



HAL
open science

L'ineffectivité des décisions QPC

Samy Benzina

► **To cite this version:**

Samy Benzina. L'ineffectivité des décisions QPC. Politeia [Les Cahiers de l'Association française des auditeurs de l'Académie internationale de droit constitutionnel], 2020. hal-03267029

HAL Id: hal-03267029

<https://hal.science/hal-03267029v1>

Submitted on 22 Jun 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

*L'ineffectivité des décisions QPC**

par

Samy Benzina

Professeur de droit public à l'Université de Poitiers

La question de l'effectivité des décisions du Conseil constitutionnel n'a longtemps pas été un sujet de préoccupation centrale du juge constitutionnel ou de la doctrine¹. Et pour cause, jusqu'en 2010², le Conseil constitutionnel n'effectuait, sauf exception³, qu'un contrôle de constitutionnalité *a priori* dont la principale vertu, comme le rappelait Jean Rivero⁴, était sa grande simplicité. Les décisions du Conseil constitutionnel appelaient ainsi rarement une exécution par le législateur et encore plus rarement par le juge ordinaire ou l'administration. Le plus souvent, soit la loi était jugée conforme, alors la décision du Conseil n'appelait aucune exécution particulière dans la mesure où elle ne créait aucune obligation à l'égard des destinataires ; soit la loi était déclarée inconstitutionnelle, son absence de promulgation rendait alors la décision du Conseil parfaitement effective. Seules les réserves d'interprétation appelaient des mesures d'exécution, mais la doctrine s'accordait sur le fait que ces réserves apparaissent globalement respectées⁵. Il n'est donc pas surprenant que Louis Favoreu ait pu écrire en 1985 que « *L'effectivité des décisions du juge constitutionnel est incontestablement plus grande que celle attachée aux décisions du juge ordinaire et cela tient notamment au système de contrôle préventif* »⁶.

Toutefois, l'introduction d'un contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, à travers la question prioritaire de constitutionnalité (QPC), a considérablement complexifié ce schéma. Saisi d'une QPC, le juge constitutionnel se prononce désormais sur une disposition législative déjà entrée en vigueur qui a fait l'objet d'applications diverses et a donc produit des effets. Sa décision va alors affecter un certain nombre de situations juridiques déjà constituées sur la base de la disposition législative contrôlée. Une décision QPC est susceptible d'affecter plus directement l'ordre juridique et les situations individuelles. Les autorités d'exécution des décisions du Conseil constitutionnel se trouvent donc fréquemment à devoir prendre des mesures qui permettent aux décisions QPC de produire leur plein effet.

* Article publié dans la revue *Politeia*, 2020, n° 37, pp. 545-565.

¹ V. par exception l'étude de référence en matière de contrôle *a priori* : G. Drago, *L'exécution des décisions du Conseil constitutionnel. L'effectivité du contrôle de constitutionnalité des lois*, Paris/Aix, Economica/PUAM, coll. « Droit public positif », 1991, 403 p.

² Il faut rappeler que si le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* a été introduit par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité n'est entrée en vigueur que le 1^{er} mars 2010 en application de l'article 5 de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

³ Le Conseil pouvait se saisir de dispositions législatives déjà promulguées dans le cadre de sa jurisprudence néocalédonienne, voir : CC, n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances*, (§10).

⁴ J. Rivero, *Le Conseil constitutionnel et les libertés*, Economica-PUAM, coll. « Droit public positif, 1984, p. 175.

⁵ A. Viala, *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 1999, Tome 92, p. 256. L'auteur relève que « *Libre interprète, le juge ordinaire a, de manière générale, réceptionné fidèlement et strictement les réserves d'interprétation formulées par le Conseil constitutionnel* ».

⁶ L. Favoreu, « L'effectivité des décisions de justice en droit public interne », in *L'effectivité des décisions de justice*, Travaux de l'Association Henri Capitant, tome XXXVI, Economica, 1987, p. 623.

Cette complexification de la question de l'effectivité des décisions du Conseil s'explique par un double phénomène : d'une part, les destinataires principaux des décisions du Conseil ont été démultipliés par l'introduction de la QPC. Dans le cadre du contrôle *a priori*, le législateur était le seul destinataire des décisions d'inconstitutionnalité et de conformité du Conseil⁷, seules les réserves d'interprétation étaient adressées aux autorités d'application de la loi. Or, les décisions de conformité sous réserve représentent une très petite part des décisions rendues par le Conseil constitutionnel⁸. Les autorités d'application n'avaient donc que très rarement affaire aux décisions du juge constitutionnel. L'introduction du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* a conduit à une forme de renversement du paradigme : le contrôle portant sur des lois déjà entrées en vigueur et appliquées, ce sont les autorités d'application de la loi, les juridictions ordinaires et l'administration, qui seront les principaux destinataires des décisions QPC. Le législateur ne devient alors qu'un destinataire subsidiaire des décisions QPC qui n'est obligé d'intervenir que lorsque la Haute instance le prévoit expressément dans le cadre des déclarations d'inconstitutionnalité à effet différé. Les décisions du Conseil n'ont donc pas vocation à s'adresser à un destinataire unique, le législateur, mais à une myriade de destinataires constituée de juridictions et d'administrations diverses.

D'autre part, les dispositions législatives contrôlées par le juge constitutionnel ayant déjà été appliquées, les effets des décisions du Conseil, en particulier les effets dans le temps, sont nécessairement plus complexes que dans le cadre du contrôle *a priori*. Une déclaration d'inconstitutionnalité ou une réserve d'interprétation est en effet susceptible d'affecter une multitude de situations juridiques passées, présentes et futures. La question de la portée des décisions QPC sur les situations juridiques déjà constituées, sur les instances en cours devant les juridictions ou sur les situations juridiques futures est donc particulièrement redoutable pour les divers destinataires de ces décisions. Évidemment ce double phénomène de multiplication des destinataires et de complexification des effets des décisions du Conseil conduit à augmenter très substantiellement le risque d'ineffectivité des décisions QPC. D'autant que le constituant n'a pas jugé opportun d'introduire de mécanisme permettant au Conseil de sanctionner la non-exécution de ses décisions.

Mais appréhender l'ineffectivité des décisions QPC suppose, au préalable, de s'accorder sur ce qui est entendu par l'expression « décision effective » ou « décision ineffective ». Nous entendons l'« effectivité » comme le caractère d'une norme juridique qui est exécutée par ses destinataires conformément aux obligations qu'elle contient. Une norme est donc qualifiée d'effective lorsque l'ensemble des obligations qui en résultent auront été parfaitement exécutées par les destinataires. Transposée aux décisions QPC, cette définition induit qu'une décision QPC du Conseil constitutionnel sera qualifiée d'effective lorsque les destinataires (législateur, juge ordinaire et administration) auront exécuté l'ensemble des obligations qu'elle contient. Les décisions QPC contiennent en effet, selon leur type, diverses obligations adressées aux différents destinataires. Par exemple, une déclaration de conformité ne contient qu'une seule obligation de faible portée à destination des juridictions ordinaires : la disposition législative jugée conforme ne peut pas être écartée du litige sur le fondement de son inconstitutionnalité. Autre exemple, une déclaration de conformité sous réserve impose aux juridictions ordinaires et à l'administration d'appliquer la disposition législative selon

⁷ V. G. Drago, *ibid.*, pp. 89 et s.

