'inconstitutionnalité en matière fiscale⁶⁰ en date du 14 octobre 2010 et dans 31 des 33 décisions retenues. Ainsi, dans 28 des 33 décisions analysées, l'effet utile fait l'objet d'un considérant indépendant, consécutif à celui qui vient d'être exposé et conclusif. Ce considérant qui décrit les conséquences en termes d'effet utile diffère grandement selon que l'abrogation est immédiate (A) ou différée (B).

A. L'effet utile dans le cadre d'une abrogation immédiate en matière fiscale

Description générale du cas. – Si l'abrogation immédiate est la plus simple en ce qui concerne l'analyse des effets de la déclaration d'inconstitutionnalité, deux questions majeures semblaient se poser. La première était relative au choix de l'abrogation par rapport à la conformité avec réserve. Il y a dans les décisions QPC du Conseil constitutionnel – et pas seulement – un pouvoir décisionnel qui relève du non-dit ; une clef de lecture dont seul le pratiquant peut se servir. La décision, celle-là même qui fonde le pouvoir du juge constitutionnel, semble parfois voir son sens être guidé par ses potentiels effets. De là à dire que le Conseil se refuse à déclarer des inconstitutionnalités afin de pallier aux risques quant aux effets de ses décisions, demeure un pas que nous ne franchissons pas. Les décisions du Conseil, sans qu'un calcul de corrélation ait été nécessaire, semblent nettement prononcer des décisions

⁵⁵ Décision n°2014-417 QPC du 19 septembre 2014, *Société Red Bull On Premise et autre* (non-conformité partielle – effet différé).

⁵⁶ CAZAILLET Sophie, « La question prioritaire de constitutionnalité en matière fiscale à la lumière de la pratique », in *Lexbase Hebdo édition fiscale*, n° 431, 2011, p. 5.

⁵⁷ Décision n°2013-351 QPC du 25 octobre 2013, *Société Boulanger* (non-conformité totale). La nouveauté introduite par cette décision est d'ajouter consécutivement au deuxième alinéa de l'article 62 de la Constitution la formule suivante : « 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. Cependant, les dispositions de l'article 62 de la Constitution réservent à ce dernier le pouvoir tant de fixer la date de l'abrogation et de 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 ».

⁵⁸ Décision n°2016-539 QPC du 10 mai 2016, *Mme Ève G.* (non-conformité totale).

⁵⁹ Décision n°2016-553 QPC du 8 juillet 2016, *Société Natixis* (non-conformité totale).

⁶⁰ Décision n°2010-52 QPC du 14 octobre 2010, *Compagnie agricole de la Crau* (non-conformité totale).

d'inconstitutionnalité de manière cyclique. Il est ainsi étonnant de constater que les décisions d'inconstitutionnalité se constituent par grappes. Dès lors, très régulièrement, il apparaît statistiquement qu'une déclaration d'inconstitutionnalité faisant suite à plusieurs déclarations de constitutionnalité soit accompagnée d'autres déclarations d'inconstitutionnalité. Il en va de même dans l'utilisation des déclarations de conformité avec réserve. Si l'on en suit la logique, la dernière déclaration d'inconstitutionnalité en matière fiscale remontant au 23 septembre 2018, la probabilité d'une grappe de décisions d'inconstitutionnalité se renforce désormais nettement. La seconde question majeure relève du choix de l'abrogation immédiate par rapport à l'abrogation différée. Effectivement, le choix de l'abrogation immédiate étant le plus simple, pour le juge et le requérant, tout l'enjeu est de déterminer dans quelles conditions le juge est prêt à y renoncer et sur quels fondements. Surtout, tout l'enjeu pour le législateur et pour les contribuables est de pouvoir anticiper la déclaration d'inconstitutionnalité. Pour les contribuables, il s'agit en outre de pouvoir se garantir le bénéfice de la déclaration d'inconstitutionnalité ; bénéfice qu'il convient encore de caractériser.

Typologie des abrogations immédiates. – Classiquement, l'abrogation est *ex nunc* et s'impose donc pour l'avenir, sous réserve des effets qu'elle a déjà produits dans le passé. La typologie de l'abrogation immédiate du Conseil constitutionnel caractérise directement l'effet utile des dites décisions selon que la disposition déclarée inconstitutionnelle demeure applicable à l'auteur et aux instances en cours ou non. Dans cette typologie, le seul cas où il existe un effet utile est celui où la disposition déclarée inconstitutionnelle ne demeure pas applicable à l'auteur de la QPC parce qu'elle n'a pas été différée (abrogation immédiate). La décision qui ne diffère pas l'abrogation intéresse notre objet d'étude dès lors qu'il n'a pas paru opportun au Conseil d'opérer une conciliation entre nécessité d'État et défense des droits et libertés (*cf. infra*), mais que l'une ou l'autre prédominait clairement – généralement celle du requérant. Dans cette situation l'abrogation est immédiate et s'applique à tous (abrogation immédiate *erga omnes*), sous certaines réserves (*cf. infra*, à propos de la réception des décisions QPC). Cette distinction demeure la plus simple à caractériser, bien que l'on puisse remarquer des situations où l'abrogation n'est pas différée, qu'elle ne demeure pas non plus applicable à l'auteur de la QPC mais qu'elle demeure applicable à ceux qui, tout n'en étant pas requérants sont quand même concernés par la disposition déclarée inconstitutionnelle (abrogation immédiate *inter partes*)⁶¹. Le principe général demeure celui de l'abrogation *ex nunc erga omnes* de la disposition inconstitutionnelle à compter de la publication de la décision. Dès lors, l'auteur de la QPC et les parties aux instances en cours peuvent se prévaloir de cette déclaration d'inconstitutionnalité conformément à la jurisprudence traditionnelle du Conseil constitutionnel⁶². En conséquence de quoi, la décision ne pourra pas être invoquée à l'encontre des impositions définitivement acquittées et qui n'auraient pas encore été contestées par l'introduction d'une réclamation contentieuse avant la date de la décision⁶³.

⁶¹ Sur la question, v. DAYDIE Laura, « La détermination des effets des décisions QPC : illustration d'un usage perfectible de la Constitution », in *Revue française de droit constitutionnel*, n°113, 2018, pp. 33-52, p. 38.

⁶² Décision n°2010-108 QPC du 25 mars 2011, *Mme Marie-Christine D.*, cons. 6 ; Décision n°2010-110 QPC du 25 mars 2011, *M. Jean-Pierre B.*, cons. 9.

⁶³ Décision n°2013-362 QPC du 6 février 2014, *TFI SA* (non-conformité partielle).

Choix de l'abrogation par rapport à la conformité avec réserve. – Nous l'évoquions, il règne dans les décisions du Conseil constitutionnel – y compris leurs commentaires – un « *non-dit* »⁶⁴ dont la provenance est de nature probablement (sciemment ?) politique. Pour cause, le Conseil constitutionnel semble opérer une conciliation entre nécessité d'État et défense des droits et libertés, souvent d'ailleurs en faisant prédominer cette dernière. Une telle posture ne saurait lui être reprochée, dès lors qu'elle n'est pas attentatoire à la séparation des pouvoirs, et qu'elle poursuit comme objectif la continuité de la vie nationale. Les décisions du Conseil constitutionnel doivent toutefois être considérées comme excessives dès lors qu'une censure conduit à priver l'État d'importantes recettes publiques.

Les enjeux financiers en œuvre sont considérables et les décisions conduisent parfois au remboursement de sommes importantes. Il en est notamment ainsi dans une décision du 6 octobre 2017⁶⁵ dont il apparaît que les pertes, outre celles liées aux divers remboursements, avoisinent les 10 milliards d'euros lorsque l'on prend en compte le manque à gagner. Chose étonnante en l'espèce, le considérant relatif à l'effet utile énonce que « *En l'espèce, aucun motif ne justifie de reporter les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité. Celle-ci intervient donc à compter de la date de publication de la présente décision. Elle est applicable à toutes les affaires non jugées définitivement à cette date* ». Le Conseil ne pouvait pourtant pas ignorer les conséquences⁶⁶ de sa décision, d'autant plus que l'État étant déjà au fait de la fragilité constitutionnelle de son dispositif ; il s'apprêtait à le supprimer et à opérer des remboursements pour une partie seulement du dispositif déclaré finalement totalement inconstitutionnel. Cette jurisprudence, inscrite dans un mouvement global de contestation de l'imposition fragilise déjà une législation largement instable et dont les conséquences sont manifestement catastrophiques sur de nombreux plans : économique, social, politique, *etc.* Le choix de l'abrogation par rapport à la conformité avec réserve dépend souvent de la marge de manœuvre que le Conseil constitutionnel s'octroie en aval de l'option retenue⁶⁷. Ses décisions de conformité avec réserve s'accompagnent donc, comme le notent des praticiens de ce contentieux, « *d'un souci d'en limiter les effets déstabilisants pour le passé, en en limitant le champ aux impositions contestées avant la date de publication de sa décision*⁶⁸, *ou aux cotisations supplémentaires d'impôt sur le revenu établies à compter de celle-ci*⁶⁹ »⁷⁰. Ainsi, s'il fallait analyser la situation par degré de conciliation opéré par le juge, la réserve représente le degré le moins aigu, tandis que la déclaration d'abrogation avec réserves transitoires est la plus aigüe.

Alors que l'utilisation de la conformité avec réserve ne cesse de croître, puisqu'elle est présente dans 26 des 121 décisions analysées, soit donc près de 21,5 % de l'échantillon⁷¹, seules

⁶⁴ de CROUY CHANEL Emmanuel, « La portée conférée par le Conseil aux décisions qu'il rend en matière fiscale », in *Jus Politicum*, n°21, 2018, pp. 261-269.

⁶⁵ Décision n°2017-660 QPC du 6 octobre 2017, *Société de participations financière* (non-conformité totale).

⁶⁶ Notons toutefois que le Conseil ignore évidemment les trajectoires que peuvent prendre ses décisions, v. SALLES Sylvie, *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 2016.

⁶⁷ VILETTE Vincent, « Conséquences des décisions du Conseil constitutionnel : le Conseil ménage ses effets », in *Revue de jurisprudence et des conclusions fiscales*, 2019.

⁶⁸ Décision n°2015-473 QPC du 26 juin 2015, *Époux P.*, cons. 8 (conformité – réserve).

⁶⁹ Décision n°2015-503 QPC du 4 décembre 2015, M. Gabor R. (conformité – réserve).

⁷⁰ VILETTE Vincent, « Conséquences des décisions du Conseil constitutionnel : le Conseil ménage ses effets », art cit, p. 12.

⁷¹ $(26/121) \times 100 = 21,48$. Le résultat est arrondi à la première décimale, soit 21,5.

25 décisions prononcent officiellement une abrogation immédiate. Ces deux solutions ont pour avantage commun de consacrer une application immédiate de la décision et, généralement, d'en profiter au requérant. Effectivement, le Conseil tend dans ses décisions de conformité avec réserve à garantir un effet utile au requérant, sauf les cas où il l'exclut précisément. Lorsque le Conseil opte pour l'abrogation, c'est généralement qu'elle est manifeste. Il n'en résulte pas pour autant que cette décision puisse être largement invoquée. Il faut effectivement distinguer deux ensembles d'hypothèses. Dans le premier ensemble, le Conseil abroge immédiatement et pour tous, il s'agit de l'abrogation immédiate *erga omnes*⁷² dont la rédaction la plus aboutie est la suivante : « En l'espèce, aucun motif ne justifie de reporter les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité. Celle-ci intervient donc à compter de la date de publication de la présente décision. Elle peut être invoquée dans toutes les instances introduites et non jugées définitivement à cette date ». Notons toutefois que l'ajout de la formule « Elle peut être invoquée dans toutes les instances introduites et non jugées définitivement à cette date » n'est pas systématique⁷³, laissant alors au juge du fond le soin d'en faire ce qu'il veut. Notons aussi que contrairement à la formulation « instance en cours », la formulation « non jugée définitivement » a une signification plus large, recouvrant les jugements encore susceptibles de faire l'objet d'un appel ou d'un pourvoi en cassation⁷⁴. Dans la plupart des cas, la doctrine révèle qu'une telle formule permet au Conseil constitutionnel de choisir indirectement « *de donner un effet rétroactif par défaut assez maximal à ses décisions* »⁷⁵, en s'émancipant de la lettre du texte pour « *étirer l'article 62 de la Constitution* »⁷⁶ vers la rétroaction⁷⁷ (*cf. infra*). Dans ce premier ensemble d'hypothèses, 3 rédactions ont été successivement adoptées, chacune venant apporter ou non des précisions. La première disposait « *Que la présente déclaration d'inconstitutionnalité prend effet à compter de la publication de la présente décision ; qu'elle peut être invoquée dans les instances en cours à cette date et dont l'issue dépend de*

⁷² Décision n°2010-78 QPC du 10 décembre 2010, *Société IMNOMA* (non-conformité totale) ; Décision n°2010-97 QPC du 4 février 2011, *Société LAVAL DISTRIBUTION* (non-conformité totale) ; Décision n°2014-436 QPC du 15 janvier 2015, *Mme Roxane S.* (non-conformité partielle) ; Décision n°2015-520 QPC du 3 février 2016, *Société Metro Holding France SA venant aux droits de la société CRFP Cash* (non-conformité totale) ; Décision n°2015-525 QPC du 2 mars 2016, *Société civile immobilière PB 12* (non-conformité totale) ; Décision n°2016-539 QPC du 10 mai 2016, *Mme Ève G.* (non-conformité totale) ; Décision n°2016-553 QPC du 8 juillet 2016, *Société Natixis* (non-conformité totale) ; Décision n°2016-587 QPC du 14 octobre 2016, *Époux F.* (non-conformité totale) ; Décision n°2016-591 QPC du 21 octobre 2016, *Mme Helen S.* (non-conformité totale) ; Décision n°2016-604 QPC du 17 janvier 2017, *Société Alinéa* (non-conformité totale) ; Décision n°2016-614 QPC du 1er mars 2017, *M. Dominique L.* (non-conformité partielle – réserve) ; Décision n°2017-660 QPC du 6 octobre 2017, *Société de participations financière* (non-conformité totale) ; Décision n°2017-663 QPC du 19 octobre 2017, *Époux T.* (non-conformité totale) ; Décision n°2017-667 QPC du 27 octobre 2017, *M. Didier C.* (non-conformité totale) ; Décision n°2017-689 QPC du 8 février 2018, *M. Gabriel S.* (non-conformité totale) ; Décision n°2017-692 QPC du 16 février 2018, *Époux F.* (non-conformité de date à date – non-lieu à statuer) ; Décision n°2018-747 QPC du 23 novembre 2018, *M. Kamel H.* (non-conformité totale).

⁷³ Pour des exemples : Décision n°2017-689 QPC du 8 février 2018, *M. Gabriel S.* (non-conformité totale) ; Décision n°2017-692 QPC du 16 février 2018, *Époux F.* (non-conformité de date à date – non-lieu à statuer).

⁷⁴ MAGNON Xavier, « La modulation des effets dans le temps des décisions du juge constitutionnel », art cit.

⁷⁵ DOMINO Xavier, BRETONNEAU Aurélie, « Les suites de la QPC : histoire et géographie du dialogue des juges », *Actualité Juridique Droit Administratif*, 2011. p. 1136.

⁷⁶ DISANT Mathieu, *Droit de la question prioritaire de constitutionnalité*, Paris, Lamy, coll. « Lamy Axe droit », 2011, 420 p.

⁷⁷ VILETTE Vincent, « Conséquences des décisions du Conseil constitutionnel : le Conseil ménage ses effets », art cit.

l'application des dispositions déclarées inconstitutionnelles »⁷⁸. La deuxième rédaction disposait que « *Considérant que la déclaration d'inconstitutionnalité [...] prend effet à compter de la publication de la présente décision ; qu'elle est applicable à toutes les affaires non jugées définitivement*⁷⁹ [à cette date]⁸⁰ ». Notons ici que le Conseil n'ajoutait pas systématiquement « à cette date ». Enfin, la troisième et dernière rédaction dispose que « *En l'espèce, aucun motif ne justifie de reporter les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité. Celle-ci intervient donc à compter de la date de publication de la présente décision.*⁸¹ [Elle est applicable à toutes les affaires non jugées définitivement à cette date]. »⁸² L'adjonction ou non de la formule « Elle est applicable à toutes les affaires non jugées définitivement à cette date » est capitale dès lors qu'elle laisse au juge du fond le soin de choisir – ce qui a d'ailleurs été fait par le Conseil d'État en février 2019. Il convient de noter que d'autres rédactions équivalentes mais reprenant amplement des détails relatifs aux dispositions censurées existent⁸³. Ce premier ensemble d'hypothèses vise donc à l'immédiateté de la décision prise. Le second ensemble d'hypothèses est moins enclin à faire profiter la déclaration d'inconstitutionnalité à toutes les affaires non jugées définitivement à la date d'inconstitutionnalité. Sans remettre en cause le principe de l'abrogation immédiate, le Conseil fait le choix de limiter l'invocation de sa décision. La question ici posée est celle des fondements pouvant justifier ces choix. La limitation qu'il opère prend généralement la formule d'une circonscription temporelle de recours à sa décision. Dans une décision, il va considérer que la déclaration d'inconstitutionnalité « *est applicable à toutes les affaires non jugées définitivement à cette date, sous réserve du respect des délais et conditions prévus par le livre des procédures fiscales* »⁸⁴, dans une autre il va considérer que la déclaration d'inconstitutionnalité « *peut être invoquée à l'encontre des prélèvements non atteints par la prescription* »⁸⁵, dès lors il étend le bénéfice de sa décision aux situations analogues pour lesquelles une réclamation contentieuse, *a minima*, n'a pas encore été déposée au jour de la décision. De façon moins sympathique pour l'ensemble des concernés par la décision, il peut considérer que la déclaration d'inconstitutionnalité « *ne peut être invoquée à l'encontre des impositions qui n'ont pas été contestées avant cette date* »⁸⁶ ou encore qu'« *elle ne peut être invoquée à l'encontre des impositions définitivement acquittées et qui n'ont pas été*

⁷⁸ Décision n°2010-78 QPC du 10 décembre 2010, *Société IMNOMA* (non-conformité totale) ; Décision n°2010-97 QPC du 4 février 2011, *Société LAVAL DISTRIBUTION* (non-conformité totale).

⁷⁹ Décision n°2015-520 QPC du 3 février 2016, *Société Metro Holding France SA venant aux droits de la société CRFP Cash* (non-conformité totale) ; Décision n°2015-525 QPC du 2 mars 2016, *Société civile immobilière PB 12* (non-conformité totale).

⁸⁰ Décision n°2014-436 QPC du 15 janvier 2015, *Mme Roxane S.* (non-conformité partielle) ; Décision n°2016-553 QPC du 8 juillet 2016, *Société Natixis* (non-conformité totale).

⁸¹ Décision n°2016-591 QPC du 21 octobre 2016, *Mme Helen S.* (non-conformité totale) ; Décision n°2016-614 QPC du 1er mars 2017, *M. Dominique L.* (non-conformité partielle – réserve) ; Décision n°2017-689 QPC du 8 février 2018, *M. Gabriel S.* (non-conformité totale) ; Décision n°2017-692 QPC du 16 février 2018, *Époux F.* (non-conformité de date à date – non-lieu à statuer).

⁸² Décision n°2016-587 QPC du 14 octobre 2016, *Époux F.* (non-conformité totale) ; Décision n°2016-604 QPC du 17 janvier 2017, *Société Alinéa* (non-conformité totale) ; Décision n°2017-660 QPC du 6 octobre 2017, *Société de participations financière* (non-conformité totale) ; Décision n°2017-663 QPC du 19 octobre 2017, *Époux T.* (non-conformité totale) ; Décision n°2018-747 QPC du 23 novembre 2018, *M. Kamel H.* (non-conformité totale).

⁸³ Décision n°2016-539 QPC du 10 mai 2016, *Mme Ève G.* (non-conformité totale) ; Décision n°2017-667 QPC du 27 octobre 2017, *M. Didier C.* (non-conformité totale).

⁸⁴ Décision n°2017-629 QPC du 19 mai 2017, *Société FB Finance* (non-conformité totale).

⁸⁵ Décision n°2010-52 QPC du 14 octobre 2010, *Compagnie agricole de la Crau* (non-conformité totale).

⁸⁶ Décision n°2016-620 QPC du 30 mars 2017, *Société EDI-TV* (non-conformité-totale).

contestées avant cette date »⁸⁷. Le principe fonctionne en sens inverse puisque que « *considérant que les dispositions déclarées contraires à la Constitution le sont dans leur rédaction antérieure à leur modification [...] ; que la déclaration d'inconstitutionnalité, qui prend effet à compter de la publication de la présente décision, ne peut être invoquée qu'à l'encontre des impositions contestées avant cette date* »⁸⁸. Notons que lorsque le Conseil utilise la formule « avant cette date », il ne fait que réitérer le cadre général de l'effet utile qui impose que la décision bénéficie aux « instances en cours ». Enfin, le Conseil constitutionnel se montre plus précis lorsqu'il affirme que sa déclaration d'inconstitutionnalité « *ne peut être invoquée dans les instances jugées définitivement à cette date. Elle ne saurait davantage être invoquée pour remettre en cause des transactions devenues définitives* »⁸⁹ ou encore un établissement une date qui ne correspond pas à celle de la décision en raison de circonstances d'espèce⁹⁰.

Notons pour conclure que sur l'une de ses décisions, le Conseil constitutionnel ne dit absolument rien de l'effet utile⁹¹. Si certaines de ces restrictions relèvent du bon sens temporel, d'autres en revanche relèvent d'une prise de position dont on peut dire qu'elle fonctionne en sens inverse de certaines déclarations de constitutionnalité avec réserve. Effectivement, ces dernières visent à conférer un effet utile à une décision qui en est normalement dénuée par nature, tandis qu'ici la déclaration de constitutionnalité censée conférer un effet utile en semble dénuée. On ne peut que critiquer, du moins pour les décisions où il n'est pas évident d'anticiper – pour le praticien, ne parlons même pas du contribuable – non pas forcément le sens de la décision, mais ses bénéfiques en cas de non-conformité de la disposition contestée. Enfin et surtout, certaines des abrogations immédiates relèvent d'une forme d'abrogation *inter partes*. En posant un cadre temporel plus ou moins strict, le Conseil va exclure du bénéfice de sa décision tous ceux qui auraient pu en bénéficier parce qu'ils sont concernés. Là encore, l'absence de toute motivation à la décision prise ne fait que complexifier l'analyse d'ensemble de la jurisprudence QPC du Conseil constitutionnel. La situation est encore pire lorsque l'abrogation est *contra partes*, c'est-à-dire que la date choisie – en référence aux cas susvisés – ne permet pas au requérant de bénéficier de la déclaration d'inconstitutionnalité. On perçoit donc pour un cas aussi simple que l'abrogation immédiate une multitude de situations qui peuvent se présenter quant aux effets. Une simplification serait évidemment bienvenue, d'autant que la modulation des effets dans le temps n'est pas soumise à la procédure du contradictoire⁹² et ne peut donc pas faire l'objet d'un débat au cours de l'audience. Il convient toutefois d'affirmer que cette situation nous semble ne pas devoir changer, notamment en ce que cette modulation peut poursuivre un motif d'intérêt général dont la nature ressort

⁸⁷ Décision n°2013-362 QPC du 6 février 2014, *TF1 SA* (non-conformité partielle).

⁸⁸ Décision n°2013-351 QPC du 25 octobre 2013, *Société Boulanger* (non-conformité totale)

⁸⁹ Décision n°2016-618 QPC du 16 mars 2017, *Mme Michelle Theresa B.* (non-conformité partielle).

⁹⁰ Décision n°2012-298 QPC du 28 mars 2013, *SARL Majestic Champagne* (non-conformité totale).

⁹¹ Décision n°2010-88 QPC du 21 janvier 2011, *Mme Danièle B.* (non-conformité partielle – réserve).

⁹² EYNARD Manuel, « La modulation des effets dans le temps des déclarations d'inconstitutionnalité prononcées dans le cadre de questions prioritaires de constitutionnalité : typologie des solutions et perspectives », in *Revue française de droit constitutionnel*, n° 114, 2018, p. 317-342, p. 325. L'auteur défend ainsi une meilleure application du principe de contradictoire dans la modulation des effets dans le temps ; v. aussi CARTIER Emmanuel (dir.), *La QPC, le procès et ses juges. L'impact sur le procès et l'architecture juridictionnelle*, Paris, Dalloz, 2013, p. 179. D'autres auteurs suggèrent une dissociation lors de l'audience entre les débats portant sur le fond et les débats portant sur l'audience, v. DISANT Mathieu, « Les effets dans le temps des décisions QPC », art. cit, p. 68.

intrinsèquement de prérogatives de puissance publique sur lesquelles ne doivent pas avoir de prises des volontés intéressées comme celles qui guident les requérants à l'occasion d'une QPC (*cf. infra*). En ce sens, nous écartons de nouveau le risque de confondre le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* avec un simple contrôle concret dont les conséquences collectives devraient être supportées comme s'il s'agissait d'un simple procès.

Abrogation immédiate ou report d'abrogation : une conciliation des conséquences excessives ? – En intégrant à ses décisions les conséquences qu'elles vont produire, le juge tâche effectivement de les moduler. Cette modulation, absolument nécessaire sur le plan du pragmatisme, n'en est pas moins vivement critiquée par un certain pan de la doctrine⁹³. Il y a des conséquences manifestement excessives lorsqu'il y a application d'un impôt à des personnes qui en ont été exonérées par le législateur⁹⁴, ou lorsque cela provoque un élargissement de l'assiette d'imposition⁹⁵. Mais, il y a aussi des conséquences manifestement excessives lorsque les finances publiques de l'État pâtissent de la décision d'inconstitutionnalité. Or, il apparaît nettement que le Conseil reconnaît globalement d'importants droits à restitution, notamment aux entreprises et, inversement, montre peut d'égard aux finances publiques⁹⁶. La décision du 19 mai 2017 *Société FB Finance*⁹⁷ est régulièrement citée à ce propos⁹⁸. La décision étant applicable à toutes les affaires non jugées définitivement au jour de sa publication, « *elle a en effet permis à des milliers de sociétés de former des requêtes en vue d'obtenir la restitution des taxes dont elles s'étaient acquittées. Autrement dit, le juge constitutionnel a rendu possible le remboursement de taxes versées durant plusieurs années par des entreprises à l'État, avec cette solution débouchant sur une "décision à plusieurs centaines de millions d'euros"* »⁹⁹.

Plutôt que d'abroger immédiatement, le Conseil constitutionnel recourt parfois simplement aux « conséquences manifestement excessives » afin de différer ses décisions, sans se justifier davantage. Cette simple référence est curieuse¹⁰⁰, d'autant que la motivation¹⁰¹ attachée à la qualification d'une conséquence excessive et les moments où ce n'est pas le cas, ne fait pas l'objet d'une systématisation cohérente. Dans cette situation, il convient déjà

⁹³ Le professeur Cartier met en garde contre le danger de « *tomber dans un raisonnement conséquentialiste, c'est-à-dire pragmatique, voire économique, au détriment du raisonnement juridique sur la base duquel s'est construite la légitimité du juge français depuis deux siècles* », in CARTIER Emmanuel (dir.), *La QPC, le procès et ses juges. L'impact sur le procès et l'architecture juridictionnelle*, Dalloz, 2013, p. 180.

⁹⁴ Décision n°2016-571 QPC du 30 septembre 2016, *Société Layher SAS* (non-conformité totale).

⁹⁵ Décision n°2014-417 QPC du 19 septembre 2014, *Société Red Bull On Premise et autre*, cons. 15 (non-conformité partielle – effet différé).

⁹⁶ AUSTRY Stéphane, « QPC fiscale et effets de la décision dans le temps », art. cit.

⁹⁷ Décision n°2017-629 QPC du 19 mai 2017, *Société FB Finance* (non-conformité totale).

⁹⁸ KOSKAS Michael, « Le recours à l'effet différé de la censure par le Conseil constitutionnel : le point de vue de la Cour EDH », art. cit, p. 5. L'auteur s'interroge d'ailleurs sur la conformité au droit européen de l'usage de l'article 62 de la Constitution, notamment au regard de son caractère « *justifié et non arbitraire* ».

⁹⁹ ROULHAC Cédric, « L'apport de la question prioritaire de constitutionnalité en matière fiscale », in *Revue de droit fiscal*, n° 51-52, 21 décembre 2017, p. 12.

¹⁰⁰ EYNARD Manuel, « La modulation des effets dans le temps des déclarations d'inconstitutionnalité prononcées dans le cadre de questions prioritaires de constitutionnalité : typologie des solutions et perspectives », art. cit., p. 324.

¹⁰¹ La critique de l'absence de motivation est d'ailleurs récurrente, v. BENZINA Samy, « Le champ d'application de l'effet utile des décisions QPC d'inconstitutionnalité », art. cit. ; REDOR-FRICHOT Marie-Joëlle, « Le Conseil constitutionnel, la QPC et les "droits et libertés que la Constitution garantit" », in *Cahiers de recherche sur les droits fondamentaux*, n°9, 2011, pp. 41-53.

d'avancer l'utilité d'une distinction entre la motivation de la déclaration d'inconstitutionnalité et celle relative à la détermination des effets de la déclaration d'inconstitutionnalité¹⁰². Ces deux motivations nous semblent liées et indubitablement associées dès lors que la décision d'inconstitutionnalité est elle-même modulée par ses propres effets. Dès lors, le préalable général est celui de la motivation de la décision prise dans son ensemble, c'est-à-dire autant dans son fondement que dans ses effets.

Recommandations. – Le Conseil constitutionnel se fait « *maître des horloges* »¹⁰³ lorsqu'il agit dans le cadre d'une modulation des effets dans le temps de ses décisions. Dans la perspective de l'abrogation immédiate et, plus précisément, du choix de l'abrogation puis du choix de l'immédiateté de cette abrogation, deux idées semblent devoir être notées.

Il existe un problème manifeste de **motivation** du choix de l'abrogation par rapport à la conformité avec réserve ou encore du choix de l'abrogation immédiate par rapport à l'abrogation différée. Faute de motivation, il semble difficile d'**anticiper** pour les conseils, les contribuables et surtout le législateur. Faute d'anticipation, ne demeure que le risque juridique, économique, social et politique d'insécurité juridique. L'explication est sans doute que le Conseil, outre des carences internes à son organisation, opère une conciliation probablement trop complexe à opérer tant les intérêts en jeu sont divergents. Un **resserrement** de l'office résoudrait partiellement le problème, notamment dans la **conception de ce qu'est (doit être) l'effet utile**.

Un problème de dé-systématisation des solutions d'abrogation immédiate, conséquence du premier problème évoqué. Les formules employées par le Conseil dans le cadre de l'abrogation immédiate, censé être le cas le plus commun et le plus simple, sont **trop nombreuses**. Certaines formules sont (in)volontairement floues, laissant une marge de manœuvre trop importante aux juridictions, au risque d'instituer une inégalité de traitement entre les contribuables selon la juridiction en cause. La formule actuellement employée souffre de nombreuses carences : « *En l'espèce, aucun motif ne justifie de reporter les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité. Celle-ci intervient donc à compter de la date de publication de la présente décision. Elle peut être invoquée dans toutes les instances introduites et non jugées définitivement à cette date* ». D'abord, l'évocation de motifs justifiant le report des effets de la déclaration insinue que le Conseil explique généralement ces motifs dans les décisions concernées, ce qui n'est pas le cas. La formule est donc trompeuse. Ensuite, eu égard au fait que la déclaration d'inconstitutionnalité « *peut être invoquée dans toutes les instances introduites et non jugées définitivement à cette date* », il semble capital que le Conseil fasse lui-même ce choix, sous la réserve mentionnée au paragraphe précédent. Il renoncerait ainsi à faire une distinction complexe et inutile selon que « à cette date » figure ou non dans la décision. Enfin, la rédaction change régulièrement sans apporter la moindre nouveauté. Les écarts stylistiques ne sont pas attendus dans une matière aussi littérale que le droit.

¹⁰² EYNARD Manuel, « La modulation des effets dans le temps des déclarations d'inconstitutionnalité prononcées dans le cadre de questions prioritaires de constitutionnalité : typologie des solutions et perspectives », art. cit., p. 324.

¹⁰³ ROUSSEAU Dominique, « Le Conseil constitutionnel, maître des horloges », in *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2017, pp. 5-18.

B. L'effet utile dans le cadre d'une abrogation différée en matière fiscale

Typologie des abrogations différées. – La typologie des effets des décisions du Conseil constitutionnel relève d'une volonté de conciliation plus fine entre des intérêts *a priori* divergents : ceux de l'État et ceux du requérant, voire de l'ensemble des concernés. Effectivement, si l'intérêt convergeait entre les parties, il ne serait pas utile de différer l'abrogation. Lorsque l'intérêt ne converge pas, l'abrogation sera différée. Sur les 121 décisions retenues, 33 consacrent une non-conformité. Sur ces 33, 25 abrogent immédiatement et 8 seulement¹⁰⁴ diffèrent leur abrogation¹⁰⁵. Ce sont ces dernières que nous retenons ici.

La conciliation est ici plus prenante selon la modulation (étape intermédiaire de conciliation) effectuée de l'effet utile. Si l'on refuse l'effet utile en ne créant simplement pas de régime transitoire¹⁰⁶ (sursis à statuer ou réserve), alors c'est que finalement l'intérêt de l'État prédominait sans qu'on puisse pour autant maintenir la disposition déclarée inconstitutionnelle. Dès lors, il est laissé le temps au législateur d'intervenir tout en écartant le requérant des bénéficiaires de la décision (transition pro-législative). Cette situation relativement rare est supplantée par la situation du régime transitoire dont l'objectif est de différer l'abrogation en faveur d'un retournement du législateur, tout en permettant au contribuable de bénéficier de la déclaration d'inconstitutionnalité. Cette conciliation n'a donc pas pour essence originelle que l'intérêt public, mais l'instauration de cette transition juridique (le régime transitoire) est ici mue par une volonté de conférer un effet utile à la décision (transition pro-requérant), qu'elle soit réservée au seul requérant (transition *inter partes*), ou à l'ensemble des concernés (transition *erga omnes*). On recourt alors au sursis à statuer ou à la réserve transitoire.

