

Le Conseil constitutionnel, maître des horloges

Dominique ROUSSEAU - Professeur à l'École de droit de la Sorbonne Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

NOUVEAUX CAHIERS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL N° 54 (DOSSIER : LA CONSTITUTION ET LE TEMPS) - JANVIER 2017

Résumé : Ouvert par le Conseil constitutionnel lui-même avec sa décision du 19 juin 2008, validé par le constituant lors de la révision de juillet 2008, le pouvoir de moduler dans le temps les effets d'une décision d'inconstitutionnalité est régulièrement utilisé par le Conseil qui, pour décider ou non d'un report dans le temps, prend en considération la nature des droits en cause, la gravité de l'atteinte qui leur est portée, les situations en cause et le respect des prérogatives du législateur.

Le Conseil constitutionnel a consacré nombre de ses « une » aux effets dans le temps des décisions QPC, la première quelques semaines seulement après l'entrée en vigueur de ce nouveau moyen -- juillet-août 2010 -- la seconde en avril 2011 quelques jours après ses décisions du 25 mars ⁽¹⁾ précisant -- par un considérant que le Conseil ou plus exactement le commentateur anonyme du site du Conseil qualifie « de principe » -- le régime juridique des effets d'une déclaration d'inconstitutionnalité. Il est vrai que le sujet est d'importance. Il concentre toute la problématique « politique » du contrôle de constitutionnalité, c'est-à-dire, du pouvoir donné à des juges de dire aux élus du peuple qu'ils ont voulu et voté une loi contraire à la Loi fondamentale du pays. Devant le caractère extraordinaire de ce pouvoir au regard de la bienséance électorale, certains États ont réduit la sanction d'une inconstitutionnalité à un simple veto suspensif que les parlementaires peuvent surmonter en revotant la loi à une majorité qualifiée. La France a choisi la sanction-couperet ; l'article 62 de la Constitution prévoit, en effet, qu'une disposition déclarée contraire à la Constitution dans le cadre du contrôle *a priori* ne peut être ni promulguée ni mise en application et, dans le cadre du contrôle *a posteriori*, est abrogée. D'un contrôle à l'autre, l'enjeu est sensiblement différent et gagne en tragique : dans le cadre du contrôle *a priori* la sanction n'a pas de conséquences sur le commerce juridique ⁽²⁾ puisque la loi censurée n'était pas entrée en vigueur alors que dans le cadre du contrôle *a posteriori* la loi censurée existait et avait servi, depuis très longtemps parfois, de base à l'établissement de relations juridiques...

De certains points de vue, celui, philosophique, des droits de l'homme, ou celui, pratique, de l'avocat qui a gagné « son » procès, ces différences ont peu d'importance et la chose est simple : si le Conseil juge une loi contraire à la Constitution, elle ne peut produire aucun effet. Car il serait contraire à la logique de l'État de droit et tout simplement au bon sens de laisser s'appliquer une loi déclarée contraire au droit sauf à tenir une phrase « folle » comme : « je vous dis que cette loi porte atteinte à la liberté d'aller et venir mais je vous permets de l'appliquer quand même » ! Ainsi se comprennent sans doute les réactions assez vives après que le Conseil ait, le 30 juillet 2010, déclaré contraire à la Constitution le régime de droit commun de la garde à vue mais décidé qu'il continuerait à s'appliquer jusqu'au 1^{er} juin 2011 ⁽³⁾.

Sans mobiliser d'autres ressources philosophiques, celle de l'utilitarisme par exemple, ou faire appel à d'autres acteurs, le Parlement par exemple, la sanction-couperet peut être appréhendée d'autres points de vue : celui de créer un vide juridique, de déstabiliser des institutions ou situations, de contraindre le temps du législateur... Il n'est pas illégitime ni illogique que ces « soucis » soient pris en considération par le Conseil au moment de juger du sort constitutionnel d'une disposition législative. Une décision de justice n'est jamais un acte autiste ; elle est nécessairement inscrite dans un système normatif, ouverte et rattachée à la réalité qui l'influence et qu'elle influence.