⁸ Sur les 786 décisions rendues à ce jour dans le cadre du contrôle *a priori*, seulement 68 contiennent une réserve d'interprétation.

l'interprétation retenue par le Conseil et, sauf exception⁹, de manière rétroactive¹⁰. Dernier exemple, une déclaration d'inconstitutionnalité à effet différé impose le plus souvent au législateur d'intervenir dans un certain délai afin de remédier à l'inconstitutionnalité¹¹ et aux juridictions ordinaires et à l'administration de continuer à appliquer la disposition législative inconstitutionnelle jusqu'à une date donnée¹² ou à appliquer une réserve transitoire¹³. Sur le fondement de l'autorité constitutionnelle de chose jugée attachée aux décisions du Conseil, découlant de l'article 62 de la Constitution, l'ensemble de ces obligations doivent être exécutées par les destinataires des décisions QPC. Cela signifie que si le législateur, le juge ordinaire ou l'administration n'exécutent pas les obligations issues de ces décisions QPC, ces dernières seront alors ineffectives.

Il faut cependant exclure de cette étude une hypothèse qui pourrait apparaître comme un cas d'ineffectivité des décisions QPC, mais qui ne l'est juridiquement pas. C'est celle des dispositions législatives déclarées conformes à la Constitution, mais jugées par la suite inconventionnelles par les juridictions ordinaires. Ce décalage entre constitutionnalité et inconventionnalité ne constitue pas un cas d'ineffectivité du fait de la jurisprudence même du Conseil constitutionnel. En effet, dans sa décision *Jeux de hasard* du 12 mai 2010¹⁴ il énonce que « *l'autorité qui s'attache aux décisions du Conseil constitutionnel en vertu de l'article 62 de la Constitution ne limite pas la compétence des juridictions administratives et judiciaires pour faire prévaloir [les engagements internationaux] sur une disposition législative incompatible avec eux, même lorsque cette dernière a été déclarée conforme à la Constitution* ». Par conséquent, il résulte de cette jurisprudence qu'une décision du Conseil, déclarant une disposition législative conforme ou inconstitutionnelle, n'est pas un obstacle à ce que le juge ordinaire examine la conventionnalité de cette même disposition et l'écarte du litige sur ce fondement.

Si cette hypothèse n'est pas fréquente, il existe tout de même plusieurs cas¹⁵ qui ont fait grand bruit comme celui concernant le régime de la garde à vue en 2011¹⁶. Un exemple récent est celui du barème d'indemnisation en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse. Cette affaire concerne certes une décision rendue dans le cadre du contrôle *a priori*, mais elle est représentative du décalage entre conventionnalité et constitutionnalité que l'on retrouve de manière similaire dans le contentieux QPC. Ce barème a été introduit à l'article L1235-3 du

⁹ Le Conseil peut souhaiter prévenir tout effet rétroactif de sa réserve d'interprétation, voir par ex. en ce sens : CC, n° 2010-62 QPC du 17 décembre 2010, *M. David M. [Détenition provisoire : procédure devant le juge des libertés et de la détention]*, Rec. p. 400 (§7).

¹⁰ Dans son commentaire sur la décision n° 2010-101 QPC du 11 février 2011 *Mme Monique P. et autre*, le service juridique du Conseil constitutionnel a pu préciser qu'« *en l'absence de précision figurant dans les motifs et le dispositif de la décision, la réserve d'interprétation énoncée par le Conseil s'incorpore à la disposition même et s'applique de façon rétroactive et non à partir de la publication de la décision* ».

¹¹ V. par ex. CC, n° 2019-786 QPC du 24 mai 2019, *Association Sea Shepherd [Délai entre la citation et la comparution devant un tribunal correctionnel en matière d'infractions de presse]*, (§11).

¹² V. par ex. CC, n° 2014-387 QPC du 4 avril 2014, *M. Jacques J. [Visites domiciliaires, perquisitions et saisies dans les lieux de travail]*, (§9).

¹³ V. par ex. CC, n° 2019-773 QPC du 5 avril 2019, *Société Uber B.V. et autre [Frais irrépétibles devant les juridictions pénales II]*, (§11).

¹⁴ CC, n° 2010-605 DC du 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, (§13).

¹⁵ Qu'il nous soit permis de renvoyer à S. Benzina, *L'effectivité des décisions QPC du Conseil constitutionnel*, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle », 2017, t. 148, pp. 515 et s.

¹⁶ Comp. CC. n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, *M. Daniel W. et autres [Garde à vue]* et C. cass., Ass., 15 avril 2011, n° 10-17049 ; 10-30.242 ; 10-30.313 ; 10-30.316.

Code du travail par l'ordonnance travail du 22 septembre 2017¹⁷. Il encadre entre un minimum et un maximum l'indemnité que peut octroyer un conseil de prud'hommes à un salarié licencié. Les dispositions instituant ce barème ont été déclarées conformes à la Constitution par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 21 mars 2018 portant sur la loi de ratification de l'ordonnance¹⁸. Toutefois, le conseil de prud'hommes de Troyes a estimé quelques mois plus tard, dans un jugement du 13 décembre 2018¹⁹, que ce barème était contraire à l'article 10 de la convention n° 158 de l'OIT et l'article 24 de la Charte sociale européenne. On retrouve un raisonnement similaire dans des jugements des conseils de prud'hommes de Lyon²⁰, de Grenoble²¹, d'Angers²², d'Amiens²³, de Montpellier²⁴ ou encore celui du juge départiteur du conseil de prud'hommes d'Agen²⁵. Or dans ces jugements, les juridictions prud'homales n'ont pas violé l'autorité attachée aux décisions du Conseil constitutionnel. Il s'agit plus simplement d'un cas de hiatus entre constitutionnalité et inconstitutionnalité qui n'emporte pas pour autant juridiquement ineffectivité de la décision du Conseil du 21 mars 2018. En tout état de cause, la Cour de cassation, saisie sur demande d'avis, a mis fin à ce décalage entre constitutionnalité et conventionnalité en énonçant dans un avis du 17 juillet 2019²⁶, tout d'abord, que « *les dispositions de l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée ne sont pas d'effet direct en droit interne dans un litige entre particuliers* » et, ensuite, que « *les dispositions précitées de l'article L. 1235-3 du code du travail sont compatibles avec les stipulations de l'article 10 de la Convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail* ». Il n'y a donc plus lieu pour les juridictions prud'homales d'écarter le barème sur le fondement de sa contrariété aux conventions précitées.