La préservation de l'effet utile des QPC ne serait pas une question majeure dès lors qu'en matière fiscale, les conséquences des décisions de non-conformité du Conseil constitutionnel n'entraîneraient pas de conséquences manifestement excessives. Tout l'enjeu des décisions du Conseil constitutionnel en matière fiscale est **pourtant intrinsèquement lié à leurs conséquences**. Comment concilier d'une part la défense des droits et libertés individuelles (dès lors que celles-ci consacrent un principe de profitabilité) et, d'autre part, l'impérieuse nécessité d'État qui ne peut en aucun cas être traité comme une personne physique classique sur laquelle la décision doit peser de toute sa puissance ? Il est tout aussi important que la décision ne provoque pas un « vide juridique »¹⁰⁷. Cette conciliation est généralement

¹⁰⁴ Il est étonnant que l'abrogation différée ne soit pas plus utilisée alors que les conséquences des décisions QPC en matière fiscale sont loin d'être négligeable, v. KOSKAS Michael, « Le recours à l'effet différé de la censure par le Conseil constitutionnel : le point de vue de la Cour EDH », art. cit., p. 4.

¹⁰⁵ Décision n°2014-400 QPC du 6 juin 2014, *Société Orange SA* (non-conformité totale – effet différé – réserve transitoire) ; Décision n°2014-404 QPC du 20 juin 2014, *Époux M.* (non-conformité – effet différé – réserve transitoire) ; Décision n°2014-413 QPC du 19 septembre 2014, *Société PV-CP Distribution* (non-conformité totale – effet différé) ; Décision n°2014-417 QPC du 19 septembre 2014, *Société Red Bull On Premise et autre* (non-conformité partielle – effet différé) ; Décision n°2016-571 QPC du 30 septembre 2016, *Société Layher SAS* (non-conformité totale – effet différé) ; Décision n°2017-669 QPC du 27 octobre 2017, *Société EDI-TV* (non-conformité totale – effet différé) ; Décision n°2018-733 QPC du 21 septembre 2018, *Société d'exploitation de moyens de carénage* (non-conformité partielle – effet différé) ; Décision n°2018-739 QPC du 12 octobre 2018, *Société Dom Com Invest* (non-conformité totale – effet différé).

¹⁰⁶ Pour un exemple : Décision n°2016-571 QPC du 30 septembre 2016, *Société Layher SAS* (non-conformité totale).

¹⁰⁷ DAYDIE Laura, « La détermination des effets des décisions QPC : illustration d'un usage perfectible de la Constitution », art. cit., p. 45.

opérée à travers le considérant du Conseil constitutionnel relevant de la portée qu'il entend conférer à sa décision, soit que la décision bénéficie pleinement au requérant et aux instances en cours ou aux instances potentielles, soit qu'elle ne leur bénéficie pas pleinement dès lors qu'elle pourrait excessivement porter préjudice à l'État.

De la qualification des décisions « en tant que ne pas » à leurs incidences en matière d'abrogation différée. – En matière fiscale, dans le cadre du principe d'égalité devant les charges publiques consacré à travers les articles 6 et 13 de la DDHC, dont la valeur constitutionnelle a été reconnue en 1971¹⁰⁸ et utilisée la première fois en matière fiscale en 1973¹⁰⁹, une typologie « par les effets » des recours constitutionnels semble s'imposer avec force au Conseil constitutionnel, en tant que la disposition contestée fonde une discrimination « par action » ou une discrimination « par omission »¹¹⁰. La discrimination « par action » peut être soulevée par le contribuable qui s'en estime victime, dès lors qu'une loi les visant directement leur applique une règle plus défavorable. Au contraire, la discrimination « par omission » peut être soulevée dès lors qu'une loi contestée ne reconnaît pas au requérant un avantage qu'elle accordait à d'autres. Le recours « en tant que ne pas » vise justement ces situations dans lesquelles une loi fiscale – pour ce qui nous concerne –, ne reconnaît pas à certains contribuables un avantage qui est pourtant accordé à d'autres, placés dans la même situation. Le recours « par action » vise la situation directe dans laquelle une loi applique à des contribuables qu'elle vise directement une règle plus défavorable qu'à d'autres.

Autrement dit, la distinction entre les deux recours s'effectue selon que la loi contestée vise défavorablement certains contribuables (contrairement à d'autres placés dans une même situation) ou ne les vise pas favorablement tandis qu'elle en vise d'autres (placés dans une même situation). En ce que la loi, qui fait ici l'objet d'un recours « en tant que ne pas », ne reconnaît justement pas à certains contribuables un avantage qui est pourtant accordé à d'autres, elle échappe régulièrement au contrôle de constitutionnalité *a priori* qui ne saurait déceler fondamentalement une discrimination « par omission », notamment dans les cas où il est difficile de déterminer ceux qui ont été injustement omis des avantages que la loi accorde, alors qu'ils appartiennent à la même catégorie qui identifie ceux qui en bénéficient. Effectivement, toute analyse « en tant que ne pas » nécessite une clef de comparaison. Or, cette clef de comparaison peut ne pas être identifiable au moment du contrôle *a priori*. C'est ainsi que dès sa première décision¹¹¹, le Conseil constitutionnel a admis le recours en « en tant que ne pas » dès lors que (sans entrer dans les détails techniques) le bénéficiaire d'une revalorisation des pensions militaires d'invalidité et de retraites du combattant ne bénéficie pas aux titulaires desdites pensions en raison de leur seule nationalité. Faut-il encore s'interroger sur la représentativité des décisions « en tant que ne pas » parmi les décisions du Conseil en matière fiscale. Rappelons déjà que sur les 8 décisions analysées, seule l'une d'elle a pour requérant un particulier¹¹². La plupart des décisions se fondent sur une rupture d'égalité « en tant que ne pas », notamment lorsque le requérant est une personne morale. Par extension, les décisions

¹⁰⁸ Décision n°71-44 DC, 16 juillet 1971, *Liberté d'association*.

¹⁰⁹ Décision n°73-51 DC du 27 décembre 1973, *Taxation d'office*.

¹¹⁰ de CROUY CHANEL Emmanuel, « La portée conférée par le Conseil aux décisions qu'il rend en matière fiscale », art. cit., p. 266.

¹¹¹ Décision n°2010-1 QPC du 28 mai 2010, *Consorts L*.

¹¹² Décision n°2014-404 QPC du 20 juin 2014, *Époux M*. (non-conformité – effet différé – réserve transitoire).

fondées sur une rupture d'égalité « en tant que ne pas » tendent à bénéficier d'une meilleure préservation de l'effet utile.

Dans les décisions relatives à la matière fiscale, notamment dans les décisions « en tant que ne pas » dès lors qu'elles sanctionnent le non-bénéfice d'un régime plus favorable à certains contribuables, le Conseil constitutionnel est confronté à un choix qui relève davantage d'un choix politique que juridique, puisque le choix juridique s'arrête intrinsèquement à la déclaration de non-conformité de la disposition qui instituait une rupture d'égalité. Autrement posé, le choix juridique est celui de mettre un terme à la rupture d'égalité. Ce choix entraîne toutefois des conséquences majeures.

S'il décide d'étendre le bénéfice de la disposition aux requérants qui n'en bénéficient pas *a priori*, il interfère avec l'objet de la loi qui relève du principe de légalité de l'impôt, sans compter les incidences financières d'une telle décision dont on peut rapidement chiffrer les effets à plusieurs milliards d'euros¹¹³.

S'il décide de supprimer le dispositif et donc le bénéfice que peuvent en tirer d'autres contribuables, il interfère là encore avec l'objet de la loi, mais surtout il peut leur étendre le champ d'application d'un impôt – dans le cas où il censure une disposition qui exonérait certains contribuables¹¹⁴.

Contrairement aux décisions de non-conformité « en tant que ne pas », les décisions « par action » se limite à l'abrogation de la disposition dont le requérant soulevait l'inconstitutionnalité et, généralement, à une restitution de l'impôt indûment perçu par l'Administration fiscale pour le compte de l'État – ce qui n'est déjà pas innocent lorsque les sommes perçues s'élèvent là aussi à plusieurs milliards d'euros.

Dans les décisions « en tant que ne pas », le requérant peut rechercher non pas directement l'abrogation pour elle-même – comme dans les situations où la disposition institue une discrimination dont il est victime –, mais pour ses effets indirects, notamment dans la situation où la déclaration d'inconstitutionnalité conduit à lui faire bénéficier d'un régime de faveur auquel il ne pouvait prétendre à l'origine. Cette situation, nous l'avons dit, contrevient au principe de légalité de l'impôt tel qu'il résulte de l'article 14 de la DDHC mais a pour mérite, à l'instar des décisions qui abrogent la discrimination par action, de garantir l'effet utile pour le contribuable. Ce qui est utile pour le contribuable en matière fiscale relève finalement de ce que l'économiste John Maynard Keynes considérait comme être « *la seule recherche intellectuelle gratifiante* » : l'évitement de l'impôt. Il nous semble, fondamentalement, que sur un plan épistémologique, la détermination de ce qui relève de l'utilité du contribuable devrait être affiné afin de permettre de dégager une systématisation juridique plus fiable et sécurisante¹¹⁵. Avant cela, peut-être aussi faut-il classer par ordre de priorité quels sont les objectifs du Conseil lors d'un contrôle de constitutionnalité. S'il ne s'agit que de sanctionner l'inconstitutionnalité d'une loi, alors sûrement la question des effets dans le temps devrait être abandonnée. On remarque d'ailleurs une tendance à s'appuyer davantage sur les juridictions

¹¹³ de CROUY CHANEL Emmanuel, « La portée conférée par le Conseil aux décisions qu'il rend en matière fiscale », art. cit., p. 266.

¹¹⁴ Pour un exemple : Décision n°2018-733 QPC du 21 septembre 2018, *Société d'exploitation de moyens de carénage* (non-conformité partielle – effet différé).

¹¹⁵ En ce sens, l'utilisation du principe de fraternité pourrait se révéler intéressante.

pour déterminer l'effet utile des décisions QPC¹¹⁶. Or, comme nous le disions, cette façon de procéder étant marquée par une forme certaine de désorganisation, elle ne peut que conduire à de nouvelles ruptures d'égalité (*cf. infra*).

Dans la plupart des situations, le report d'abrogation semble strictement nécessaire¹¹⁷, de même qu'il sera nécessaire toutes les fois où les conséquences seront considérées comme excessives, pour le contribuable ou l'État, tant dans les décisions « en tant que ne pas » que celles qui mettent un terme à une discrimination « par action ». Le report sera aussi nécessaire dès lors qu'il permet de préserver les droits des parties aux litiges, bien que l'application ne soit pas systématique en pratique et pose parfois de sérieux dangers¹¹⁸.

Une conséquence sera manifestement excessive pour l'État lorsqu'elle le conduira à une perte importante de recettes fiscales, ou à ne plus pouvoir sanctionner certaines manœuvres illégales¹¹⁹ ; elle sera de la même manière excessive lorsqu'elle conduit à l'application d'un impôt à des personnes qui en ont été exonérées par le législateur¹²⁰. Dans cette hypothèse, il y a donc lieu de reporter l'abrogation afin de permettre au législateur de tenir compte de la déclaration d'inconstitutionnalité puisque le Conseil constitutionnel, ne bénéficiant pas en théorie d'un pouvoir général d'appréciation de même nature que celui du Parlement, il ne peut prendre une décision interférant avec la compétence de ce dernier. Autrement dit, il n'appartient pas au Conseil « *d'indiquer les modifications des règles d'imposition qui doivent être choisies pour remédier à l'inconstitutionnalité constatée* ». Ce report d'abrogation ne doit pas pour autant priver le contribuable du bénéfice de la décision.

L'hypothèse du sursis à statuer. – Notons que pour accompagner un report d'abrogation, il peut obliger les juridictions à surseoir à statuer jusqu'à la date d'effet de l'abrogation¹²¹, et coupler ce sursis avec l'adresse au législateur de faire rétroagir la loi¹²² fiscale nouvelle qu'il prendra dans le délai qui lui est offert. Cela garantit, de fait, un effet potentiellement utile pour le contribuable, à condition que le droit acquis par le contribuable suite à la reconnaissance d'inconstitutionnalité de la disposition ne soit pas remis en cause par une législation nouvelle plus défavorable encore, et pourtant constitutionnelle. Le sursis à statuer pose alors un principe d'inapplicabilité immédiate contentieuse de la disposition législative censurée, jusqu'à une date limite à laquelle le législateur est censé être intervenu pour remédier à travers une loi nouvelle aux effets excessifs de l'inconstitutionnalité. Faute de sursis à statuer, le Conseil décide de l'applicabilité temporaire de la disposition législative déclarée inconstitutionnelle ou d'un régime transitoire tout aussi problématique (*cf. infra*).

¹¹⁶ BENZINA Samy, « Le champ d'application de l'effet utile des décisions QPC d'inconstitutionnalité », art. cit.

¹¹⁷ Techniquement, le Conseil fait un large usage de la formule « *il y a donc lieu de reporter la déclaration d'inconstitutionnalité* ». La première décision à consacrer un effet différé en matière fiscale est une décision du 6 juin 2014 : Décision n°2014-400 QPC du 6 juin 2014, *Société Orange SA* (non-conformité totale – effet différé – réserve transitoire).

¹¹⁸ À ce propos, en matière pénale, v. « Le Conseil constitutionnel censure la loi sur le harcèlement sexuel », *Le Monde*, 4 mai 2012.

¹¹⁹ Décision n°2018-739 QPC du 12 octobre 2018, *Société Dom Com Invest* (non-conformité totale – effet différé).

¹²⁰ Décision n°2016-571 QPC du 30 septembre 2016, *Société Layher SAS* (non-conformité totale – effet différé).

¹²¹ Pour des exemples : Décision n°2014-413 QPC du 19 septembre 2014, *Société PV-CP Distribution* (non-conformité totale – effet différé) ; Décision n°2017-669 QPC du 27 octobre 2017, *Société EDI-TV* (non-conformité totale – effet différé).

¹²² Décision n°2010-1 QPC et Décision n°2010-83 QPC.

Les subtilités financières du report d'abrogation : la caractérisation du choix. –

L'abrogation différée a pour objectif de laisser le temps, voire d'enjoindre assez énergiquement puisqu'il y a un calendrier fixe à respecter¹²³, au législateur de se prononcer¹²⁴ à travers une loi de finances initiale ou rectificative sur l'édition d'une disposition nouvelle – l'inconstitutionnalité retranchée – et prévenant toutes les conséquences qui seraient manifestement excessives. Afin de laisser le temps au législateur de remplacer le dispositif invalidé, il va donc décider de différer les effets de la décision¹²⁵, *a priori*, sans préjudice de l'effet utile pour le requérant. Toutefois, il peut encore étendre le bénéfice de sa décision de report aux situations analogues antérieures pour lesquelles une réclamation contentieuse n'a pas encore été déposée au jour de la décision¹²⁶. L'enjeu est alors de garantir l'effet utile pour les requérants¹²⁷, et de le consacrer pour l'ensemble des concernés (qu'ils soient seulement concernés, rectifiés, contestants ou encore réclamants – non pas seulement donc pour les requérants¹²⁸).

Dans l'hypothèse la plus simple de l'effet différée telle qu'elle résulte des décisions précitées n°400 et n°404, l'effet utile n'est préservé que dans des cadres relativement restrictifs. Il en est notamment ainsi dans les décisions fiscales qui suivent, n°413 et n°417 – preuve d'ailleurs que l'année 2014 démontre une tentative d'originalité de l'action du Conseil constitutionnel¹²⁹. Dans sa décision n°413, le Conseil constitutionnel opte pour un report d'abrogation classique, afin d'éviter de plafonner le prélèvement, ce qui relève de la compétence du législateur (« *afin de permettre au législateur de tirer les conséquences de la déclaration d'inconstitutionnalité* »). Il n'y a pas ici l'usage d'un régime transitoire mais un

¹²³ TAP Florent, « L'abrogation différée d'une disposition législative par le Conseil constitutionnel : que faire en cas de retard du législateur ? », s.l.n.d.

¹²⁴ BENETTI Julie, « Les incidences de la question prioritaire de constitutionnalité sur le travail législatif. D'une logique de prévention à une logique de correction des inconstitutionnalités », *Constitutions*, 2011, n°1, pp. 42 et s.

¹²⁵ Tel est le cas dans sa première décision en la matière : Décision n°2014-400 QPC du 6 juin 2014, *Société Orange SA* (non-conformité totale – effet différé – réserve transitoire). Il en est ainsi dans sa décision n°404 : Décision n°2014-404 QPC du 20 juin 2014, *Époux M.* (non-conformité – effet différé – réserve transitoire). D'une manière équivalente il en est ainsi dans ses décisions 413 et 417, à l'exclusion du régime transitoire : Décision n°2014-413 QPC du 19 septembre 2014, *Société PV-CP Distribution* (non-conformité totale – effet différé) et Décision n°2014-417 QPC du 19 septembre 2014, *Société Red Bull On Premise et autre* (non-conformité partielle – effet différé) ; autres décisions proches : Décision n°2016-571 QPC du 30 septembre 2016, *Société Layher SAS* (non-conformité totale – effet différé) ; Décision n°2017-669 QPC du 27 octobre 2017, *Société EDI-TV* (non-conformité totale – effet différé) ; Décision n°2018-733 QPC du 21 septembre 2018, *Société d'exploitation de moyens de carénage* (non-conformité partielle – effet différé) ; Décision n°2018-739 QPC du 12 octobre 2018, *Société Dom Com Invest* (non-conformité totale – effet différé).

¹²⁶ Décision n°2010-52 QPC du 14 octobre 2010, *Compagnie agricole de la Crau* (non-conformité totale). Il s'agit de la première décision de non-conformité du Conseil constitutionnel en matière fiscale. Le principe dont la méconnaissance est invoquée est relatif à l'égalité devant les charges publiques au sens de l'article 13 de la DDHC. Le Conseil opère une liaison à l'article 34 de la DDHC dans le sens où il appartient au législateur d'apprécier les capacités contributives. La même décision relative à l'effet utile ressort de la seconde décision de non-conformité : Décision n°2010-78 QPC du 10 décembre 2010, *Société IMNOMA* (non-conformité totale).

¹²⁷ Les techniques utilisées sont efficaces puisqu'elles permettent aux contribuables de bénéficier rapidement d'une disposition favorable dont ils auraient été privés par le législateur en méconnaissance d'un principe constitutionnel, v. de BISSY Arnaud et FERRÉ Matthieu, « Le régime fiscal du rachat de titres : inconstitutionnalité et avenir », in *Revue Droit fiscal*, n°30, 2014, pp. 1-12.

¹²⁸ Pour cette distinction, nous renvoyons à l'article : de CROUY CHANEL Emmanuel, « La portée conférée par le Conseil aux décisions qu'il rend en matière fiscale », art. cit.

¹²⁹ Décision n°2014-413 QPC du 19 septembre 2014, *Société PV-CP Distribution* (non-conformité totale – effet différé) et Décision n°2014-417 QPC du 19 septembre 2014, *Société Red Bull On Premise et autre*, cons. 8 (non-conformité partielle – effet différé).

simple sursis à statuer qui est donc clairement mentionné¹³⁰. Notons toutefois qu'un délai est imposé au législateur pour statuer et, surtout, que l'Administration et les juridictions doivent surseoir à statuer non seulement pour les procédures en cours, mais en plus pour les procédures à venir¹³¹. Le Conseil opère donc préalablement le choix d'étendre sa décision non seulement aux requérants, mais aussi aux réclamants et à l'ensemble des concernés. Par conséquent, le Conseil impose l'application de sa décision à tous, même ceux qui n'ont pas engagé d'action. Ce faisant, la décision n°417 pose le même principe de report d'abrogation en raison de son incompétence à « élargir l'assiette d'une imposition », si ce n'est qu'il s'agit de la première décision QPC en matière fiscale dont la présentation fait clairement figurer une partie relative aux effets de la déclaration d'inconstitutionnalité¹³². Dans cette dernière décision, il ne fait pas non plus référence au sursis à statuer.

Incidences sur l'effet utile du report d'abrogation. – Malgré le développement de ces techniques, l'effet utile des décisions du Conseil constitutionnel souffre de leur « ajournement » dans l'hypothèse de la mise en œuvre d'un « pouvoir décisionnel transitoire » que s'est accaparé le Conseil constitutionnel dans l'attente d'une intervention législative nécessaire à la refonte du dispositif déclaré inconstitutionnel. Dans sa décision n°10 QPC¹³³, le Conseil entendait être investi du « *pouvoir de déterminer des règles transitoires dans l'attente de l'adoption d'une éventuelle réforme destinée à remédier à l'inconstitutionnalité* », posant de fait la question de l'effet utile au sens strict pour le requérant qui pourrait alors se voir appliquer des règles transitoires dont il ne recherchait pas l'application et qui, en outre, relèvent d'un manquement manifeste au principe de légalité de la loi fiscale, éventuellement au principe d'égalité devant les charges publiques et, certainement, au principe de la séparation des pouvoirs.

Effectivement, l'affirmation la plus forte de ce nouveau pouvoir est issue des décisions¹³⁴ n°400 et 404 QPC, dans lesquelles le juge entend créer de toute pièce une législation transitoire, allant même jusqu'à instituer des régimes fiscaux distincts selon la période considérée.

En ce qui concerne la décision n°400¹³⁵, outre l'instauration d'un report d'abrogation relativement classique dans sa forme, bien que les conséquences soient variées, l'élément fondamental est celui posé par le considérant 11 de ladite décision : « *afin de préserver l'effet*

¹³⁰ Il s'agit de la première décision fiscale dans laquelle il est directement fait référence au sursis à statuer : Décision n°2014-413 QPC du 19 septembre 2014, *Société PV-CP Distribution* (non-conformité totale – effet différé).

¹³¹ Décision n°2014-413 QPC du 19 septembre 2014, *Société PV-CP Distribution*, cons. 8 (non-conformité totale – effet différé) : « *il appartient aux administrations et aux juridictions saisies de surseoir à statuer jusqu'à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi ou, au plus tard, jusqu'au 1er janvier 2015 dans les procédures en cours ou à venir dont l'issue dépend de l'application des dispositions déclarées inconstitutionnelles* ».

¹³² Dite : « *sur les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité* », v. entre les cons. 14 et 15, Décision n°2014-417 QPC du 19 septembre 2014, *Société Red Bull On Premise et autre*, cons. 8 (non-conformité partielle – effet différé).

¹³³ Décision n°2010-10 QPC du 2 juillet 2010, *Consorts C. et autres*.

¹³⁴ AUSTRY Stéphane, « Chronique de droit économique et fiscal », in *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°45, 2014, p. 227-234.

¹³⁵ Décision n° 2014-400 QPC du 6 juin 2014, *Société Orange SA* (non-conformité totale – effet différé – réserve transitoire).

utile de la présente décision, notamment à la solution des instances actuellement en cours, les frais de constitution de garanties engagés à l'occasion d'une demande de sursis de paiement formulée en application du premier alinéa de l'article L. 277 du livre des procédures fiscales avant l'entrée en vigueur d'une nouvelle loi ou, au plus tard, avant le 1er janvier 2015 sont imputables soit sur les intérêts « moratoires » prévus par l'article L. 209 du livre des procédures fiscales, soit sur les intérêts « de retard » prévus par l'article 1727 du code général des impôts dus en cas de rejet, par la juridiction saisie, de la contestation de l'imposition ».

En ce qui concerne la décision n°404¹³⁶, le principe posé est le même que dans la décision précédente : référence à l'idée que le Conseil ne dispose pas du même pouvoir d'appréciation que le Parlement et, conséquemment, à l'intérêt du report de l'abrogation à une date ultérieure afin de laisser les parlementaires « *apprécier les suites qu'il convient de donner à cette déclaration d'inconstitutionnalité* ». Le considérant 14 est toutefois plus intéressant : « *afin de préserver l'effet utile de la présente décision, notamment à la solution des instances en cours, les sommes ou valeurs reçues avant le 1er janvier 2014 par les actionnaires ou associés personnes physiques au titre du rachat de leurs actions ou parts sociales par la société émettrice, lorsque ce rachat a été effectué selon une procédure autorisée par la loi, ne sont pas considérées comme des revenus distribués et sont imposées selon le régime des plus-values de cession prévu, selon les cas, aux articles 39 duodécies, 150-0 A ou 150 UB du code général des impôts ; qu'à défaut de l'entrée en vigueur d'une loi déterminant de nouvelles règles applicables pour l'année 2014, il en va de même des sommes ou valeurs reçues avant le 1er janvier 2015* ». Il est assez frappant de constater que le Conseil modifie ici l'assiette du prélèvement et plus largement dans les faits, l'ensemble du régime d'imposition de certains revenus.

Parfois le Conseil prévoit un régime dérogatoire dans l'objectif de faire cesser l'inconstitutionnalité, sans donc attendre l'intervention du législateur et, plus grave encore, en déterminant les personnes auxquelles peuvent s'appliquer des sanctions : « *Afin de faire cesser l'inconstitutionnalité constatée à compter de la publication de la présente décision, il y a lieu de juger que l'amende instituée par le premier alinéa de l'article 1740 A du code général des impôts s'applique uniquement aux personnes qui ont sciemment délivré des documents permettant à un contribuable d'obtenir un avantage fiscal indu* »¹³⁷.

Cet effet différé conduit paradoxalement le contribuable requérant à se voir appliquer, *a minima* pendant un certain temps, la disposition pourtant jugée inconstitutionnelle et, *a maxima*, se voir appliquer une législation issue de la seule appréciation du juge constitutionnel. Si le positionnement « pseudo-législatif » du Conseil ne s'impose pas *a fortiori* au législateur et est, de fait, limité dans le temps, force est de constater qu'il s'impose au contribuable et pourrait se prolonger autant de temps que le législateur resterait silencieux à la déclaration d'inconstitutionnalité. Dès lors, si le juge s'attache à la préservation des garanties accordées au contribuable, la mainmise qu'il exerce sur la législation transitoire interroge sur le bénéfice que peuvent en tirer les contribuables en cours d'instance.

¹³⁶ Décision n° 2014-404 QPC du 20 juin 2014, *Époux M.* (non-conformité – effet différé – réserve transitoire). Pour une étude complète, v. de BISSY Arnaud et FERRÉ Matthieu, « Le régime fiscal du rachat de titres : inconstitutionnalité et avenir », art. cit.

¹³⁷ Décision n° 2018-739 QPC du 12 octobre 2018, *Société Dom Com Invest* (non-conformité totale – effet différé).

Ce « *pouvoir de substitution* »¹³⁸ permis par la technique des dites « réserves d'interprétation », dont la « *qualification fallacieuse* »¹³⁹ ne doit pas occulter sa nature, existe alors même que le Conseil énonce ne pas disposer « *d'un pouvoir général d'appréciation de même nature que celui du Parlement* ». Il démontre surtout que le législateur n'hésite pas à « *s'émanciper de la qualification de 'législateur négatif'* »¹⁴⁰ qui lui est traditionnellement attribuée¹⁴¹. Cette énonciation est ancienne puisque le Conseil affirmait dès 2010 que « *le Conseil constitutionnel n'a pas un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement* »¹⁴², dès lors, « *il ne saurait rechercher si les objectifs – y compris ceux qui résultent des travaux préparatoires*¹⁴³ – *que s'est assignés le législateur auraient pu être atteints par d'autres voies, dès lors que les modalités retenues par la loi ne sont pas manifestement inappropriées à l'objectif visé* »¹⁴⁴. Ce pouvoir d'appréciation, est important dès lors que le juge opère une appréciation très casuistique de cet objectif visé¹⁴⁵. Le Conseil apprécie ainsi l'objectif poursuivi tel que « *l'objectif constitutionnel de lutte contre l'évasion fiscale* »¹⁴⁶ ainsi que la nature et le degré des moyens utilisés pour y parvenir : « [Le législateur] *s'est fondé sur des critères objectifs et rationnels* »¹⁴⁷, ou un motif d'intérêt général

¹³⁸ MATHIEU Bertrand, Chronique QPC, *JCP G*, 2010, chron. 801, p. 1485.

¹³⁹ de BISSY Arnaud, FERRÉ Mathieu, « Le régime fiscal du rachat de titres : inconstitutionnalité et avenir », art. cit.

¹⁴⁰ MAGNON Xavier (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité : principes généraux, pratique et droit du contentieux*, Paris, LexisNexis, 2nd éd., 2013, p. 294.

¹⁴¹ EYNARD Manuel, « La modulation des effets dans le temps des déclarations d'inconstitutionnalité prononcées dans le cadre de questions prioritaires de constitutionnalité : typologie des solutions et perspectives », art. cit, p. 335.

¹⁴² La même affirmation est posée dans sa première jurisprudence fiscale instituant non seulement le report d'abrogation, mais en outre des réserves transitoires : Décision n°2014-400 QPC du 6 juin 2014, *Société Orange SA* (non-conformité – effet différé – réserve transitoire).

¹⁴³ Décision n°2015-482 QPC du 17 septembre 2015, *Société Gurdebeke SA* (conformité – réserve) ; Décision n°2016-610 QPC du 10 février 2017, *Époux G.* (conformité – réserve) ; Décision n°2017-643/650 QPC du 7 juillet 2017, *M. Amar H. et autre* (conformité – réserve) ; Décision n°2018-748 QPC du 30 novembre 2018, *Société Zimmer Biomet France Holdings* (conformité – réserve). Notons à propos des travaux préparatoires que leur présence dans la QPC peut être qualifiée de marginale, v. BLACHÈRE Philippe, « Le Parlement et la QPC », in *Revue française de droit constitutionnel*, n°116, 2018, pp. 933-949.

¹⁴⁴ Décision n°2010-28 QPC du 17 septembre 2010, *Association Sportive Football Club de Metz* (conformité).

¹⁴⁵ Décision n°2012-251 QPC du 8 juin 2012, *COPACEL et autres* (conformité – réserve) (domaine autre que fiscal) ; Décision n°2012-267 QPC du 20 juillet 2012, *Mme Irène L.* (conformité) ; Décision n°2013-340 QPC du 20 septembre 2013, *M. Alain G.* (conformité – réserve) ; Décision n°2014-456 QPC du 6 mars 2015, *Société Nextradio TV* (conformité) ; Décision n°2015-515 QPC du 14 janvier 2016, *M. Marc François-Xavier M.-M.* (conformité – réserve) ; Décision n°2016-587 QPC du 14 octobre 2016, *Époux F.* (non-conformité totale) ; Décision n°2016-612 QPC du 24 février 2017, *SCI Hyéroise* (conformité) ; Décision n°2017-658 QPC du 3 octobre 2017, *M. Jean-Jacques M.* (conformité) ; Décision n°2017-663 QPC du 19 octobre 2017, *Époux T.* (non-conformité totale) ; Décision n°2017-681 QPC du 15 décembre 2017, *Société Marlin* (conformité) ; Décision n°2018-701 QPC du 20 avril 2018, *Société Mi Développement 2* (conformité) ; Décision n°2018-733 QPC du 21 septembre 2018, *Société d'exploitation de moyens de carénage* (non-conformité partielle – effet différé) ; Décision n°2018-748 QPC du 30 novembre 2018, *Société Zimmer Biomet France Holdings* (conformité – réserve) ; Décision n°2018-752 QPC du 7 décembre 2018, *Fondation Ildys* (conformité).

¹⁴⁶ Décision n°2010-70 QPC du 26 novembre 2010, *M. Pierre-Yves M.*, cons. 4 (conformité – réserve).

¹⁴⁷ Décision n°2010-70 QPC du 26 novembre 2010, *M. Pierre-Yves M.*, cons. 4 (conformité – réserve) ; Décision n°2011-121 QPC du 29 avril 2011, *Société UNILEVER France* (conformité) ; Décision n°2011-165 QPC du 16 septembre 2011, *Société HEATHERBRAE LTD* (conformité) ; Décision n°2012-238 QPC du 20 avril 2012, *Société anonyme Paris Saint-Germain football* (conformité). Pour un exemple où le critère n'est ni objectif ni rationnel : Décision n°2010-88 QPC du 21 janvier 2011, *Mme Danièle B.* (non-conformité partielle – réserve) ; Décision n°2010-97 QPC du 4 février 2011, *Société LAVAL DISTRIBUTION* (non-conformité totale).

suffisant – y compris « *en rapport direct avec l'objet de la loi* »¹⁴⁸. Au contraire, les dispositions contestées peuvent « *porter une atteinte manifestement disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi* »¹⁴⁹. Traditionnellement, le Conseil¹⁵⁰ utilise la formule suivante : « *En l'espèce, l'abrogation immédiate [...] aurait pour effet d'étendre l'application d'un impôt à des personnes qui en ont été exonérées par le législateur. Or, le Conseil constitutionnel ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation de même nature que celui du Parlement. Il ne lui appartient pas d'indiquer les modifications des règles d'imposition qui doivent être choisies pour remédier à l'inconstitutionnalité constatée. Par suite, il y a lieu de reporter au [...] la date de cette abrogation* ».

Traditionnellement, en matière de sanction¹⁵¹, le Conseil utilise la formule suivante : « *En l'espèce, l'abrogation immédiate des dispositions contestées aurait pour effet de priver de fondement la sanction [...], même dans le cas où le caractère intentionnel du manquement sanctionné serait établi. Elle entraînerait ainsi des conséquences manifestement excessives. Par suite, il y a lieu de reporter au [...] la date de l'abrogation des dispositions contestées* ».

Notons en outre que le Conseil précise la méthode qui lui permet de déterminer une rupture d'égalité¹⁵² : « *pour apprécier le respect du principe d'égalité devant les charges publiques, il convient de prendre en compte l'ensemble des impositions pesant sur le même revenu et acquittées par le même contribuable* ».

Pour autant, la justification étonnement mise en avant par les juges consiste en effet à conférer un effet utile à leurs décisions « *ne saurait légitimer une telle innovation* »¹⁵³ dans la mesure où le juge peut simplement ordonner aux juridictions de surseoir à statuer. Il semble donc que ce pouvoir de substitution au législateur marque non seulement un développement contesté et contestable des prérogatives du Conseil constitutionnel, mais en outre n'offre ni garantie de sécurité juridique aux contribuables, ni même le bénéfice réel de l'effet utile. Dès lors, l'effet utile au sein de la matière fiscale marque toute sa singularité. Si dans la majorité des hypothèses, le Conseil veille à garantir les droits acquis du contribuable par la mise en œuvre de l'effet utile, le développement de ses prérogatives en matières de « *législation provisoire* » et surtout les difficultés tenant à la période répétitive des impositions désormais exclues d'un recours *via* l'introduction d'une nouvelle réclamation contentieuse, viennent sans doute porter préjudice au besoin de sécurité juridique de ce dernier.