La doctrine aime les décisions « carrées » ; elle a raison et il en faut parfois. Mais le juge ne sait et ne peut prendre, le plus souvent, que des décisions « rondes », celles qui atténuent le caractère coupant d'une censure pour ne garder que la déclaration ou l'appréciation d'inconstitutionnalité. Si le Conseil est plus attentif aux effets de ses décisions depuis l'introduction de la QPC, la publication de ses délibérations montre que, depuis 1959, il s'interroge chaque fois longuement sur les conséquences d'une censure ⁽⁴⁾. Ainsi, certaines décisions « bizarres » au moment de leur énoncé deviennent plus compréhensibles à la lecture des débats où la question des effets d'une censure sous-tend voire surdétermine le jugement de constitutionnalité ⁽⁵⁾ ; effets sur l'opinion publique, sur le gouvernement, sur l'opposition, effets pour le Conseil lui-même, pour les justiciables, pour l'autorité des droits fondamentaux, tous ces effets et d'autres encore entrent, au risque de blesser les croyants en un raisonnement juridique « pur », dans la prise de décision. L'invention par le Conseil d'une troisième catégorie de sanction, la déclaration de constitutionnalité sous réserve, est une manière subtile d'introduire le temps, et un temps glissant, dans ses décisions.

À l'occasion de la révision de juillet 2008, le constituant a donné au Conseil le pouvoir de fixer la date à laquelle l'abrogation de la loi censurée prend effet et celui de déterminer les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition abrogée a produits sont susceptibles d'être remis en cause. Au demeurant, le Conseil n'avait pas attendu cette habilitation pour inventer « la censure différée »⁽⁶⁾. Dans sa *décision du 19 juin 2008*, le Conseil dissocie, pour la première fois, date de constatation de l'inconstitutionnalité -- 19 juin 2008 -- et date de la prise d'effet de la censure de cette inconstitutionnalité -- 1^{er} janvier 2009.

Depuis 2008⁽⁷⁾, le Conseil constitutionnel détient donc un redoutable pouvoir : il peut transformer, tordre la temporalité des dispositions législatives invalidées en déplaçant le curseur de l'abrogation et en gommant plus ou moins la ligne de vie de la loi censurée. Et ce faisant, il peut ajuster au mieux sa décision en fonction de la diversité des situations qui se présentent à lui dans le contentieux de la QPC. Cette faculté de « moduler » la temporalité lorsqu'une censure est prononcée⁽⁸⁾ est organisée par le second 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 ».

Cet article donne au Conseil deux pouvoirs, celui de décider de la date à laquelle sa décision « prendra effet » (I) et celui des effets de l'abrogation sur les situations passées, présentes et/ou futures (II).

I - Le choix de la date d'entrée en vigueur de la décision

En principe, la date de publication de la décision au *Journal officiel* et la date d'entrée en vigueur coïncident. Ce qu'énonce très clairement le Conseil dans sa décision du 11 juin 2010 : « l'abrogation de l'article L. 7 du code électoral permet aux intéressés de demander, à compter du jour de publication de la présente décision, leur inscription immédiate sur la liste électorale dans les conditions déterminées par la loi ». Le pouvoir de modulation temporelle reconnue au Conseil consiste précisément à dissocier ces deux moments, à choisir pour l'entrée en vigueur de sa décision une autre date que celle de sa publication (A). Cette dissociation le conduit logiquement à « imaginer » des régimes juridiques particuliers entre le moment de la publication et le moment de l'entrée en vigueur (B).

A - Le choix de l'effet différé

Un exemple récent : le 21 octobre 2016, le Conseil déclare contraire à la Constitution l'article L. 881-5 du code de la sécurité intérieure relatif à la surveillance des transmissions empruntant la voie hertzienne et donc décide son abrogation mais choisit de reporter au 31 décembre 2017 la date de l'abrogation⁽⁹⁾. Ce report de l'entrée en vigueur emporte une conséquence importante : l'abrogation de la loi est totalement différée, décalée dans le temps. Différer la date de l'abrogation de l'article inconstitutionnel provoque nécessairement un conflit temporel puisque le temps de vie de cet article « mort » va continuer au-delà de sa mort constitutionnelle.

Le Conseil n'a pas limité son pouvoir de différer dans le temps l'entrée en vigueur de ses décisions aux seules décisions d'abrogation ; il a étendu ce pouvoir aux *réserves d'interprétation*, même lorsqu'il n'a pas censuré la disposition à l'origine du litige. Ainsi dans la décision « DC » du 23 janvier 2014⁽¹⁰⁾ où le Conseil estime que la réserve est applicable « à compter du prochain renouvellement général des conseils municipaux », en précisant dans le dispositif que la loi contrôlée est « conforme à la Constitution sous la réserve énoncée » sur sa date d'entrée en vigueur.