Hors de cette hypothèse particulière, il existe autant de cas potentiels d'ineffectivité qu'il existe d'obligations contenus dans les décisions QPC. Par exemple, une déclaration d'inconstitutionnalité peut être ineffective si la disposition législative qu'elle abroge, et qui doit être écartée dans l'ensemble des instances en cours, continue à être appliquée par les juridictions ordinaires. Autre exemple, une déclaration d'inconstitutionnalité à effet différé imposant l'intervention du législateur peut être ineffective si le législateur n'intervient pas dans le délai fixé pour corriger l'inconstitutionnalité. L'absence de mécanisme de sanction de la violation de l'autorité attachée aux décisions du Conseil constitutionnel combinée à la multiplication des destinataires de ces décisions ainsi qu'à la difficile question de leurs effets dans le temps pourrait laisser présager que ces décisions souffrent d'un fort degré d'ineffectivité. Pourtant, de manière contre-intuitive, l'étude de l'effectivité des décisions QPC conduit au contraire à constater un haut niveau d'effectivité des décisions du Conseil constitutionnel. Les destinataires s'attachant le plus souvent à se conformer aux obligations contenues dans les décisions QPC. Pour une illustration récente de ce phénomène d'effectivité, on peut citer la décision QPC du 8

¹⁷ Article 2 de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail.

¹⁸ CC, n° 2018-761 DC du 21 mars 2018, *Loi ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social*, (§84-91).

¹⁹ CPH Troyes, 13 décembre 2018, n° 18/00036.

²⁰ CPH Lyon, 21 décembre 2018, n° 18/01238.

²¹ CPH Grenoble, 18 janvier 2019, n°18/00989.

²² CPH Angers, 17 janvier 2019, n°18/00046.

²³ CPH Amiens, 24 janvier 2019, n°18/00093.

²⁴ CPH Montpellier, 17 mai 2019, n° 18/00152.

²⁵ CPH Agen, départage, 5 février 2019, n° 18/00049.

²⁶ C. cass., avis, 17 juillet 2019, n°S 19-70.011.

février 2019²⁷. En l'espèce, le Conseil constitutionnel a censuré avec effet différé au 1^{er} septembre 2019 l'article 34 de la loi du 24 novembre 2009²⁸ pénitentiaire en ce qu'il ne prévoyait pas de recours contre l'avis conforme du magistrat judiciaire saisi dans le cadre de la procédure administrative de rapprochement familial pour les prévenus en attente de comparution. Il a en outre énoncé une réserve transitoire²⁹ selon laquelle en attendant l'intervention du législateur, les prévenus pourront contester l'avis défavorable du magistrat judiciaire devant le président de la chambre d'instruction dans les conditions prévues à l'article 145-4 du Code de procédure pénale. Or, le législateur est intervenu rapidement pour corriger cette inconstitutionnalité avec l'article 55 de la loi du 23 mars 2019 qui a modifié l'article 34 de la loi du 24 novembre 2009 afin de reproduire quasiment *in extenso* la réserve transitoire énoncée par le Conseil constitutionnel³⁰. Le législateur a ainsi non seulement corrigé l'inconstitutionnalité, mais il s'est en outre largement inspiré de la réserve transitoire du Conseil pour ce faire.

Ce phénomène a plusieurs explications. Il faut tout d'abord relever que ce haut niveau d'effectivité s'explique en grande partie par la portée pratique souvent limitée des décisions QPC qui facilite leur exécution par les destinataires. Dit autrement, les décisions QPC sont en général effectives simplement parce qu'elles appellent le plus souvent assez peu de mesures d'exécution, ce qui rend donc improbable leur inexécution source d'ineffectivité. En effet, plus de 53% des décisions QPC sont de simples déclarations de conformité qui n'appellent donc pas de mesures particulières de la part des destinataires³¹. Pour le reste, nombre des autres décisions QPC n'ont qu'une portée très limitée. Ainsi, on a pu constater qu'entre le 1^{er} mars 2010 et le 31 décembre 2014, entre 60 et 70% des décisions d'inconstitutionnalité et des réserves d'interprétation ont trouvé à s'appliquer dans moins de trois affaires devant les juridictions ordinaires³².

Il faut ensuite relever que le Conseil constitutionnel tend depuis quelques années à être de moins en moins précis quant aux effets dans le temps de ses décisions³³. Le juge constitutionnel semble en effet vouloir laisser aux autorités d'exécution, qui ont davantage de temps et de moyens, la détermination de la portée concrète de ses décisions sur les litiges, la situation des administrés

²⁷ CC, n° 2018-763 QPC du 8 février 2019, *Section française de l'Observatoire international des prisons [Rapprochement familial des détenus prévenus attendant leur comparution devant la juridiction de jugement]*.

²⁸ Avant sa censure, l'article 34 de la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire disposait que « *les prévenus dont l'instruction est achevée et qui attendent leur comparution devant la juridiction de jugement peuvent bénéficier d'un rapprochement familial jusqu'à leur comparution devant la juridiction de jugement* ». Or, selon la jurisprudence du Conseil d'Etat une telle procédure est subordonnée à l'avis conforme du magistrat judiciaire saisi du dossier. Il ajoute que « *S'il appartient au juge administratif, saisi d'un recours pour excès de pouvoir contre une telle décision de refus de rapprochement familial, d'exercer un contrôle de légalité sur celle-ci, il ne lui appartient, dans l'hypothèse où ce refus ferait suite à l'avis conforme défavorable émis par le magistrat saisi du dossier de la procédure, ni d'examiner les moyens de forme ou de procédure invoqués à l'encontre de la régularité de cet avis ni de contrôler et de remettre en cause l'appréciation à laquelle s'est livrée le magistrat* » (CE, 5 décembre 2018, *Section française de l'observatoire international des prisons*, n° 424970).

²⁹ CC, *Ibid.*, §11.

³⁰ L'article 34 de la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire dispose désormais que « *Les prévenus dont l'instruction est achevée et qui attendent leur comparution devant la juridiction de jugement peuvent bénéficier d'un rapprochement familial jusqu'à leur comparution devant la juridiction de jugement, après avis conforme de l'autorité judiciaire susceptible d'être contesté selon les modalités prévues au dernier alinéa de l'article 145-4-2 du code de procédure pénale* ».

³¹ Sur les 710 décisions QPC rendues à ce jour, 377 sont de simples déclarations de conformité.

³² Qu'il nous soit permis de renvoyer à S. Benzina, *op.cit.*, pp. 557 et s.