La doctrine remarque ainsi que la pression concurrentielle du contrôle de conventionnalité a dû jouer un rôle dans ce souci d'assurer un effet utile, au moins pour le requérant¹⁵⁴, ce qui explique pour partie la multiplication des décisions avec « *réserve* » ou la complexification des régimes transitoires. En ce sens, la modulation des effets dans le temps

¹⁴⁸ Décision n°2013-327 QPC du 21 juin 2013, *SA Assistance Sécurité et Gardiennage* (conformité – réserve) ; pour un exemple complet : Décision n°2014-404 QPC du 20 juin 2014, *Époux M.* (non-conformité – effet différé – réserve transitoire).

¹⁴⁹ Décision n°2016-591 QPC du 21 octobre 2016, *Mme Helen S.*, cons. 6 (non-conformité totale).

¹⁵⁰ Par exemple : Décision n°2018-733 QPC du 21 septembre 2018, *Société d'exploitation de moyens de carénage* (non-conformité partielle – effet différé).

¹⁵¹ Décision n°2018-739 QPC du 12 octobre 2018, *Société Dom Com Invest* (non-conformité totale – effet différé).

¹⁵² Décision n°2015-473 QPC du 26 juin 2015, *Époux P.*, cons. 8 (conformité – réserve).

¹⁵³ *Ibid.*

¹⁵⁴ VILETTE Vincent, « Conséquences des décisions du Conseil constitutionnel : le Conseil ménage ses effets », art. cit., p. 10 ; sur les effets dans le temps en particulier, v. KOSKAS Michael, « Le recours à l'effet différé de la censure par le Conseil constitutionnel : le point de vue de la Cour EDH », art. cit.

des décisions QPC ne peut pas complètement s'exonérer du dialogue général auquel se prêtent les juges¹⁵⁵.

Les effets de la subsistance des dispositions déclarées inconstitutionnelles. – Dans l'abrogation différée, il existe alors un délai pendant lequel une disposition législative reconnue comme inconstitutionnelle subsiste. Le juge ordinaire doit alors tirer les conséquences de la décision d'inconstitutionnalité¹⁵⁶. Faute d'instruction précise, le juge ordinaire et même le Conseil d'État peuvent « surréagir » aux décisions du Conseil constitutionnel¹⁵⁷. Il arrive régulièrement que le Conseil constitutionnel enjoigne au législateur de rendre les nouvelles dispositions législatives applicables aux instances en cours à la date de sa décision, tout en enjoignant les juridictions de sursoir à statuer¹⁵⁸. Cette méthode semble la plus équilibrée, sous réserve de la bonne intervention du Parlement. Dans une telle situation où le Conseil effectue une approche politique des conséquences de sa décision – ce qui relève du bon sens en l'absence de toute autre pédagogie de ses décisions. Il convient dès lors de relever trois effets majeurs.

D'une part, il laisse la possibilité au législateur de ne pas faire bénéficier d'un effet utile au requérant ayant permis l'abrogation de la disposition déclarée inconstitutionnelle, auquel cas – même si la situation sera juridiquement justifiée : elle sera assez frustrante pour le requérant venant de traverser plusieurs années de procédures juridiques complexes. Pour nuancer cette affirmation, notons toutefois qu'il reste en fiscalité des cas où le contribuable peut parfois demander la suppression de l'avantage fiscal accordé à d'autres contribuables dès lors que ces derniers sont concurrents¹⁵⁹, y compris lorsqu'il en bénéficie lui-même.

Ici, dans les cas où le Conseil préserve l'effet utile de la décision pour le contribuable, celui-ci peut encore le faire en présageant que le législateur étendra le dispositif qui instituait la discrimination « en tant que ne pas » au requérant ; mais cette situation demeure rare.

Toujours dans le cas où il préserve l'effet utile de la décision pour le contribuable, pour que finalement le législateur édicte une législation conforme à la Constitution, qui exclut toujours le requérant du bénéfice du régime de faveur – s'il existe encore – alors le bénéfice du régime dont le contribuable aurait pu longuement profiter cesserait manifestant un pouvoir d'appréciation excessif du Conseil. Il entraînerait également des difficultés d'articulation de la décision avec toute la législation fiscale en place, pour finalement frustrer un contribuable n'ayant bénéficié des effets recherchés que pour un court laps de temps.

D'autre part, il laisse demeurer le risque que le législateur ne se positionne pas ou se positionne de manière tardive¹⁶⁰, entraînant au mieux pour le contribuable le bénéfice d'une

¹⁵⁵ Pour une étude de la question : de MONTALIVET Pierre, « QPC et “dialogue des juges” », in *Revue française de droit constitutionnel*, n°116, 2018, pp. 919-932.

¹⁵⁶ TAP Florent, « L'abrogation différée d'une disposition législative par le Conseil constitutionnel : que faire en cas de retard du législateur ? », art. cit. ; v. not. BLUSSEAU Arnaud, « L'application par le juge administratif des décisions d'inconstitutionnalité rendues sur QPC », in *Revue française de droit constitutionnel*, n° 111, 2017, pp. 559-582.

¹⁵⁷ C'est d'ailleurs ce qui se passe pour le Conseil d'État à travers ses avis du début de l'année 2019, cf. *infra*.

¹⁵⁸ On parle parfois de l'injonction « suspension/modulation », v. TAP Florent, « L'abrogation différée d'une disposition législative par le Conseil constitutionnel : que faire en cas de retard du législateur ? », art. cit., p. 15.

¹⁵⁹ CE, 8e et 7e ss-sect., 8 août 1990, n°68387, *CCI de Dunkerque : Dr. fisc.* 1990, n°41, comm. 1869, concl. Racine P.-F. ; RJF 8-9/1990, n°1101, chron. Turot J., « Les recours en annulation contre la doctrine administrative », p. 535.

¹⁶⁰ Pour une étude de cette situation, v. TAP Florent, « L'abrogation différée d'une disposition législative par le Conseil constitutionnel : que faire en cas de retard du législateur ? », art. cit.

disposition que l'État n'entendait pas lui accorder et, au pire, une situation d'insécurité parfois mêlée à des contradictions insolubles. Sous réserve des éléments évoqués ci-après, toute la difficulté réside dans la période courant de la décision d'inconstitutionnalité à l'abrogation de la disposition inconstitutionnelle, puis postérieurement à l'abrogation dans la situation où le législateur n'est pas intervenu. Dans cette dernière hypothèse, la censure est d'applicabilité immédiate aux instances en cours au jour de l'abrogation. Une problématique naît alors pour les décisions passées en force de chose jugée durant la période qui sépare la décision d'inconstitutionnalité et la date d'abrogation, faute d'une intervention du législateur. Dans cette situation, notons qu'il est fréquent que le juge se positionne en lien étroit avec la déclaration d'inconstitutionnalité, sans nécessairement se borner à faire échec aux recours introduits sur le fondement qu'ils interviennent avant la date d'abrogation établie dans la déclaration d'inconstitutionnalité¹⁶¹. En se positionnant de manière tardive, le législateur peut aussi exclure du bénéfice de sa loi nouvelle les instances en cours, privant ainsi d'effet utile la censure prononcée par le Conseil. Dans tous les cas, ceux qui ne peuvent bénéficier dans l'instant de la déclaration d'inconstitutionnalité se voient privés d'un procès légitime¹⁶². Force est toutefois de constater que le Conseil tend à se substituer au Parlement¹⁶³ dans toutes ces appréciations.

Enfin, pendant le temps laissé au législateur de se positionner (ou non), la disposition inconstitutionnelle demeure¹⁶⁴, entraînant parfois des externalités graves à travers d'autres dispositions fiscales ; ou alors, elle ne demeure plus pour le requérant lui permettant alors de bénéficier du régime de faveur duquel il était privé dans le cadre d'un recours « en tant que ne pas ». En permettant cette extension du régime de faveur, le Conseil s'oppose généralement au but poursuivi par la loi, dès lors que le législateur entendait ne pas inclure d'autres contribuables dans le champ d'application du dispositif de faveur. Mais, sauf à instituer un régime transitoire articulant la volonté du législateur et l'effet utile pour le contribuable – ce qui est contradictoire en soi dans la plupart des cas –, il ne semble pas exister de troisième voie clairement identifiable.

En sus, dans le laps de temps laissé au législateur pour se positionner, le fait que le Conseil constitutionnel accorde au contribuable requérant le bénéfice de la décision entraîne souvent une autre inégalité envers les autres contribuables dont la QPC n'est pas encore parvenue au Conseil constitutionnel, ou encore ceux qui n'ont tout simplement pas entrepris de QPC. Parmi ceux qui n'ont pas encore entrepris de QPC faut-il encore déterminer si l'effet de la déclaration d'inconstitutionnalité (que l'abrogation soit différée ou non) s'applique aux seuls contribuables requérants ou à l'ensemble des contribuables jugés, à l'ensemble des contribuables non encore jugés mais concernés, voire à l'ensemble des contribuables réclamants mais non encore requérants, si ce n'est l'ensemble des contribuables contestants mais non encore rehaussés, et même l'ensemble des contribuables concernés mais non encore rectifiés¹⁶⁵.

¹⁶¹ V. par exemple CE, 1^e et 6^e ss-sect., 7 mai 2015, *Société Ventoris IT et autres*, n° 370986.

¹⁶² DAYDIE Laura, « La détermination des effets des décisions QPC : illustration d'un usage perfectible de la Constitution », art. cit., p. 38.

¹⁶³ DAYDIE Laura, « La détermination des effets des décisions QPC : illustration d'un usage perfectible de la Constitution », art. cit.

¹⁶⁴ Par ailleurs, le sursis à statuer concernant les instances en cours, la problématique se pose pour les instances introduites postérieurement à la déclaration d'inconstitutionnalité mais antérieurement à l'abrogation. Dans une telle hypothèse, il semble que les contribuables ne puissent pas bénéficier de la censure de la disposition constitutionnelle.

¹⁶⁵ de CROUY CHANEL Emmanuel, « La portée conférée par le Conseil aux décisions qu'il rend en matière fiscale », art. cit., p. 266.

Il semble alors nécessaire de mieux encadrer cette période qui sépare la déclaration d'inconstitutionnalité de la date d'abrogation, mais non indifféremment de l'intervention du législateur, ce qui revient à l'enjoindre à imposer une rétroactivité à sa loi nouvelle.

Dans toutes ces situations, il semble que la solution la plus favorable à la préservation de l'effet utile consiste à enjoindre à sursoir à statuer, pour toutes les instances en cours et pour toutes les instances potentielles, sous réserve de nos observations (*cf. infra*), tout en enjoignant au législateur à moduler les effets de loi nouvelle afin qu'elle soit applicable à ces affaires. En tout état de cause, cette solution est préférable à celle qui consiste en la formulation de réserves transitoires. Notons toutefois que dans les cas où le Conseil n'impose pas à sursoir à statuer, le contrôle de conventionnalité trouve tout son intérêt puisqu'il est d'effet d'immédiat lorsqu'il écarte les dispositions visées¹⁶⁶.

Caractérisation de la décision « en tant que ne pas » privée d'effet utile. – Enfin, dans les cas des décisions « en tant que ne pas » où le Conseil constitutionnel use du report d'abrogation mais prive d'effet utile sa décision pour le requérant¹⁶⁷ (c'est notamment le cas lorsque les conséquences sont manifestement excessives pour l'État, par hypothèse), alors en tout logique le requérant arrive au bout d'une course qu'il ne peut manifestement pas gagner, ce qui est sûrement encore plus frustrant que l'hypothèse dans laquelle c'est le législateur lui-même qui prive d'effet utile la décision en édictant un nouveau régime.

Quid de la place du Parlement ?¹⁶⁸ – Force est de constater que le Parlement fait le choix de la passivité dans la mise en œuvre de la QPC. Des auteurs regrettent avec raison que les parlementaires ne soient pas davantage associés au processus de décision et que, notamment, la motivation des décisions du Conseil constitutionnel se fasse sans recourir à l'audition d'un parlementaire ou d'un membre de l'institution afin d'éclaircir la fameuse intention du législateur¹⁶⁹. Ne serait-il pas ainsi plus louable de mieux associer la Commission parlementaire et le suivi des QPC, notamment en matière fiscale où le principe de consentement à l'impôt est prioritaire¹⁷⁰ ? Comment justifier cette absence alors que le Parlement est directement concerné par le pouvoir de modulation des effets dans le temps des décisions, *a fortiori* lorsque l'on attend que le législateur intervienne sur un texte désormais censuré ? La relation avec le Parlement relève-t-elle alors d'une relative verticale ou horizontale ? Si le Parlement se trouve enrichi par la QPC¹⁷¹ en estimant que la modulation vise à « *permettre au législateur*

¹⁶⁶ VILETTE Vincent, « Conséquences des décisions du Conseil constitutionnel : le Conseil ménage ses effets », art. cit., p. 13. ; EYNARD Manuel, « La modulation des effets dans le temps des déclarations d'inconstitutionnalité prononcées dans le cadre de questions prioritaires de constitutionnalité : typologie des solutions et perspectives », art. cit., p. 337.

¹⁶⁷ Pour un exemple : Décision n°2016-571 QPC du 30 septembre 2016.

¹⁶⁸ Pour une étude de la question, v. BLACHÈRE Philippe, « Le Parlement et la QPC », art. cit. ; v. aussi CARCASSONNE Guy, « Le Parlement et la QPC », in *Pouvoirs*, n° 137, 2011, pp. 73-81. ; BLACHÈRE Philippe, « Le Parlement et la QPC », art. cit. ; TÜRK Pauline, « Quel rôle pour le Parlement dans le mécanisme de la QPC », in *Les petites affiches*, n° 239, 29 novembre 2012, p. 5.

¹⁶⁹ EYNARD Manuel, « La modulation des effets dans le temps des déclarations d'inconstitutionnalité prononcées dans le cadre de questions prioritaires de constitutionnalité : typologie des solutions et perspectives », art. cit., p. 326.

¹⁷⁰ MOURIESSE Élise, « QPC et droit au consentement à l'impôt », art. cit.

¹⁷¹ Assemblée nationale, Rapport d'information déposé par la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la question prioritaire de constitutionnalité, n° 842, 27 mars 2013, pp. 22-23 ; CHAMUSSY Damien, « Le Parlement et la QPC », in *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 47, 2015, p. 45-63 ; BLACHÈRE Philippe, « Le Parlement et la QPC », art. cit., p. 936. ; DRAGO Guillaume, « L'influence de la QPC sur le Parlement ou La loi sous la dictée du Conseil constitutionnel »,

d'apprécier les suites qu'il convient de donner à cette déclaration d'inconstitutionnalité », faut-il encore lui en laisser la pleine possibilité... Des injonctions peuvent être parfois formulées en sens. Sans aller jusqu'à la solution retenue par l'ordre juridique allemand qui permet à la Cour constitutionnelle de dicter au législateur les éléments de la législation de substitution qu'elle considère indispensables, force est de constater que la motivation des décisions du Conseil ainsi que les explications officielles qui l'accompagnent constituent autant de suggestions plus ou moins directes de ce que pourraient contenir les futures dispositions législatives. *A minima*, peut-être peut-elle renforcer son rôle de conseil. Le législateur va ensuite s'approprier la contrainte constitutionnelle à « *l'émergence de stratégies préventives au moment de l'élaboration de la loi, où la constitutionnalité est envisagée non plus comme un simple risque qu'une majorité pouvait prendre pour peu qu'il y ait consensus, mais comme une véritable exigence* ». Il est arrivé au Conseil d'être sensiblement plus injonctif, affirmant « *qu'il appartient au législateur de prévoir une application des nouvelles dispositions* »¹⁷². Alors que le Conseil ne dispose pas du même pouvoir d'appréciation que le Parlement, on ne peut que constater que ses solutions empiètent parfois sur le champ de compétence du Parlement.

Recommandations. – Lorsqu'il s'agit de différer ses décisions, le Conseil tombe rapidement dans l'incohérence la plus floue. Il s'ensuit une série d'observations.

La décision de différer l'abrogation n'est jamais motivée, pas davantage d'ailleurs que les cas où le Conseil préfère prononcer une constitutionnalité avec réserve plutôt qu'une inconstitutionnalité avec effet différé. Les conséquences sont ici les mêmes que celles déjà évoquées en matière de sécurité juridique, de fiabilité du conseil fiscal, de la garantie de l'espérance légitime du contribuable ou simplement de la confiance au juge.

Malgré les insuffisances du législateur, il ne semble pas pertinent d'encourager le recours à la technique des réserves transitoires, tant pour les raisons susévoquées qu'en raison d'une déconnexion avec la volonté du législateur ou du constituant. De même, les réserves transitoires font courir un risque majeur de rupture d'égalité devant les charges publiques.

Lorsque l'abrogation est différée, une opinion commune visant à déterminer dans quel(s) cadre(s) le dispositif inconstitutionnel aurait été conforme semble pertinent afin de permettre au législateur d'agir dans les délais qui lui sont impartis.

Le dogme selon lequel « *la déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à l'auteur de la QPC* »¹⁷³, issu des décisions n°108¹⁷⁴ et n°110¹⁷⁵ doit être clairement rompu dans le cadre d'une abrogation différée. Par conséquent, il faut mieux reconnaître l'effet utile négatif qui consiste à ce que la loi inconstitutionnelle ne soit plus appliquée.

Lorsque l'abrogation est différée, charge au législateur d'intervenir, la période qui sépare la décision du Conseil constitutionnel et la date d'abrogation ne devant pas être laissée à la seule volonté du juge du fond. Dès lors, toutes les instances en cours et toutes celles introduites pendant cette période devraient être mises en sursis, à condition que le litige dépende

in *Jus Politicum*, n°6, 2011, p. 1-17 ; BARILARI André, « Le Conseil constitutionnel précise le domaine de compétence des QPC et confirme son interprétation de l'article 14 de la DDHC selon laquelle c'est le Parlement qui consent à l'impôt », art. cit.

¹⁷² Décision n°2010-357 QPC du 29 novembre 2013, cons. 10.

¹⁷³ Sur une lecture de ce principe : DISANT Mathieu, « Les effets dans le temps des décisions QPC », art. cit., p. 65.

¹⁷⁴ Décision n°2010-108 QPC du 25 mars 2011, *Mme Marie-Christine D.*

¹⁷⁵ Décision n°2010-110 QPC du 25 mars 2011, *M. Jean-Pierre B.*

de la disposition déclarée inconstitutionnelle, sous réserve des remarques émises à propos de l'extension de l'effet utile des décisions aux contribuables concernés non encore réclamants.

Une procédure législative d'urgence, spécifique aux déclarations d'inconstitutionnalité, permettrait sans doute de mieux articuler la déclaration d'inconstitutionnalité, sa date et l'instauration, le cas échéant, d'une loi nouvelle.

II. UNE RÉCEPTION COMPLEXIFIÉE DES EFFETS DES DÉCISIONS QPC EN MATIÈRE FISCALE

Une réception très progressive. – Sur la question de l'étendue des décisions du Conseil constitutionnel, il est renvoyé de nouveau à l'article 62 al. 2 de la Constitution qui proclame qu'une « *disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause* ». Par suite, l'article 62 al. 3 de la Constitution rappelle que les décisions du Conseil « *s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles* ». Si les décisions s'imposent – et effectivement, elles disposent de l'autorité de la chose décidée – encore faut-il déterminer dans quelle mesure la déclaration d'inconstitutionnalité produira ses effets pour toutes les catégories de contribuables concernés non encore requérants ou encore aux contribuables jugés qui n'ont *a priori* jamais été requérants auprès du Conseil constitutionnel.

Sur ce plan, en matière fiscale, la règle qui prédominait était inscrite à l'alinéa 3 de l'article L. 190 du LPF. Celui-ci dispose clairement que « *Sont instruites et jugées selon les règles [communes du contentieux de l'impôt] toutes 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* ». Sauf que l'alinéa 5 du même article dispose que « *Pour l'application du troisième alinéa, sont considérés comme des décisions juridictionnelles ou des avis rendus au contentieux les décisions du Conseil d'État ainsi que les avis rendus en application de l'article L. 113-1 du code de justice administrative, les arrêts de la Cour de cassation ainsi que les avis rendus en application de l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire, les arrêts du Tribunal des conflits et les arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne se prononçant sur un recours en annulation, sur une action en manquement ou sur une question préjudicielle* ». Autrement dit, formellement, les décisions d'abrogation du Conseil constitutionnel ne figurent pas au titre des décisions permettant une décharge ou une réduction d'imposition.

L'effet utile pour tous. – La décision ne sera d'effet utile pour le requérant que dans les hypothèses où le Conseil constitutionnel en décide ainsi. Cependant, la question a pu se poser de manière beaucoup plus large pour les contribuables concernés par la décision d'inconstitutionnalité mais qui n'étaient pas en cours d'instance dans le sens où l'on le retient classiquement, c'est-à-dire ceux qui n'ont pas au moins engagé une réclamation contentieuse. Notre objet d'étude prend ainsi une dimension toute particulière dès lors que la décision d'inconstitutionnalité en elle-même pouvait avoir un effet pour le passé, mais qu'en outre on permet aux contribuables concernés de s'approprier une décision à laquelle ils n'ont pas

participé, voire pour une affaire qui a déjà été jugée en ce qui les concerne. Le risque alors d'une multiplication du contentieux sur le fondement de cette décision d'inconstitutionnalité est ainsi qualifié « *d'effet d'aubaine* » par la doctrine¹⁷⁶.

Une aubaine caractérisée par le Conseil d'État. – Comme nous le disions préalablement, le Conseil constitutionnel se repose de plus en plus sur les juridictions afin de déterminer quelles sont les conséquences de ses décisions. La principale difficulté était alors d'harmoniser au mieux l'interprétation de l'effet utile de ces décisions, ce qui est particulièrement complexe face à la rédaction lacunaire des décisions du Conseil. Pour ce qui concerne l'ordre administratif, la solution n'a été posée que très récemment.

A. La qualification de l'événement susceptible d'ouvrir un nouveau délai pour l'établissement d'une réclamation contentieuse

L'appréhension de l'effet utile de la décision par le Conseil d'État. – Le Conseil d'État est chargé, comme la Cour de cassation, d'uniformiser la jurisprudence sur le territoire national. En ce sens, l'une des principales difficultés que ces deux juridictions rencontrent est de déterminer les effets des déclarations d'inconstitutionnalité prononcée par le Conseil constitutionnel dans le cadre d'une QPC. D'abord, il s'agit de savoir si les contribuables qui ne sont pas requérants peuvent ou non bénéficier de la déclaration d'inconstitutionnalité. Ensuite, il s'agit de savoir dans quelle mesure ils peuvent en bénéficier. Enfin, il s'agit de savoir dans quelle mesure les décisions prises par ces deux juridictions peuvent menacer ou garantir l'effet utile, ou son absence, de la décision QPC au requérant.

Une nouvelle difficulté de définition de l'effet utile. – Sur toute cette question de la garantie de l'effet utile pour le contribuable requérant, mais généralement pour tous les contribuables, il semble donc de nouveau nécessaire de s'interroger sur ce qui relève de l'utilité pour le contribuable, celle-ci devant se mesurer selon nous au simple rétablissement *a minima* de l'égalité, c'est-à-dire à l'abrogation pure et simple de la disposition incriminée pour l'ensemble des contribuables, plutôt que de choisir d'étendre ledit dispositif. Se poserait dès lors la question de la situation des contribuables ayant bénéficié indûment du dispositif ainsi considéré comme illégal. En ce domaine, s'il semble impossible d'obtenir la restitution de l'avantage indûment accordé, il faut alors se limiter à sa cessation. Dans une telle hypothèse, faut-il croire à un épuisement des recours « en tant que ne pas » ? Pas nécessairement, dès lors qu'un contribuable peut trouver un intérêt personnel – et pourquoi pas collectif – à ce que l'avantage indûment perçu sur fond d'une rupture d'égalité devant les charges publiques soit supprimé.

La première difficulté en matière fiscale tient à ce qu'il faut entendre par « instances en cours ». – A l'exception des cas où le Conseil constitutionnel l'exclut, le bénéfice de la déclaration d'inconstitutionnalité s'étend à l'ensemble des « instances en cours », celui-ci retenant désormais la formule « à toutes les affaires non jugées définitivement à la date de publication de sa décision ». *A priori*, il est clair que toute requête devant une juridiction, quelle qu'en soit la forme, constitue une instance en cours. En revanche, qu'en est-il des demandes préalables obligatoires devant l'Administration, strictement nécessaires pour lier le

¹⁷⁶ BENZINA Samy, « Le champ d'application de l'effet utile des décisions QPC d'inconstitutionnalité », art. cit.

contentieux ? Effectivement, en matière fiscale, en vertu des article L. 190 et R. 190 du LPF, la réclamation contentieuse, applicable même sans texte¹⁷⁷, doit précéder toute saisine du juge dès lors que cette réclamation est considérée par une jurisprudence constante comme une « *instance ressortissant à la juridiction contentieuse* »¹⁷⁸. Rappelons que tout contribuable en litige avec l'Administration peut former une réclamation contentieuse si les démarches amiables préalables n'ont pas permis d'y mettre un terme. Si la procédure administrative contentieuse n'aboutit pas, alors le contribuable pourra saisir les tribunaux compétents.

En prévoyant que la déclaration d'inconstitutionnalité s'étende à l'ensemble des instances en cours, cela revient à consacrer ce que le Professeur Xavier Magnon appelle l'« *applicabilité immédiate contentieuse* »¹⁷⁹. Ainsi, sera considérée comme une instance en cours pour l'invocabilité d'une déclaration d'inconstitutionnalité une procédure devant le juge de cassation¹⁸⁰. Autrement posé, l'inconstitutionnalité pourra être invoquée pour la première fois devant le juge de cassation. Cette solution, qui prenait appui sur la circonstance que le requérant pouvait soulever une QPC à n'importe quel stade de la procédure juridictionnelle, revenait dans les faits à étendre la portée d'une décision du Conseil constitutionnel à toutes les décisions non irrévocables, au-delà donc des seules décisions non définitives¹⁸¹.

D'autre part, pour ces procédures en cours, peu importe la période d'imposition en litige, c'est seulement le caractère pendant de la procédure qui détermine l'applicabilité de la décision, sans qu'elle puisse être bornée par un quelconque délai répétable qui serait « rétrocalculé » à compter de sa date de lecture. Ensuite, compte tenu de la spécificité de la matière fiscale, qui considère de longue date les réclamations comme des « *instances ressortissant à la juridiction contentieuse* »¹⁸², il était logique de permettre aussi aux contribuables qui auraient déjà introduit une réclamation à la date de publication de la décision QPC de s'en prévaloir¹⁸³. La réclamation contentieuse est donc assimilée à une instance devant les juridictions au regard de la QPC. Le juge de l'impôt devrait donc considérer que les dispositions fiscales déclarées inconstitutionnelles ne peuvent recevoir application dans un litige fiscal dès lors qu'à la date de la décision du Conseil constitutionnel, une réclamation préalable a été introduite, alors même que le juge de l'impôt n'aurait pas encore été saisi du litige. Par conséquent, afin de préserver leurs droits, les contribuables auraient intérêt à introduire une instance. Se pose alors un problème pour les contribuables qui, à la date de la décision QPC, n'avaient pas encore cristallisé leurs intentions contentieuses. La chose est toutefois arrangée dès lors que pour faire bénéficier à l'ensemble des concernés de la décision de non-conformité, même ceux n'ayant pas introduit une réclamation contentieuse antérieurement à la déclaration d'inconstitutionnalité, le Conseil constitutionnel aidé récemment du Conseil d'État pose une refonte du cadre temporel des réclamations contentieuses. Toute la question est de savoir comment la réclamation est bornée par un délai dans lequel le contribuable doit agir.

¹⁷⁷ CE, 20 décembre 1985, n°31927, *SA établissements Outters*.

¹⁷⁸ CE, ass., 31 octobre 1975, n°97234, *Société « Coq France »*.

¹⁷⁹ MAGNON Xavier, « Premières réflexions sur les effets des décisions de censure du Conseil constitutionnel », in *Revue Française de Droit Administratif*, n°7-8, 2011, p. 761.

¹⁸⁰ CE, 28 novembre 2016, n°390638, *Min. c/ SAS Autoguadeloupe Développement*.

¹⁸¹ VILETTE Vincent, « Conséquences des décisions du Conseil constitutionnel : le Conseil ménage ses effets », art. cit., p. 14.

¹⁸² CE, ass., 31 octobre 1975, n°97234, *Sté « Coq France »*.

¹⁸³ VILETTE Vincent, « Conséquences des décisions du Conseil constitutionnel : le Conseil ménage ses effets », art. cit.

Mais restait à trancher le point de savoir si les contribuables non encore forclos pouvaient introduire une réclamation portant sur une période non prescrite, en se prévalant de la décision du Conseil constitutionnel après qu'elle a été rendue, voire d'une réclamation portant sur une mise en recouvrement d'une imposition fondée sur la prise en compte d'effets fiscaux venant d'un choix, lui-même litigieux, effectué sur une période désormais prescrite.

En d'autres termes, toute la question était de savoir si les demandes fondées sur la non-conformité d'une règle de droit, dont il a été fait application, à une règle de droit supérieure après que cette non-conformité a été constatée par une juridiction au titre des troisième et cinquième alinéas de l'article L. 190 du LPF pouvait justifier l'ouverture d'un nouveau délai de réclamation sur le fondement d'un « événement » au sens du c) de l'article R* 196-1 du LPF. Ce dernier dispose que « *ne constitue pas un tel événement une décision juridictionnelle ou un avis mentionné aux troisième et cinquième alinéas de l'article L. 190* ». C'est-à-dire que les décisions juridictionnelles ou avis du Conseil d'État, les arrêts de la Cour de cassation, les arrêts du Tribunal des conflits et les arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne ne peuvent constituer un « événement » justifiant l'ouverture d'un nouveau délai de réclamation. Or, si le principe était que ne constitue pas un tel événement une « décision juridictionnelle », le fait que les décisions du Conseil constitutionnel ne soient pas visées par l'article L. 190 du LPF, l'article R* 196-1 c) laissait ouvert la possibilité de reconnaître aux décisions QPC le caractère « *d'évènement motivant l'ouverture d'un nouveau délai de réclamation* », faute de définition fixée de la notion d'« événement ». La question des effets pour le passé des déclarations d'inconstitutionnalité a fait l'objet de clarifications par l'intervention successive des décisions du Conseil constitutionnel du 25 mars 2011 et des décisions du 13 mai 2011, par lesquelles l'Assemblée du contentieux du Conseil d'État a tiré les conséquences des décisions du Conseil constitutionnel. Le Conseil d'État a ainsi jugé¹⁸⁴ « *qu'il résulte des dispositions [...] de l'article 62 de la Constitution qu'une disposition législative déclarée contraire à la Constitution sur le fondement de l'article 61-1 n'est pas annulée rétroactivement mais abrogée pour l'avenir à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision* ». Par ailleurs¹⁸⁵, « *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 de 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 disposition 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* ». Dès lors, il apparaît nettement qu'une décision QPC ne permettrait pas en tant que tel de rouvrir un délai de réclamation en contestation de la disposition déclarée inconstitutionnelle, le risque étant de décupler le contentieux.

Cette solution a été reprise en partie par le Conseil d'État, qui, dans un avis rendu le 11 janvier 2019¹⁸⁶, limite les effets des décisions du Conseil constitutionnel en considérant que

¹⁸⁴ CE, 13 mai 2011, n°316734, *Mme M'Rida*.

¹⁸⁵ CE, 18 juillet 2011, n°310953, *Époux Michot*.

¹⁸⁶ CE, 11 Janv. 2019, Avis n°424819, *SCI Maximoise de création* et n°424821, *SAS AEGIR*.

celles-ci ne constituent pas des décisions juridictionnelles selon l'article L. 190 du LPF, pour lesquels l'article R 196-1 c) écarte la qualification d'évènement constituant le point de départ d'un nouveau délai de réclamation. Ainsi, « seuls doivent être regardés comme constituant le point de départ de ce délai les évènements qui ont une incidence directe sur le principe même de l'imposition, son régime ou son mode de calcul. Une décision par laquelle le Conseil constitutionnel, statuant sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution, déclare inconstitutionnelle une disposition législative **ne constitue pas en elle-même un tel évènement susceptible d'ouvrir un nouveau délai de réclamation** », à moins que le juge constitutionnel ne l'énonce expressément¹⁸⁷.

Pour autant, dans le cas où la disposition contestée est déclarée inconstitutionnelle, la disposition invalidée ne peut plus être appliquée par l'Administration fiscale à compter de la décision, de telle sorte que le requérant à l'initiative de la QPC peut normalement bénéficier des effets de la déclaration d'inconstitutionnalité et, sauf mention contraire, l'autorité de la chose jugée s'impose aux instances en cours pour lesquels une réclamation contentieuse a déjà été déposée au moment du rendu de la décision QPC¹⁸⁸.

La situation s'est drastiquement troublée à partir de l'avis du Conseil d'État rendu le 11 janvier 2019, *SCI Maximoise de création*. La question posée au juge administratif visait à déterminer si une décision du Conseil constitutionnel qui énonce une réserve d'interprétation pouvait être regardée comme un évènement, au sens du c) de l'article R.196-1 du LPF et, dans l'affirmative, si la période susceptible de faire l'objet d'une action en restitution à ce titre était limitée dans le temps et selon quelles règles¹⁸⁹.

Par principe, une réserve d'interprétation¹⁹⁰ vise à « s'incorporer au texte pour en expliciter la seule lecture possible, ou, à tout le moins, la lecture à privilégier au regard de la norme supérieure », procédant de fait à une « fiction rétroactive »¹⁹¹ en accordant un sens à un texte préexistant. Si ces réserves sont diverses, elles n'en sont pas moins importantes, notamment lorsqu'elles garantissent ou limitent l'effet utile d'une décision de conformité ou de non-conformité aux dispositions constitutionnelles. En matière fiscale, ces réserves sont d'autant plus importantes à analyser qu'elles donnent parfois une lecture *contra legem*, à l'instar du juge de l'impôt¹⁹². Dans toutes ces situations, une réserve va constituer un évènement entrant en rupture avec le droit antérieur, posant ainsi la question de son application future, notamment au regard du droit à réclamation contentieuse¹⁹³, d'autant que le Conseil constitutionnel lui-même avait exceptionnellement reconnu cette possibilité dans sa jurisprudence *M. Gabor. R*¹⁹⁴.

¹⁸⁷ Décision n°2015-503 QPC du 4 décembre 2015, *M. Gabor R.* (conformité – réserve).

¹⁸⁸ Décision n°2013-362 QPC du 6 février 2014, *TFI SA* (non-conformité partielle).