À ce pouvoir « politique » considérable de maître des horloges, le Conseil donne une justification « politiquement correcte » : le respect du législateur. « Afin de permettre au législateur de remédier à l'inconstitutionnalité constatée, il y a donc lieu de reporter au 31 décembre 2017 la date de cette abrogation », décide le Conseil dans sa décision du 21 octobre 2016. Il convient, considère le Conseil, de laisser du temps au législateur pour analyser l'abrogation, pour en mesurer les conséquences⁽¹¹⁾ et pour mettre en marche le processus normatif qui devra corriger l'inconstitutionnalité. Cette motivation du report ne joue pas que pour le législateur ; elle vaut également lorsque l'abrogation concerne par ricochet l'autorité administrative. Dans sa décision du 10 novembre 2011⁽¹²⁾, le Conseil censure les dispositions législatives relatives au « secret défense » mais reporte son entrée en vigueur « au 1^{er} décembre 2011 afin de permettre à l'autorité administrative de tirer les conséquences de cette inconstitutionnalité », c'est-à-dire, de modifier la classification des lieux ou des documents touchés par l'abrogation.

La motivation est noble mais vague et laisse une grande liberté au Conseil pour apprécier les éléments lui permettant de déplacer le temps. D'une jurisprudence des « effets différés » déjà importante, il est possible de relever que le Conseil a différé la date d'entrée en vigueur de sa décision lorsqu'étaient en cause « l'objectif de valeur constitutionnelle de prévention des atteintes à l'ordre public et de recherche des auteurs d'infraction »⁽¹³⁾, « l'intérêt de la protection de la faune et de la flore »⁽¹⁴⁾, « l'exigence de protection de la santé »⁽¹⁵⁾ ou « le principe fondamental

reconnu par les lois de la République en matière de justice pénale des mineurs »⁽¹⁶⁾. Le Conseil peut aussi prendre en considération des intérêts particuliers comme l'intérêt du contribuable⁽¹⁷⁾, l'intérêt des parties dans un procès pénal⁽¹⁸⁾ ou civil⁽¹⁹⁾, l'intérêt des orphelins⁽²⁰⁾ ou l'intérêt des militaires⁽²¹⁾. Le plus souvent cependant, le Conseil se contente, comme dans la décision du 21 octobre 2016, de la formule générale selon laquelle l'abrogation immédiate « entraînerait des conséquences manifestement excessives », reprenant très exactement l'expression contenue dans l'arrêt *AC* /du Conseil d'État⁽²²⁾.

B - Le choix du régime transitoire

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 ».

La plus simple et la plus fréquente est celle où le Conseil décide qu'entre le moment de la décision et l'abrogation effective, le droit applicable sera celui de législation censurée qui survit donc jusqu'au terme fixé par le Conseil. Avec comme conséquence, le risque que des dispositions jugées inconstitutionnelles soient appliquées, en connaissance de cause, par les juges et les autorités administratives. Ainsi, dans son arrêt du 15 mars 2016⁽²³⁾, la Cour de cassation casse une décision de la Cour d'appel de Bourges qui n'avait pas appliqué les dispositions inconstitutionnelles pendant la période transitoire.

Si le Conseil ne veut pas choisir cet « inconvenient », il 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 « inconvenient », celui de se faire législateur momentané⁽²⁴⁾ ! Ainsi, dans la décision du 4 décembre 2015⁽²⁵⁾, il reporte au « 1^{er} octobre 2016 » l'abrogation du troisième alinéa de l'article 56 du code de procédure pénale ; mais pour faire cesser l'inconstitutionnalité constatée à compter de la publication de la décision, « il y a lieu, *estime le Conseil*, de juger que les dispositions du troisième alinéa de l'article 56 du code de procédure pénale ne sauraient être interprétées comme permettant, à compter de cette publication, la saisie d'éléments couverts par le secret du délibéré ». De même, dans la décision du 20 mars 2015⁽²⁶⁾, est annulée une disposition du code de la santé publique qui organise la procédure suivie devant le conseil national de l'ordre des pharmaciens statuant en formation disciplinaire ; l'abrogation est reportée « jusqu'à l'entrée en vigueur d'une nouvelle loi ou, au plus tard, jusqu'au 31 décembre 2015 », mais afin d'éviter le maintien de l'inconstitutionnalité pendant cette période transitoire, le Conseil impose une nouvelle règle : « les représentants de l'État ne siègeront plus au conseil national de l'ordre des pharmaciens ». De même encore, dans la décision du 18 mars 2015⁽²⁷⁾, le juge constitutionnel censure le délit d'initié et reporte l'abrogation « au 1^{er} septembre 2016 » ; néanmoins, pour gommer les effets préjudiciables de la législation inconstitutionnelle qui demeure en vigueur jusqu'à cette date, le Conseil décide que « des poursuites ne pourront être engagées ou continuées sur le fondement de l'article L. 621-15 du code monétaire et financier à l'encontre d'une personne (...) dès lors que des premières poursuites auront déjà été engagées pour les mêmes faits et à l'encontre de la même personne (...) sur le fondement de l'article L. 465-1 du même code ».