³³ Qu'il nous soit permis ici encore de renvoyer à S. Benzina, « Le champ d'application de l'effet utile des décisions QPC d'inconstitutionnalité », *AJDA*, 2019, n° 21, p. 1226.

ou la législation. Il semble donc appliquer une forme de « principe de subsidiarité » en la matière. Or, en laissant un certain flou quant à la portée de ses décisions, le Conseil laisse en réalité aux autorités d'exécution le soin de déterminer elles-mêmes quelles sont les obligations qui découlent de ses décisions. Les destinataires des décisions QPC disposent donc d'une certaine marge d'appréciation sur la portée des décisions du juge constitutionnel sur la situation dont ils sont saisis. Les autorités d'exécution des décisions QPC deviennent alors, dans une certaine mesure, autorités de détermination de la portée concrète des décisions QPC. On comprend alors qu'une autorité d'exécution qui détermine les obligations issues d'une décision QPC sur la situation concrète dont elle est saisie va généralement être cohérente avec elle-même et exécuter ces mêmes obligations. Cette « externalisation » par le Conseil constitutionnel de la détermination de la portée concrète des décisions QPC vers les destinataires favorise donc largement leur effectivité. Tout du moins, cette effectivité est conditionnée par la motivation du Conseil qui doit être suffisamment précise pour permettre aux autorités d'exécution de déterminer concrètement la portée d'une décision QPC sans créer des contradictions entre les pratiques des diverses destinataires.

Il n'en reste pas moins que malgré cette grande effectivité des décisions du Conseil constitutionnel, il existe tout de même des cas où les destinataires n'ont pas exécuté des décisions QPC, les rendant ainsi partiellement ou totalement ineffectives. Pour appréhender ce phénomène d'ineffectivité des décisions QPC, il faudra s'intéresser à chaque catégorie de destinataires sur lesquels pèsent des obligations différentes et donc les causes d'inexécution sont spécifiques. Pour maintenir cette étude dans un volume raisonnable et compte tenu de la grande hétérogénéité de l'administration, qui implique une analyse plus spécifique, nous nous limiterons à évoquer l'ineffectivité des décisions QPC, d'une part, devant le législateur (I) et, d'autre part, devant le juge ordinaire (II).

I. L'ineffectivité des décisions QPC devant le législateur

De l'étude de la législation en lien avec les décisions QPC, on peut dégager deux grandes hypothèses pouvant conduire le législateur à ne pas exécuter une décision du Conseil constitutionnel : en premier lieu, il est possible que choisissant d'intervenir à la suite d'une décision du juge constitutionnel, le législateur introduise une nouvelle disposition législative inconstitutionnelle (A). En second lieu, le législateur peut priver d'effectivité une décision QPC lorsqu'il n'intervient pas dans le délai prévu par une déclaration d'inconstitutionnalité à effet différé (B).

A. *L'introduction de dispositions législatives inconstitutionnelles à la suite d'une décision du Conseil constitutionnel*

La première hypothèse d'introduction de dispositions législatives inconstitutionnelles à la suite d'une décision du Conseil est le cas d'ineffectivité le plus flagrant : celui de la réintroduction d'une norme législative en tout état de cause inconstitutionnelle. Il faut en effet rappeler que le Conseil constitutionnel juge de longue date que la réintroduction d'une disposition législative déclarée inconstitutionnelle est une violation de l'autorité attachée à ses décisions³⁴. Par

³⁴ CC, n° 89-258 DC du 8 juillet 1989, *Loi portant amnistie*, (§12-19).

conséquent, une déclaration d'inconstitutionnalité peut être privée d'effectivité si le législateur réintroduit une norme législative qui a « *en substance, un objet analogue à celui des dispositions législatives déclarées contraires à la Constitution* »³⁵. Compte tenu de la nature particulièrement grossière d'une telle violation de l'autorité attachée aux décisions du Conseil constitutionnel, il n'est pas surprenant que le législateur se réfrène de réintroduire des dispositions législatives inconstitutionnelles qui ne manqueraient pas d'être de nouveau déclarées inconstitutionnelles dans le cadre du contrôle *a priori* ou à l'occasion d'une QPC. On remarquera d'ailleurs que le Conseil constitutionnel n'a, à ce jour, jamais censuré une disposition législative sur le fondement de la violation de l'autorité attachée à ses décisions dans le cadre du contentieux QPC³⁶. Cela ne veut pas pour autant dire que le législateur n'a jamais réintroduit de disposition législative déclarée inconstitutionnelle, mais simplement que le Conseil est globalement très réticent à opposer l'autorité de ses décisions au législateur. Il préfère écarter ou éluder le moyen tiré de l'autorité attachée à ses décisions et retenir une démarche plus pédagogique en réitérant dans sa seconde décision les griefs d'inconstitutionnalité ayant justifié la première censure afin de faire remarquer au législateur que la disposition est inconstitutionnelle, quelle que soit la manière dont elle est présentée. Même si dans ces hypothèses le Conseil n'oppose pas l'autorité de ses décisions pour des raisons de politique jurisprudentielle, il n'en reste pas moins que la réintroduction de telles dispositions législatives inconstitutionnelles est de nature à compromettre l'effectivité de ses décisions. À ce jour, il ne semble exister que deux cas de réintroduction d'une disposition législative en tout état de cause inconstitutionnelle dont le juge constitutionnel a été saisi dans le cadre du contentieux QPC³⁷.

Le cas le plus topique de réintroduction d'une norme législative inconstitutionnelle est sans nul doute celui de la réintroduction du délit de consultation habituelle de sites internet terroristes. Ce délit, prévu à l'article 421-2-5-2 du Code pénal, avait été censuré par le Conseil constitutionnel dans une décision QPC du 10 février 2017³⁸ au motif qu'il portait une atteinte disproportionnée à la liberté de communication. La lecture de la décision laissait peu de doute que le délit, quelles que soient les garanties dont il pouvait être entouré, était en tout état de cause contraire à la liberté de communication. Cette déclaration d'inconstitutionnalité avait cependant été mal acceptée par certains parlementaires qui voyaient dans la création de ce nouveau délit un moyen de prévention du terrorisme³⁹. C'est donc sans surprise que ces

³⁵ CC, n° 2014-417 QPC du 19 septembre 2014, *Société Red Bull On Premise et autre [Contribution prévue par l'article 1613 bis A du code général des impôts]*, (§5).

³⁶ Le Conseil rejette le plus souvent le grief en relevant que la disposition contestée n'a pas un objet analogue à la disposition précédemment censurée que le législateur aurait réintroduite : voir par ex. CC, n° 2015-504/505 QPC du 4 décembre 2015, *Mme Nicole B. veuve B. et autre [Allocation de reconnaissance II]*, (§5-9) ; CC, n° 2016-612 QPC du 24 février 2017, *SCI Hyéroise [Dégrèvement de la taxe foncière sur les propriétés bâties en cas de vacance d'une maison normalement destinée à la location ou d'inexploitation d'un immeuble utilisé par le contribuable lui-même]* (§5-10).