¹⁸⁹ En l'espèce de l'avis rendu le 11 janvier 2019, la réserve d'interprétation énoncée était celle de la décision n°2017-643/650 QPC du 7 juillet 2017, *M. Amar H. et autre* (conformité – réserve).

¹⁹⁰ La technique a été dégagée par une jurisprudence de 1959 : CC, 24 juin 1959 n°59-2 DC. On peut ainsi distinguer les réserves neutralisantes, qui fixent l'interprétation de la loi pour vider celle-ci de son venin, des réserves directives qui, soit « comportent des prescriptions » à l'intention du juge ou du pouvoir réglementaire quant à l'application du texte, soit « visent à combler la loi dans un sens non évident ».

¹⁹¹ VILETTE Vincent, « Conséquences des décisions du Conseil constitutionnel : le Conseil ménage ses effets », art. cit., p. 12.

¹⁹² CE, 5 juin 2002 n°219840, *Simoens* : *RJF* 8-9/02 n°934.

¹⁹³ VILETTE Vincent, « Conséquences des décisions du Conseil constitutionnel : le Conseil ménage ses effets », art. cit., p. 12.

¹⁹⁴ Décision n° 2015-503 QPC du 4 décembre 2015, *M. Gabor R.* (conformité – réserve).

Le Conseil d'État a précisé, sans s'appuyer sur un texte particulier, qu'il revient au Conseil constitutionnel, comme pour les déclarations d'inconstitutionnalité, lorsqu'il déclare qu'une disposition contestée devant lui est conforme à la Constitution sous la réserve qu'il en soit fait application conformément à l'interprétation qu'il en donne, de préciser, le cas échéant, les conséquences de sa décision. Rappelons que selon ce dernier, lorsqu'une réserve est interprétative, elle est d'application immédiate à toutes les affaires non jugées définitivement à la date de la publication de la décision. Le Conseil d'État estime ainsi qu'une décision par laquelle le Conseil constitutionnel déclare inconstitutionnelle une disposition législative ayant fondé l'imposition litigieuse, ou ne l'a déclarée conforme à la Constitution que sous une réserve d'interprétation, ne constitue pas en elle-même un événement susceptible d'ouvrir un nouveau délai de réclamation. Dans ces situations, il n'appartient qu'au Conseil constitutionnel de prévoir si, et le cas échéant dans quelles conditions, les effets que la disposition a produits avant l'intervention de cette déclaration sont remis en cause, au regard des règles applicables à la date de sa décision, notamment de recevabilité. Certes, sur un plan purement théorique, le Conseil d'État confie le soin au Conseil constitutionnel de remettre en cause les effets de la disposition censurée intervenus avant la déclaration d'inconstitutionnalité. Pour autant, comme le notent certains commentateurs¹⁹⁵, « *le Conseil n'est jamais tenu de remettre en cause les effets déjà produits* » et plus encore, le Conseil peut se complaire dans le silence, laissant alors une marge de manœuvre manifestement disproportionnée aux juges ordinaires¹⁹⁶, notamment quant à l'appréciation concrète des effets choisis par le Conseil¹⁹⁷. Cette responsabilité peut autant conduire à des divergences¹⁹⁸ qu'à un manque d'harmonie jurisprudentielle¹⁹⁹.

La qualification d'« événement » : vers une rétroactivité procédurale pour tous. – La seconde demande ayant donné lieu à l'avis du 6 février 2019 *SAS Bourgogne Primeurs* visait à déterminer si, lorsque le Conseil constitutionnel mentionne que la déclaration d'inconstitutionnalité est applicable « *à toutes les affaires non jugées définitivement à la date de publication de sa décision* », un contribuable intéressé qui aurait présenté une réclamation contentieuse postérieurement à cette date serait fondé à se prévaloir de celle-ci. Le Conseil d'État considère dans cette situation que, « *lorsque le Conseil constitutionnel précise, dans une décision déclarant une disposition législative contraire à la Constitution, que cette déclaration d'inconstitutionnalité est applicable à toutes les affaires non jugées définitivement à la date de publication de sa décision, cette déclaration peut être invoquée dans toutes les procédures contentieuses en cours, quelle que soit la période d'imposition sur laquelle porte le litige. Elle*

¹⁹⁵ VILETTE Vincent, « Conséquences des décisions du Conseil constitutionnel : le Conseil ménage ses effets », art. cit., p. 13.

¹⁹⁶ Notons d'ailleurs que le rapporteur de l'avis du 6 février 2019, Karin Ciavaldini, considère justement à l'appui de la décision QPC n°629 que lorsque le juge constitutionnel souhaite limiter l'application de la déclaration d'inconstitutionnalité aux impositions non contestées à la date de publication de sa décision, il n'énonce explicitement. Autrement dit, lorsqu'il ne dit rien à ce propos, le champ est libre.

¹⁹⁷ BLUSSEAU Arnaud, « L'application par le juge administratif des décisions d'inconstitutionnalité rendues sur QPC », art. cit. ; LE COTTY Rachel et ROTH Cyril, « Les suites des décisions QPC du Conseil constitutionnel dans les juridictions de l'ordre judiciaire », in *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 47, 2015, pp. 27-43.

¹⁹⁸ MAUGÜÉ Christine, « La QPC : 5 ans déjà, et toujours aucune prescription en vue », in *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 47, 2015, pp. 9-25.

¹⁹⁹ BLUSSEAU Arnaud, « L'application par le juge administratif des décisions d'inconstitutionnalité rendues sur QPC », art. cit., p. 576.

peut l'être aussi à l'appui de toute réclamation encore susceptible d'être formée eu égard aux délais fixés par les articles R. 196-1 et R. 196-2 du livre des procédures fiscales ». La nouveauté importante réside ici dans le fait que la déclaration d'inconstitutionnalité est applicable « à l'appui de toute réclamation encore susceptible d'être formée eu égard aux délais fixés par les articles R. 196-1 et R. 196-2 du livre des procédures fiscales », quand bien même une réclamation contentieuse n'a pas été introduite antérieurement à la décision. Dès lors, la déclaration d'inconstitutionnalité prononcée par le Conseil n'agit plus comme une abrogation de la loi, entièrement tournée vers l'avenir, mais bien comme une annulation²⁰⁰, permettant ainsi aux contribuables de contester des situations passées postérieurement à une décision pour laquelle ils n'étaient pourtant pas requérants.

Concrètement, les contribuables concernés pourront invoquer la déclaration d'inconstitutionnalité à l'appui de nouvelles réclamations introduites après la décision, à condition qu'elles soient formées dans le délai de réclamation prévu aux a) et b) de l'article R. 196-1 du LPF, qui prévoit que les réclamations doivent être introduites au plus tard le 31 décembre de deuxième année suivant l'année au cours de laquelle l'impôt a été mis en recouvrement, ou s'il n'a pas donné lieu à une mise en recouvrement, l'année au cours de laquelle il a été versé ; ou à condition qu'elles soient formées dans le délai de réclamation prévu aux a), b) et c) de l'article R. 196-1 et au a) de l'article R. 196-2 du LPF, qui prévoit que les réclamations doivent être introduites au plus tard le 31 décembre de l'année suivant celle de la mise en recouvrement du rôle ou de la notification d'un avis de mise en recouvrement.

Pourtant, à l'origine, il convient de rappeler qu'au sens du c) de l'article R. 196-1 et du b) de l'article R. 196-2 du LPF que si les réclamations contentieuses peuvent être introduites à « la réalisation de l'événement qui motive la réclamation »²⁰¹, « ne constitue pas un tel événement une décision juridictionnelle ou un avis mentionné aux troisième et cinquième alinéas de l'article L. 190 ». Cela signifie que « Sont instruites et jugées selon les règles du présent chapitre toutes 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. » et « Pour l'application du troisième alinéa, sont considérés comme des décisions juridictionnelles ou des avis rendus au contentieux les décisions du Conseil d'État ainsi que les avis rendus en application de l'article L. 113-1 du code de justice administrative, les arrêts de la Cour de cassation ainsi que les avis rendus en application de l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire, les arrêts du Tribunal des conflits et les arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne se prononçant sur un recours en annulation, sur une action en manquement ou sur une question préjudicielle ».

L'avis des parlementaires ignoré. – Bien que le Conseil constitutionnel dispose d'une large marge de manœuvre en ce qui est des effets rétroactifs à conférer à ses décisions, le

²⁰⁰ Hans Kelsen lui-même n'y était pas favorable en raison du risque en matière de sécurité juridique, v. KELSEN Hans, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle) », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1928, p. 242.

²⁰¹ Le juge administratif définit, de façon constante, l'événement comme celui qui, extérieur au contribuable, est de nature à exercer une influence sur le bien-fondé de l'imposition, soit dans son principe, soit dans son montant.

Conseil d'État et la Cour de cassation ne sont pas en reste²⁰². Lors de l'établissement de la QPC, à l'occasion de la révision constitutionnelle de 2008, comme concernant l'interprétation de l'évènement susceptible d'ouvrir un nouveau délai de réclamation, le législateur a entendu « *circonscrire le champ de ces décisions en raison de leurs conséquences néfastes pour les finances publiques* ». Aussi perçoit-on que le Conseil constitutionnel prend en compte les motifs d'intérêt général à deux étapes bien distinctes²⁰³. Tout d'abord, au stade de l'examen des griefs d'inconstitutionnalité pour apprécier, par exemple, si une différence de traitement est ou non constitutive d'une atteinte au principe d'égalité. Ensuite, en cas de censure ou de réserve, pour déterminer si sa décision ne va pas emporter des « *conséquences excessives* » justifiant que ses effets en soient modulés.

L'exercice de cette modulation, en matière fiscale, est toutefois limité par le fait que le juge constitutionnel refuse de reconnaître, à l'instar du Conseil d'État²⁰⁴ et de la CJUE²⁰⁵, que la préoccupation budgétaire puisse à elle seule justifier de recourir à une modulation telle qu'une censure à effet différé. Ainsi faut-il rappeler que les travaux préparatoires étaient sans ambiguïté²⁰⁶, les parlementaires n'ayant pas entendu réserver un traitement distinct aux censures du Conseil constitutionnel, potentiellement tout aussi coûteuses, et que celles-ci ne constituaient donc pas un évènement²⁰⁷. Plus largement encore, le constituant, sans faire preuve d'une trop grande rigidité dans la rédaction de l'article 62, souhaitait « *éviter une remise en cause systématique* »²⁰⁸ des effets passés de la disposition législative en cause. Notons aussi que la position ici dégagée par le Conseil d'État est critiquée en ce qu'elle pose pour principe que l'effet utile n'est pas strictement limité aux situations juridiques faisant l'objet d'une « *instance en cours* », mais qu'il s'applique à l'ensemble des concernés²⁰⁹.

Or, il résulte de l'avis du 6 février 2019, reprenant celui du 11 janvier 2019, « *que les décisions du Conseil constitutionnel ne sont pas au nombre des décisions juridictionnelles ou avis mentionnés aux troisième et cinquième alinéas de l'article L. 190 du livre des procédures fiscales, pour lesquels la deuxième phrase du c de l'article R. 196-1 et du b de l'article R. 196-2 du même livre écarte la qualification d'évènement constituant le point de départ d'un nouveau délai de réclamation. Toutefois, seuls doivent être regardés comme constituant le point de départ de ce délai les évènements qui ont une incidence directe sur le principe même de*

²⁰² LE COTTY Rachel et ROTH Cyril, « Les suites des décisions QPC du Conseil constitutionnel dans les juridictions de l'ordre judiciaire », art. cit., p. 34.

²⁰³ VILETTE Vincent, « Conséquences des décisions du Conseil constitutionnel : le Conseil ménage ses effets », art. cit., p. 13.

²⁰⁴ CE, 11 juillet 2008, n°298779, *Syndicat de l'industrie de matériels audiovisuels électroniques c/ Sté Sorecop c/ Sté Copie France*.

²⁰⁵ CJCE, 19 octobre 1995, aff. 137/94, *Richardson*.

²⁰⁶ En 2012, les travaux préparatoires révèlent que les parlementaires portaient de l'idée que « *l'inconstitutionnalité d'un dispositif fiscal n'ouvre pas un nouveau délai de réclamation* » (http://www.senat.fr/rap/112-213-1/112-213-1_mono.html#fnref163).

²⁰⁷ VILETTE Vincent, « Conséquences des décisions du Conseil constitutionnel : le Conseil ménage ses effets », art. cit., p. 13.

²⁰⁸ Rapport du député J.-L. Warsmann : http://www.assemblee-nationale.fr/13/rapports/r0892.asp#P4964_1420100.

²⁰⁹ BENZINA Samy, « Le champ d'application de l'effet utile des décisions QPC d'inconstitutionnalité », art. cit. Le Professeur Samy BENZINA considère ainsi que « *ce ne serait que par exception, et si le juge constitutionnel l'énonce expressément dans sa décision, que l'effet utile pourrait être étendu à des situations juridiques n'ayant pas encore fait l'objet de contestation ou au contraire être restreint à certaines affaires en cours seulement [QPC n°298], voire entièrement exclu [QPC n°223]* ».

l'imposition, son régime ou son mode de calcul. Une décision par laquelle le Conseil constitutionnel, statuant sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution, déclare inconstitutionnelle une disposition législative ou ne la déclare conforme à la Constitution que sous une réserve d'interprétation ne constitue pas, en elle-même, un tel événement susceptible d'ouvrir un nouveau délai de réclamation ».

Enfin, il appartient donc bien au seul Conseil constitutionnel, lorsque, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, il a déclaré contraire à la Constitution la disposition législative ayant fondé l'imposition litigieuse ou ne l'a déclarée conforme à la Constitution que sous une réserve d'interprétation, de prévoir si, et le cas échéant dans quelles conditions, les effets que la disposition a produits avant l'intervention de cette déclaration sont remis en cause, au regard des règles, notamment de recevabilité, applicables à la date de sa décision. Le principe désormais applicable est donc le suivant : « *lorsque le Conseil constitutionnel précise, dans une décision déclarant une disposition législative contraire à la Constitution, que cette déclaration d'inconstitutionnalité est applicable à toutes les affaires non jugées définitivement à la date de publication de sa décision, cette déclaration peut être invoquée dans toutes les procédures contentieuses en cours, quelle que soit la période d'imposition sur laquelle porte le litige. Elle peut l'être aussi à l'appui de toute réclamation encore susceptible d'être formée eu égard aux délais fixés par les articles R. 196-1 et R. 196-2 du livre des procédures fiscales* ». Ainsi donc, toute décision QPC peut désormais fonder un événement susceptible d'ouvrir un nouveau délai de réclamation contentieuse. Dès lors, la déclaration d'inconstitutionnalité produit un effet rétroactif : « *elle va permettre au juge ordinaire de ne pas appliquer une disposition législative déclarée inconstitutionnelle à une situation juridique constituée, par définition, antérieurement à l'abrogation de ladite disposition* »²¹⁰. Tous les litiges potentiels pourront ainsi donner lieu à contestation, à condition que le contribuable ne soit pas encore forclos²¹¹.

Par conséquent, le contribuable intéressé qui n'aurait pas agi antérieurement à la déclaration d'inconstitutionnalité peut le faire dans la mesure, bien entendu, où le Conseil constitutionnel ne l'a pas exclu, notamment à travers une troncation du temps d'invocabilité. Dans cette hypothèse, la difficulté est de déterminer si la période susceptible de faire l'objet d'une action en restitution est limitée dans le temps et selon quelles règles, ce qui revient donc à devoir établir des règles afférentes à la période rétroactive. Sur le champ de cette intervention, sûrement la rétroactivité – si le principe subsiste pour tous les concernés – devrait se limiter aux situations dont les effets ne sont pas achevés. Dans cette situation, il ne semble pas pertinent d'offrir une totale rétroactivité à la décision QPC.

Recommandations. – Force est de constater le manque de cohérence dans la modulation dans le temps des effets des décisions QPC. L'extension improbable desdits effets risque à la fois de produire un effet d'aubaine préjudiciable et de poser des questions en termes de sécurité juridique et d'égalité devant la loi ou l'accès à la justice ; de manière générale il s'agit de poursuivre un équilibre général des droits.

Dans le droit fil des recommandations précédentes, il semble inopportun de laisser aux juridictions ordinaires le soin d'appréhender les effets dans le temps des décisions QPC.

²¹⁰ *Ibid.*

²¹¹ BRETONNEAU Aurélie et ODINET Guillaume, « Précisions sur la notion « d'événement » permettant de rouvrir le délai de réclamation en matière fiscale en cas d'intervention d'une déclaration d'inconstitutionnalité de la loi », in *La Gazette du Palais*, n°10, 2019, p. 24.

Le Conseil constitutionnel doit uniformiser et compléter sa motivation relative aux effets dans le temps de manière distincte pour les requérants, les réclamants et les concernés.

B. La mécanique rouillée du « maître des horloges » dans la détermination des effets dans le temps des décisions QPC en matière fiscale

Vers « l'effet d'aubaine »²¹². – Faute d'une jurisprudence clarifiée du Conseil constitutionnel, le Conseil d'État profite d'une brèche, risquant de considérablement augmenter le contentieux, sans qu'une telle conséquence ait d'ailleurs été voulue par le constituant de 2008. Effectivement, dans cette configuration²¹³, les contribuables concernés par la décision du juge constitutionnel seront davantage tentés de bénéficier de l'aubaine instituée par la décision. Le risque concomitant d'afflux du contentieux est d'autant plus inquiétant qu'il n'aurait pas nécessairement existé sans la déclaration d'inconstitutionnalité²¹⁴, qu'il épuise les ressources de la justice, de l'Administration fiscale et globalement les ressources publiques lorsque la décision du Conseil permet d'accorder des répétitions de l'indu. Pour autant, ces deux avis pris par le Conseil d'État « traduisent une même volonté du Conseil d'État de permettre au Conseil constitutionnel de conférer à ses censures la portée qu'il juge idoine »²¹⁵.

Si les commentateurs issus du Conseil d'État se félicitent de ne pas « acculer » le Conseil constitutionnel en l'obligeant à « tirer systématiquement des conséquences maximalistes » de ses décisions, c'est oublier peut-être l'essence profonde du contrôle de constitutionnalité. En raison de sa nature, seul le Conseil constitutionnel peut théoriquement produire un tel contrôle. Il en va de même selon nous pour les effets de ses décisions, notamment lorsqu'ils touchent à l'article 34 de la Constitution ou au principe de continuité de la vie nationale. Dans de telles hypothèses, il ne semble pas raisonnable de laisser au juge du fond la possibilité de relancer des contentieux dont on a vu qu'ils peuvent être haletants en raison des manquements du législateur. Cependant, il semble désormais acquis que le juge administratif a pour souci de faire de la QPC une voie attractive « sans attendre du justiciable qu'il soit un désintéressé procureur de la Constitution »²¹⁶, plus encore que ce que le Conseil constitutionnel opère tant ses décisions semblent semées d'incertitudes. Ce faisant, il est difficile de lire dans les décisions du Conseil constitutionnel une réelle volonté de totalement se fier aux juridictions inférieures — il y aurait d'ailleurs là un risque immense, celui de l'atteinte à son office. Encore une fois, le contentieux constitutionnel perd à être traité comme un contentieux de fond. Sans l'intervention du Conseil d'État, des « réclamations de

²¹² Selon la formule empruntée à BENZINA Samy, « Le champ d'application de l'effet utile des décisions QPC d'inconstitutionnalité », art. cit.

²¹³ VILETTE Vincent, « Conséquences des décisions du Conseil constitutionnel : le Conseil ménage ses effets », art. cit., p. 14.

²¹⁴ DEUMIER Pascale, « Les effets dans le temps des décisions QPC : un droit des conséquences des décisions constitutionnelles », in *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 47, 2015, pp. 65-77.

²¹⁵ VILETTE Vincent, « Conséquences des décisions du Conseil constitutionnel : le Conseil ménage ses effets », art. cit.

²¹⁶ *Ibid.*, p. 10.

précaution » ? Autre risque évoqué²¹⁷, celui qui aurait été de refuser aux contribuables n'ayant pas encore formé de réclamation le bénéfice de la QPC. Ce risque aurait alors été facilement à travers la formulation de réclamations « de précaution », juste avant la lecture de la décision QPC, dans l'optique de préserver la possibilité de s'en prévaloir. Le phénomène n'est toutefois pas attesté.

Le contrôle concret des effets dans le temps d'une décision QPC en matière fiscale.

– Comme le note le maître des requêtes au Conseil d'État, Vincent Vilette²¹⁸, la jurisprudence du Conseil constitutionnel avait déjà pour effet, préalablement aux décisions d'ouverture prises par le Conseil d'État, de poser un tempo particulier pour les effets dans le temps des décisions QPC. Ce dernier avait en effet déjà eu l'occasion d'apporter quelques éclairages sur à l'applicabilité « aux affaires non jugées définitivement » dans sa décision *Société FB Finance*²¹⁹, en circonscrivant les effets dans le temps de cette décision au seul respect « des délais et conditions prévus par le LPF ». Les commentaires aux Cahiers correspondants précisait que « *la décision commentée peut être invoquée dans toutes les instances contentieuses (réclamation, requête) en cours ou à venir dès lors que les conditions du LPF sont satisfaites* ». À l'inverse, le juge constitutionnel avait déjà su prendre le soin d'exclure explicitement que sa décision puisse bénéficier, pour le passé, à ceux des contribuables qui n'avaient pas encore formé de réclamations au moment de la lecture²²⁰. Ce souci de moduler finement les effets de ses décisions le conduit aussi à juger, casuistiquement, que celles-ci sont « applicables » aux instances en cours, ou qu'elles « peuvent être invoquées dans ces instances », la rédaction retenue déterminant si le juge ordinaire doit ou non relever d'office l'inconstitutionnalité en cause²²¹.

La rétroactivité procédurale en question. – Pour faire bénéficier le requérant de la décision d'inconstitutionnalité, il faut dépasser la simple abrogation pour faire remonter les effets de la censure jusqu'au litige qui l'a suscitée et, « *une fois admise la rétroactivité procédurale au bénéfice du requérant, il s'avérait délicat de la « tunneliser » pour en circonscrire les effets à ce seul justiciable* »²²². Dès lors, les conséquences seront analogues pour l'ensemble concernés dans la mesure où leurs litiges respectifs prennent naissance bien en amont de la décision d'inconstitutionnalité du dispositif ayant fondé les litiges en cause. Dans une telle situation, le juge est amené à tronquer la linéarité du temps afin d'en faire profiter au *maximum* les requérants et potentiels concernés, au risque fatal de causer plus de dommages que la déclaration d'inconstitutionnalité elle-même. Certes, il aurait paru étrange de faire reposer l'inconstitutionnalité sur le seul requérant et ainsi de n'en faire profiter qu'à lui, partant toujours du postulat que la décision doive bien entendu lui profiter. Mais, le glissement opéré vers la rétroactivité pour tous les contribuables dépasse le simple cadre du contrôle abstrait

²¹⁷ *Ibid.*, p. 13.

²¹⁸ VILETTE Vincent, « Conséquences des décisions du Conseil constitutionnel : le Conseil ménage ses effets », art. cit.

²¹⁹ Décision n°2017-629 QPC du 19 mai 2017, *Société FB Finance* (non-conformité totale).

²²⁰ Voir par exemple : Décision n° 2013-362 QPC du 6 février 2014, *TF1 SA* (non-conformité partielle) et Décision n°2015-482 QPC du 17 septembre 2015, *Société Gurdebeke SA* (conformité – réserve).

²²¹ VILETTE Vincent, « Conséquences des décisions du Conseil constitutionnel : le Conseil ménage ses effets », art. cit., p. 13.

²²² *Ibid.*, p. 11.

qu'est censé opérer le Conseil. Un tel problème implique alors, selon nous, un resserrement du contrôle à opérer.

L'influence sur le travail parlementaire. – Outre les injonctions adressées au Parlement (*cf. supra*), chaque modulation dans le temps des effets d'une inconstitutionnalité vise aussi à guider les parlementaires dans l'édiction d'une législation nouvelle. Il en est notamment ainsi de toutes les décisions qui contiennent une réserve d'interprétation ou une réserve transitoire. Ainsi, le caractère intrinsèque de la décision d'inconstitutionnalité, *a fortiori* QPC, dissuade le législateur de considérer « *avec légèreté les droits et libertés que la Constitution garantit* »²²³. Plus encore, cette poursuite sans fin des droits et libertés sert préventivement au législateur lors de l'élaboration de la loi fiscale²²⁴, si ce n'est qu'elle l'oblige à optimiser un *maximum* sa législation afin de ne pas la voir censurée²²⁵. Il est toujours ainsi déroutant de constater sur les réseaux sociaux que parlementaires et ministres se félicitent que le Conseil constitutionnel ne déclare pas contraires à la constitution des dispositions fiscales. Cette crainte semble désormais dépasser en intensité toute poursuite du bon sens juridique²²⁶.

En conclusion de quoi, la modulation de l'effet utile est un sujet symptomatique qui questionne la place du Conseil constitutionnel dans l'équilibre institutionnel de la V^e République, notamment dans sa relation avec le Parlement qui préfère désormais l'effacement aux humiliations répétées des censures d'une législation désormais dictée par l'Oracle constitutionnel.

²²³ EYNARD Manuel, « La modulation des effets dans le temps des déclarations d'inconstitutionnalité prononcées dans le cadre de questions prioritaires de constitutionnalité : typologie des solutions et perspectives », art. cit., p. 332.

²²⁴ CARTIER Emmanuel, « Les pouvoirs publics : entre stratégies défensives et préventives », in CARTIER Emmanuel (dir.), *La QPC, le procès et ses juges. L'impact sur le procès et l'architecture juridictionnelle*, Paris Dalloz, 2013, p. 130. ; v. aussi YTIER David, « La réception de la jurisprudence constitutionnelle dans le processus d'élaboration des lois financières », in *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et À l'Étranger*, n° 5, 2019, p. 1357. ; CARCASSONNE Guy, « Le Parlement et la QPC », art. cit.

²²⁵ Pour un perçu de la question, v. DAYDIE Laura, « La détermination des effets des décisions QPC : illustration d'un usage perfectible de la Constitution », art. cit., p. 48.

²²⁶ Le Professeur Guillaume Drago parle d'une loi écrite « *sous la dictée du Conseil constitutionnel* » : v. DRAGO Guillaume, « L'influence de la QPC sur le Parlement ou la loi sous la dictée du Conseil constitutionnel », *Jus politicum*, n° 6, novembre 2011.

Chapitre 7

L'effet inutile des décisions QPC dans le cadre de la dernière application de l'état d'urgence (2015-2017)

Olga Mamoudy

Certaines législations, que l'on peut qualifier de législations d'exception, ne sont pas contrôlées dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* exactement comme le seraient des législations ordinaires. Les circonstances exceptionnelles, qui sont au fondement des lois d'exception, influent sur le contrôle de constitutionnalité et sur l'effet utile des décisions QPC en cas de censure. Cela se vérifie en pratique lorsqu'on étudie les décisions QPC rendues dans le cadre de la dernière application – relativement longue – de l'état d'urgence et des multiples modifications de la loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence qui l'ont accompagnée.

Tout au long de la mise en œuvre récente de la loi du 3 avril 1955, on constate, non sans un certain paradoxe, que le contrôle juridictionnel accru du régime d'exception (1) n'a pas modifié de manière significative la situation des personnes concernées par des mesures restrictives de liberté – assignations à résidence, perquisitions administratives, interdictions de séjour, fermeture de certains lieux de réunion, *etc.* Ces personnes n'ont, en particulier, pas bénéficié de l'effet utile des QPC gagnantes qu'elles ont posé (2).

(1) Le cadre législatif de l'état d'urgence et les mesures prises pour son application n'ont jamais été autant contrôlés par les juges français (juridictions administratives et Conseil constitutionnel) que lors de sa dernière application. deux facteurs expliquent ce contrôle sans précédent : en premier lieu, la durée d'application de l'état d'urgence et le nombre de mesures prises sur son fondement¹ ; en second lieu, le développement de nouvelles voies de droit (QPC et référés notamment) ouvertes aux justiciables qui n'existaient pas lors des précédentes applications de l'état d'urgence². Les très nombreuses mesures individuelles prises sur le fondement de la loi de 1955 lors de la dernière application de l'état d'urgence ont ainsi fait l'objet d'un contentieux quantitativement beaucoup plus important que lors des précédentes applications de cette législation d'exception. Ce contentieux a été l'occasion pour les justiciables concernés par des mesures attentatoires aux libertés de poser 9 QPC sur la loi du 3 avril 1955.

(2) Ce contrôle juridictionnel sans précédent en période d'état d'urgence a toutefois très rarement bénéficié aux personnes les plus directement affectées par la mise en œuvre de la loi du 3 avril 1955. Si cette loi a certes connu de nombreuses modifications qui l'ont rendue plus respectueuse des droits et libertés fondamentaux, les mesures prises pour son application, sur

¹ Pour les chiffres officiels, v. <https://www.interieur.gouv.fr/Espace-presse/Dossiers-de-presse/Sortie-de-l-etat-d-urgence-un-bilan-et-des-chiffres-cles>.

² V. O. Mamoudy, « Le contrôle par le juge administratif des mesures prises en application de l'état d'urgence », colloque organisé par l'IEDP (Paris 11), *Le droit politique d'exception, pratique nationale et sources internationales – Autour de l'état d'urgence français*, 8 et 9 déc. 2016, Institut Universitaire Varenne, Coll. Colloque & Essais, 2018, pp. 89-109.

le fondement de dispositions inconstitutionnelles, n'ont presque jamais pu être remises en cause devant les juges du fond.

Si l'on se place du point de vue des pouvoirs publics, il est certain que l'existence de la QPC et son utilisation par les justiciables et leurs conseils pendant l'état d'urgence a eu une influence sur la réécriture, quantitativement importante, de la loi de 1955. La QPC a donc eu un effet utile pendant l'état d'urgence car elle a conduit le législateur à « revoir sa copie » et à modifier la loi dans le sens d'une plus grande protection des droits et libertés fondamentaux garantis par la Constitution. La loi du 3 avril 1955 n'est pas sortie indemne du contentieux QPC entre 2015 et 2018. Il suffit, pour s'en rendre compte, de comparer sa version en vigueur avant 2015 et sa version actuellement en vigueur. Certains articles ont été considérablement modifiés, d'autres ont disparu... à la suite de QPC.

Cependant, l'utilité de la QPC ne saurait se réduire à une simple action correctrice du législateur pour remédier à l'inconstitutionnalité constatée. **L'effet utile de la QPC se mesure avant tout au regard de ses effets pour les justiciables. Or, les effets des QPC gagnantes ont été quasi-nuls pour ces derniers.**

9 décisions QPC composent le champ de cette étude. Lors de la dernière période d'application du régime d'exception de l'état d'urgence, le Conseil constitutionnel a en effet été saisi à plusieurs reprises de la loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, dans sa version initiale et modifiée. Pendant cette période, le Conseil constitutionnel a rendu 9 décisions dont 2 de conformité³, 4 de non-conformité totale⁴ et 3 de non-conformité partielle⁵.

La question de l'effet utile des QPC gagnantes se pose donc pour 7 décisions sur les 9, étant entendu que pour les décisions de conformité la question de l'effet utile n'est pas pertinente.

³ **Décision n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015, Cédric D ; Décision n° 2016-535 QPC du 19 février 2016, Police des réunions et des lieux publics dans le cadre de l'état d'urgence.**

⁴ **Décision n° 2016-567/568 QPC du 23 septembre 2016, Perquisitions administratives** (telles que prévues au 1° de l'article 11 de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence dans sa rédaction résultant de l'ordonnance n° 60-372 du 15 avril 1960) ; **Décision n° 2017-635 du 9 juin 2017, Interdiction de séjour dans le cadre de l'état d'urgence** (telle que prévue par le 3° de l'article 5 de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence) ; **Décision n° 2017-677 QPC du 1er décembre 2017 – Contrôles d'identité, fouilles de bagages et visites de véhicules dans le cadre de l'état d'urgence** (tels que prévus par l'article 8-1 de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, dans sa rédaction issue de la loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et portant mesures de renforcement de la lutte antiterroriste) ; **Décision n° 2017-684 QPC du 11 janvier 2018, Zones de protection ou de sécurité dans le cadre de l'état d'urgence** (telles que réglementées par le 2° de l'article 5 de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2017-1154 du 11 juillet 2017 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence).

⁵ **Décision n° 2016-536 QPC du 19 février 2016, Perquisitions et saisies administratives dans le cadre de l'état d'urgence – copie des données informatiques** (telles que prévues par le paragraphe I de l'article 11 de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence dans sa rédaction résultant de la loi du 20 novembre 2015) ; **Décision n° 2016-600 QPC du 2 décembre 2016, Perquisitions administratives dans le cadre de l'état d'urgence Destruction/délai de conservation des données copiées lors de la perquisition** (telles que prévues par les troisième à dixième alinéas du paragraphe I de l'article 11 de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, dans sa rédaction résultant de la loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et portant mesures de renforcement de la lutte antiterroriste) ; **Décision n° 2017-624 QPC du 16 mars 2017, Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence /renouvellement et durée des assignations** (telles que réglementées par les onzième à quatorzième alinéas de l'article 6 de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence dans sa rédaction résultant de la loi n° 2016-1767 du 19 décembre 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et le paragraphe II de l'article 2 de la même loi du 19 décembre 2016).

Le Conseil constitutionnel a utilisé son pouvoir de report dans le temps des effets de l'abrogation (effet différé) à 3 reprises⁶ et a privé l'abrogation d'un effet immédiat, soit d'un effet dans les instances en cours y compris celle(s) ayant fait remonter la QPC, dans 1 décision⁷. Sur ces 7 décisions, 6 ont été privées de leur effet utile pour les requérants ayant posé les QPC et dans les instances en cours, que cela résulte explicitement des considérants des QPC relatifs à leurs effets ou de la manière dont le Conseil d'État a appliqué la décision QPC (pour la décision n° 2016-536 QPC du 19 février 2016). Seule 1 décision⁸ a eu un effet utile pour les auteurs des QPC gagnantes et dans les contentieux en cours, mais d'une façon quelque peu curieuse. La disposition abrogée prévoyait en effet la mise en place d'un contrôle juridictionnel préalable – donc d'une garantie – jugé inconstitutionnel.

Les requérants ont donc été confrontés en majorité à des décisions n'ayant eu aucun effet utile pour eux. Les dispositions inconstitutionnelles ont produit leurs effets dans les litiges au fond *comme si le Conseil constitutionnel ne les avait pas censurées*. Pour certaines, elles ont même continué à produire des effets dans l'ordre juridique pendant un certain délai. Le Conseil constitutionnel utilise son pouvoir de limitation dans le temps des effets de l'abrogation pour priver les QPC gagnantes de leur effet utile (même si cette privation peut être réalisée sans l'utilisation d'un tel pouvoir).