Que le Conseil décide lui-même du droit applicable entre deux législations, celle qu'il a censurée et celle qui va être votée par le législateur a été, évidemment, critiqué⁽²⁸⁾. Le Conseil en est conscient, et il se montre soucieux d'atténuer la force de ces décisions normatives en rappelant qu'il n'a pas le pouvoir « d'indiquer les modifications qui doivent être choisies pour qu'il soit remédié à l'inconstitutionnalité constatée »⁽²⁹⁾ ou, selon le considérant classique, qu'il « ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation de même nature que celui du Parlement »⁽³⁰⁾. Il utilise même une formule surprenante pour présenter ces décisions sur son site : les « réserves d'interprétations transitoires ». Cette formule est diplomatique mais elle ne parvient pas à masquer la réalité : lorsque le juge élabore un régime transitoire, 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.

Il reste que, discutable sur le strict plan du droit, cette création normative transitoire du Conseil est la conséquence nécessaire de son pouvoir de différer dans le temps l'entrée en vigueur de ses décisions d'inconstitutionnalité. Nécessaire et pragmatique.

II - Le choix des effets de la loi abrogée

Le Conseil ne dispose pas seulement du pouvoir de décider du moment de l'entrée en vigueur de sa décision d'inconstitutionnalité ; il peut également décider du sort des effets produits par la disposition législative censurée. À la différence du contrôle *a priori*, le contrôle *a posteriori* sanctionne des lois qui ont produit des effets et il revient donc au Conseil de dire si l'abrogation de la loi est susceptible ou non de les remettre en cause, soit pour le futur (A) soit pour le passé-présent (B).

A - Le choix de la continuité relative des effets

Lorsque le Conseil abroge une loi sur le fondement de laquelle une situation juridique s'est nouée, il peut décider que, malgré l'abrogation, cette situation juridique peut encore durer un « certain temps ».

Il en est ainsi de l'abrogation de dispositions législatives sur lesquelles des relations contractuelles s'étaient formées. Il peut d'abord prononcer une abrogation et « épargner » les contrats déjà formés en laissant courir ces contrats jusqu'à leur terme. Dans la décision DC du 24 octobre 2012 ⁽³¹⁾, le Conseil estime ainsi que la réserve d'interprétation est « applicable aux contrats conclus postérieurement à la publication de la présente décision ». Dans le même sens, il juge en 2013 ⁽³²⁾ que la déclaration d'inconstitutionnalité « n'est pas applicable aux contrats pris sur ce fondement en cours lors de cette publication ».

Le Conseil peut également décider de préserver les contrats, non pas jusqu'à leur terme, mais pendant un temps déterminé. Dans la décision du 18 juillet 2014 ⁽³³⁾, il était question du régime juridique des contrats d'achat d'électricité par EDF en matière d'installations dites de « cogénération », c'est-à-dire, des installations de production simultanée d'énergie thermique et d'énergie électrique. Pour ces installations, le producteur vend donc son électricité à EDF dans des conditions fixées par la loi. Avec une particularité : certains contrats signés avant 2000 bénéficiaient d'un régime spécifique de soutien financier sous forme d'avantages accordés au producteur. Le Conseil censure ce régime spécifique en soulignant les inégalités par rapport aux contrats « ordinaires » d'achat d'électricité. Mais s'il avait appliqué « tout de suite » la censure, il aurait atteint des conventions conclues de façon parfaitement légale sous l'empire de la précédente loi. Pour éviter cette situation préjudiciable, « manifestement excessive », le juge constitutionnel trouve un compromis en maintenant les stipulations contractuelles en l'état jusqu'à la fin de l'année 2014 : « les rémunérations dues en vertu de contrats conclus en application des dispositions déclarées contraires à la Constitution, au titre des périodes antérieures au 1^{er} janvier 2015, ne peuvent être remises en cause sur le fondement de cette inconstitutionnalité ». Autrement dit, le Conseil fait « survivre » la loi ancienne pendant un certain temps et protège ainsi les contrats en cours d'exécution au moment de l'abrogation.