³⁷ Comp. CC, n° 2012-659 DC du 13 décembre 2012, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2013* (§23-27) et CC, n° 2014-417 QPC du 19 septembre 2014, *Société Red Bull On Premise et autre [Contribution prévue par l'article 1613 bis A du code général des impôts]* ; Comp. CC, n° 2016-611 QPC du 10 février 2017, *M. David P. [Délit de consultation habituelle de sites internet terroristes]* et CC, n° 2017-682 QPC du 15 décembre 2017, *M. David P. [Délit de consultation habituelle des sites internet terroristes II]*.

³⁸ CC, n° 2016-611 QPC du 10 février 2017, préc.

³⁹ Une déclaration d'un député cité par le rapport de la commission mixte paritaire examinant la loi du 28 février 2017 résume la position d'une partie des parlementaires favorables à cette réintroduction du délit : « *Cette décision du Conseil constitutionnel, même si nous n'avons pas à la commenter et qu'elle s'impose à tous, laisse incrédule et traduit la faiblesse de nos démocraties face à cette barbarie qui a décidé de nous attaquer* » (Y. Goasdoué, F.

parlementaires ont profité, quelques jours plus tard, de l'adoption de la loi du 28 février 2017⁴⁰ pour réintroduire, en commission mixte paritaire en violation flagrante de la règle de l'entonnoir⁴¹, ce même délit dont le Conseil n'a d'ailleurs pas été saisi dans le cadre du contrôle *a priori*. Le juge constitutionnel a cependant par la suite été saisi, sur renvoi de la Cour de cassation⁴², d'une QPC sur les nouvelles dispositions de l'article 421-2-5-2 du Code pénal. Il s'est de nouveau fondé sur la liberté de communication pour déclarer inconstitutionnelle cette nouvelle version du délit dans une décision du 15 décembre 2017⁴³. On notera d'ailleurs que la rigueur juridique aurait dû conduire le juge constitutionnel à simplement opposer l'autorité attachée à ses décisions au regard de la quasi-identité des dispositions contrôlées avec celles qu'il avait déjà censurées. Toutefois, la méthode choisie par le Conseil a le mérite d'envoyer un message clair aux parlementaires : la liberté de communication est un obstacle dirimant à l'introduction d'un tel délit, quelle que soit la manière dont il est présenté.

Une seconde hypothèse vise le cas où le législateur souhaite réintroduire une disposition législative censurée par le Conseil au motif qu'elle ne prévoyait pas de garanties suffisantes au regard de tel droit ou telle liberté. La disposition législative n'est donc pas en tout état de cause inconstitutionnelle, le législateur peut la réintroduire à condition d'apporter certaines garanties législatives. Or, le législateur a pu parfois mal appréhender le niveau d'exigence du Conseil constitutionnel et réintroduire une disposition législative avec des garanties toujours insuffisantes. Un exemple représentatif d'un tel cas est celui de la perquisition administrative dans le cadre de l'état d'urgence. Dans une décision du 19 février 2016⁴⁴, le juge constitutionnel s'est fondé sur le droit au respect de la vie privée pour censurer certaines dispositions du paragraphe I de l'article 11 de la loi du 3 avril 1955 en ce qu'elles permettaient à l'autorité administrative de copier, sans autorisation d'un juge, toutes les données informatiques auxquelles il aura été possible d'accéder au cours de la perquisition, y compris celles sans lien avec une menace à l'ordre public.

Cette décision QPC conduisait donc à abroger les dispositions législatives permettant la saisie de données informatiques qui paraissait indispensable au législateur pour prévenir des attentats terroristes. Il a donc été décidé de réintroduire un tel pouvoir de saisie dans le cadre de l'état

Grosdidier, Rapport n° 4466 et 399 fait au nom de la commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion du projet de loi relatif à la sécurité publique, 13 février 2017, A.N., Sénat, p. 13).

⁴⁰ Article 24 de la loi n° 2017-258 du 28 février 2017 relative à la sécurité publique.

⁴¹ CC, n° 2016-744 DC du 29 décembre 2016, *Loi de finances pour 2017* (§69). Le Conseil juge traditionnellement qu'« il ressort de l'économie de l'article 45 de la Constitution et notamment de la première phrase de son premier alinéa, selon laquelle : "Tout projet ou proposition de loi est examiné successivement dans les deux assemblées du Parlement en vue de l'adoption d'un texte identique", que les adjonctions ou modifications qui peuvent être apportées après la première lecture par les membres du Parlement et par le Gouvernement doivent être en relation directe avec une disposition restant en discussion. Toutefois, ne sont pas soumis à cette dernière obligation les amendements destinés à assurer le respect de la Constitution, à opérer une coordination avec des textes en cours d'examen ou à corriger une erreur matérielle ».

⁴² C. cass., crim., 4 octobre 2017, n° 17-90017. On notera que dans sa motivation, la Cour de cassation justifie le renvoi exclusivement au regard de la liberté de communication sans évoquer l'autorité attachée aux décisions du Conseil alors qu'il s'agissait du motif de renvoi le plus évident.

⁴³ CC, n° 2017-682 QPC du 15 décembre 2017, *M. David P. [Délit de consultation habituelle des sites internet terroristes II]*.

⁴⁴ CC, n° 2016-536 QPC du 19 février 2016, *Ligue des droits de l'homme [Perquisitions et saisies administratives dans le cadre de l'état d'urgence]*, (§14).

d'urgence à l'occasion de la loi du 21 juillet 2016⁴⁵. Évidemment, compte tenu du risque d'une nouvelle déclaration d'inconstitutionnalité, le législateur a intégré un certain nombre de garanties encadrant de telles saisies de données informatiques. Le législateur avait notamment prévu que seuls pouvaient être exploités les données en lien avec la menace à l'ordre public ainsi que l'intervention du juge des référés du tribunal administratif compétent pour autoriser l'exploitation des données saisies. Ces nouvelles garanties semblent satisfaire dans un premier temps le Conseil dans sa décision du 2 décembre 2016⁴⁶. Toutefois, celui-ci relève ensuite que « *lorsque les données copiées caractérisent une menace sans conduire à la constatation d'une infraction, le législateur n'a prévu aucun délai, après la fin de l'état d'urgence, à l'issue duquel ces données sont détruites. Par conséquent, le législateur n'a, en ce qui concerne la conservation de ces données, pas prévu de garanties légales propres à assurer une conciliation équilibrée entre le droit au respect de la vie privée et l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public* »⁴⁷. En réintroduisant le dispositif de la saisie des données informatiques par l'autorité administrative, sans prévoir l'ensemble des garanties suffisantes, le législateur ne s'était donc pas parfaitement conformé à la décision QPC du 19 février 2016.

Ces deux exemples illustrent l'utilité de ce contrôle à « double détente » selon l'expression célèbre de Louis Favoreu⁴⁸ : la possibilité pour le Conseil d'être de nouveau saisi d'une QPC portant sur des dispositions législatives remplaçant des dispositions censurées lui permet de sanctionner le non-respect de sa précédente décision et d'en garantir ainsi la pleine effectivité.