A la lecture des motifs ayant conduit le Conseil constitutionnel à limiter les effets des abrogations prononcées, il apparaît que l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public a pesé lourdement face aux droits et libertés garantis par la Constitution, en particulier le droit à une protection juridictionnelle effective. Tout en censurant le régime de certaines mesures phares de l'état d'urgence, attentatoires aux droits et libertés constitutionnellement garantis, le Conseil constitutionnel a rendu possible une application continue et pérenne du régime d'exception en faisant référence au standard des « conséquences manifestement excessives » – standard bien commode car il permet en pratique de ne pas justifier la privation d'effet utile.

En elle-même, cette motivation standardisée est fréquente dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et s'accorde parfaitement avec l'usage que l'on connaît déjà bien du pouvoir de modulation temporelle en cas d'abrogation⁹. Cependant, le déséquilibre au profit de la sauvegarde de l'ordre public est ici remarquable. Il permet en effet, dans la quasi-totalité des cas de contestation de dispositions de la loi du 3 avril 1955, et sans autre justification, de laisser la loi en l'état au moins dans les instances en cours, y compris pénales, sinon dans l'ordre juridique pendant un certain délai. Or, les régimes d'exception sont des périodes particulièrement dangereuses pour les droits et libertés constitutionnellement garantis, auxquels les pouvoirs publics peuvent porter atteinte dans des conditions qui ne seraient pas admises en temps normal. Dans ces conditions, le Conseil constitutionnel aurait au moins pu veiller à ce qu'en cas de censure, les requérants puissent bénéficier de l'effet utile des QPC. Il aurait pu, en

⁶ Décision n° 2016-600 QPC du 2 décembre 2016 préc. ; Décision n° 2017-635 du 9 juin 2017 préc. ; Décision n° 2017-677 QPC du 1er décembre 2017 préc.

⁷ Décision n° 2016-567/568 QPC du 23 septembre 2016 préc.

⁸ Décision n° 2017-624 QPC du 16 mars 2017 préc.

⁹ V. O. Mamoudy, *La modulation dans le temps des effets des décisions de justice en droit français*, dir. P. Cassia, thèse dactyl. Paris 1, 2013, 603 p. ; S. Benzina, *L'effectivité des décisions QPC du Conseil constitutionnel*, dir. G. Drago, LGDJ, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, Tome 148, 2017 ; M. Benigni, *L'application dans le temps des décisions QPC*, dir. E. Cartier, thèse dactyl. Lille 2, 2018, 559 p.

outre, motiver davantage le maintien dans l'ordre juridique de dispositions d'exception jugées inconstitutionnelles autrement que par une motivation tautologique. Cette jurisprudence pose donc la question de l'effectivité de la procédure QPC dans le contexte de l'état d'urgence.

Le fait que les QPC gagnantes n'ont pas eu d'effet utile ni pour les requérants les ayant posées, ni dans les instances en cours à la date à laquelle la QPC a été rendue est contraire au droit au recours juridictionnel effectif. En période de circonstances exceptionnelles, soit une période où les pouvoirs publics ont globalement les mains beaucoup plus libres pour agir qu'en période « normale », cela est hautement problématique car le juge est un ultime rempart face à l'arbitraire du pouvoir qui peut se déployer plus aisément.

Il convient toutefois de ne pas pointer du doigt uniquement le Conseil constitutionnel, qui n'est pas le seul responsable de l'inutilité de ses décisions. Si lui-même organise souvent l'inutilité des abrogations qu'il prononce pour les justiciables – comme ce fut le cas dans 4 des 7 décisions étudiées – l'effet inutile des QPC gagnantes se déploie aussi en dehors de sa volonté. Il arrive parfois que l'effet utile de la QPC lui *échappe* en quelque sorte et soit imputable aux juridictions du fond, au législateur ou même à certaines configurations contentieuses.

Inutilité imputable au Conseil constitutionnel. Dans les décisions n° 2016-567/568 QPC du 23 septembre 2016, n° 2016-600 QPC du 2 décembre 2016, n° 2017-635 du 9 juin 2017 et n° 2017-677 QPC du 1^{er} décembre 2017 précitées, le Conseil constitutionnel a organisé lui-même, de façon volontaire et explicite, l'ineffectivité totale des QPC gagnantes pour les requérants les ayant posées et pour ceux dont les instances étaient en cours au jour où les décisions ont été rendues. Ce procédé est parfaitement contraire au droit au recours juridictionnel effectif. Le Conseil constitutionnel français est d'ailleurs la seule juridiction constitutionnelle à ne pas préserver au moins le sort du requérant ayant porté le recours, sinon celui de tous ceux dont les instances sont en cours au jour de la décision. Cette politique jurisprudentielle de l'inutilité devrait, pour l'ensemble de ces raisons, être abandonnée et les justiciables dignement protégés par le gardien des droits et libertés fondamentaux garantis par la Constitution.

Inutilité imputable aux juridictions du fond. Dans certains cas cependant, alors même que le Conseil constitutionnel n'a pas décidé de priver sa QPC d'effet utile pour les justiciables, le Conseil d'État l'organise lui-même dans le cadre des décisions rendues après renvoi. Ainsi, alors même qu'à la lecture de la décision n° 2016-536 QPC du 19 février 2016 l'effet utile semblait acquis pour les justiciables¹⁰, il n'en a pourtant rien été. Le Conseil d'État a en effet jugé que l'inconstitutionnalité ne pouvait pas être invoquée dans les litiges en cours et a appliqué la disposition inconstitutionnelle¹¹. Des éléments saisis en application d'une législation inconstitutionnelle, lors de perquisitions administratives, ont ainsi pu être exploités et servir de fondement pour des mesures d'assignation à résidence.

Inutilité imputable à certaines configurations contentieuses (nature des actes contestés). Dans d'autres cas, le fait que les mesures contestées devant les juridictions du fond (perquisitions, arrêtés fixant des périmètres de sécurité...) épuisent leurs effets presque

¹⁰ V. le point 16 de la décision n° 2016-536 QPC : « Considérant que la déclaration d'inconstitutionnalité de la seconde phrase du troisième alinéa du paragraphe I de l'article 11 de la loi du 3 avril 1955 prend effet à compter de la date de la publication de la présente décision ; *qu'elle peut être invoquée dans toutes les instances introduites à cette date et non jugées définitivement* », nous soulignons.

¹¹ V. CE, ord., 16 novembre 2016, n° 404790 et CE, ord., 16 novembre 2016, n° 404787.

instantanément – Paul Cassia utilise le terme d’actes administratifs « *jetables* »¹² et dénonce l’instauration de mécanismes d’une « *grande perversité contentieuse* »¹³ – a pour conséquence que *de facto*, la victoire en QPC ne puisse qu’être une victoire à la Pyrrhus pour les justiciables. Les suites de la QPC n° 2017-684 QPC du 11 janvier 2018 en sont un exemple flagrant.

Inutilité imputable au législateur. En outre, l’effet différé de certaines QPC gagnantes, prononcé pour « permettre au législateur de remédier à l’inconstitutionnalité constatée » n’est parfois pas mis à profit par ce dernier pour corriger positivement la loi. Ce fut le cas notamment à l’issue de la QPC n° 2016-600 QPC du 2 décembre 2016 précitée¹⁴. Cela peut être assimilé à une violation de la chose jugée par le législateur et pose un certain nombre de questions. Premièrement, cette incurie du législateur impose d’interroger le délai qui lui est laissé pour refaire la loi et pendant lequel la loi inconstitutionnelle continue de s’appliquer. Si le législateur ne met pas à profit ce délai pour corriger les inconstitutionnalités relevées par le Conseil constitutionnel, à quoi sert le délai de report des effets de la décision ? Deuxièmement, cette carence du législateur pose la question des conséquences du non-respect de la chose jugée par le Conseil constitutionnel. Ne faudrait-il pas prévoir un mécanisme de sanction de la carence du législateur lorsqu’il doit légiférer pour remédier aux inconstitutionnalités constatées ? Enfin, la question de la motivation de la modulation par le Conseil constitutionnel apparaît centrale. Lorsque que le Conseil constitutionnel donne pour seule motivation à l’effet différé de ses décisions le fait de « permettre au législateur de remédier à l’inconstitutionnalité constatée », il confond l’effet (éventuel) d’un effet différé : soit permettre au législateur de corriger la loi – et la cause de la modulation – soit les effets « manifestement excessifs » d’une abrogation immédiate avec effet dans les instances en cours.

Au terme de cette étude, qui permet de mettre en évidence l’inutilité quasi systématique des QPC pendant l’état d’urgence, **au moins deux évolutions majeures de la jurisprudence du Conseil constitutionnel s’imposent.**

Premièrement, **le fait de réserver systématiquement le sort du requérant ayant posé la QPC ainsi que celui de ceux dont les instances sont en cours au jour où la décision est prononcée.** L’effet utile des décisions n’est pas une possibilité à la discrétion du juge, quel qu’il soit. Il en va du respect du droit à une protection juridictionnelle effective.

Deuxièmement, **la précision et l’amélioration de la motivation concernant spécifiquement les effets de la décision QPC.** Cette motivation doit être suffisamment claire pour que les juridictions du fond ne transforment pas, à leur guise, l’effet donné par le Conseil constitutionnel à une décision de non-conformité. Elle doit en outre préciser les raisons objectives pour lesquelles il apparaît nécessaire de limiter les effets dans le temps de la décision QPC. Elle doit enfin cesser de confondre l’effet et la cause du report dans le temps de tels effets.

Ces évolutions peuvent parfaitement être menées par la voie jurisprudentielle et ne nécessitent aucune modification de la Constitution de 1958.

¹² P. Cassia, *Contre l’état d’urgence*, Dalloz, 2016, spéc. p. 197.

¹³ P. Cassia, « L’insupportable droit à l’erreur du législateur », Blog Médiapart, 4 déc. 2017, <https://blogs.mediapart.fr/paul-cassia/blog/041217/etat-d-urgence-l-insupportable-droit-l-erreur-du-legislateur>.

¹⁴ Sur la carence du législateur à la suite de cette QPC V. not. P. Cassia, « La neutralisation des inconstitutionnalités de la loi sur l’état d’urgence », Blog Médiapart, 20 déc. 2016, <https://blogs.mediapart.fr/paul-cassia/blog/201216/la-neutralisation-des-inconstitutionnalites-de-la-loi-sur-l-etat-d-urgence>.

Chapitre 8

L'effet utile et la subjectivisation du contrôle de constitutionnalité

Stéphane Mouton

I/ Poser la question de la « subjectivisation » du recours QPC à la lumière de l'effet utile revient à s'interroger sur le point de savoir quel est l'intérêt du recours pour le justiciable, bref celle de la fonction réelle du contrôle QPC pour le citoyen.

C'est en effet la question de l'utilité de ce recours pour le justiciable qui se pose ici, car de prime abord, la question prioritaire devrait être vue comme un moyen pour lui de défendre un droit constitutionnel opposable à la loi. N'est-ce pas ainsi que la QPC a été présentée et surtout qu'elle doit être vue pour susciter l'intérêt du justiciable, n'est-ce pas le sens que recèle la rédaction de l'article 61-1 C. 58 ?

Un rapide examen de la jurisprudence du Conseil constitutionnel démontre que tel n'est pas le cas. Cette dimension n'existe pas dans le contrôle QPC. Ce constat, finalement reconnu et même accepté par tous les spécialistes du contrôle de constitutionnalité révèle tout de même une ambivalence gênante. La QPC ne devrait-elle plus être considérée comme un moyen pour les citoyens de défendre leurs droits constitutionnels ? La question mérite d'être posée au regard de son effet utile **pour les citoyens**.

En réalité, la Question prioritaire de constitutionnalité est un contrôle visant à perfectionner le travail législatif. De ce point de vue, l'analyse de *l'effet utile* a une vertu qui se révèle *a contrario* en quelque sorte. En disant ce que ce contrôle QPC ne fait pas, il nous dit ce qu'est sa vraie nature et sa vraie fonction.

Il n'est pas un recours au service des droits contre la loi. Il demeure, dans le prolongement du contentieux constitutionnel développé sur le fondement de l'art. 61-1 C. 58, un mécanisme qui participe à la rationalisation de la fonction législative. De ce point de vue, le Conseil constitutionnel demeure dans une position institutionnelle qui relève plus de la tradition d'un sénat impérial que d'une cour suprême.

C'est vrai, une analyse qui tenterait de démontrer que le recours contentieux vise à assurer la protection subjective d'un justiciable des effets inconstitutionnels d'une disposition législative n'est pas réaliste pour deux raisons. Deux facteurs parasitent cette subjectivisation de l'effet utile.

L'étude de l'effet utile des décisions QPC démontre qu'en dépit de certains caractères qui pourraient le rattacher à un contrôle de nature concrète, ce contrôle demeure *abstrait* dans sa nature et ses effets. Certes, le procès QPC est déclenché par un justiciable au cours d'une instance. Certes, la demande est liée à un procès *a quo*, puisque la disposition législative doit être « applicable » au litige¹. Ce contrôle de constitutionnalité reste donc tenu à une instance par un lien juridique, à l'instar par exemple de la *rilevanza* dans le contentieux italien².

¹ Cf. les conditions de filtrage définies par la loi organique n° 2009-1523 du 10 déc. 2009 relative à l'application de l'art. 61-1 de la Constitution.

² Voir le Rapport de N. Perlo : « *L'effet utile des décisions de la Cour constitutionnelle italienne* ».

Cependant, en dépit de ces deux caractères, ce contentieux prend néanmoins une dimension naturellement « *objectivante* » qui s'explique par l'autorité qui est attachée aux décisions d'inconstitutionnalité à l'encontre des dispositions législatives contestées. D'une part, la décision génère une abrogation de la norme, ce qui implique, d'autre part, qu'elle revête un effet *erga omnes*³. Telle est la raison pour laquelle ce contrôle de constitutionnalité, mêlant des caractères attachés au contrôle concret mais aussi abstrait, est « hybride ».

Cette portée générale a une conséquence fondamentale qui revêt une acuité toute particulière dans l'étude de l'effet utile. Elle a pour effet de déplacer le contrôle d'une dimension contentieuse attachée à la fonction juridictionnelle vers une autre dimension, politique celle-ci, attachée à la fonction législative. Visant à la création de normes de réglementation d'ensemble, la loi a une nature profondément politique parce qu'elle vise à régler les rapports sociaux dans le respect des valeurs constitutives de la société politique. Tel est le sens de la nécessaire conformité de la loi à la Constitution.

S'il revendique la possibilité de défendre une situation de droit à l'occasion d'un litige en arguant la violation de droits fondamentaux par la disposition législative invoquée, cette première dimension est aspirée par la dimension « *objectivante* » générée par la portée de ce recours. Inéluctablement donc, le contentieux glisse d'une dimension à une autre, comme l'assume parfaitement la mise en œuvre de la QPC par la rédaction d'un mémoire distinct.

Certes, ces deux dimensions sont présentes dans tous les contrôles par voie d'exception dits *subjectifs* qui visent à apprécier la conformité de la loi à la Constitution. C'est ce que démontre la mise en œuvre de ces recours dans le cadre d'un système de contrôle qui répond de la juridiction constitutionnelle, comme le démontre plus précisément l'étude de son contentieux en Italie ou en Allemagne par exemple. Elle est même présente dans les recours subjectifs qui animent le contrôle de constitutionnalité des lois dans les systèmes dits de justice constitutionnelle⁴.

L'objectivisation du recours est imposée par une nécessaire conciliation de deux intérêts contradictoires : l'intérêt du justiciable qui se manifeste par un intérêt subjectif à défendre auquel s'oppose l'intérêt de la société et de sa bonne organisation dont découlent d'ailleurs les conditions de reconnaissance effective des droits par la loi. Par voie de conséquence, contester la constitutionnalité d'une disposition législative revient toujours à discuter la pertinence et la légitimité même d'une conception majoritairement partagée qui justifie par la loi la réglementation d'une situation. Il s'agit donc d'une démarche certes juridictionnelle, mais qui véhicule une telle charge politique en ce sens, qu'elle revient à rediscuter la pertinence de la mise en œuvre des valeurs qui structurent la vie sociale. *In fine*, le contrôle de constitutionnalité cristallise toujours cette contradiction lorsqu'il s'agit d'opérer une confrontation de la loi et/ou de l'une de ses dispositions à la Constitution.

Mais en France, l'étude de la technique de *l'effet utile* révèle la tension profonde qui anime ce contentieux QPC. Elle démontre que cette objectivisation repose sur une seconde conciliation qui en réalité prime sur toutes les autres. Ce point finalement est peu souligné et

³ Selon les termes de l'art. 62 al. 2 C. 58 : « Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause ».

⁴ L. Favoreu & W. Mastor : *Les cours constitutionnelles*, Dalloz, « Connaissance du droit », 2016.

pourtant ! En France, le contrôle de constitutionnalité est dominé par une autre caractéristique : l'intérêt de la société qui inspire sa réglementation législative est assimilé à celui de l'État, dont l'intérêt se confond avec la société qu'il représente. Dans le paradigme de l'État-nation, l'intérêt général demeure le critère qui prévaut dans toutes les appréciations relatives à la constitutionnalité des lois. C'est cet intérêt qui prime toujours dans la confrontation juridictionnelle entre la loi et la Constitution. Dans un tel contexte, l'appréciation de la constitutionnalité d'une disposition législative émanant certes d'une instance juridictionnelle ne peut avoir, par principe, pour objet de défendre sa situation de droit à l'aune des droits constitutionnels qui pourraient la protéger. L'appréciation de cette constitutionnalité repose par principe sur la représentation d'un intérêt de la société concrètement façonné par l'État, avant ceux d'un justiciable qui soulèverait le danger que cette mise en œuvre législative impliquerait sur sa situation de droit en invoquant à l'appui de cette contestation un droit supérieur, un droit constitutionnel⁵. Par voie de conséquence, que le contrôle de constitutionnalité se fonde sur l'article 61 ou l'article 61-1 C. 58, il revient toujours à une opération qui s'analyse comme un procès fait à une « disposition législative ».

Finalement, l'étude de l'effet utile nous oblige encore à cette résignation rousseauiste : la QPC n'est pas un moyen de droit permettant de démontrer que le justiciable peut avoir raison contre la décision majoritaire portée par le pouvoir de l'État. De ce point de vue encore, la QPC engage une question de nature pleinement politique, sur le fondement du pouvoir en démocratie. L'impossible subjectivisation du recours constitutionnel révèle qu'en France, la souveraineté ne peut reposer sur une addition de « *parcelles de souveraineté* » dont la traduction juridique serait la possibilité pour chaque membre du corps social de la défendre, à l'appui de ses droits constitutionnels contre la décision qui s'exprime par la loi dans un système de nature purement représentative. Pourtant, n'est-ce pas ce que devrait révéler la mise en œuvre de l'article 61-1 C. 58 ? Cette procédure ne signifie-t-elle pas qu'elle vise à engager une discussion sur l'exercice du pouvoir en permettant à un justiciable de prendre part à l'exercice de la volonté générale ?

III/ L'effet utile n'a pas cette dimension politique répondra-t-on avec raison. Elle est un outil répondant à une procédure contentieuse. C'est une question contentieuse, et une question qui relève de l'application de la loi dans le temps, dira-t-on encore. L'effet utile est l'expression juridique d'un recours incident qui relève de la technique contentieuse et non de la discussion politique. Au mieux, et avec beaucoup d'imagination comme tendent à le démontrer les analyses ci-dessus, la QPC serait, selon une inspiration gidienne, la « *porte étroite* » contentieuse qui permet de penser le lien concret susceptible de se tisser entre les intérêts subjectifs du justiciable et l'application de la loi dans la grande majesté de l'expression de la volonté générale.

C'est bien peu, trop technique, et trop difficile. En réalité, la technicité de la mise en œuvre de l'effet utile des décisions est le signe de son échec, si l'on envisage ce que devrait être le sens que devrait revêtir le contrôle de constitutionnalité dans une démocratie qui repose sur le respect de droits des membres du corps social, et pour le respect desquels ils acceptent de consentir à l'exercice du pouvoir exercé par l'État. Un dernier recours de défense contre la violence faite par la norme générale à un individu qui ne trouverait que dans la Constitution le

⁵ S. Mouton (dir.), *Le Régime représentatif à l'épreuve de la justice constitutionnelle*, Paris, LGDJ, 2016.

moyen de contrer une atteinte insupportable au motif qu'elle attenterait à un droit fondamental, un droit essentiel, un droit naturel. Par voie de conséquence, ce contrôle devrait être l'instrument ultime qu'un justiciable devrait pouvoir mettre en œuvre pour défendre une situation de droit qui se heurte aux conséquences d'un ordre établi par une expression de la volonté générale qui génère alors une violence, et donc une injustice générée par la revendication d'un droit qui se brise devant les préjugés. Elle pourrait même être, pourquoi pas, le moyen de bousculer la classique distinction établie par Benjamin Constant et de hisser les droits civils reconnus par la Constitution au rang de nouveaux droits politiques⁶.

Toutes les études ici présentées sur l'effet utile le démontre. Sur le fondement de l'article 62 al. 2 C. 58, et à la lumière de la jurisprudence cette technique peut jouer, on le sait, dans deux situations.

En cas d'*abrogation immédiate*, la mise en œuvre de l'effet utile ne pose pas en soi de vraies difficultés techniques. Le principe est qu'il doit jouer et profiter au requérant. Cela semble logique et naturel car le juge ne peut appliquer aux instances en cours une disposition inconstitutionnelle. Au renfort de cette interprétation, l'effet *erga omnes* dilate, à l'avantage des justiciables, la portée de la solution à l'ensemble des instances en cours comme le démontrent les décisions relatives à la liberté d'expression⁷. Pourtant, la mise en œuvre de l'effet utile ne va pas de soi, même dans le cadre de l'abrogation immédiate, à l'instar de la mise en œuvre de ce contrôle dans le cadre de l'application des régimes des incompatibilités dans le contentieux électoral.

Dans le cas de l'abrogation différée, la situation est différente. A l'inverse de l'abrogation immédiate, l'effet utile ne trouve pas ici une application naturelle en raison des problèmes qu'elle pose en matière d'application de la loi dans le temps. Par exception cependant, le Conseil constitutionnel peut faire bénéficier de manière rétroactive des effets de l'abrogation de la loi inconstitutionnelle au justiciable, ainsi qu'à tous ceux qui sont placés dans la même situation dans les instances en cours. De la sorte, la décision peut profiter au justiciable et à tous ceux qui se trouvent dans la même situation dans les procès en cours. Cependant, l'étude des décisions démontre que la mise en œuvre de l'effet utile répond à des conditions précises qui dépassent la volonté de défendre la situation de droit d'un justiciable. Ce sont des principes tels que l'égalité devant la loi, la sécurité juridique, l'intérêt général toujours, qui dominent la jurisprudence dont la cohérence souffre d'un manque de motivation et donc de systématisation de la part du Conseil constitutionnel, soucieux de ne pas heurter le législateur qui seul dispose d'un pouvoir d'appréciation général. Loin d'être la manifestation d'une construction rationnelle de systématisation d'un contrôle lisible et intelligible pour le justiciable, la technicisation du recours est alors source d'incertitude, d'incompréhension, d'inintelligibilité.

L'étude de l'effet utile à l'aune d'une analyse relative à la subjectivisation du recours QPC révèle que dans sa mise en œuvre contentieuse, c'est encore cette fonction objective qui prévaut. Alors, que révèle cette mise en œuvre de l'effet utile ? Qu'elle n'a pas vocation à servir

⁶ B. Constant, *De la liberté des Anciens comparée à celle des modernes*, in *Écrits politiques*, Folio, Essais, 2009.

⁷ 4 décisions avec effet utile. En raison du faible échantillon statistique, nous avons écarté la liberté d'expression et de communication dans le cadre des études par blocs de droit fondamentaux. Pour les données statistiques cf. notre Rapport d'étape, janvier 2019, pp. 42-43.

le justiciable, entendons qu'elle ne peut être conçue comme une procédure permettant à un justiciable de défendre une situation de droit contestée par l'application d'une disposition législative en invoquant un droit et/ou liberté que la Constitution garantit.

I. UNE AMBIGUÏTÉ AU DÉTRIMENT DU JUSTICIABLE

La question qui se pose est celle de savoir si l'effet utile est une technique de mise en œuvre de la décision d'inconstitutionnalité à la situation du justiciable. La réponse ici est doublement négative.

L'étude de l'effet utile démontre que non seulement la QPC n'a pas vocation à répondre à l'intérêt du justiciable (A). Ce premier constat, qui peut s'entendre au regard de la dimension objective assumée, en souligne un second plus gênant : au regard de la mise en œuvre de ce contentieux, il est même possible de considérer que le contrôle QPC instrumentalise le justiciable (B).

A. La QPC n'est pas au service du justiciable

En ce qui concerne l'abrogation immédiate, situation envisagée comme la plus favorable pour le justiciable à l'origine de la QPC, les solutions finalement ne sont pas claires pour deux raisons. En premier lieu, il appartient au justiciable de demander la mise en œuvre de l'effet utile. Cette condition implique donc une démarche « active » du justiciable. Elle présume donc que les effets de la décision ne s'appliquent pas naturellement au procès en cours. En second lieu, le Conseil constitutionnel peut toujours neutraliser la mise en œuvre d'un tel effet pour des motifs objectifs, relatifs à la bonne organisation d'ordre juridique de l'État, d'ordre public, ou encore plus généralement, pour des raisons donc d'intérêt général. Le juge peut donc refuser la mise en œuvre de ce mécanisme permettant de donner un effet subjectif à la décision d'inconstitutionnalité pour des raisons objectives.

Ce constat se révèle avec une particulière acuité dans les situations juridiques où les conditions objectives de bonne organisation de la société se trouvent menacées par un contexte de crise, qui réciproquement se révèle être de fait un contexte de plus grand péril pour le respect des libertés. C'est bien ce que révèle la privation de l'effet utile dans le cadre de la période de l'état d'urgence comme le démontre notre présent Rapport. Sur 7 décisions, 5 (voire 6) ont été privées d'effet utile⁸.

Le même constat s'impose avec plus de force encore dans le cadre des décisions d'abrogation différée, réputées être moins favorables aux intérêts du justiciable. Sur le fondement du principe d'égalité surtout, le juge fonde son utilisation de l'effet utile sur une philosophie de contrôle plus axée sur la bonne organisation des rapports sociaux définis par le législateur, que sur la défense des droits du justiciable contre la loi. Il s'agit là d'une logique corroborée par la technique des réserves transitoires, dont les effets sont de priver l'auteur de l'instance du bénéfice de la décision d'inconstitutionnalité. Là encore, les QPC prises dans la période de l'état d'urgence soulignent un déséquilibre au profit de l'ordre public.

⁸ Voir le rapport d'O. Mamoudy.

A la lumière de la jurisprudence, et alors même que le contrôle QPC fut annoncé comme un contrôle favorable à la garantie des libertés, il convient de conclure que loin de répondre à cet objectif, le contentieux qui en découle démontre à l'inverse que plus l'atteinte aux droits est forte, moins la protection constitutionnelle du justiciable est effective ! Il s'agit là d'un constat qui éclaire la faible utilisation des effets tirés de l'article 16 de la Déclaration des droits (droit d'accès au juge...).

L'ensemble des études menées par nos équipes le démontre. La mise en œuvre de la QPC par le prisme de l'utilisation de l'effet utile démontre deux faiblesses qui altère les effets d'une possible subjectivisation.

1/ L'effet utile révèle l'absence de systématisation de la jurisprudence en matière de protection des libertés ? Le juge ne développe pas une jurisprudence qui consacre des « droits architectoniques » comme en Allemagne, entendons des droits fondamentaux qui fixent une sécurité dans la garantie des situations dans lesquelles ils peuvent trouver une application.

2/ L'étude de l'effet utile démontre que le développement du contrôle QPC n'a pas vocation à assurer un perfectionnement des classifications des libertés et de leurs protections. De ce point de vue, l'exemple du droit pénal est topique. La mise en œuvre de la rétroactivité *in mitius* joue certes, mais dans un spectre très étroit : celui des infractions. Le Conseil constitutionnel ne profite pas de ce contentieux pour développer et approfondir les contenus et les régimes des différentes libertés, comme le démontre le manque de clarification en matière de liberté pénale et personnelle. Non seulement le juge ne participe pas à approfondir le régime général de la légalité des délits et des peines, mais il est même possible de considérer qu'il participe à développer une fâcheuse confusion largement dissipée dans le droit de Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, et à fragiliser le droit établi sur cette question depuis 1981 dans le cadre du contrôle DC.

B. La QPC instrumentalise le justiciable

Certes, le contrôle QPC peut être instrumentalisé par le justiciable dans le but de ralentir une instance dont la décision s'annonce défavorable à son intérêt ou sa situation de droit. Cependant, il est intéressant de souligner que ce contrôle peut surtout instrumentaliser le justiciable dans la mesure où l'objet de ce contrôle, avant de défendre sa situation de droit, est de réparer une inconstitutionnalité objective de la loi.

En effet, sur un plan strictement juridictionnel, l'étude de l'effet utile révèle que la QPC n'a pas vocation à défendre un droit constitutionnel, à l'exception peut-être du droit à la sûreté pénale au regard des enjeux sensibles qu'elle suscite en matière de libertés. Certes acteur au commencement du contrôle, le justiciable ne jouit pas ici d'une procédure ayant pour but de lui conférer un avantage juridique. Toujours, la dimension subjective qui se manifeste au déclenchement est « absorbée » par le caractère objectif attaché à la finalité du recours qui justifie toujours la neutralisation de l'effet utile pour les raisons présentées plus haut.

Mais de manière générale, qui saisit le Conseil constitutionnel dans le cadre d'une QPC ? Le profil sociologique du justiciable démontre qu'elle renforce les inégalités dans la protection des droits constitutionnels. 45 % des QPC sont déclenchées par des personnes morales, et notamment dans le domaine du contentieux fiscal où l'effet utile peut jouer de

manière plus ou moins relative. Cette réalité reflète une inégalité au plan des savoirs et des pouvoirs économiques et financiers. Loin de réduire ou protéger tous les justiciables des inégalités et des violences sociales, la QPC les véhicule, les renforce. Le fait est que les conséquences des QPC sur des sujets de société sont très faibles. Quelle résonance de l'effet utile sur l'évolution des droits civils et sociaux ? Aucune.

II. UN QUESTIONNEMENT POUR L'OFFICE DU JUGE CONSTITUTIONNEL

La mise en œuvre de l'effet utile dans le cadre du contrôle de constitutionnalité rendu sur le fondement de l'article 61-1 C. 58 révèle la complexité de l'office du juge constitutionnel. Quelle est la spécificité de la fonction de juger ? Quel est le critère qui permet de la distinguer des autres fonctions gouvernementale et surtout législative ? A quelle fonction répond-il ?

Le critère est l'autorité de la chose jugée attachée aux décisions de justice dont la fonction est de stabiliser les sujets de droit en leur assurant la sécurité juridique qui doit être attachée à leur situations de droit. Mais, au regard de cette force, l'arrêt de la discussion juridique sur une situation de droit, cette autorité de la chose jugée ne peut être attachée qu'à des décisions individuelles. Dans le cas contraire, conférer une portée générale à des décisions de justice reviendrait d'une part à figer le droit en empêchant sa possible évolution, et de faire ingérence d'autre part dans l'exercice d'une autre fonction, la fonction législative. A l'inverse du juge, le législateur statue par voie générale et peut modifier l'ordonnance juridique qu'il crée.

L'exercice du contrôle de constitutionnalité par voie d'exception dans le cadre des systèmes dits de juridiction constitutionnelle, *a priori* comme *a posteriori*, révèle une complexité. Matériellement, il s'exprime par une question préjudicielle dont la nature est juridique hybride parce qu'elle conjugue finalement deux caractères qui appartiennent respectivement à la fonction juridictionnelle pour l'une (décisions disposant de l'autorité de la chose jugée), et à la fonction législative pour l'autre (décisions *erga omnes*).

Naturellement, cette hybridité se trouve renforcée dans l'exercice d'un contrôle de constitutionnalité déclenché par un justiciable dans le cadre d'une instance et à l'occasion des conséquences potentielles inconstitutionnelles que générerait l'application d'une disposition législative à sa situation de droit. La question prioritaire de constitutionnalité conjugue donc deux fonctions à l'occasion de deux contestations : une contestation contentieuse dans le cadre d'une instance juridictionnelle menée par des acteurs judiciaires (juges et justiciables) donnant lieu à une décision de justice d'une part ; une contestation législative dans le cadre d'une confrontation politique des conséquences relatives à l'application d'une norme visant à la réglementation de rapports sociaux à la norme garantissant le respect des valeurs fondatrices du contrat social démocratique fixées dans la Constitution d'autre part.

Par voie de conséquence, le juge constitutionnel participe à une fonction de perfectionnement juridique de la loi, plus qu'à la défense d'un droit constitutionnel « subjectif » comme le démontre sa compétence assumée sur le plan des répartitions de compétences organiques des incompétences négatives⁹. C'est encore ce que démontre sur le plan matériel le critère juridique de son contrôle de constitutionnalité adossé non pas à l'appréciation de la

⁹ Voir sur ce point notre Rapport d'étape, p. 7.

violation de la loi à une situation de droit, mais à des inconstitutionnalités du législateur au regard des buts qu'il poursuit selon une jurisprudence classique, établie dans le contentieux DC depuis 1975.

Cette étude démontre donc avec force le lien existant entre les contrôles DC et QPC. Nous constatons en effet, par le prisme de la mise en œuvre de l'effet utile, que ce contrôle remplit une fonction d'organisation de la mise en œuvre de la loi dans l'ordre juridique, et non de protection des droits. De ce point de vue, l'étude de l'effet utile par le prisme du principe d'égalité démontre que la QPC satisfait cette fonction objective du contrôle de constitutionnalité¹⁰. Dans cette perspective, le contrôle QPC reste fidèle à une mission traditionnellement dévolue à ce contrôle depuis 1958. Ce contrôle demeure toujours une technique juridictionnelle certes, mais de perfectionnement de la fonction législative grâce à l'intervention d'un juge qui se met au service d'une politique de « *maîtrise du temps* »¹¹, gouvernée par la fonction législative concrètement tenue par le gouvernement. L'effet utile est une technique de mise en application des décisions d'inconstitutionnalité qui s'inscrit dans une problématique d'application de la loi dans le temps, dont l'ordre public et l'intérêt général sont les principaux critères d'appréciation.