Le Conseil peut encore reporter l'abrogation à une date ultérieure et décider que, à ce moment-là, la disposition censurée continuera de produire ses effets à l'égard des contrats en cours. De la sorte, la loi ancienne « survivra » y compris pour les conventions nouées entre la date de publication et la date d'entrée en vigueur de la décision. Par exemple, dans la décision du 9 décembre 2011 ⁽³⁴⁾, le Conseil juge que l'abrogation interviendra le 1^{er} janvier 2013 et il précise que les « contrats pris avant cette date en application des dispositions déclarées contraire à la Constitution ne peuvent être contestés sur le fondement de cette inconstitutionnalité ». Ce qui implique, très nettement ici, de faire survivre la loi ancienne au moment de l'abrogation en janvier 2013.

En dehors des contrats, le Conseil a mis en œuvre le principe de « postactivité » de la disposition abrogée dans quelques cas. Par exemple, dans la décision du 27 juillet 2012 ⁽³⁵⁾, le Conseil invalide les dispositions qui organisent le « droit » de contester un arrêté d'admission en qualité de pupille de l'État. Il s'agit d'une législation qui permet à l'État de recueillir des enfants qui se retrouvent dans une situation effective d'abandon. Le législateur avait bien instauré un délai de recours de trente jours contre ces arrêtés, mais il n'avait pas prévu de « notification » de l'acte aux personnes intéressées -- les parents, les grands-parents... --, si bien que ces derniers ne pouvaient, matériellement, avoir connaissance de l'arrêté. Le Conseil censure logiquement sur la base du droit au recours. Mais s'il avait appliqué l'abrogation immédiatement, il aurait supprimé le droit de contester l'arrêté d'admission dans son ensemble, privant ainsi les justiciables de leur unique moyen de recours. Le juge constitutionnel décide donc de différer l'abrogation « *au 1^{er} janvier 2014 * ». À cette date, la disposition censurée disparaît donc de l'ordonnement juridique. Imaginons néanmoins qu'un arrêté soit pris le 15 décembre 2013 : dans ce cas, le délai de recours court jusqu'au 15 janvier 2014. Fallait-il priver les personnes de tout moyen contentieux entre le 1^{er} et le 15 janvier ? Pour éviter cette situation, le Conseil précise que l'abrogation « n'est applicable qu'à la contestation des arrêtés d'admission en qualité de pupille de l'État pris après cette date » ; autrement dit, la loi ancienne -- inconstitutionnelle -- « survit » jusqu'à l'épuisement des délais de recours.

Par exemple encore, dans la décision du 9 décembre 2011 ⁽³⁶⁾, le Conseil censure une disposition du code de procédure pénale prévoyant que les réquisitions du procureur doivent être adressées aux avocats, et non aux parties elles-mêmes. Selon le juge constitutionnel, le législateur ne peut avantager les justiciables selon qu'ils soient assistés, ou non, d'un avocat. Il censure donc « immédiatement ». Mais il décide, en même temps, que l'abrogation ne peut profiter qu'aux parties sans avocats, car elles seules sont les victimes de la disposition invalidée. Pour les autres, la loi initiale doit continuer à s'appliquer.

Il est également arrivé au Conseil constitutionnel de vouloir préserver un *délai de prescription*. Dans sa décision du 18 octobre 2015 ⁽³⁷⁾, il censure l'incrimination en matière d'apologie des crimes de guerre et de crimes contre l'humanité. Au moment de la censure, il devenait donc impossible, pour les victimes, de mettre en marche l'action publique. Fallait-il, pour autant, laisser courir le délai de prescription et réduire d'autant la période de contestation des infractions ? Pour éviter cette situation, le Conseil juge « qu'il y a 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