B. Le non-respect du délai d'intervention prescrit par le Conseil constitutionnel

Lorsque le Conseil constitutionnel juge une disposition législative inconstitutionnelle dans le cadre du contentieux QPC, il peut décider de reporter la date d'abrogation d'une telle disposition à une date ultérieure s'il estime que l'abrogation immédiate aurait des « conséquences manifestement excessives »⁴⁹. En prévoyant un délai avant l'abrogation de la disposition législative, le Conseil constitutionnel entend soit laisser le choix au législateur⁵⁰, soit lui imposer⁵¹ d'intervenir afin de corriger l'inconstitutionnalité relevée. Or, lorsque le juge

⁴⁵ Article 5 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.

⁴⁶ CC, n° 2016-600 QPC du 2 décembre 2016, *M. Raïme A. [Perquisitions administratives dans le cadre de l'état d'urgence III]*, (§16).

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ L. Favoreu « Le Conseil constitutionnel et les nationalisations », *RDP*, 1982, n° 2, pp. 377-420, spé. p. 393.

⁴⁹ Il s'agit d'une formule fourre-tout qui permet au Conseil de justifier un report dans le temps de l'abrogation sans avoir à véritablement se justifier. Elle est issue du contentieux *a priori*, voir CC, n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, (§58). Elle est utilisée dans le contentieux QPC, depuis la décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, *M. Daniel W. et autres [Garde à vue]*, (§30).

⁵⁰ V. par ex. CC, n° 2014-395 QPC du 7 mai 2014, *Fédération environnement durable et autres [Schéma régional du climat, de l'air et de l'énergie - Schéma régional éolien]*, (§16). Le Conseil utilise en l'espèce une formule qui laisse au législateur le libre choix d'intervenir ou non : « *il y a lieu de reporter au 1er janvier 2015 la date de l'abrogation des dispositions déclarées contraires à la Constitution afin de permettre au législateur d'apprécier les suites qu'il convient de donner à cette déclaration d'inconstitutionnalité* ».

⁵¹ V. par ex. CC., n° 2012-235 QPC du 20 avril 2012, *Association Cercle de réflexion et de proposition d'actions sur la psychiatrie [Dispositions relatives aux soins psychiatriques sans consentement]*, (§31). Le Conseil impose en l'espèce l'intervention du législateur en énonçant que l'abrogation immédiate des dispositions jugées inconstitutionnelles aurait des conséquences manifestement excessives, « *par suite, afin de permettre au*

constitutionnel impose au législateur d'intervenir dans un délai contraint, c'est qu'il estime que les dispositions législatives déclarées inconstitutionnelles sont indispensables à l'ordre juridique. La non-intervention du législateur dans le délai prescrit par le Conseil est donc non seulement de nature à violer l'obligation qui pèse sur lui sur le fondement de l'article 62 de la Constitution, mais également à provoquer les conséquences manifestement excessives que le juge constitutionnel entendait prévenir.

De telles hypothèses de carence du législateur demeurent très rares et s'expliquent souvent par l'inadaptation du délai laissé par le Conseil constitutionnel au législateur. Il n'en reste pas moins que l'incurie du législateur peut créer des difficultés considérables pour les juridictions et l'administration qui devront traiter les conséquences de l'absence de législation de substitution à la date butoir fixée par le juge constitutionnel. Un cas très récent, caractéristique de cette situation, se trouve illustré par la décision QPC du 22 juin 2018⁵². En l'espèce, le Conseil constitutionnel était saisi des dispositions de l'article 40 de la loi du 24 novembre 2009⁵³ qui autorisaient les personnes en détention provisoire à communiquer par écrit avec les personnes de leur choix, sauf si l'autorité judiciaire s'y opposait. Ces dispositions législatives visaient à permettre au magistrat instructeur d'éviter que le détenu puisse communiquer des informations qui porteraient atteinte à l'instruction. C'est donc ici la possibilité pour l'autorité judiciaire de s'opposer au droit de communication écrite qui était contesté par le requérant. La Haute instance a estimé que l'absence de recours contre la décision du magistrat instructeur d'empêcher les communications écrites était contraire au droit au recours effectif. Elle a donc déclaré contraire à la Constitution les dispositions législatives contestées. L'abrogation immédiate de ces dispositions aurait cependant conduit à l'impossibilité pour les magistrats instructeurs de s'opposer, dans les instructions en cours ou futures, à de telles communications écrites, ce qui constituait pour le juge constitutionnel des conséquences manifestement excessives. C'est pourquoi il a reporté l'abrogation de ces dispositions au 1^{er} mars 2019 en imposant au législateur d'intervenir avant cette date. Afin de permettre la contestation des décisions des magistrats instructeurs, le Conseil a énoncé une réserve transitoire selon laquelle « *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* ». Ainsi, jusqu'au 28 février 2019 inclus, les prévenus en détention provisoire ont pu contester la décision du juge d'instruction de s'opposer à toute correspondance par écrit. En théorie, à compter du 1^{er} mars 2019, date d'abrogation effective des dispositions déclarées inconstitutionnelles, les nouvelles dispositions législatives introduites par le législateur auraient dû prendre le relais.

Toutefois, le législateur n'est intervenu pour corriger cette inconstitutionnalité qu'avec la loi du 23 mars 2019⁵⁴ entrée en vigueur postérieurement à la date butoir fixée par le juge constitutionnel. Ce retard s'explique d'abord par le fait que le Gouvernement ait choisi de corriger l'inconstitutionnalité de l'article 40 de la loi du 24 novembre 2009 par un

législateur de remédier à cette inconstitutionnalité, il y a lieu de reporter au 1er octobre 2013 la date de cette abrogation ».

⁵² CC, n° 2018-715 QPC du 22 juin 2018, *Section française de l'Observatoire international des prisons [Correspondance écrite des personnes en détention provisoire]*.

⁵³ Loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire.

⁵⁴ Article 55 §3 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

amendement⁵⁵ à un projet de loi qui, du fait de vives contestations dont il a fait l'objet, de la crise des gilets jaunes et de sa longueur (110 articles), a connu plusieurs reports et pris du retard sur le calendrier initial du Gouvernement⁵⁶. Il s'explique ensuite, paradoxalement, par la saisine *a priori* du Conseil constitutionnel. En effet, le projet de loi avait été définitivement adopté par le Parlement le 18 février 2019. Or, le Conseil a ensuite été saisi par des parlementaires de ce très long texte et a pris un mois pour se prononcer sur sa conformité à la Constitution dans une décision du 21 mars 2019⁵⁷. Le déclenchement du contrôle de constitutionnalité a donc empêché l'entrée en vigueur immédiate de la loi, et donc la correction de l'inconstitutionnalité, avant la date fixée par le Conseil constitutionnel.