Une telle politique jurisprudentielle, cohérente, révèle néanmoins un problème. Elle ne peut être réellement intelligible à raison de sa dépendance à l'exercice d'une fonction, législative, par nature évolutive. Il en résulte donc une nécessité pour le juge d'inscrire son office dans une certaine « souplesse » jurisprudentielle afin de ne pas heurter le législateur et craindre d'être voué aux gémonies d'un fantasmagique « gouvernement des juges ». Mais il s'agit là d'un contexte perturbant pour la construction d'une possible politique jurisprudentielle cohérente, lisible et finalement intelligible pour le justiciable. De ce point de vue encore, la mise en œuvre de l'effet utile révèle une insécurité juridique forte. C'est ce que démontre le positionnement faible que le juge constitutionnel adopte quant à l'argumentation juridique qu'il déploie pour motiver ses décisions. A l'instar de son office dans le contrôle DC, le juge constitutionnel ne motive pas précisément l'utilisation qu'il fait de l'effet utile rendu ou non à ses décisions. Il n'existe aucune spécificité relative à la motivation en fonction des domaines d'application. Comme pour les décisions dans leur ensemble, le juge ne motive pas les applications qu'il fait de l'effet utile attaché ou pas à ses décisions.

Ce défaut de motivation constitue véritablement un problème. Il pose deux difficultés. La première est juridique, la seconde est politique. Sur le plan juridique d'une part, la motivation de la décision de justice est une « obligation morale » pour le juge, comme le souligne le Professeur Mathieu Carpentier. Elle l'est d'autant plus qu'elle participe selon nous à l'opération de mise en raison de la décision et, par là même, à conditionner les manifestations matériellement violentes du politique par des principes juridiques qui véhiculent les principes de justice et de liberté. La motivation est l'expression juridictionnelle de l'institutionnalisation du pouvoir par le droit au sein de l'État. Quant à la question qui nous occupe ici, la mise en œuvre de l'effet utile, l'absence de contradictoire relative à la question de la modulation révèle ce manque d'argumentation juridique, utile, à une application raisonnée des effets de la décision dans le temps. Cette absence présente de graves effets, comme le soulignait le Professeur Olga

¹⁰ Cf. Rapport sur l'application du principe d'égalité.

¹¹ E. Cartier, p. 135.

Mamoudy, invitée dans nos débats, qui note qu'aucun lien n'est généralement fait entre la gravité des atteintes à une liberté constitutionnelle et la mise en œuvre de l'effet utile. Sur le plan politique d'autre part, cet usage opaque de l'effet utile crée une insécurité et une incertitude qui exprime un sentiment d'arbitraire dans la mesure où il démontre que la QPC peut devenir un instrument au service de la puissance contre les libertés. C'est sur ce point qu'il convient de finir.

III. UN DANGER POUR LA DÉMOCRATIE ?

Dès les premières pages de son *Précis de droit constitutionnel*, dans ses développements relatifs au pouvoir, le doyen Maurice Hauriou démontrait que le rôle des institutions, et d'abord de l'État, est d'asseoir le consentement des individus à la force de domination qu'elles exercent pour l'ensemble du groupe. Il ajoutait encore, et c'est là le plus intéressant, que si ces décisions ne peuvent souffrir de discussion lorsqu'elles sont régulièrement adoptées, le pouvoir de droit doit toujours permettre aux citoyens de contester la légalité de ses décisions, fussent-elles législatives¹²....

Dans sa lettre originelle portée par un enthousiasme doctrinal qui souvent frôlait l'angélisme, la QPC fut présentée comme un outil permettant aux citoyens de se « ressaisir » de leur Constitution. Un mouvement de reprise en main devait se manifester par la possibilité pour les justiciables de « se saisir » de leurs droits constitutionnels pour se défendre des effets liberticides engendrés par la mise en œuvre des lois. L'étude de l'effet utile démontre que notre système de contrôle de constitutionnalité ne permet pas de satisfaire à cette fonction.

Bien au contraire, il se présente finalement comme un instrument constitutionnel qui participe toujours à la pérennisation d'un même leurre. Sous les apparences d'un mécanisme permettant aux citoyens de participer à l'exercice d'un pouvoir qui découle de leur consentement et de leur volonté, la QPC n'est au final qu'un nouvel outil « démocratique » au service de la légitimation du pouvoir de l'État. Certes, la QPC fait intervenir indirectement le citoyen dans la discussion législative, mais pour renforcer sa force au soutien d'un intérêt général commandé par l'État, et non pour défendre ses droits.

Tel est finalement la conclusion logique d'un mécanisme qui finalement verse du côté de la fonction législative plus que de la fonction juridictionnelle. Plus précisément, si la QPC est une procédure juridictionnelle dans la forme, elle est législative dans le fond. Elle participe à l'exercice d'une nouvelle faculté d'empêcher législative, conforme à une conception moderne d'une démocratie qui, plus loin que dans les procédés électifs, fait aussi — et peut-être surtout désormais — reposer sa légitimité sur le paradigme de l'État dit de droit. De ce point de vue, l'usage de l'effet utile doit être envisagé sous ce prisme. Il est une traduction procédurale, contentieuse de cette nouvelle faculté d'empêcher, à laquelle participe le juge constitutionnel.

L'évolution est naturellement vertueuse dans son principe, puisque toute avancée de la séparation des pouvoirs ne peut que participer à la meilleure garantie des droits constitutionnels¹³. Encore conviendrait-il de bien circonscrire l'action de ce juge constitutionnel

¹² M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, 1929.

¹³ Conformément à l'art. 16 D. 1789 qui dispose que « toute société dans laquelle la séparation des pouvoirs n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution ».

dans une « *conception française de la séparation des pouvoirs* » qui, finalement, donne à chaque fonction de l'État, judiciaire, gouvernementale et désormais législative son organe juridictionnel. Dans un système constitutionnel reposant sur un parlementarisme présidentialisé, qui ne cesse de s'accroître et qui repose concrètement sur une confusion des fonctions exécutives et législatives par le pouvoir gouvernemental, il n'est pas sûr que le Conseil constitutionnel, par l'usage de la QPC et de l'effet utile qu'il attache à ses décisions, puisse réellement participer à ce partage nécessaire des fonctions politiques par plusieurs organes selon les vœux de Montesquieu, partage artificiel concrètement orchestré par le Conseil d'État qui considère toujours que les décisions du Conseil constitutionnel ne sont pas des décisions juridictionnelles¹⁴.

L'étude de l'effet utile démontre que la QPC n'est ni une procédure juridictionnelle permettant au justiciable de défendre ses droits dans le cadre d'une instance, ni même, alors que l'on accepterait sa fonction politique, un instrument permettant de participer et/ou de contrôler l'action du législateur par une revendication contentieuse de la protection de ses droits constitutionnels.

In fine, l'effet utile n'est pas le rempart qui assure la revendication et la protection d'un droit constitutionnel dans notre système juridique.

¹⁴ Au sens de l'art. 190 du LPF par exemple.

Chapitre 9

Quatre propositions pour l'amélioration de la motivation relative à l'effet utile

Mathieu Carpentier

La motivation des décisions du Conseil constitutionnel est un sujet qui a déjà donné lieu à des prises de position parfois critiques de la doctrine universitaire¹ et il n'est pas jusqu'aux membres du Conseil constitutionnel qui ne trahissent, par occasions, leur insatisfaction². C'est à une question plus spécifique que va être consacré le présent chapitre : celle de la motivation des effets de la décision QPC. L'amélioration de cette motivation s'impose selon nous à deux titres. En premier lieu, la manière actuelle de motiver n'est pas sans faire naître des doutes, parfois abondants, quant à la nature et à l'étendue des effets que la décision entend engendrer. En second lieu, le requérant qui a surmonté tous les obstacles qui parsèment le chemin ardu de la QPC – le requérant qui a passé avec succès le premier filtre, puis celui du Conseil d'État et de la Cour de cassation, qui a réussi à faire prévaloir ses vues devant le Conseil constitutionnel et a obtenu une déclaration d'inconstitutionnalité – attend naturellement qu'il lui soit possible d'invoquer cette victoire lors de l'instance à l'occasion de laquelle la QPC est née, et qui reprend son cours. Si le Conseil s'y refuse, l'absence de motivation, ou le caractère laconique de cette dernière s'apparente à une forme de déni de justice constitutionnelle. Le propos qui suit n'est assurément pas animé par l'idée selon laquelle l'auteur de la QPC devrait toujours bénéficier de la déclaration d'inconstitutionnalité qu'il a obtenue ; mais il demeure que lorsque cet effet utile lui est refusé, il est en droit d'en exiger les *raisons*.

Si l'on part du principe que la décision d'inconstitutionnalité a un effet purement abrogatif, la négation de l'effet utile ne doit pas recevoir de motivation particulière, puisqu'elle se déduit de l'article 62 de la Constitution. En revanche, si, comme le Conseil constitutionnel a choisi de l'affirmer explicitement dès la décision n° 2010-108 QPC, le principe abrogatif doit être tempéré de sorte que, par principe, la décision s'applique à l'auteur de la QPC ainsi qu'aux instances en cours à la date de la publication de cette dernière. Dans cette hypothèse, la négation de l'effet utile doit donner lieu à une motivation spéciale. Or, la plupart des études particulières ont révélé un caractère laconique, parfois inexistant, de cette motivation.

¹ V. parmi une importante littérature W. Mastor, « La motivation des décisions des cours constitutionnelles », in S. Caudal, *La motivation en droit public*, Paris, Dalloz, 2013 ; T. Delanlssays, « La motivation des décisions relatives à la QPC au prisme de l'efficacité », in E. Cartier (dir.), *La QPC, le procès et ses juges*, Paris, Dalloz, 2013 ; D. Baranger, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle », *Jus Politicum*, 7, 2012 (<http://juspoliticum.com/article/Sur-la-maniere-francaise-de-rendre-la-justice-constitutionnelle-478.html>) ; T. Hochmann, « Et si le Conseil constitutionnel était une “Cour constitutionnelle de référence” ? », *RDLF*, 2019, chron. n°32 (www.revuedlf.com) ; P. Estanguet, « Quand le Conseil constitutionnel suggère mais ne tranche pas », *Constitutions*, n°1, 2019.

² G. Canivet, « La motivation des décisions du conseil constitutionnel », in S. Caudal (dir.), *La motivation en droit public*, Dalloz 2013, p. 235 ; N. Belloubet, « La motivation des décisions du Conseil constitutionnel : justifier et réformer », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 55-56, 2017. Pour un satisfecit général d'un ancien secrétaire général du Conseil, v. M. Guillaume, « La motivation des décisions du Conseil constitutionnel », *AJCC*, 28, 2013.

Ainsi, il arrive que le Conseil constitutionnel ne donne aucune raison venant motiver la négation de l'effet utile. Cette absence de motivation est particulièrement problématique lorsque l'abrogation est immédiate. Ainsi, le Conseil constitutionnel n'indique pas pourquoi la déclaration d'inconstitutionnalité des dispositions, confiant au tribunal la faculté de se saisir d'office aux fins d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire, n'était applicable qu'aux jugements d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire rendus postérieurement à cette date³.

Mais l'absence de motivation peut s'avérer problématique dans l'autre sens. Il arrive que le Conseil confère un effet exceptionnellement élargi à sa décision d'inconstitutionnalité, alors même qu'aucun motif n'est avancé afin de le justifier. Par exemple, le Conseil n'indique pas pourquoi il convient selon lui d'étendre l'effet utile de sa décision relative au harcèlement sexuel à l'ensemble des affaires, y compris celles jugées définitivement, ce qui porte naturellement atteinte au principe du respect de l'autorité de la chose jugée⁴.

Lorsque la motivation de l'effet utile ou de sa négation est présente, elle apparaît souvent trop laconique pour être pleinement compréhensible par les justiciables⁵. Dans tous les cas, y compris dans ceux où une motivation plus fournie existe, il semble important que le Conseil constitutionnel explicite plus amplement les raisons qui l'ont conduit à adopter telle ou telle solution. Le conséquentialisme du Conseil constitutionnel en la matière⁶ affleure souvent derrière l'emploi d'une formule laconique (« conséquences manifestement excessives » ; « atteinte disproportionnée à l'objectif à valeur constitutionnelle de... »). Si une telle dissimulation du conséquentialisme se justifie à la rigueur s'agissant de la détermination de la solution au fond, elle se justifie moins en ce qui concerne le choix des effets, pour lesquels la Constitution confère un pouvoir quasi-discrétionnaire au Conseil constitutionnel. La discussion des effets devrait être l'occasion idéale pour le Conseil de s'extraire du carcan syllogistique et de détailler davantage les raisons pour lesquelles l'effet utile est conféré ou abordé.

C'est pourquoi nous avons pris le parti de proposer modestement quatre pistes d'amélioration de la motivation du Conseil constitutionnel en matière d'effet utile, et de détermination des effets des décisions en général.

I. SOUMETTRE LA DÉTERMINATION DES EFFETS AU CONTRADICTOIRE

La première recommandation est de soumettre la question des effets dans le temps (en général) et de l'effet utile (en particulier) au contradictoire. Le Conseil constitutionnel pourrait ainsi recueillir les observations des parties sur l'effet de la décision, si celle-ci devait entraîner

³ Cons. const., déc. n° 2012-286 QPC du 7 déc. 2012, *Société Pyrénées services et autres*; il a réitéré cette absence de motivation dans d'autres décisions relatives à la saisine d'office : Cons. const., déc. n° 2013-352 QPC du 15 nov. 2013, *Société Mara Télécom et autre* (concernant les mêmes règles dans leur rédaction applicables à la Polynésie française) ; Cons. const., déc. n° 2013-368 QPC du 7 mars 2014, *Société Nouvelle d'exploitation Sthrau hôtel*, relative à la procédure de liquidation judiciaire.

⁴ Cons. const., déc. n° 2012-240 QPC du 4 mai 2012, *M. Gérard D.*

⁵ Il est d'ailleurs arrivé que l'auteur de la QPC adresse une demande de rectification d'erreur matérielle aux fins d'obtenir qu'il confère à sa décision un effet utile, alors même que cette décision n'était applicable qu'aux situations (en l'espèce des décisions juridictionnelles ordonnant une expertise) postérieures à la date de publication de la décision QOC, sans qu'aucune raison ne soit donnée par le Conseil. Celui-ci a, comme cela était prévisible, rejeté la demande de rectification (Cons. const., déc. n° 2012-284R QPC du 27 décembre 2012, *Mme Maryse L.*).

⁶ S. Salles, *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, 2016, p. 289 et s.

l'abrogation de la disposition législative litigieuse ; il devrait alors discuter ces arguments, et y répondre dans le texte de la décision.

Une telle proposition, si elle était mise en œuvre, permettrait au Conseil de se prémunir d'une forme de négligence qui affecte parfois son appréhension des effets de sa décision. Même une décision qui revêt toutes les apparences de l'effet utile (déclaration d'inconstitutionnalité, abrogation immédiate, applicabilité à toutes les instances non définitivement jugées) s'avèrera *in fine* défavorable à l'auteur de la QPC, faute pour le Conseil constitutionnel de prêter une attention soutenue à la complexité des enjeux.

Les exemples abondent. L'un d'entre eux paraît devoir être évoqué ici. Dans sa décision n° 2018-709 QPC, le Conseil constitutionnel se prononçait sur les délais de recours contre un arrêté portant obligation de quitter le territoire français visant un étranger détenu⁷. Le IV de l'article L. 512-1 du CESEDA prévoit en effet l'application à l'étranger détenu des délais prévus au III du même article, consacré aux délais applicables à l'étranger placé en centre de rétention, à savoir un délai de recours de 48 heures à compter de la notification de l'arrêté, le recours faisant naître un délai de 72 heures imparti au juge pour statuer sur la demande. Le Conseil constitutionnel a jugé que le délai maximal global de 5 jours dans lequel le juge est amené à rendre sa décision était trop bref, et emportait violation de l'article 16 de la DDHC. Il a alors abrogé, avec effet immédiat, les dispositions contestées.

Le problème ici est double. Tout d'abord il est étrange de prendre en compte le délai global, plutôt que le délai imparti à chaque acteur de l'instance. La décision du Conseil emporte la nécessité d'appliquer un délai global plus important, sans qu'on sache la part qui doit être impartie à chacun des délais (recours et jugement). Doit-on en déduire qu'un délai de recours de 48h suivi d'un délai de jugement de 6 mois serait conforme à l'article 16 ? *quid* d'un délai de recours de 2 mois, suivi d'un délai de jugement de 72 heures ? Le choix du délai global n'apparaît pas de nature à éclairer les destinataires de la décision. Ensuite – et de manière cruciale – le Conseil constitutionnel est resté complètement silencieux sur les délais devant être appliqués à l'avenir et dans les instances en cours. On s'étonne ainsi que le Conseil constitutionnel n'ait pas différé l'abrogation, de manière à permettre au législateur de définir un nouveau délai plus conforme à l'article 16 de la DDHC, quitte à mettre en œuvre de manière provisoire, par le biais d'une réserve transitoire, un délai susceptible d'être invoqué par le requérant pour éviter que sa demande soit jugée irrecevable pour tardiveté. L'abrogation immédiate fait ici naître une incertitude, qui ne sera pas favorable à l'auteur de la QPC.

Au silence du Conseil sur ce point, il a été suppléé par une brève mention dans le commentaire officiel, qui indique que les délais de droit commun sont applicables. Le problème naturellement est de savoir quels sont les délais de droit commun, tant en ce qui concerne la saisine du juge qu'en ce qui concerne sa décision. S'agit-il, pour le recours, du délai de 2 mois, qui est le délai standard de recours pour excès de pouvoir ? Le juge *a quo*, la Cour administrative

⁷ Cons. const., déc. n° 2018-709 QPC du 1er juin 2018, *Section française de l'observatoire international des prisons et autres*. La QPC soulevée par l'association requérante avait été jointe par le Conseil d'État à une autre QPC, soulevée par une personne physique, et qui lui avait été transmise par la Cour administrative d'appel de Douai. On notera que le Conseil d'État n'hésite pas à joindre des QPC alors qu'il n'en connaît pas au même titre (dans le premier cas comme juge de premier et dernier ressort, dans le second comme juge du filtre...).

d'appel de Douai, a jugé qu'il ressortait de la décision, « éclairée par son commentaire »⁸, que ce délai de droit commun était précisément... le délai de 48h créé par le III de l'article L. 512-1 du CESEDA⁹. Après tout, il s'agit bien du délai de droit commun *en matière d'OQTF visant un étranger privé de liberté*. Elle a donc déclaré tardif le recours de l'auteur de la QPC, et jugé sa requête irrecevable sur ce fondement¹⁰.

La soumission de la détermination des effets dans le temps aurait pour effet de porter à l'attention du Conseil constitutionnel les difficultés susceptibles d'affecter la mise en œuvre d'une décision d'inconstitutionnalité ; cela forcerait le Conseil à se saisir pleinement de cette question. Il arrive certes fréquemment qu'à l'audience, voire dans leurs écritures, les parties et leurs conseils, voire le représentant du Premier ministre, développent une argumentation relative aux effets dans le temps de la décision. Mais cela ne transparaît à aucun moment dans la décision¹¹, puisque, contrairement à ce qu'il met en œuvre au moment du contrôle au fond, qui repose sur une réponse à l'argumentation des parties, le Conseil constitutionnel statue sur l'effet de ses décisions sur le fondement de motifs qu'il élabore et articule seul. Cela n'incite guère, en retour, les parties et leurs conseils à développer une argumentation soutenue sur ce point, puisque le Conseil constitutionnel n'en fera pas cas dans le texte de la décision. La conséquence en est que la détermination des effets n'est pas forcément appréhendée dans toute sa complexité par le Conseil constitutionnel, qui ne peut se reposer sur les analyses des plaideurs. C'est d'ailleurs quelque chose qui distingue le Conseil constitutionnel de la juridiction administrative lorsqu'elle est amenée à moduler les effets de ses décisions, puisque le juge ne peut faire application de la jurisprudence *Association AC !* qu'« après avoir recueilli sur ce point les observations des parties »¹².

II. MODIFIER LA RÉDACTION DU CONSIDÉRANT D'ESPÈCE

La forme prise par la motivation du Conseil constitutionnel est maintenant relativement stabilisée. Elle prend la forme de deux considérants – appelés désormais paragraphes. Le premier est le paragraphe de principe, dont la rédaction demeure inchangée depuis la décision

⁸ On n'insistera pas assez sur le caractère ahurissant de cette mention, extrêmement rare, que la Cour administrative d'appel de Douai a jugé utile d'inclure dans son arrêt. Une décision de justice devrait être compréhensible indépendamment des éléments de doctrine organique qui l'accompagnent.

⁹ CAA Douai, 4 avril 2019, n° 18DA01779 et n° 18DA00340.

¹⁰ Cette affaire a fait l'objet d'un pourvoi en cours d'instruction devant le Conseil d'État, et nous n'en connaissons pas l'issue à l'heure où ces lignes sont écrites. Elle nous semble cependant particulièrement symptomatique de la désinvolture du Conseil constitutionnel qui aurait pu, par une attention plus poussée aux suites de sa décision, éviter à l'auteur de la QPC une telle déconvenue.

¹¹ V. sur ce point M. Disant, « Les effets dans le temps des décisions QPC », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 40, 2013, p. 68 ; M. Benigni et E. Cartier, « L'insoutenable question des effets dans le temps des décisions QPC » in E. Cartier, L. Gay, A. Viala (dir.), *La QPC, vers une culture constitutionnelle partagée ?*, Paris, Institut Universitaire Varenne, coll. Colloques & Essais, 2016, p. 236 ; E. Cartier, « L'ambiguïté des effets de la déclaration d'inconstitutionnalité sur le procès » in E. Cartier (dir.), *La QPC, le procès et ses juges*, Paris, Dalloz, 2013, p. 179 ; O. Mamoudy, *La modulation dans le temps des effets des décisions de justice en droit français*, Thèse dactyl., Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2013, p. 169.

¹² CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC !*, n° 255886.

n° 2010-108 QPC¹³ : « 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, 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 ». Le paragraphe d'espèce¹⁴ qui suit applique ces principes en déterminant quel doit être l'effet de la décision d'inconstitutionnalité prononcée dans le Conseil constitutionnel.

A. Préciser l'articulation entre les deux paragraphes.

Cette organisation de la motivation n'est pas toujours source de clartés. Ainsi l'articulation entre les deux paragraphes peut faire naître parfois des incertitudes quant à l'étendue exacte – et à l'existence même – de l'effet utile de la décision. Par exemple, si l'on suit le considérant de principe, l'abrogation immédiate est, sauf mention contraire¹⁵, assortie d'effet utile : elle est applicable dans les instances en cours. Le problème est que le considérant d'espèce se clôt désormais, en cas d'abrogation immédiate, par une formule venant conférer explicitement un effet utile à la décision : celle-ci peut être invoquée, ou le cas échéant est applicable¹⁶, dans « les instances en cours à cette date et dont l'issue dépend de l'application des dispositions déclarées inconstitutionnelles »¹⁷, ou encore dans les « instances non jugées définitivement »¹⁸ ou encore dans les « affaires non jugées définitivement »¹⁹. Se pose alors la question de savoir ce qu'il faut déduire de l'absence totale de mention de ce type dans le considérant d'espèce²⁰. Dans ce cas, les juridictions du fond interprètent en général la décision

¹³ Cons. const., déc. n° 2010-108 QPC du 25 mars 2011, *Mme Marie-Christine D.*

¹⁴ Il peut s'agir occasionnellement de plusieurs paragraphes d'espèce.

¹⁵ Le Conseil peut décider de priver sa décision de tout effet utile, alors même qu'il n'en reporte pas dans le temps l'entrée en vigueur. Lorsque l'application aux instances en cours heurterait un principe d'intérêt général ou aurait des conséquences manifestement excessives, le premier réflexe du Conseil est naturellement de reporter dans le temps l'abrogation (ou plutôt son entrée en vigueur). Cependant dans certaines hypothèses, un tel report est impossible ou impraticable. Il en va ainsi par exemple lorsque la disposition déclarée contraire à la Constitution a déjà disparu de l'ordre juridique, par exemple parce qu'elle a été abrogée ou modifiée par le législateur. Dans ce cas, le Conseil ne peut pas reporter l'abrogation d'une disposition déjà abrogée, et sa décision ne peut du reste avoir pour effet même de l'abroger. Dès lors le Conseil sera contraint de dénier explicitement tout effet utile à sa décision lorsque l'inapplication de la loi inconstitutionnelle aux instances en cours aurait des conséquences manifestement excessives (même justification, donc, que pour le report de l'abrogation) : v. pour un exemple récent, Cons. const., déc. n° 2016-567/568 QPC du 23 sept. 2016, *M. Georges F. et autre* ; ou encore Cons. const., déc. n° 2019-802 QPC du 20 sept. 2019, *M. Abdelnour B.* Cependant, cette négation de l'effet utile n'est parfois pas même motivée, ce qui est plus problématique (v. *infra*).

¹⁶ Lorsque la décision est applicable aux instances en cours, le moyen tiré de l'inconstitutionnalité de la loi est d'ordre public et doit être relevé d'office par le juge ordinaire ; lorsqu'elle est seulement invocable, au contraire, le juge ne peut en principe pas la relever d'office.

¹⁷ Cons. const., déc. n° 2010-33 QPC du 22 sept. 2010, *Société Esso SAF.*

¹⁸ Cons. const., déc. n° 2011-174 QPC du 6 oct. 2011, *Mme Oriette P.*

¹⁹ Cons. const., déc. n° 2012-240 QPC du 4 mai 2012, *M. Gérard D.*

²⁰ V. récemment Cons. const., déc. n° 2019-774 QPC du 12 avril 2019, *Société Magenta Discount et autre.*

QPC comme étant revêtue d'effet utile²¹, alors que l'on aurait très bien pu tenir un raisonnement *a contrario* et estimer qu'en l'absence de mention expresse dans le considérant d'espèce, le principe purement abrogatif trouve à s'appliquer.

C'est pourquoi le Conseil constitutionnel devrait déterminer plus précisément les effets qui s'attachent à son silence, en précisant que l'absence de la mention « est applicable/invocable dans les instances/affaires en cours » ne fait pas obstacle à l'effet utile, ou bien en utilisant systématiquement cette formule.

B. Distinguer les motifs du report de l'abrogation et ceux des effets rétroactifs de la décision

De surcroît, l'une des principales sources de difficultés réside, selon nous, dans le télescopage, dans un même considérant d'espèce, de deux questions distinctes, qui devraient recevoir chacune une motivation différente²². La première question est celle de savoir si l'abrogation est immédiate ou différée ; la seconde est celle de savoir si la décision doit se voir conférer une rétroactivité procédurale – un effet utile. Or, qu'il s'agisse de différer l'abrogation ou de priver la décision d'effet utile, ce sont typiquement les mêmes motifs qui sont avancés : soit les conséquences manifestement excessives²³, soit l'atteinte portée à un principe ou objectif constitutionnel, soit les deux²⁴.

Or, ces deux questions correspondent à des enjeux essentiellement différents. La motivation sur le report de l'abrogation et sur la modulation des effets de la décision sur les situations postérieures à sa publication répond à des enjeux objectifs : l'exigence de sécurité juridique peut être mise à mal par une brutale disparition de la disposition déclarée inconstitutionnelle ; l'inconstitutionnalité n'affecte pas la loi prise absolument, mais « en tant » qu'elle s'applique – ou qu'elle ne s'applique pas – à certaines situations²⁵ ; la contrariété de la situation résultant de l'abrogation avec les droits des tiers ou avec certains principes ou objectifs constitutionnels. Tout ceci constitue des éléments d'appréciation objective, relevant de ce que l'on pourrait appeler l'ordre public contentieux. De fait, le report de l'abrogation n'est pas nécessairement défavorable aux intérêts de l'auteur de la QPC et des autres justiciables engagés

²¹ V. par exemple CE, 30 mai 2018, n° 400912, où le Conseil d'État, tirant les conséquences de la décision n° 2016-591 QPC du 21 oct. 2016, *Mme Helen S.*, affirme que « alors même qu'elle ne comporte aucune prescription sur les effets produits par les dispositions législatives déclarées contraires à la Constitution, il résulte de l'ensemble de ses motifs que Mme B..., qui, conformément au principe rappelé par le Conseil constitutionnel, doit bénéficier de la déclaration d'inconstitutionnalité, est fondée » à en réclamer le bénéfice.

²² V. sur ce point Pascale Deumier, « Les effets dans le temps des décisions QPC : un droit des conséquences des décisions constitutionnelles », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 47, 2015, p. 74.

²³ Une partie de la doctrine souligne le caractère extrêmement vague de ce standard. Mathieu Disant parle sur ce point de « *standard nébuleux* » dont la mise en œuvre est « *une affaire relative et contingente qui clôt un raisonnement impliquant une série de référents multiples et à nature variable* » (Mathieu Disant, « Les effets dans le temps des décisions QPC », *cit.*, p. 67). Emmanuel Cartier et Marina Benigni parlent de « *formule elliptique* » (Marina Benigni et Emmanuel Cartier, « L'insoutenable question des effets dans le temps des décisions QPC », *cit.*, p. 237).

²⁴ V. par exemple, pour une décision récente d'abrogation immédiate avec privation d'effet utile : « la remise en cause des mesures ayant été prises sur le fondement des dispositions déclarées contraires à la Constitution méconnaîtrait les objectifs de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions et aurait ainsi des conséquences manifestement excessives » (Cons. const., déc. n° 2019-802 QPC du 20 sept. 2019, *M. Abdelnour B.*), nous soulignons.

²⁵ V. pour un exemple récent la décision n° 2019-799/800 QPC du 6 septembre 2019, *Mme Alaitz A. et autre*.

dans des instances analogues. Bien au contraire, il est des situations dans lesquelles le requérant peut avoir, au vu de ses intérêts subjectifs, davantage intérêt à souhaiter que l'abrogation soit différée : c'est typiquement le cas lorsque le requérant réclame pour lui-même l'octroi d'un traitement favorable inconstitutionnellement réservé par la loi à un autre que lui²⁶.

En revanche, la question de savoir si la décision doit ou non se voir attribuer une forme de rétroactivité procédurale au bénéfice de l'auteur de la QPC fait intervenir d'autres considérations. Certes, des éléments d'ordre public contentieux interviennent souvent : l'application de la déclaration d'inconstitutionnalité à l'auteur de la QPC est naturellement affectée par les « conséquences manifestement excessives » qui s'attachent à l'ensemble des applications analogues dans les affaires en cours ainsi que dans les affaires nouvelles, prises dans leur globalité. Cependant, ces éléments objectifs devraient être mis en balance avec des éléments subjectifs, tirés de l'application du principe d'efficacité contentieuse, dont la remise en cause est elle-même susceptible d'affecter un droit subjectif du requérant, par exemple son droit à un recours juridictionnel effectif²⁷. De la même manière, on pourrait imaginer qu'une considération plus poussée de la situation concrète du requérant amène le Conseil constitutionnel à conférer un effet utile à sa décision qu'en tant qu'elle peut être invoquée par le seul auteur de la QPC, et ce aux dépens des autres justiciables engagés dans des instances en cours.

C'est précisément cette confusion entre deux enjeux distincts qui amène paradoxalement le Conseil constitutionnel à ne pas motiver les raisons pour lesquelles, alors même qu'il a différé l'abrogation, il décide de « faire cesser l'inconstitutionnalité » non seulement à la date de la publication, mais également en ce qui concerne les instances en cours, par le biais, par exemple, d'une réserve transitoire. Dès lors que le raisonnement relatif à l'effet utile suit la même grille d'analyse que celui relatif au report de l'abrogation, le Conseil se retrouve sans ressources argumentatives pour expliquer que les effets du report soient partiellement neutralisés par une réserve transitoire.

La proposition que nous formulons – et qui résulte d'ailleurs des observations notamment formulées par un certain nombre des études de la première partie – vise donc à réorganiser assez profondément la motivation du ou des paragraphes d'espèce relatifs à l'effet des décisions (le paragraphe de principe pouvant lui-même être modifié de manière à retracer plus explicitement les étapes du test mis en œuvre). Il s'agirait de mettre en place un test en deux étapes qui seraient expressément distingués. En premier lieu, le Conseil constitutionnel envisage la question du report ou non de l'abrogation, qu'il justifie, lorsqu'il reporte l'abrogation, sur le fondement de principes objectifs : sécurité juridique, droits des tiers, ordre public contentieux, objectifs à valeur constitutionnelle. C'est également à cette occasion qu'il envisage la question de l'éventuelle rétroactivité substantielle de la décision, c'est-à-dire de ses effets sur les situations juridiques nées soit antérieurement à la publication de la décision, soit (en cas d'abrogation différée) antérieurement à l'entrée en vigueur de l'abrogation, de

²⁶ V. par ex. Cons. const. déc. n° 2015-492 QPC du 16 octobre 2015, *Association Communauté rwandaise de France*.

²⁷ Dans la décision *Chessa* (CEDH, 6 février 2018, *Chessa c/. France*, req. n° 76186/11), dont la motivation est, s'agissant d'une décision sur l'irrecevabilité, elle-même elliptique, la CEDH a examiné la conformité du dispositif français de report de l'abrogation en tant qu'il prive la décision d'effet utile au seul article 5 de la Convention. Il serait intéressant de confronter la privation d'effet utile aux articles 6 et 13 de la Convention.

l'application des dispositions déclarées inconstitutionnelles. Dans un second temps, le Conseil constitutionnel envisage la question de la rétroactivité procédurale de sa décision et indique dans quelle mesure elle peut être invoquée, ou, le cas échéant, est applicable, dans les instances en cours. Ici, il met en balance des éléments objectifs et des éléments subjectifs (principe d'égalité devant la justice, principe d'efficacité contentieuse).