B - Le choix de l'interruption relative des effets de la loi abrogée

Alors qu'il est habituellement admis que la loi nouvelle ne peut s'appliquer, sauf raisons impérieuses, aux situations contentieuses en cours et donc que la loi ancienne survit pour les instances déjà engagées, le Conseil juge que « 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 ». Ainsi, concrètement, la censure est invocable dans toutes les affaires qui ne sont pas encore jugées définitivement, et le juge doit écarter la disposition invalidée si nécessaire. En jeu, le souci du Conseil de supprimer « au plus vite » une loi attentatoire aux droits et libertés, offrant ainsi aux justiciables, y compris à l'auteur de la QPC, l'opportunité de récolter immédiatement les fruits de l'abrogation. Avec une supposition : que cette censure profite toujours aux parties engagées dans un procès. Or, il existe bien des circonstances où la disparition d'une loi, fût-elle inconstitutionnelle, prive les individus d'un procès légitime⁽³⁸⁾. D'où le fait qu'en plusieurs occasions, il est arrivé au Conseil de faire survivre la disposition censurée dans les affaires non jugées définitivement⁽³⁹⁾, sans toutefois expliquer sa démarche, ni dans le corps de ses décisions, ni même dans les « commentaires ».

En principe, la censure du Conseil ne frappe donc que les conséquences présentes et futures de la loi. Mais, le juge constitutionnel peut ressentir le « besoin » d'atteindre des actes et des faits passés, c'est-à-dire, des situations déjà accomplies sous l'empire de la disposition censurée. Ici, « l'abrogation » devient rétroactive puisque le Conseil réécrit un événement passé à la lueur d'un droit qu'il aura lui-même façonné. À plusieurs reprises, le Conseil a ainsi tenté de modifier des situations juridiques achevées, plus précisément en matière pénale et dans le cas de peines prononcées par un tribunal dont le juge constitutionnel souhaitait gommer les effets. Normalement, l'abrogation d'une disposition fixant une incrimination ne supprime pas, rétroactivement, les peines décidées sur la base de cette disposition. Pour tenter d'effacer au mieux les condamnations déjà prononcées, le Conseil a donc usé de différents subterfuges. Il a par exemple jugé que l'infraction « ne peut plus figurer sur le casier judiciaire »⁽⁴⁰⁾ ou -- surtout -- que « les peines prononcées cessent de recevoir application »⁽⁴¹⁾. Dans ce dernier cas, il existe bien une remise en cause de la décision du tribunal de façon rétroactive, vers le passé, même si cette remise en cause prend effet « à partir de maintenant ».

Conclusion

Ouvert par le Conseil, validé par le constituant, ce pouvoir de gérer dans le temps les effets abrogatifs d'une décision fut utilisé dès la première décision QPC et l'est régulièrement depuis. Cet usage se comprend⁽⁴²⁾. Même s'il a été inauguré dans le cadre du contrôle *a priori*, ce pouvoir s'inscrit plus dans la logique du contrôle *a posteriori* dans la mesure où la censure d'une disposition législative non promulguée pose moins de « problèmes » que la sanction d'une disposition législative appliquée depuis plusieurs années : dans le premier cas, rien ne bouge, la loi n'avait pas produit d'effets et elle n'en produira pas ; dans le second, tout bouge puisque la loi avait produit des effets, qu'elle n'en produira plus et qu'une discussion s'ouvre sur le contenu de la loi future destinée à remédier à l'inconstitutionnalité. Mais aussi, dans la concurrence avec le contrôle de conventionnalité généralement présentée comme plus intéressant pour le justiciable parce qu'il a pour effet immédiat d'écarter la loi et donc de régler le litige, il était important pour le bon développement de la QPC que le Conseil définisse le régime de l'abrogation dans la mesure où, juridiquement, ce terme pouvait signifier que la loi cesserait d'être applicable... pour l'avenir, réduisant ainsi son intérêt pour celui qui avait soulevé la QPC.

C'est pourquoi, le Conseil a posé un principe clair : l'abrogation profite immédiatement au justiciable auteur de la QPC mais aussi à tous ceux qui ont une instance en cours fondée sur la disposition législative déclarée inconstitutionnelle. Comme tout principe, celui-ci supporte une exception : l'abrogation n'est pas immédiate et les instances peuvent continuer leur cours s'il décide que la déclaration d'inconstitutionnalité ne prendra effet qu'ultérieurement à une date expressément fixée dans la décision. Le report est toujours le résultat d'une évaluation, discutable par définition, des avantages et inconvénients d'une abrogation immédiate, évaluation qui prend en compte la nature des droits et libertés en cause, la gravité de l'atteinte, les situations en cause, l'importance et l'étendue de l'affaire... ; et les motifs d'un report sont toujours les mêmes : éviter un vide juridique ou le rétablissement d'une disposition législative contraire à un droit ou liberté garanti par la Constitution et respecter les prérogatives du législateur en lui laissant un « certain » temps pour élaborer, discuter et voter une législation de remplacement.