Surtout, cela signifie qu'à partir du 1^{er} mars 2019, les juges d'instruction ne pouvaient plus légalement prescrire l'interdiction de correspondre par écrit à l'encontre d'une personne mise en examen et placée en détention provisoire. Les magistrats instructeurs se sont donc vus priver d'un outil fondamental de l'instruction en matière pénale pendant plus de trois semaines du 1^{er} mars 2019 au 24 novembre 2019. Il faut cependant admettre qu'il n'est pas certain qu'en pratique cette carence du législateur ait eu de si graves conséquences, en particulier si les juges d'instruction ont continué à prescrire des interdictions de correspondre par écrit en l'absence de base légale. En effet de telles décisions, si tant est qu'elles aient été contestées par les prévenus, seraient simplement susceptibles d'annulation et auraient, en attendant, permis au juge d'empêcher toute correspondance. Par la suite, il aurait suffi au juge de se fonder sur les nouvelles dispositions de l'article 40 de la loi du 24 novembre 2009 pour fonder légalement une nouvelle interdiction. Mais on voit immédiatement la limite de l'exercice : le juge supposé appliquer la loi doit trouver des stratagèmes légalement douteux pour couvrir les carences législatives.

Les manquements du législateur aux obligations issues des décisions QPC peuvent donc entraîner un « effet domino », c'est-à-dire conduire les autres destinataires à manquer eux-mêmes à leurs obligations. Toutefois, il faut relever que le plus souvent, l'ineffectivité des décisions QPC devant les juridictions ordinaires est sans lien avec les carences du législateur.

⁵⁵ V. amendement n° CL993 du Gouvernement déposé le 6 novembre 2018 devant la commission des Lois de l'Assemblée nationale et adopté le 8 novembre 2018 par la commission. Mme Belloubet, garde des Sceaux, lie directement cet amendement à la décision du Conseil constitutionnel : « *Cet amendement tire les conséquences de la décision du Conseil constitutionnel n° 2018-715 QPC du 22 juin 2018 ayant censuré des dispositions de l'article 40 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 permettant à l'autorité judiciaire de refuser aux personnes placées en détention provisoire de correspondre par écrit sans possibilité de recours* » (L. Avia, D. Paris, Rapport n°s 1396 et 1397 de la commission des lois sur les projets de loi de programmation 2019-2022 et de réforme pour la justice (n° 1349) et relatif au renforcement de l'organisation des juridictions (n° 1350), Tome II, A.N., 9 novembre 2018, p. 348).

⁵⁶ Le projet de loi a été déposé le 20 avril 2018 devant le Sénat et n'a été définitivement adopté que le 18 février 2019, il a donc fallu 10 mois alors que le Gouvernement avait engagé la procédure accélérée et entendait initialement faire adopter le texte au second semestre 2018.

⁵⁷ CC, n° 2019-778 DC du 21 mars 2019, *Loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice*.

II. L'ineffectivité des décisions QPC devant les juridictions ordinaires

Si l'introduction de la QPC a pu faire craindre une forme d'hostilité des juridictions ordinaires, en particulier de la Cour de cassation⁵⁸, à cette nouvelle voie de droit, l'étude de la jurisprudence depuis 2010 manifeste au contraire une grande effectivité des décisions QPC. De nombreux exemples manifestent la parfaite exécution des décisions QPC par les juridictions ordinaires comme celui de la décision du Conseil constitutionnel du 2 février 2018⁵⁹. En l'espèce, le juge constitutionnel était saisi d'une QPC, sur renvoi du Conseil d'État⁶⁰, visant le 3° de l'article L. 232-22 du Code du sport. Ces dispositions donnaient à l'Agence française de lutte contre le dopage le pouvoir de se saisir d'office des décisions de sanctions rendues par les fédérations sportives qu'elle envisageait de réformer. Les requérants contestaient ces dispositions au regard du principe d'impartialité garanti par l'article 16 de la Déclaration de 1789 dans la mesure où elles seraient de nature à créer une confusion, au sein de l'Agence française de lutte contre le dopage, entre l'autorité décidant de la saisine d'office de l'agence et celle chargée du jugement à la suite de cette saisine.

Le Conseil constitutionnel a suivi sur ce point le requérant en jugeant que les dispositions du 3° de l'article L. 232-22 du Code du sport étaient contraires à la Constitution dans la mesure où elles « *n'opèrent aucune séparation au sein de l'agence française de lutte contre le dopage entre, d'une part, les fonctions de poursuite des éventuels manquements ayant fait l'objet d'une décision d'une fédération sportive en application de l'article L. 232-21 et, d'autre part, les fonctions de jugement de ces mêmes manquements* ». Le juge constitutionnel estime ensuite que l'abrogation immédiate de ces dispositions engendrerait des conséquences manifestement excessives, il reporte donc la date d'abrogation au 1^{er} septembre 2018. Mais afin de préserver l'effet utile de la déclaration d'inconstitutionnalité pour les justiciables, le Conseil précise notamment que « *la déclaration d'inconstitutionnalité peut être invoquée dans toutes les instances relatives à une décision rendue sur le fondement de l'article L. 232-21 dont l'agence s'est saisie en application des dispositions contestées et non définitivement jugées à la date de la présente décision* ». Autrement dit, il appartiendra au juge compétent d'annuler, dans toutes les instances non jugées définitivement à la date de publication de la décision du Conseil, les décisions de l'Agence française de lutte contre le dopage prises sur le fondement de l'article L. 232-21.

On notera, tout d'abord, que le législateur est bien intervenu pour corriger l'inconstitutionnalité, dans le délai fixé par le Conseil constitutionnel, avec une ordonnance du 11 juillet 2018⁶¹. Ensuite, il appartenait au Conseil d'État, juridiction compétente en matière de recours contre les décisions de l'Agence française de lutte contre le dopage⁶², d'exécuter la déclaration d'inconstitutionnalité dans le cadre des litiges dont il était saisi. Il faut relever que seulement

⁵⁸ V. sur ce sujet : P. Deumier, « La Cour de cassation, la QPC et la doctrine : autopsie d'une polémique », in *Le droit, entre autonomie et ouverture : Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Bruylan/LGDJ, coll. « Penser le droit », 2013, pp. 171-200.

⁵⁹ CC, n° 2017-688 QPC du 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].

⁶⁰ CE, 2/7 ch.-r., 6 novembre 2017, n° 413349.

⁶¹ Article 4 de l'ordonnance n° 2018-603 du 11 juillet 2018 relative à la procédure disciplinaire devant l'Agence française de lutte contre le dopage.

⁶² En application du 4° de l'article R. 311-1 du Code de justice administrative, le Conseil d'État peut être saisi d'un recours de pleine juridiction (article L. 232-24 du Code du sport) contre les décisions de l'Agence française de lutte contre le dopage.

une semaine après la décision du Conseil constitutionnel, le Conseil d'État s'est appuyé sur cette décision QPC pour suspendre, dans le cadre de procédure de référé-suspension, une décision de l'Agence française de lutte contre le dopage fondée sur les dispositions législatives déclarées inconstitutionnelles⁶³.