III. S'EN REMETTRE À UN CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ *IN CONCRETO* DU JUGE DE L'INSTANCE

La troisième proposition tend à opérer une division du travail entre le juge constitutionnel et le juge *a quo* (et plus largement les juges devant lesquelles sont pendantes des instances nées de l'application de la disposition abrogée). Le Conseil constitutionnel pourrait ainsi laisser, dans certaines circonstances, la possibilité aux juges ordinaires d'effectuer une appréciation *in concreto* de l'applicabilité de la déclaration d'inconstitutionnalité au requérant (que l'abrogation soit immédiate ou différée, d'ailleurs). Lorsque le Conseil ne souhaite pas, de manière générale, entraîner une remise en cause des effets produits par la loi inconstitutionnelle, il peut cependant ne pas être insensible à la situation du requérant, telle qu'elle a notamment été décrite par son conseil à l'audience. N'étant pas (au regard de ses attributions constitutionnelles) habilité à se prononcer sur l'instance concrète dans laquelle l'auteur de la QPC est engagé, le Conseil pourrait alors confier au juge ordinaire, juge de l'instance, la possibilité de résoudre le litige en prenant appui sur la décision d'inconstitutionnalité. Le juge de l'instance pourrait alors, par une appréciation *in concreto* de la situation du requérant, d'écarter l'application de la loi inconstitutionnelle dont le Conseil constitutionnel ne souhaite pas la disparition immédiate (qu'il en diffère l'abrogation ou qu'il opte pour une abrogation immédiate « sèche », non applicable aux instances en cours).

Les juges tant judiciaire²⁸ qu'administratif²⁹ sont désormais accoutumés à procéder à un contrôle concret de conventionnalité, sur le fondement, notamment, de la Convention européenne des droits de l'Homme. Nous suggérons au Conseil constitutionnel de leur donner la possibilité d'effectuer un contrôle de constitutionnalité *in concreto*. Celui-ci, contrairement au contrôle de conventionnalité – qui intervient pour écarter dans un cas spécifique une loi qui, prise abstraitement, demeure conforme à la Convention – prendrait appui sur la déclaration d'inconstitutionnalité émise par le Conseil constitutionnel. Il aurait alors à déterminer si, eu égard à la gravité de l'inconstitutionnalité telle qu'elle résulte de l'examen au fond de la disposition par le Conseil constitutionnel, eu égard à la situation particulière de l'intéressé ainsi qu'aux principes qui régissent l'effet utile (efficacité contentieuse, égalité devant la justice, sécurité juridique, prohibition de l'abus de droit), le maintien des effets de la loi litigieuse emporte, pour l'auteur de la QPC (ou, le cas échéant, le justiciable placé dans une situation analogue), des conséquences manifestement excessives. Une telle division du travail nous semble devoir d'autant plus se justifier que, lorsque le Conseil constitutionnel diffère

²⁸ Cass. Civ. 1^{ère}, 4 décembre 2013, n° 12-26066.

²⁹ CE, Ass., 31 mai 2016, *Gonzalez Gomez*, n° 396848.

l'abrogation, les juridictions ordinaires n'ont pas hésité à en paralyser les effets par le biais d'un contrôle de conventionnalité des situations antérieures à l'entrée en vigueur de la loi nouvelle³⁰. Un tel contrôle, effectué avec l'aval du Conseil constitutionnel et prenant pour norme de référence la Constitution elle-même, ne nous semble pas, dès lors, illégitime.

Le paragraphe d'espèce pourrait alors se conclure de la manière suivante : « Cependant, il appartient aux juridictions de déterminer si, compte tenu des circonstances particulières dont il est fait état par l'intéressé, la déclaration d'inconstitutionnalité peut être invoquée par l'auteur de la question prioritaire de constitutionnalité » (le cas échéant « et dans les instances en cours à la date de publication de cette décision »).

On objectera – non tout à fait à tort – que le principe d'indisponibilité des compétences³¹ fait obstacle à ce que le Conseil constitutionnel procède de la sorte. L'article 62 de la Constitution confère au Conseil constitutionnel – et à lui seul – la compétence de déterminer « *les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause* ». Le principe d'indisponibilité ferait alors obstacle à ce que le Conseil, qui a reçu d'un texte une compétence déterminée, la délègue à une autre autorité sans que le texte l'ait prévu. On peut cependant relever, tout d'abord, que le caractère laconique, voire lacunaire, de la motivation du Conseil constitutionnel a pour effet, précisément, de déléguer *de facto* aux juridictions, notamment aux juridictions de renvoi, la tâche de déterminer les effets concrets de la décision. Ensuite, il convient de souligner qu'un tel contrôle *in concreto* interviendrait aux seules fins de résoudre le litige concret dans lequel est engagé l'auteur de la QPC (et éventuellement, le justiciable placé dans la même situation), ce à quoi le Conseil constitutionnel n'est lui-même pas habilité. Ce dernier, s'il devait adopter la proposition que nous formulons, ne déléguerait alors ni sa compétence générale d'abrogation des lois inconstitutionnelles, ni sa compétence de détermination des effets de sa décision ; bien au contraire, il se contenterait de déterminer, en stricte adéquation avec les prescriptions de l'article 62, une « condition » à laquelle les effets que la disposition a produits peuvent être remis en cause. Cette condition n'est autre que l'existence de circonstances particulières relatives à la situation du requérant, que, par définition, seul le juge de l'instance peut apprécier. Conditionner l'intervention d'un événement à une décision d'un tiers, c'est encore déterminer les conditions d'intervention de cet événement.

³⁰ V. par ex. Cass., Ass., 15 avr. 2011, n° 10-17049 et n° 10-30242, qui fait application de la jurisprudence *Brusco* de la CEDH (CEDH, 14 oct. 2010, *Brusco c/ France*, req. n° 1466/07) pour faire échec à l'abrogation différée voulue par le Conseil constitutionnel dans la décision « Garde à vue » (Cons. const., déc. n° 2010-14/22 du 30 juillet 2010, *M. Daniel W. et autres*) ; ou encore CE, 10 avr. 2015, *Société Red Bull on Premise et autre*, n° 379955, suite à la décision *Red Bull* du Conseil constitutionnel (Cons. const., déc. n° 2014-417 QPC du 19 septembre 2014 *Société Red Bull On Premise et autre*).

³¹ De nombreux auteurs ont souligné les ambiguïtés de ce principe : v. notamment J.-M. Maillot, « L'indisponibilité des compétences en droit public français », *Les Petites affiches*, n°194, 2004 ; G. Tusseau, « L'indisponibilité des compétences », in *La compétence : Travaux de l'AFDA*, Paris, Litec, 2008 ; P. Azouaou, *L'indisponibilité des compétences en droit public interne*, Paris, Mare & Martin, 2016.

IV. TIRER LES CONSÉQUENCES DE LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT DU FAIT DES LOIS INCONSTITUTIONNELLES

La problématique de l'effet utile a reçu récemment un éclairage nouveau en raison des récentes évolutions de la jurisprudence administrative relative à la responsabilité de l'État du fait des lois inconstitutionnelles. Même si cette question est ancienne³², elle n'a été que très récemment tranchée par le Conseil d'État dans 3 arrêts d'Assemblée du 24 décembre 2019³³. Il a jugé qu'une telle responsabilité pouvait être engagées à plusieurs conditions. Certaines de ces conditions sont classiques (notamment l'existence d'un lien de causalité direct entre l'inconstitutionnalité de la loi et le préjudice subi ou allégué). D'autres sont propres au nouveau régime de responsabilité. Ainsi, une telle responsabilité ne peut être engagée que si le Conseil constitutionnel a déclaré la disposition en cause contraire à la constitution en DC à l'issue d'un contrôle « néo-calédonien » ou en QPC. Par ailleurs, la prescription quadriennale court cependant à compter de la connaissance par la victime du préjudice, et non de la décision du Conseil, ce qui restreint grandement la possibilité d'engager la responsabilité de l'État. Ensuite – et c'est le point important –, « *l'engagement de cette responsabilité est subordonné à la condition que la décision du Conseil constitutionnel, qui détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause, ne s'y oppose pas, soit qu'elle l'exclue expressément, soit qu'elle laisse subsister tout ou partie des effets pécuniaires produits par la loi qu'une action indemnitaire équivaldrait à remettre en cause* ».

Ce considérant de principe subordonne donc la possibilité d'engager la responsabilité à l'intervention d'une décision du Conseil ; bien davantage, il confie à celui-ci le soin d'en déterminer l'étendue, en s'opposant, le cas échéant, à ce que cette responsabilité soit engagée. « L'effet utile » de la décision ne devra alors plus uniquement s'entendre comme la possibilité d'invoquer la déclaration d'inconstitutionnalité dans l'instance née de l'application de la loi, mais également comme la faculté d'engager une action en responsabilité contre l'État. Cela n'est pas sans créer de potentiels problèmes. Or, l'articulation entre les deux « effets utiles » risque d'être source d'incertitudes.

En effet, « l'instance en cours » née de l'application de la loi, qui a permis la transmission puis le renvoi de la QPC au Conseil constitutionnel et la décision de non-conformité subséquente, est conceptuellement différente de l'action en responsabilité. Alors que la première instance concerne des situations juridiques quelconques (de droit privé, de droit pénal, de droit public), la seconde instance concerne uniquement un préjudice imputable à l'État. Les deux procès sont donc distincts ; leur articulation n'est, cependant, pas évidente. Les 3 décisions du Conseil d'État du 24 décembre 2019 en font la démonstration.

Était en cause le préjudice subi du fait de l'application de dispositions législatives créant un système obligatoire de participation des salariés aux résultats des entreprises publiques. Ces dispositions (qui n'étaient plus en vigueur) ont été déclarées inconstitutionnelles par le Conseil

³² Elle a donné lieu à une thèse remarquable : T. Ducharme, *La responsabilité de l'État du fait des lois déclarées contraires à la Constitution*, Paris, LGDJ, 2019.

³³ CE, Ass., 24 déc. 2019, *Société Paris Clichy*, n° 425981 ; CE, Ass., 24 déc. 2019, *Société hôtelière Paris Eiffel Suffren*, n° 425983 ; CE, Ass., 24 déc. 2019, n° 428162.

constitutionnel dans une décision de 2013³⁴. Celui-ci est alors venu préciser les conditions dans lesquelles sa décision pouvait être substantiellement rétroactive, c'est-à-dire remettre en cause des situations acquises. Il a alors décidé que les sommes versées en vertu d'un mécanisme inconstitutionnel de participation des salariés aux résultats de l'entreprise publique ne pourraient faire l'objet de répétition (il a également jugé que lorsqu'un tel mécanisme de participation n'avait pas été mis en place, les salariés, même dans les instances en cours, ne pouvaient plus en réclamer le bénéfice).

Pour cette raison, le Conseil d'État a jugé que les entreprises qui engageaient la responsabilité de l'État en raison de l'obligation, instituée par une disposition législative, de mettre en place un mécanisme obligatoire de participation des salariés pouvaient le faire, dès lors que cela ne revenait pas à opérer une répétition des sommes versées. Par hypothèse, une telle répétition, interdite par la décision du Conseil, concernait des rapports de droit privé entre employeurs publics et salariés ; tel n'était pas l'objet de l'action en responsabilité opposant les entreprises en question et l'État. La responsabilité de ce dernier pouvait donc être engagée, même si le Conseil d'État a par ailleurs rejeté les requêtes des deux employeurs³⁵ en se plaçant sur le terrain de la causalité.

Le Conseil d'État a pu tenir ce raisonnement car le Conseil constitutionnel ne s'était prononcé que sur la rétroactivité *substantielle* de sa décision, en gelant les situations acquises entre employeurs publics et salariés, sans pour autant se prononcer sur la situation réciproque de l'État et des employeurs publics. Les choses se compliquent singulièrement lorsque l'on envisage le problème des interactions entre la rétroactivité procédurale, qui caractérise l'effet utile, et le recours en responsabilité. Lorsque le Conseil constitutionnel prive sa décision d'effet utile (par une abrogation différée, par exemple), on ne devrait en principe pas en déduire que l'engagement de la responsabilité de l'État est pour autant à exclure. En effet, la privation d'effet utile a pour effet d'empêcher le justiciable d'invoquer la déclaration d'inconstitutionnalité dans la seule instance en cours à la date de la publication ou à la date de l'abrogation (lorsqu'elle est différée). C'est bien la déclaration d'inconstitutionnalité qui fait naître la possibilité d'engager la responsabilité de l'État ; l'effet sur les instances en cours devrait, en principe, être sans incidence sur les instances futures. Le seul cas problématique est celui où la première instance, celle qui est née de l'application de la loi, concerne les effets exclusivement pécuniaires de l'application de la loi, de sorte que le recours en responsabilité du fait des lois inconstitutionnelles se greffe sur l'instance en cours au moment de la décision du Conseil constitutionnel.

³⁴ Cons. const., déc. n° 2013-336 QPC du 1er août 2013, *Société Natixis Asset Management*.

³⁵ On laisse de côté la troisième espèce, qui est cependant fort intéressante : se posait en effet la question du bien-fondé du recours d'un ancien salarié d'une telle entreprise publique qui n'avait pas bénéficié d'un mécanisme de participation. Tel est le cas du requérant, M. A., à la troisième décision du Conseil d'État. Au moment où le Conseil constitutionnel a rendu sa décision en 2013, M. A. était déjà engagé dans une instance en cours l'opposant à son employeur sur ce point. C'est pourquoi le tribunal de grande instance a tiré les conséquences de la décision du Conseil, qui fait obstacle à ce que les participations non versées le soient. M. A. a ensuite intenté un recours devant le tribunal administratif engageant la responsabilité de l'État du fait de la loi inconstitutionnelle. Le Conseil d'État ne peut alors que conclure que le préjudice dont M. A. demande réparation n'a pas été causé par la loi – qui prévoyait précisément, ce en quoi elle était inconstitutionnelle, un mécanisme obligatoire de participation. En définitive, ce que M. A. demandait, c'était bien l'engagement de la responsabilité de l'État du fait d'une décision du Conseil constitutionnel...

Cette interprétation, selon laquelle la privation de l'effet utile n'entraîne pas la déchéance de la faculté d'engager la responsabilité de l'État – sous réserve naturellement que les autres conditions, extrêmement restrictives, soient remplies – paraît contre-intuitive. C'est pourquoi le Conseil constitutionnel devrait tirer les conséquences des décisions du Conseil d'État du 24 décembre 2019 relatives à l'engagement de la responsabilité de l'État du fait des lois inconstitutionnelles. Dès lors qu'en réalité, l'engagement de cette responsabilité est conditionné à une décision préalable du Conseil constitutionnel, celui-ci devrait l'évoquer désormais clairement dans les motifs, voire dans le dispositif, de sa décision. Il pourrait d'ailleurs en profiter pour régler définitivement la question des « affaires nouvelles »³⁶, en déterminant les cas dans lesquels une déclaration d'inconstitutionnalité peut bénéficier au justiciable ayant engagé une instance postérieurement à la date de publication de la décision du Conseil constitutionnel ou à la date de l'abrogation, de manière à réguler les effets d'aubaine pouvant naître de son silence.

³⁶ V. *supra* l'introduction, p. 15-16.

Chapitre 10

L'effet utile des décisions de la Cour constitutionnelle italienne

Nicoletta Perlo

Dans le cadre d'une étude sur l'effet utile des décisions du Conseil constitutionnel, l'exemple italien peut fournir des pistes de réflexion intéressantes. Les deux systèmes de contrôle de constitutionnalité *a posteriori* présentent en effet des éléments fort similaires. Le législateur organique français de 2009 s'est d'ailleurs inspiré, entre autres, de l'expérience italienne de la question préjudicielle pour élaborer la procédure de la QPC.

Ainsi, comme pour la QPC, le contrôle de constitutionnalité italien se déclenche « *au cours d'un procès devant une autorité juridictionnelle* »¹ et a pour objet « *les lois et les actes ayant force de loi de l'État et des régions* »². Peuvent soulever une question de constitutionnalité les parties et le juge d'un procès. Le pouvoir des parties est indirect, car elles soulèvent la question devant le juge et celui-ci, opérant un filtrage *a minima*, peut décider de transmettre la question à la Cour constitutionnelle. En revanche, et à la différence de la France, tout juge peut soulever *ex officio*, directement, une question de constitutionnalité devant la Cour³.

La procédure est donc dite incidente, étant exclu, comme en France, l'accès direct à la Cour constitutionnelle⁴.

Si la doctrine italienne n'utilise pas l'expression « effet utile » pour qualifier la portée des décisions de la Cour, la problématique que cette notion recèle est abondamment étudiée. En particulier, la question de l'utilité des décisions du juge constitutionnel pour les justiciables du procès *a quo* et des instances en cours se lie étroitement à celle de la nature, concrète et abstraite, du contrôle de constitutionnalité italien. En effet, ces deux dimensions coexistent, mais souvent de façon conflictuelle. Les adaptations que la Cour constitutionnelle opère, pour trouver un équilibre entre les 2, se reflètent directement sur les effets de ses décisions, en conduisant à des extensions, ou bien à des limitations, ou encore à la négation de l'effet utile.

Le contrôle de constitutionnalité italien est, en effet, concret en ce que le procès n'est pas une simple occasion permettant de soulever une question de constitutionnalité, mais il est « *la racine et la raison d'être de la question elle-même* »⁵. En effet, pour que la question soit recevable, le juge *a quo* doit prouver, en la motivant⁶, sa *rilevanza*⁷, c'est-à-dire le rapport de

¹ Art. 1, loi const. n°1/1948 ; art. 23, loi n°87/1953.

² Art. 134 C.

³ Art. 1, loi const. n°1/1948 ; art. 23, loi n°87/1953.

⁴ Il existe aussi un contrôle *a posteriori* exercé par voie d'action qui peut être déclenché par les régions contre les lois promulguées de l'État et, inversement, par le président du conseil des ministres contre une loi régionale. Toutefois, nous limiterons notre étude au contrôle *a posteriori* par voie d'exception, puisqu'il est plus pertinent au regard de la comparaison avec le système français.

⁵ G. Zagrebelsky, V. Marceno, *Giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2012, p. 269.

⁶ Cour const. it., arrêts n°14/1964 et 50/2004.

⁷ La *rilevanza* est traduite en français « importance déterminante » in L. Favoreu, W. Mastor, *Les cours constitutionnelles*, Paris, Dalloz, 2^e éd., 2016, p. 91.

causalité existant entre la question préjudicielle de constitutionnalité et la résolution du procès *a quo*. La saisine peut avoir pour objet seulement des normes qui influencent de façon déterminante la résolution du procès *a quo*⁸.

Ainsi, l'instauration du contrôle de constitutionnalité, qui est un mécanisme de garantie objective, est subordonnée à une condition particulière : « *l'utilité de la question pour la résolution d'un conflit spécifique* »⁹. Par le biais de la *rilevanza*, la matrice concrète de la question se manifeste ainsi que sa finalité : la protection de situations juridiques subjectives, et par là même donc, la production d'un effet utile.

Bien évidemment, la résolution du conflit *a quo* n'est pas la finalité exclusive du contrôle de constitutionnalité. Sur celle-ci se greffe la finalité plus générale de la garantie objective de la conformité des lois à la Constitution.

La dimension abstraite du contrôle apparaît, tout d'abord, à travers le principe de l'autonomie des deux procès, *a quo* et de constitutionnalité. Les objets des deux procès sont différents : la protection de droits subjectifs, d'une part, et le contrôle de la constitutionnalité de la loi, d'autre part. Ainsi, la question préjudicielle ne conduit pas à déplacer le procès *a quo* devant la Cour constitutionnelle. La *rilevanza* exprime certes un rapport de causalité entre les deux jugements, mais ne tient pas compte des conséquences favorables ou défavorables de la décision de la Cour pour les parties du procès *a quo*¹⁰. Dans le même sens, la suspension, l'interruption ou l'extinction du procès *a quo* n'a pas d'effet sur le jugement devant la Cour constitutionnelle, qui est, dans tous les cas, maintenu¹¹.

Les deux dimensions, concrète et abstraite, coexistent alors, non sans difficultés. L'exigence objective de la cohérence du système normatif, poursuivie principalement par le contrôle de constitutionnalité, peut en effet rentrer en conflit avec l'intérêt à la protection des situations juridiques subjectives du procès *a quo* et des autres instances en cours. Or, ce conflit latent mais permanent entre les deux dimensions du contrôle se reflète sur la réglementation des effets des décisions de la Cour constitutionnelle. Le choix italien d'accorder aux déclarations d'inconstitutionnalité un effet rétroactif *ex tunc* - plus étendu donc que celui *ex nunc* attribué aux décisions du Conseil constitutionnel français - est en effet la conséquence de la matrice concrète du contrôle incident. Toutefois, le contrôle objectif effectué par la Cour peut parfois diminuer ou même annuler l'effet utile normalement prévu, la dimension abstraite primant alors sur celle concrète. Cela se produit principalement dans deux cas de figure, qui souvent, d'ailleurs, se recourent.

Lorsque la Cour constitutionnelle entend préserver les rapports entre les pouvoirs de l'État et leurs prérogatives constitutionnelles, elle peut décider de ne pas censurer une norme, pourtant inconstitutionnelle, afin que le législateur intervienne. Cela se produit lorsqu'il n'y a pas d'autre solution possible pour combler la lacune, et la Cour préfère ne pas empiéter sur le pouvoir discrétionnaire du législateur. Des considérations relatives à la cohérence du système constitutionnel global priment alors sur les droits subjectifs des individus, au détriment de l'effet utile.

⁸ Art. 23, loi n°87/1953.

⁹ G. Zagrebelsky, V. Marcano, *Giustizia costituzionale*, op. cit., p. 284.

¹⁰ Cour const. it., arrêt n°241/2008.

¹¹ Art. 18, *Norme integrative* du 16 mars 1956.

Dans d'autres cas, la Cour constitutionnelle peut évaluer les conséquences globales, souvent d'ordre économique et social, d'une déclaration d'inconstitutionnalité et décider de moduler les effets de sa décision, afin de limiter les atteintes à d'autres droits constitutionnels. Cela, toutefois, se fait au détriment des justiciables du procès *a quo* et des instances en cours.

Afin d'illustrer plus dans les détails les solutions adoptées par la Cour constitutionnelle italienne pour résoudre les conflits entre les deux dimensions du contrôle et l'influence que cela a sur l'effet utile, nous analyserons dans un premier temps la réglementation italienne générale sur les effets des décisions d'inconstitutionnalité (I). Ensuite, nous analyserons les effets particuliers qui découlent de typologies de décisions créées par la Cour afin d'adapter son contrôle aux exigences de la protection, tantôt des droits subjectifs, tantôt du droit objectif, tantôt des deux à la fois (II).

I. LA RÉGLEMENTATION GÉNÉRALE DES EFFETS DES DÉCISIONS D'INCONSTITUTIONNALITÉ DE LA COUR

Les normes, de rang à la fois constitutionnel et législatif, qui réglementent les effets des décisions de la Cour constitutionnelle dans le temps, assurent une protection automatique de l'effet utile (A). Une protection qui se trouve d'autant plus étendue en matière pénale (B).

A. Les effets des décisions de la Cour dans l'espace et dans le temps

Les effets des décisions de la Cour constitutionnelle italienne sont prévus par la Constitution et par la loi n°87 de 1953, et se produisent de manière automatique. Il faut différencier les effets « dans l'espace » et « dans le temps ».

En ce qui concerne la première catégorie, les déclarations d'inconstitutionnalité d'une loi bénéficient d'une autorité absolue de la chose jugée (art. 136, 1^{er} al. C.). Elles produisent donc des effets *erga omnes* et s'imposent au législateur et aux juges. En revanche, et à la différence du système français, les décisions de rejet des questions préjudicielles de constitutionnalité ne produisent que des effets *inter partes*, ainsi limités aux parties au procès incident.

Les effets « dans le temps » sont organisés sur la base de la combinaison des articles 136, 1^{er} alinéa de la Constitution et 30, 3^e alinéa de la loi n°87/1953. L'article 136 de la Constitution prévoit que la norme de rang législatif déclarée contraire à la Constitution « *cesse de produire des effets dès le lendemain de la publication de la décision* » rendue par la Cour constitutionnelle. L'article 30 de la loi de 1953 affirme que « *les normes déclarées inconstitutionnelles ne peuvent plus être appliquées dès le lendemain de la publication de la décision* » dans le Journal officiel. En ce sens, « *l'effet de la décision de la Cour constitutionnelle se présente [...] pour le futur comme un effet substantiel analogue à l'abrogation ; pour le passé comme un effet processuel qui se répercute naturellement sur les*

situations substantielles en cours »¹². Ainsi, existe une « *rétroactivité procédurale* »¹³ qui s'applique aux parties au procès *a quo* et à toutes les instances en cours, même si elles se sont constituées avant la publication de la décision. Bien que la doctrine italienne ne le dénomme pas ainsi, il s'agit bien d'accorder un « effet utile » aux décisions de la Cour.

En revanche, la déclaration d'inconstitutionnalité ne s'applique pas aux rapports et aux situations définitivement jugés, qui ne peuvent plus être remis en cause devant un juge.

B. Un effet utile plus étendu en matière pénale

Une exception existe toutefois en matière pénale, ce qui fait que l'effet utile des décisions de la Cour constitutionnelle italienne est beaucoup plus étendu qu'en France en ce domaine. 3 cas de figure sont à distinguer selon qu'il s'agisse d'une norme pénale configurant un crime ou un délit, une norme pénale prévoyant une sanction plus sévère, ou encore une norme pénale prévoyant une sanction plus douce.

Si la norme déclarée inconstitutionnelle prévoit un crime ou un délit, non seulement la décision de la Cour s'applique aux instances en cours en empêchant toute condamnation, mais aussi, lorsqu'une condamnation a déjà été prononcée, l'exécution pénale et tous les effets pénaux associés cessent automatiquement¹⁴. La déclaration d'inconstitutionnalité, tout en poursuivant un autre but, produit ainsi les mêmes effets que l'*abolitio criminis* (art. 673 code proc. pén.). En revanche, s'il s'agit d'une déclaration d'inconstitutionnalité d'une norme pénale qui prévoit une ou des peines moins favorables aux condamnés, la poursuite de l'effet utile rejoint celle du principe de la rétroactivité de la norme pénale plus douce.

Une jurisprudence récente de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a considéré qu'à la différence de l'abrogation législative, la déclaration d'inconstitutionnalité élimine la norme de l'ordre juridique de façon totale et définitive. Par conséquent, elle ne peut plus produire d'effet¹⁵, même dans le cadre de condamnations définitives. En effet, une peine doit avoir un fondement normatif positif, non seulement au moment de son infliction, mais aussi au moment de son exécution¹⁶. Les effets de la décision se produisent alors comme si la peine la plus favorable avait toujours existé. Ils s'appliquent bien évidemment au jugement *a quo* et aux instances en cours, mais ils peuvent renverser aussi l'autorité de la chose jugée.

Toutefois, à la différence des déclarations d'inconstitutionnalité des normes prévoyant un crime ou un délit — dont les effets se produisent de façon automatique —, le condamné ou le ministère public doivent s'adresser au juge de l'application des peines pour que les déclarations d'inconstitutionnalité des normes fixant des peines moins favorables produisent leurs effets. C'est donc au juge compétent de déterminer à nouveau la peine, à la lumière de la décision de la Cour constitutionnelle¹⁷.

¹² G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1988, p. 266.

¹³ Th. Di Manno, « La modulation des effets dans le temps des décisions de la Cour constitutionnelle italienne », *RFDA*, n°4-2004, pp. 700-711.

¹⁴ En vertu des articles : 30, 4^e al., loi n°87/53 ; 2, 2^e al. code pénal ; 673 code de procédure pénale.

¹⁵ Cour cass., Ass. plén., arrêt n°42858/2014.

¹⁶ Cour cass., Ass. plén., arrêt n°18821/2013.

¹⁷ Art. 666, code de procédure pénale.

Enfin, dans le cas des déclarations d'inconstitutionnalité de normes prévoyant des peines plus favorables aux condamnés, la poursuite de l'effet utile rejoint le principe de la non-rétroactivité de la norme pénale plus sévère. L'effet utile consiste ici non tant dans l'application des effets de la décision au procès *a quo* et aux instances en cours, mais plutôt dans la non-application d'effets qui seraient plus défavorables aux justiciables.

Cependant, la limitation des effets de la décision constitutionnelle ne concerne que les délits commis pendant que la norme plus favorable était en vigueur. Dans ce cas, prime le principe de la prévisibilité des conséquences pénales d'une conduite déterminée. En revanche, les effets de la décision de la Cour s'appliquent bien aux délits commis avant l'entrée en vigueur de la norme en question¹⁸. En ce sens, la décision d'inconstitutionnalité empêche d'opérer le mécanisme de rétroactivité de la *lex in mitius*. L'effet utile en résulte ainsi plus limité par rapport aux deux autres typologies normatives de droit pénal.

En conclusion, les règles générales qui guident la production des effets des décisions de la Cour constitutionnelle italienne sont assez claires. Toutefois, elles sont très vite apparues au juge constitutionnel comme trop simples face à la complexité des cas réels. Des échappatoires entre le choix rigide et binaire de la recevabilité ou du rejet de la question préjudicielle ont été trouvées de façon prétorienne, ce qui a complexifié le cadre des effets des décisions de la Cour.

II. LA RÉGLEMENTATION PRÉTORIENNE DES EFFETS DES DÉCLARATIONS D'INCONSTITUTIONNALITÉ DE LA COUR

Bien que la réglementation d'après-guerre sur la portée des décisions de la Cour constitutionnelle n'ait fait l'objet d'aucune révision, ni constitutionnelle ni législative, la jurisprudence constitutionnelle au cours des années a fortement innové en ce domaine. Face au choix binaire entre des arrêts de rejet et des arrêts d'admissibilité, la Cour a élaboré une typologie très riche de décisions à partir non pas tant d'une théorie abstraite, mais plutôt d'exigences spécifiques et concrètes.

En particulier, les différentes typologies d'arrêts naissent de la nécessité pour la Cour de maîtriser les effets de ses décisions sur la base des conséquences qu'elles peuvent avoir, d'une part, sur les rapports avec les autres pouvoirs de l'État (A) et, d'autre part, sur les autres valeurs et droits protégés par la Constitution (B).

Nous verrons que plus la Cour italienne se préoccupe de protéger le système constitutionnel dans sa globalité, moins l'effet utile est garanti et, à l'opposé, plus le juge constitutionnel empiète sur les autres pouvoirs et se désintéresse des effets collatéraux de ses décisions sur les autres droits, plus l'effet utile est protégé.

¹⁸ Cour Const. it., arrêt n°394/2006.

A. L'effet utile confronté aux prérogatives constitutionnelles des pouvoirs

La Cour constitutionnelle italienne a essayé d'ajuster les effets de ses décisions afin, d'une part, de préserver le rôle et les compétences du pouvoir judiciaire (1) et du pouvoir législatif (2), et d'autre part, de pallier les lacunes éventuelles de ces deux pouvoirs. Dans le premier cas, l'effet utile s'en trouve amoindri. En revanche, dans le second cas, l'effet utile en ressort renforcé.

1. Les décisions « interprétatives »

La nécessité de définir les rapports avec les juges, détenteurs du pouvoir d'interpréter la loi, a induit la Cour constitutionnelle à élaborer deux typologies de décisions, dites « correctives » et « interprétatives », qui ont permis d'établir une répartition plus claire des rôles respectifs de la juridiction ordinaire et de la juridiction constitutionnelle, en limitant les conflits et les interférences qui en avaient résulté lors des premières années d'activité de la Cour.

Nous nous occuperons seulement des décisions « interprétatives » puisqu'elles ont une influence particulière sur l'effet utile¹⁹. Notamment, existent des décisions interprétatives de rejet et des décisions interprétatives d'admissibilité.

Les arrêts interprétatifs de rejet

Dans le cadre de cette typologie d'arrêt, la Cour considère la question irrecevable puisqu'il est possible, à son avis, d'attribuer à la disposition faisant l'objet de la saisine une signification normative différente de celle retenue par le juge *a quo*. Parmi les différentes interprétations de la disposition, la Cour choisit celle qu'elle considère conforme à la Constitution, en « sauvant » la norme et en imposant son choix interprétatif aux juges de droit commun.

Cette typologie est fort semblable aux décisions du Conseil constitutionnel sous réserve neutralisante, proposant en particulier une interprétation « neutralisante positive »²⁰.

Or, par l'arrêt interprétatif de rejet, la Cour constitutionnelle empiète sans doute sur les compétences des juges ordinaires. Toutefois, le juge constitutionnel agit en ce sens seulement lorsqu'il n'existe pas une interprétation prétorienne consolidée et univoque (selon la doctrine du « droit vivant ») de la disposition en question. De plus, l'interprétation retenue par la Cour ne produit pas d'effet *erga omnes* et n'a qu'une efficacité persuasive, dépendant en grande partie de l'argumentation contenue dans la motivation de l'arrêt. Le seul juge qui est obligé d'appliquer la disposition selon l'interprétation fournie par la Cour est le juge *a quo*²¹.

¹⁹ Pour une présentation de ces 2 typologies d'arrêts v. M. Fatin-Rouge Stefanini et K. Roudier, « Les suites des décisions rendues par les juridictions constitutionnelles dans le cadre de questions d'inconstitutionnalité », in *La question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé*, L. Gay (dir.), Bruylant, 2014, p. 342 ss.

²⁰ Selon l'appellation donnée par Louis Favoreu in « La décision de constitutionnalité », *Revue internationale de droit comparé*, 1986, p. 622 e ss.

²¹ À la différence du système français, en Italie les juges ordinaires ne sont pas tenus de suivre les indications contenues dans les arrêts de rejet. En outre, ils peuvent soulever à tout moment une question préjudicielle de constitutionnalité relative à une disposition qui a déjà été soumise à la Cour constitutionnelle, lorsque celle-ci a considéré la question non fondée. En ce sens, la déclaration de constitutionnalité n'attribue pas à la disposition, comme en France, un brevet de conformité.

L'effet utile est ainsi garanti de façon relative : il est préservé dans le procès *a quo*. En revanche, pour les instances en cours, cela dépend du degré d'adhésion des juges ordinaires à l'interprétation de la disposition fournie par le juge constitutionnel.

Les arrêts interprétatifs d'admissibilité

Face à la tendance des juges de droit commun à ne pas suivre l'interprétation des lois dictée par la Cour constitutionnelle dans les arrêts interprétatifs de rejet, le juge constitutionnel a été contraint d'adopter des arrêts interprétatifs qui déclarent l'inconstitutionnalité de l'une des significations possibles de la norme. Par ce biais, la Cour n'élimine pas de l'ordre juridique la disposition, mais l'une des normes qui peut découler de celle-ci. Les juges de droit commun restent libres d'appliquer la disposition, à la condition qu'ils l'interprètent conformément à la Constitution.

Cette typologie d'arrêts rappelle les décisions du Conseil constitutionnel « sous réserve d'interprétation neutralisante négative », bien qu'en France il s'agisse de décisions de conformité, alors qu'en Italie il s'agit de décisions d'inconstitutionnalité.

Pour cette raison, en Italie, ces décisions produisent des effets *erga omnes* et permettent la pleine garantie de l'effet utile.