Le régime des effets dans le temps des décisions abrogatives peut se discuter, le délai laissé au législateur dans telle ou telle décision également mais, globalement, le régime « se tient », est cohérent et se retrouve dans les différents systèmes *a posteriori* de justice constitutionnelle.

(1) Cons. const., 2010-108 QPC, 25 mars 2011, R. p. 154 ; Cons. const., 2010-110 QPC, 25 mars 2011, R. p. 160.

(2) Elle a, évidemment, des conséquences politiques.

(3) Cons. const., 2010-14/22 QPC, 30 juillet 2010.

(4) Les Grandes délibérations du Conseil constitutionnel, Bertrand Mathieu, Jean-Pierre Machelon, Ferdinand Melin-Soucramanien,

Dominique Rousseau et Xavier Philippe, Dalloz, 2009.

(5) Ce qui justifierait une motivation moins laconique des décisions du Conseil et, mieux encore, la publication des opinions divergentes...

(6) Voir Dominique Rousseau, *Chronique de jurisprudence constitutionnelle* 2008, RDP 2009, n° 1.

(7) La première modulation du Conseil est apparue quelques jours avant la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008. Dans une décision « DC » du 19 juin 2008, le Conseil a décidé qu'« afin de permettre au législateur de procéder à la correction de l'incompétence négative constatée, il y a lieu de reporter au 1^{er} janvier 2009 les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité » (Cons. const., 2008-564 DC, 19 juin 2008, cons. 58, JO 26 juin 2008, p. 10228). La censure empêchait, en effet, l'autorité réglementaire d'adopter les décrets nécessaires à l'application de directives européennes et mettait donc la France en infraction.

(8) On verra que le Conseil peut en réalité moduler une réserve d'interprétation même s'il ne prononce pas de censure.

(9) Cons. const., 2016-590 QPC, 21 octobre 2016, JO 23 octobre 2016.

(10) Cons. const., 2013-687 DC, 23 janvier 2014, cons. 64, JO 28 janvier 2014, p. 1622.

(11) Sylvie Salles, *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Bibliothèque de droit constitutionnel, LGDJ, 2016, prix de thèse du Conseil constitutionnel, 2016.

(12) Cons. const., 2011-192 QPC, 10 novembre 2011, cons. 38, JO 11 novembre 2011, p. 19005.

(13) Très régulièrement, par exemple : Cons. const., 2013-357 QPC, 29 novembre 2013, cons. 10, JO 1^{er} décembre 2013, p. 19603.

(14) Cons. const., 2012-269 QPC, 27 juillet 2012, cons. 5, JO 28 juillet 2012, p. 12356 ; Cons. const., 2012-270 QPC, 27 juillet 2012, cons. 9, JO 28 juillet 2012, p. 12357.

(15) Cons. const., 2010-71 QPC, 10 novembre 2010, cons. 41, JO 27 novembre 2010, p. 21119 ; Cons. const., 2011-135-140 QPC, 9 juin 2011, cons. 16, JO 9 juin 2011, p. 9892.

(16) Cons. const., 2011-147 QPC, 8 juillet 2011, cons. 12, JO 9 juillet 2011, p. 11979.

(17) Cons. const., 2014-400 QPC, 6 juin 2014, cons. 10, JO 8 juin 2014, p. 9674.

(18) Cons. const., 2011-190 QPC, 10 novembre 2011, cons. 12, JO 22 octobre 2011, p. 17969.

(19) Cons. const., 2011-112 QPC, 1^{er} avril 2011, cons. 9, JO 2 avril 2011, p. 5892.

(20) Cons. const., 2010-190 QPC, 21 octobre 2011, cons. 12, JO 11 novembre 2011, p. 19005.

(21) Cons. const., 2014-432 QPC, 28 novembre 2014, cons. 17, JO 10 décembre 2014, p. 20646.

(22) CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC !*, n° 255886.

(23) Cass. Soc. 15 mars 2016, n° 14-16.242. V. P.-Y. GAHDOUN, « Quand la QPC permet à la Cour de cassation de ressusciter les morts », *D.* 2016, p. 864.

(24) Dans la décision du 2 juillet 2010 (CC 2010-10 QPC, 2 juillet 2010, cons. 5, JO 3 juillet 2010, p. 12120), le Conseil avait abrogé avec effet immédiat, y compris pour les instances en cours, les dispositions organisant la composition des tribunaux maritimes. Il devenait impossible, pour ces juridictions, de fonctionner normalement. Plutôt que de différer l'abrogation, le Conseil avait choisi de définir lui-même un régime de transition : « pour exercer la compétence que leur reconnaît le code disciplinaire et pénal de la marine marchande, les tribunaux maritimes commerciaux siègeront dans la composition des juridictions pénales de droit commun ». Ce faisant, il produisait directement le droit applicable à ces juridictions après la décision d'abrogation.

(25) Cons. const., 2015-506 QPC, 4 décembre 2015, JO 6 décembre 2015, p. 22502.

(26) Cons. const., 2014-457 QPC, 20 mars 2015, JO 22 mars 2015, p. 5345.

(27) Cons. const., 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC, 18 mars 2015, JO 20 mars 2015, p. 5183.

(28) « En revanche, que le Conseil constitutionnel puisse se comporter en « législateur provisoire » déterminant le droit intermédiaire applicable entre le moment de l'abrogation du texte et celui de l'adoption d'un autre venant le remplacer excède très largement les compétences qui lui sont reconnues par la Constitution.

(29) Cons. const., 2010-14/22 QPC, 30 juillet 2010, JO 31 juillet 2010, p. 1419 ; Cons. const., 2010-32 QPC, 22 septembre 2010, JO 23 septembre 2010, p. 17291 ; Cons. const., 2010-45 QPC, 6 octobre 2010, JO 7 octobre 2010, p. 18156 ; Cons. const., 2014-453/454 QPC ; 2015-462 QPC, 18 mars 2015, JO 20 mars 2015, p. 5183. Pour le Congrès de Nouvelle-Calédonie : Cons. const., 2011-205 QPC du 9 décembre 2011, JO 10 décembre 2011, p. 20991.

(30) Par exemple Cons. const., 2010-45 QPC, 6 octobre 2010, JO 7 octobre 2010, p. 18156 ; Cons. const., 2015-492 QPC, 16 octobre 2015, JO 18 octobre 2015, p. 19445.

(31) Cons. const., 2012-656 DC, 24 octobre 2012, cons. 19, JO 27 octobre 2012, p. 16699.

(32) Cons. const., 2013-672 DC, 13 juin 2013, cons. 14, JO 16 juin 2013, p. 9976.

(33) Cons. const., 2014-410 QPC, 18 juillet 2014, cons. 11, JO 20 juillet 2014, p. 12117.

(34) Cons. const., 2011-205 QPC, 9 décembre 2011, cons. 9, JO 10 décembre 2011, p. 20991.

(35) Cons. const., 2012-268 QPC, 27 juillet 2012, cons. 11, JO 28 juillet 2012, p. 12355.

(36) Cons. const., 2011-160 QPC, 9 septembre 2011, cons. 6, JO 10 septembre 2011, p. 15273.

(37) Cons. const., 2015-492 QPC, 16 octobre 2015, JO 18 octobre 2015, p. 19445.

(38) Par exemple, lorsque l'abrogation immédiate d'une disposition procédurale « bloque » toutes les instances en cours.

(39) Dans des affaires similaires (compétences du tribunal de commerce) : Cons. const., 2012-286 QPC, 7 décembre 2012, cons. 8, JO 8 décembre 2012, p. 19279 ; Cons. const. 2013-352 QPC, 15 novembre 2013, cons. 12, JO 17 novembre 2013, p. 18694 ; Cons. const. 2013-368 QPC, 7 mars 2014, cons. 9, JO 9 mars 2014, p. 5034.

(40) Cons. const., 2011-163 QPC, 16 septembre 2011, cons. 6, JO 17 septembre 2011, p. 15600.

(41) Cons. const., 2011-222 QPC, 17 février 2012, cons. 6, JO 18 février 2012, p. 2846 ; Cons. const., 2013-318 QPC, 7 juin 2013, cons. 21, JO 9 juin 2013 p. 9630.

(42) « L'émergence d'un droit constitutionnel transitoire », Pierre-Yves Gahdoun, *RDP*, 2016, p. 149.