2. Les décisions « manipulatives »

Comme dans tous les pays dotés d'un contrôle de constitutionnalité, la relation entre la Cour constitutionnelle italienne et le législateur est des plus délicates. En Italie, cela est aggravé par le fait que le législateur a manifesté depuis longtemps une certaine inertie face aux décisions de la Cour constitutionnelle. Ainsi, si d'une part, cela a incité la Cour à élaborer des décisions qui puissent assurer la conformité de la loi à la Constitution, sans qu'une intervention législative ultérieure ne soit nécessaire, d'autre part, consciente de son rôle et de celui du législateur, elle a également élaboré des arrêts permettant au Parlement d'exercer son pouvoir discrétionnaire en matière législative. L'effet utile en est affecté en conséquence.

Les décisions « manipulatives additives »

Cette typologie de décisions a été appelée « manipulative » pour mettre en exergue que leur but est la transformation de la loi, et non son élimination ou bien son interprétation conforme à la Constitution²².

Ainsi, par ce biais, la Cour déclare l'inconstitutionnalité de la loi en modifiant sa portée normative. Notamment, elle peut réduire le sens normatif de la disposition (arrêts « ablatifs »), ou bien l'enrichir (arrêts « additifs »), ou encore substituer une partie de la norme considérée inconstitutionnelle avec une règle conforme (arrêts « substitutifs »)²³.

Ces décisions sont adoptées afin d'éviter, d'une part, les inconvénients d'une déclaration « simple » d'inconstitutionnalité, comportant toujours une atteinte à la sécurité juridique, et,

²² G. Zagrebelsky, V. Marceno, *Giustizia costituzionale, op. cit.*, p. 390.

²³ *Ibid.*, p. 390-393.

d'autre part, le risque que l'inaction du législateur puisse provoquer un vide juridique prolongé dans le temps.

Le Conseil constitutionnel français adopte des décisions similaires aux arrêts additifs italiens. Elles sont définies par la doctrine française « décisions sous réserve constructive ». Comme leurs homologues italiennes, elles ont pour objectif de pallier les omissions (inconstitutionnelles) du législateur²⁴. Toutefois, il faut bien noter que les décisions françaises déclarent la conformité de la norme à la condition d'y ajouter certains éléments, alors que les arrêts italiens déclarent l'inconstitutionnalité de la norme en ce qu'elle ne prévoit pas la règle déterminée ensuite dans les motifs de la décision.

Les arrêts « manipulatifs » additifs italiens n'ont pas manqué de soulever de grands débats théoriques sur, d'un côté, l'empiètement de la Cour constitutionnelle sur le rôle du législateur, et de l'autre, sur la qualification de ces décisions en tant que sources du droit.

Dans le cadre de cette étude, nous nous limitons à questionner l'impact de cette typologie de décisions sur l'effet utile. Or, puisqu'il s'agit de décisions d'inconstitutionnalité, les parties censurées de la norme suivent les règles générales relatives à la production des effets des arrêts de la Cour constitutionnelle : elles ne s'appliquent plus de façon rétroactive ni au procès *a quo* ni aux instances en cours, pouvant atteindre aussi l'autorité de la chose jugée en matière pénale.

De surcroît, puisque la norme est transformée et non intégralement censurée, la décision donne naissance à une nouvelle règle, d'application immédiate avec effet *erga omnes*. L'effet utile en ressort fortement valorisé, puisque les juges disposent tout de suite d'une norme conforme à la Constitution, sans qu'il soit besoin d'attendre l'intervention du législateur.

Les arrêts « manipulatifs additifs de principe »

Plus problématiques au regard de l'effet utile apparaissent en revanche les décisions manipulatives « additives » de principe.

Cette typologie d'arrêts a été élaborée par la Cour afin de limiter les interférences avec le Parlement que les arrêts additifs génèrent. En effet, dans ce cas, la déclaration d'inconstitutionnalité n'est pas associée à la détermination par la Cour d'une norme capable de combler la lacune normative. Face à la pluralité des solutions constitutionnellement conformes qui peuvent être choisies, la Cour s'efface, consciente des limites de son rôle, et indique un principe ou des principes constitutionnels desquels la solution adoptée devra s'inspirer. Le juge constitutionnel remet ainsi à la discrétion du législateur l'élaboration de la nouvelle réglementation dans le respect des principes indiqués²⁵.

Or, étant donné le retard systématique – sinon l'absence tout court — de l'intervention législative, ce sont en réalité les juges de droit commun qui se trouvent confrontés à l'exigence d'élaborer des règles pour les cas concrets. La Cour l'affirme d'ailleurs lorsqu'elle explique que dans le cadre des décisions additives de principe, le juge de droit commun doit se référer au principe indiqué afin de trouver une solution pour le cas concret, dans l'attente de l'intervention législative. Est ainsi sollicitée une réglementation prétorienne transitoire et

²⁴ Th. Di Manno, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions "interprétatives" en France et en Italie*, Economica-PUAM, 1997, p. 238.

²⁵ E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 3^e éd., 2011, p. 143.

provisoire²⁶, dont la seule valeur est de fournir une solution plus proche de la légalité constitutionnelle au détriment, toutefois, de la sécurité juridique et du principe d'égalité. L'effet utile en résulte fortement redimensionné, puisque les règles qui seront appliquées dans le procès *a quo* et dans les instances en cours pourront varier sensiblement.

Une affaire récente permet d'illustrer l'impact négatif de cette typologie de décisions sur l'effet utile. En 2014, la Cour a déclaré inconstitutionnelle la norme qui prévoit la cessation du mariage lorsque l'un des deux conjoints obtient la rectification de son genre à l'état civil²⁷. Selon le juge, la disposition n'est pas conforme à la Constitution puisqu'elle ne permet pas aux conjoints qui le souhaitent de maintenir un rapport de couple légalement reconnu et réglementé, capable de protéger les droits et les obligations du couple. Pour la Cour, l'intervention du législateur s'impose, puisqu'il ne serait pas possible de rétablir la légalité constitutionnelle par une intervention additive, qui confirmerait tout simplement la validité du contrat de mariage.

La Cour s'adresse alors au législateur : elle exhorte son intervention et fixe les principes qui devront réglementer la matière. Il s'agit, toutefois, de principes qui ne permettent pas une application jurisprudentielle immédiate, la Cour laissant entendre que, dans l'attente de l'intervention législative, les juges de droit commun seraient obligés de continuer d'appliquer la règle du divorce imposé²⁸. De toute évidence, cette décision met à mal l'effet utile, en ce que la constatation de la violation d'un droit constitutionnel ne conduit pas à une protection effective et immédiate. Plus en général, toute la réglementation sur les effets des arrêts de la Cour est atteinte ainsi que la nature incidente du contrôle de constitutionnalité²⁹.

Face à la violation de la matrice concrète du contrôle, le juge *a quo* a réagi. Notamment, la Cour de cassation - qui avait posé la question préjudicielle aboutissant à l'arrêt n°170/2014 - affirme qu'un arrêt additif de principe n'efface pas la spécificité des effets des déclarations d'inconstitutionnalité réglementés par l'article 136 de la Constitution³⁰. Par conséquent, le juge *a quo* a décidé de maintenir le lien matrimonial de façon provisoire, jusqu'à ce que le législateur établisse une nouvelle réglementation.

Or, la solution de la Cour de cassation constitue une violation évidente de l'arrêt constitutionnel. Cependant, elle représente une tentative compréhensible de pallier la difficulté, d'une part, de continuer d'appliquer une norme reconnue non conforme à la Constitution, et, d'autre part, de priver de tout effet utile la saisine de la Cour constitutionnelle.

Le risque évident de cette typologie de décisions est qu'elles génèrent la « révolte » des juges de droit commun. Soucieux de protéger les droits subjectifs et forts de leur pouvoir d'interprétation de la loi et de la Constitution, les juges ordinaires peuvent trouver des solutions interprétatives alternatives pour assurer l'effet utile en désavouant la jurisprudence

²⁶ G. Parodi, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Torino, Giappichelli, 1996, p. 289 et ss.

²⁷ Cour const. it., arrêt n°170/2014.

²⁸ A. Ruggeri, « Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità », *www.giurcost.org*, p. 3.

²⁹ S. Catalano, « Valutazione della rilevanza della questione di costituzionalità ed effetto della decisione della Corte sul giudizio a quo », <https://www.gruppodipisa.it/8-rivista/213-stefano-catalano-valutazione-della-rilevanza-della-questione-di-costituzionalita-ed-effetto-della-decisione-della-corte-sul-giudizio-a-quo>, p. 22-23.

³⁰ Cour cass., sect. I civile, 21 avril 2015, n°8097.

constitutionnelle, ce qui peut affecter à terme la légitimité de la Cour constitutionnelle³¹. Ce même risque est associé aux arrêts de la Cour qui modulent les effets dans le temps.

B. L'effet utile confronté à l'impact global des décisions d'inconstitutionnalité sur le système constitutionnel : la pratique italienne de la modulation des effets dans le temps

À la différence de ce qui est prévu en France, la Cour constitutionnelle italienne n'a pas été dotée du pouvoir de moduler les effets de ses décisions dans le temps.

Cependant, la Cour s'est auto-attribué ce pouvoir pour faire face à des situations dans lesquelles une déclaration d'inconstitutionnalité aurait pu donner lieu à des violations plus graves de la Constitution. Cette nécessité s'est manifestée notamment dans les cas où il a s'agit de mettre en balance la protection des droits sociaux avec l'équilibre budgétaire de l'État en temps de crise économique, ou d'éviter le risque de réduire à néant toute l'activité judiciaire réalisée dans un secteur déterminé pendant une période donnée³².

Les premières décisions modulant leurs effets pour le passé ont été adoptées en 1988³³. La doctrine distingue deux typologies de modulation : d'une part, il y a les arrêts qui annulent la loi au motif d'une inconstitutionnalité survenue (1) et, d'autre part, les arrêts qui limitent l'effet rétroactif des décisions en raison d'exigences constitutionnelles d'ordre général (2)³⁴. Les deux typologies ont une influence différente sur la garantie de l'effet utile : dans le premier cas, l'effet utile est limité, dans le second, il est tout simplement nié.

Pour pallier les effets néfastes de la négation de l'effet utile et concilier la nature concrète avec celle abstraite de son contrôle, en 2018, la Cour constitutionnelle a inauguré une toute nouvelle typologie de décisions, les ordonnances d'inconstitutionnalité à effet différé (3).

1. Les décisions d'inconstitutionnalité survenue : un effet utile limité

À travers ces décisions, la Cour considère qu'une norme, conforme à la Constitution au moment de son entrée en vigueur, est devenue inconstitutionnelle par la suite, à cause d'événements – normatifs ou non — survenus. Les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité

³¹ Ce phénomène peut être observé en France aussi. Suite à la décision du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010, *Daniel W. et autres*, n°2010-14/22 QPC, relative à la réglementation de la garde à vue, qui modulait les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité dans le temps, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation dans l'arrêt du 15 avril 2011, n°592 a fait prévaloir le droit de la Conv. EDH sur la décision du Conseil afin de protéger de façon immédiate les droits des justiciables.

³² E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale, op. cit.*, p. 138.

³³ Cour const. it., arrêts n°266/1988 et 501/1988. La Cour constitutionnelle module aussi les effets de ses décisions dans le futur à travers des décisions d'inconstitutionnalité reconnue mais non déclarée. Il s'agit des décisions « *monito* », c'est-à-dire de mise en garde. Puisqu'il s'agit de décisions de rejet de la question préjudicielle, nous en parlerons brièvement *infra* 3).

³⁴ G. Zagrebelsky, « Il controllo da parte della Corte costituzionale degli effetti temporali », *Quaderni costituzionali*, 1989, p. 209.

se produisent alors non à partir de son entrée en vigueur, mais du moment où cette condition s'est vérifiée³⁵.

Selon la doctrine, cette modulation des effets dans le temps est compatible avec les articles 136 de la Constitution et 30 de la loi n°87/1953 en ce que le système de garantie constitutionnelle impose l'élimination des normes inconstitutionnelles, sans exiger leur sacrifice dans la période précédente l'événement générant le conflit avec la Constitution³⁶. Dans ce cas de figure, est préservé l'effet utile pour le procès *a quo* et pour les instances en cours relatives à des faits commis après l'événement générateur de l'inconstitutionnalité³⁷.

2. Les arrêts d'inconstitutionnalité différée³⁸ : un effet utile nié

Lorsque la Cour considère que la déclaration d'inconstitutionnalité d'une loi porte atteinte à d'autres valeurs constitutionnelles, elle s'est dotée du pouvoir de différer les effets de sa décision dans le temps afin de réduire ou éliminer cet impact négatif. La Cour indique alors la date à partir de laquelle la norme doit être considérée non conforme à la Constitution.

Dans ce cas de figure, la dérogation aux règles sur les effets des décisions de la Cour est très importante. Elle peut conduire en effet à appliquer la norme déclarée inconstitutionnelle dans le procès *a quo* et dans les instances en cours.

Un arrêt récent a relancé le débat doctrinal sur cette typologie de décisions. Il s'agit de l'arrêt n°10/2015 dans lequel, pour la première fois, la Cour a explicité les raisons, même théoriques, qui devraient justifier son pouvoir de modulation et la dérogation aux règles générale sur les effets de ses arrêts.

La Cour constitutionnelle affirme que « *son rôle de gardien de la Constitution impose d'éviter que la déclaration d'inconstitutionnalité détermine, de façon paradoxale, des effets encore plus incompatibles avec la Constitution de ceux qui ont induit à censurer la norme en question. Pour éviter que cela se produise, la Cour doit moduler ses décisions, même dans le temps, afin d'empêcher que l'affirmation d'un principe constitutionnel détermine le sacrifice d'un autre principe à valeur constitutionnelle* »³⁹.

Cette typologie de décisions sacrifie ainsi la nature concrète du contrôle de constitutionnalité au bénéfice de sa nature abstraite, en privilégiant les conséquences positives de la décision sur le système dans sa globalité, plutôt que dans le procès *a quo* et dans les instances en cours. Cela ne manque pas de susciter de vives polémiques en doctrine et entre les juges de droit commun.

Le caractère incident du contrôle de constitutionnalité italien semble assurément exiger que l'effet utile, à tout le moins pour le procès *a quo*, soit préservé. Notamment, l'article 1^{er} de

³⁵ Cour const. it., arrêts n°501/88 et 124/91.

³⁶ S. Catalano, « Valutazione della rilevanza della questione di costituzionalità », *cit.*, p. 25.

³⁷ E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale, op. cit.*, p. 141; Th. Di Manno, « La modulation des effets dans le temps des décisions du juge constitutionnel », *cit.*, p. 702.

³⁸ G. Parodi, « Art. 136 », in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (dir. par), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, p. 2666.

³⁹ §7. En l'espèce, l'application rétroactive de la décision d'inconstitutionnalité aurait déterminé une violation grave de l'équilibre financier de l'État (art. 81 C), et une atteinte au principe de solidarité sociale (art. 3 C). V. §8.

la loi constitutionnelle n°1/1948, en faisant le choix du contrôle incident, établit que la réglementation inconstitutionnelle ne puisse pas être appliquée dans le procès *a quo*⁴⁰.

Ainsi, les arrêts d'inconstitutionnalité différée méconnaissent le *ratio* même du système italien de contrôle de constitutionnalité⁴¹, tout en apparaissant aussi en conflit avec l'article 24 de la Constitution qui garantit le droit de tout citoyen d'agir en justice. En effet, ce droit est bafoué lorsqu'il est rendu difficile à une partie dans un procès de soulever une question de constitutionnalité ainsi que de bénéficier des effets d'une déclaration d'inconstitutionnalité⁴².

La grande majorité de la doctrine italienne considère en conclusion qu'étant donné le *vulnus* systémique que cette typologie de décisions induit, la rétroactivité des déclarations d'inconstitutionnalité, au moins en ce qui concerne le procès *a quo*, ne peut être mise en balance avec d'autres principes, même si dotés de valeur constitutionnelle⁴³.

Les juges de droit commun ressentent également un malaise très fort à l'égard de ces décisions. En effet, en limitant la rétroactivité, la Cour constitutionnelle démentit sa propre jurisprudence qui, sur la base de l'article 30, 3^e alinéa de la loi n°87/1953, prévoit que la détermination des effets des décisions d'inconstitutionnalité est un « *problema d'interpretation* » relevant des juges ordinaires⁴⁴.

Les juges ordinaires se trouvent alors privés d'une prérogative importante, tout en étant, de surcroît, empêchés de protéger des situations juridiques subjectives, alors que la saisine de la Cour constitutionnelle poursuivait bien cet objectif. Un dilemme se pose : doivent-ils se conformer à l'arrêt d'inconstitutionnalité différée ou bien obéir à la réglementation constitutionnelle sur les effets des décisions de la Cour ? Par le passé, les juges ont déjà fait preuve de rébellion en réagissant à ces arrêts de deux façons : soit ils ont soulevé à nouveau la question préjudicielle d'inconstitutionnalité devant la Cour, soit ils ont écarté directement la norme déclarée inconstitutionnelle sur le fondement des articles 136 de la Constitution et 30, 3^e alinéa de la loi n°87/1953⁴⁵.

Faisant suite à l'arrêt d'inconstitutionnalité différée de 2015, l'un des juges *a quo* a fait aussi le choix de la désobéissance : il n'a pas appliqué la réglementation déclarée inconstitutionnelle, en considérant que la modulation des effets dans le temps n'était pas compatible avec la réglementation constitutionnelle sur les effets des décisions de la Cour⁴⁶.

Ces actes de rébellion ne peuvent pas être sanctionnés par la Cour constitutionnelle. En effet, le pouvoir de modulation n'est pas prévu en droit et, dans les faits, lorsque le juge

⁴⁰ A. Pugiotto, « La rimozione della pregiudizialità costituzionale nella sentenza costituzionale n. 10/2015 », *Giurisprudenza costituzionale*, 2015, p. 93.

⁴¹ En ce sens, S. Catalano, « Valutazione della rilevanza della questione di costituzionalità », *cit.*, p. 26.

⁴² En ce sens s'est prononcée la Cour constitutionnelle dans l'arrêt n°232/1989. En se référant au rapport entre le juge de droit commun national et la Cour de justice de l'Union européenne dans le cadre d'une procédure de renvoi préjudiciel (art. 267 TFUE), le juge constitutionnel considère comme « contradictoire avec la nature d'un arrêt préjudiciel » l'hypothèse que cet arrêt ne puisse pas être appliqué dans le procès national qui l'a déclenchée.

⁴³ Parmi d'autres : A. Pugiotto, « La rimozione della pregiudizialità », *cit.*, p. 98.

⁴⁴ Cour const. it., arrêt n°49/1970. V. M. Cartabia, « La fortuna del giudizio di costituzionalità in via incidentale », *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, Napoli, 2014, p. 45.

⁴⁵ M. E. D'Amico, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, Milano, 1993, p. 111.

⁴⁶ *Commissione tributaria provinciale* de Reggio Emilia, arrêt du 12 mai 2015, n°217/3/15, www.giurcost.it

constitutionnel limite *pro futuro* l'effet de ses décisions, il « *perd son contrôle sur les cas concrets* »⁴⁷.

De toute évidence, une intervention législative en la matière serait souhaitable⁴⁸, puisque l'exigence exprimée par la Cour de prendre en compte les conséquences globales de ses décisions sur le système constitutionnel est des plus sérieuses. Toutefois, la doctrine s'accorde à dire qu'une réglementation du pouvoir de modulation de la Cour devrait préserver l'application aux jugements *a quibus* de la déclaration d'inconstitutionnalité, peine la dénaturation du contrôle de constitutionnalité incident italien⁴⁹.

3. L'ordonnance d'inconstitutionnalité à effet différé : la conciliation entre l'effet utile et la cohérence du système constitutionnel

En 2018, la Cour constitutionnelle italienne a élaboré une nouvelle typologie de décision capable de concilier l'effet utile, et donc la prise en compte du cas concret, avec des exigences autres, de système, et notamment celle de ne pas empiéter sur le rôle du législateur.

Par le passé, dans des hypothèses similaires, la Cour adoptait des décisions d'irrecevabilité de la question de constitutionnalité, tout en adressant un « *monito* », c'est-à-dire une « mise en garde » au législateur, pour l'alerter sur les profils d'inconstitutionnalité de la réglementation et l'inciter à intervenir rapidement⁵⁰. Par ce biais, la Cour respectait les prérogatives du législateur sans s'y substituer, mais elle admettait en même temps que dans l'ordre juridique persiste pour un temps indéterminé une norme non conforme à la Constitution, au détriment de l'effet utile.

Or, ces arrêts *monito* ont très rarement conduit le législateur à sortir de son « *inertie endémique* »⁵¹, en conduisant à des situations très préjudiciables pour le respect des droits et des libertés⁵².

⁴⁷ G. Zagrebelsky, « Il controllo da parte della Corte », *cit.*, p. 219 ; L. Sica, « Cosa è vivo e cosa è morto della sentenza n. 10 del 2015 a quasi due anni dalla sua pronuncia », *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, novembre 2016, p. 8.

⁴⁸ L'ex-président de la Cour constitutionnelle Franco Gallo l'affirmait in F. Gallo, « Le modèle italien de justice constitutionnelle italienne », *Nouv. Cah. Cons. const.*, 2014, n° 42.

⁴⁹ S. Catalano, « Valutazione della rilevanza della questione di costituzionalità », *cit.*, p. 32.

⁵⁰ Th. Di Manno, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions « interprétatives » en France et en Italie*, *op. cit.*, p. 453.

⁵¹ M. Fatin-Rouge Stefanini et K. Roudier, « Les suites des décisions rendues par les juridictions constitutionnelles », *cit.*, p. 328.

⁵² Par exemple, en 2010, en matière de reconnaissance des unions entre personnes de même sexe, la Cour avait incité le législateur à intervenir (arrêt n°138/2010), mais il a fallu attendre 2016 pour que la loi sur les unions civiles soit adoptée.

Saisie en 2018 d'une affaire très médiatisée relative à une question d'assistance au suicide d'un malade⁵³, la Cour élabore une nouvelle stratégie « *en raison de l'importance des valeurs constitutionnelles impliquées* »⁵⁴.

Tout d'abord, elle adopte une « ordonnance d'inconstitutionnalité ». Il s'agit là d'une première puisque, normalement, la Cour italienne pour statuer dispose de deux instruments : l'arrêt, pour adopter des décisions définitives d'inconstitutionnalité ; l'ordonnance, lorsque la question est jugée irrecevable ou rejetée car dépourvue de fondement. Dans ce cas, la Cour utilise l'ordonnance pour constater, dans les motifs, la non-conformité à la Constitution de l'interdiction absolue de l'aide au suicide (article 580 code pénal italien), et cela à la suite d'un raisonnement, en faits et en droit, très approfondi, qui dans la forme et dans le fond rapproche cette ordonnance à un arrêt⁵⁵. Les effets, toutefois, ne sont pas les mêmes. Il ne s'agit pas d'une décision définitive, mais d'une décision provisoire, dans l'attente que la Cour statue de manière définitive lors d'une nouvelle audience, à une date déterminée. En effet, par l'ordonnance du 24 octobre 2018, la Cour a renvoyé le jugement à une audience fixée le 24 septembre 2019, en prévoyant qu'à cette occasion « *pourra être évaluée une nouvelle législation en la matière, adoptée en conformité aux exigences de protection signalées par la Cour* »⁵⁶.

Ainsi, par rapport aux arrêts d'inconstitutionnalité différés, les effets sont atypiques. Dans le premier cas, il s'agit de décisions d'inconstitutionnalité qui produisent des effets certains et non rétroactifs. Dans le cas des ordonnances d'inconstitutionnalité différée, les effets sont provisoires et suspensifs, car ils doivent être confirmés dans une audience successive⁵⁷. En d'autres termes, du point de vue du procès *a quo*, le jugement est suspendu jusqu'à ce que la Cour constitutionnelle rende sa décision définitive. En ce qui concerne d'autres instances en cours ou à venir, le juge constitutionnel invite les juges de droit commun à apprécier les questions de constitutionnalité analogues à la lumière de l'ordonnance, afin d'éviter l'application *in parte qua*.

L'ordonnance produit alors un effet utile provisoire : puisque les procès sont suspendus, l'application de la norme inconstitutionnelle est également suspendue pendant un an dans le procès *a quo* et dans tous les procès en cours. Est ainsi évité le paradoxe – propre aux arrêts *monito* et aux arrêts d'inconstitutionnalité différée — consistant à appliquer pendant un certain temps une norme considérée ou déclarée inconstitutionnelle.

Sous le profil institutionnel, l'ordonnance à effet différé permet au Parlement de promouvoir toute réflexion et initiative sur le thème de l'euthanasie « *dans un esprit de*

⁵³ La médiatisation de l'affaire est due, d'une part, à la problématique de l'euthanasie elle-même, qui soulève toujours des questions de société hautement sensibles ; d'autre part, l'accusé dans le jugement *a quo*, Marco Cappato, est un politicien et activiste, militant dans une association qui prône la légalisation de l'euthanasie. M. Cappato a aidé un ex-DJ – très connu également – à mettre fin à ses jours dans une clinique en Suisse. Ensuite, il s'est auto-dénoncé à la police italienne, en qualifiant son choix d'« acte de désobéissance civile ». L'affaire judiciaire a donc en quelque sorte été provoquée afin de solliciter une intervention judiciaire et éventuellement législative sur le sujet.

⁵⁴ Cour const. it., ord. 24 octobre 2018, n°207, §11.

⁵⁵ A. Lecis Cocco Ortu, « *Questa legge s'ha da fare*: la Cour constitutionnelle italienne, l'euthanasie et une nouvelle forme de déclaration d'inconstitutionnalité à effet différé », *Constitutions*, janv.-mars 2019, p. 4.

⁵⁶ §11.

⁵⁷ V. M. Bignami, « Il caso Cappato alla Corte costituzionale : un'ordinanza ad inconstituzionalità differita », http://questionegiustizia.it/articolo/il-caso-cappato-alla-corte-costituzionale-un-ordinanza-ad-inconstituzionalita-differita_19-11-2018.php

collaboration institutionnelle respectueuse des compétences de chacun », tout en évitant des lacunes dans la protection de valeurs de rang constitutionnel⁵⁸. En adoptant cette technique – qui tire, en partie, son inspiration de deux précédents étrangers⁵⁹ — la Cour italienne semble enfin réussir dans le pari de concilier les deux dimensions du contrôle de constitutionnalité italien, la concrète et l’abstraite.

Demeure toutefois une variable importante : *quid* si le législateur n’intervient pas en la matière avant la nouvelle audience de la Cour fixée en septembre 2019 ? La motivation de l’inconstitutionnalité de la norme contenue dans l’ordonnance est tellement approfondie qu’il paraîtrait fort difficile que la Cour se soustrait à son rôle de garant de la Constitution⁶⁰. Il est probable alors que, face à l’inertie volontaire du législateur, le juge constitutionnel prononce une décision « additive », qui déclare la disposition inconstitutionnelle en ce qu’elle ne prévoit pas la légalité de l’assistance au suicide dans les circonstances indiquées dans la motivation. Cela équivaudrait à instituer un régime minimum et transitoire, immédiatement applicable, dans l’attente que les droits civils deviennent une priorité pour le législateur. L’ordonnance, en effet, indique déjà les modalités et les fondements logiques et juridiques sur la base desquels les juges devraient exercer leurs choix⁶¹. La Cour pourrait alors les reprendre en les spécifiant. C’est donc la décision prise à l’issue de cette deuxième audience qui produira des effets définitifs et fort probablement rétroactifs, afin d’assurer la protection la plus intense aux droits individuels.

En conclusion, cette typologie de décision concilie les exigences individuelles et celles de système, à la condition que le législateur collabore. Dans le cas contraire, c’est l’effet utile qui prime, et la Cour constitutionnelle accepte d’envahir en partie le domaine du Parlement par une jurisprudence créative, qui pallie les lacunes provoquées par un législateur inerte.

⁵⁸ *Idem*.

⁵⁹ Cour suprême du Canada, arrêt *Carter c. Canada*, 6 février 2015 et Cour suprême du Royaume Uni, arrêt *Nicklinson et al.*, 25 juin 2014.

⁶⁰ C. Cupelli, « Il caso Cappato, l’incostituzionalità differita e la dignità nell’autodeterminazione alla morte », 3 décembre 2018, <https://www.penalecontemporaneo.it/d/6357-il-caso-cappato-l-incostituzionalita-differita-e-la-dignita-nell-autodeterminazione-alla-morte>.

⁶¹ §8 et §10. S. Prisco, « Il caso Cappato tra Corte Costituzionale, Parlamento e dibattito pubblico. Un breve appunto per una discussione da avviare », *BioLawJournal*, n° 3/2018, p. 168.

Liste des contributeurs

DIRECTEURS SCIENTIFIQUES

Stéphane Mouton, Professeur de droit public à l'Université Toulouse 1 Capitole, directeur de l'Institut Maurice Hauriou

Mathieu Carpentier, Professeur de droit public à l'Université Toulouse 1 Capitole, membre de l'Institut Maurice Hauriou

CONSEILLÈRE SCIENTIFIQUE

Olga Mamoudy, Professeur à l'Université polytechnique des Hauts-de-France

CONTRIBUTEURS*

Thomas Bertrand, Doctorant à l'Université Toulouse 1 Capitole

Xavier Bioy, Professeur à l'Université Toulouse 1 Capitole

Amelia Crozes, Doctorante à l'Université Toulouse 1 Capitole

Marie Eude, Doctorante à l'Université Toulouse 1 Capitole

Marie Glinel, Doctorante à l'Université Toulouse 1 Capitole

Gaëlle Lichardos, Maître de conférences à l'Institut catholique de Toulouse

Julien Marguin, Doctorant à l'Université Toulouse 1 Capitole

Zakia Mestari, Doctorante à l'Université Toulouse 1 Capitole

Nicoletta Perlo, Maître de conférences à l'Université Toulouse 1 Capitole, membre de l'IRDEIC (Institut de recherche en droit européen, international et comparé)

Estelle Poizat, Doctorante à l'Université Toulouse 1 Capitole

Jordan Puissant, Doctorant à l'Université Toulouse 1 Capitole

MEMBRES DE L'INSTITUT MAURICE HAURIOU AYANT PARTICIPÉ AU RELEVÉ STATISTIQUE DES DÉCISIONS

Hugo Avvenire, France Boccognani, Arnaud Bonfort, Laura Bourrel, Nicolas Bouyer, Dominique Capdevielle, Florence Crouzatier-Durand, Émilie Debaets, Thomas Dubourg, Pierre Egéa, Pierre Esplugas-Labatut, Jonas Guilbert, Nathalie Jacquinet, Afroditi Marketou, Rémi Pradalier, Jean-Philippe Sureau, Sacha Sydoryk.

* Sauf mention contraire, les contributeurs sont membres de l'Institut Maurice Hauriou.

Table des matières

Sommaire	3
Introduction Les enjeux généraux de l'effet utile des décisions QPC du Conseil constitutionnel	5
I. Le cadre de l'effet utile	8
II. Les paramètres de l'effet utile	12
III. Problématique et plan de l'étude	19
PREMIÈRE PARTIE L'EFFET UTILE AU PRISME DES GRANDS BLOCS DE DROITS ET LIBERTÉS	23
Chapitre 1 L'effet utile des décisions relatives au principe d'égalité	25
I. Les hypothèses classiques d'abrogation : abrogation immédiate et application aux instances en cours.	27
II. Les modulations appliquées aux décisions d'abrogation par le Conseil Constitutionnel	32
Chapitre 2 L'effet utile des décisions relatives aux libertés économiques : l'exemple de la liberté d'entreprendre.....	41
I. Première hypothèse : la disposition déclarée inconstitutionnelle n'est plus en vigueur au jour de la décision.....	42
II. Deuxième hypothèse : la disposition déclarée inconstitutionnelle est toujours en vigueur au jour de la décision	43
Chapitre 3 L'effet utile des décisions relatives aux droits et libertés en matière pénale	57
I. Présentation de l'analyse quantitative en matière d'effet utile dans le bloc pénal	58
II. Présence très relative d'outils spécifiques destinés à préserver l'effet utile	67
III. La standardisation de la motivation des décisions de refus et d'acceptation de l'effet utile... ..	72
IV. L'influence contrastée du contentieux pénal sur la reconnaissance de l'effet utile	79
Chapitre 4 L'effet utile des décisions relatives à la liberté personnelle.....	83
I. Présentation de l'analyse quantitative en matière d'effet utile pour la liberté personnelle.....	84
II. La préservation générale de l'effet utile	94
Chapitre 5 L'effet utile des décisions d'inconstitutionnalité prononcées sur le fondement de l'article 16 de la Déclaration de 1789.....	97
I. Les droits et libertés impliqués par l'article 16 : présentation générale et analyses statistiques	98
II. Les techniques et outils spécifiques visant à garantir l'effet utile des décisions	105
III. La motivation ou l'absence de motivation des refus d'effet utile des décisions d'inconstitutionnalité prises sur le fondement de l'article 16.....	109
IV. Observations et recommandations	114
DEUXIÈME PARTIE L'EFFET UTILE : ÉTUDES TRANSVERSALES.....	117
Chapitre 6 L'effet utile et l'effectivité des décisions en matière fiscale	119
I. Une rigidité circonstanciée de la préservation de l'effet utile des décisions QPC en matière fiscale	126
II. Une réception complexifiée des effets des décisions QPC en matière fiscale.....	148

Chapitre 7 L'effet inutile des décisions QPC dans le cadre de la dernière application de l'état d'urgence (2015-2017).....	161
Chapitre 8 L'effet utile et la subjectivisation du contrôle de constitutionnalité.....	167
I. Une ambiguïté au détriment du justiciable.....	171
II. Un questionnement pour l'office du juge constitutionnel.....	173
III. Un danger pour la démocratie ?.....	175
Chapitre 9 Quatre propositions pour l'amélioration de la motivation relative à l'effet utile	177
I. Soumettre la détermination des effets au contradictoire	178
II. Modifier la rédaction du considérant d'espèce	180
III. S'en remettre à un contrôle de constitutionnalité <i>in concreto</i> du juge de l'instance	184
IV. Tirer les conséquences de la responsabilité de l'Etat du fait des lois inconstitutionnelles ..	186
Chapitre 10 L'effet utile des décisions de la Cour constitutionnelle italienne	189
I. La réglementation générale des effets des décisions d'inconstitutionnalité de la Cour	191
II. La réglementation prétorienne des effets des déclarations d'inconstitutionnalité de la Cour.	193
Liste des contributeurs.....	205