Statuant par la suite au fond, le Conseil d'État s'est parfaitement conformé aux prescriptions du juge constitutionnel. Ainsi, dans l'instance à l'origine de la QPC, la haute juridiction administrative a par exemple jugé, dans un arrêt du 11 avril 2018⁶⁴, que « *par sa décision n° 2017-688 QPC du 2 février 2018, le Conseil constitutionnel a déclaré contraires à la Constitution les dispositions du 3° de l'article L. 232-22 du code du sport ; que s'il a reporté au 1er septembre 2018 la date de l'abrogation de ces dispositions [...] il a expressément jugé que " la déclaration d'inconstitutionnalité peut être invoquée dans toutes les instances relatives à une décision rendue sur le fondement de l'article L. 232-21 dont l'agence s'est saisie en application des dispositions contestées et non définitivement jugées à la date de la présente décision »*. Il en conclut que « *l'instance engagée par M. B... avant que n'intervienne la décision du Conseil constitutionnel n'était pas définitivement jugée à la date de cette décision ; que M. B... peut dès lors, conformément à ce qu'a jugé le Conseil constitutionnel, se prévaloir de l'inconstitutionnalité des dispositions du 3° de l'article L. 232-22 du code du sport ; qu'il est, en conséquence, fondé à demander l'annulation de la décision de l'Agence française de lutte contre le dopage qu'il attaque, qui a été prise sur le fondement des dispositions déclarées contraires à la Constitution* »⁶⁵. Le Conseil d'État a tenu ce même raisonnement dans l'ensemble des instances auxquelles était applicable la déclaration d'inconstitutionnalité⁶⁶. Il s'agit donc d'un exemple topique d'une décision QPC effective car parfaitement exécutée par le juge ordinaire.

Si cet exemple est représentatif de la manière dont les juridictions ordinaires exécutent en général les décisions QPC, il ne doit pas conduire à éluder les hypothèses où les juridictions se sont abstenues d'exécuter des décisions du Conseil constitutionnel, les privant ainsi partiellement ou totalement d'effectivité. Il existe plusieurs grandes hypothèses d'ineffectivité des décisions QPC devant les juridictions ordinaires⁶⁷, mais nous ne nous concentrerons ici que sur les deux principales : en premier lieu, il se peut que le juge ordinaire continue à appliquer une disposition législative pourtant abrogée par le Conseil constitutionnel (A). En second lieu, il est également possible que les juridictions ordinaires se trompent quant à la portée d'une décision QPC (B).

A. L'application par le juge ordinaire d'une disposition législative déclarée inconstitutionnelle

Il ressort de l'analyse de la jurisprudence que les juridictions ordinaires peuvent parfois être conduites à appliquer une disposition législative qui a pourtant été abrogée par une déclaration d'inconstitutionnalité du Conseil. Il s'agit donc d'un cas flagrant d'ineffectivité de la décision

⁶³ V. CE, référé, 9 février 2018, n° 417201. V. aussi : CE, référé, 11 mai 2018, n° 419787.

⁶⁴ CE, 2/7 ch.-r., 11 avril 2018, n° 413349.

⁶⁵ *Ibid.*, §5-6.

⁶⁶ V. notamment : C.E., 2/7 ch.-r., 26 juillet 2018, n° 414261 ; CE, 2/7 ch.-r., 24 septembre 2018, n° 416526 ; CE 2 ch., 22 octobre 2018, n° 418937 ; CE 2 ch., 22 octobre 2018, n° 417922 ; CE 2/7 ch.-r., 7 décembre 2018, n° 414928.

⁶⁷ V. S. Benzina, *op.cit.*, pp. 482 et s.

QPC dans la mesure où la juridiction ordinaire statue en ignorant complètement une telle décision ce qui la prive d'effets. Cette hypothèse se produit exclusivement devant les juridictions du fond et, le plus souvent, dans les tout premiers mois suivant la publication de la décision QPC. Elle est principalement la conséquence de l'ignorance par le juge et les parties de l'existence même de la décision QPC. Cela souligne que le juge comme les parties n'ont pas toujours le réflexe de vérifier que les dispositions législatives applicables au litige n'ont pas fait l'objet d'une décision du Conseil constitutionnel.

Un exemple assez représentatif de ce phénomène est la décision QPC du 10 décembre 2010⁶⁸ dans laquelle le Conseil a censuré le quatrième alinéa de l'article 1741 du Code général des impôts qui prévoyait qu'en cas de fraude fiscale, le tribunal était tenu d'ordonner la publication du jugement de condamnation au journal officiel aux frais du condamné. Le juge constitutionnel a en effet considéré qu'une telle sanction automatique était contraire au principe d'individualisation des peines. Il a ainsi censuré avec effet immédiat les dispositions de l'article 1741. Par conséquent, les juridictions saisies de faits de fraude fiscale, quelle que soit leur date, ne pouvaient plus prononcer cette sanction à compter de la publication de la décision QPC dans l'ensemble des instances en cours ainsi que pour les instances futures. Pourtant, malgré cette déclaration d'inconstitutionnalité ayant abrogé le quatrième alinéa de l'article 1741, plusieurs cours d'appel de l'ordre judiciaire vont continuer à prononcer cette sanction de publication pendant encore près de 6 mois⁶⁹. En d'autres termes, des juridictions ont continué à prononcer la sanction de publication du jugement de condamnation pour fraude fiscale non seulement en violation de la décision du Conseil constitutionnel, mais également du principe constitutionnel de légalité des délits et des peines. En outre, la plupart de ces arrêts de cour d'appel n'ont pas fait l'objet de pourvoi, la Cour de cassation n'a donc pas pu les annuler. On remarquera toutefois que la décision QPC n'est pas rendue complètement ineffective dans la mesure où les conséquences de ces arrêts sont en partie neutralisées par le fait que l'abrogation par le Conseil constitutionnel de la sanction évoquée conduit à ce qu'une telle peine ne puisse pas être exécutée⁷⁰.

Il existe également des cas qui ont toutes les apparences d'une inexécution d'une décision QPC : la juridiction ordinaire continue à faire application d'une disposition législative inconstitutionnelle abrogée avec effet immédiat et semble ignorer l'existence même de la décision QPC. Pourtant, l'application de la disposition législative inconstitutionnelle ne va pas être considérée comme une violation de la décision du Conseil constitutionnel. La décision QPC du 2 mars 2016⁷¹ permet d'illustrer cette situation très singulière. Le Conseil avait été saisi par la Cour de cassation⁷² des dispositions de l'article L. 3141-26 du Code du travail qui prévoyaient que l'indemnité compensatrice de congé payé « est due dès lors que la rupture du contrat de travail n'a pas été provoquée par la faute lourde du salarié, que cette rupture résulte du fait du

⁶⁸ CC, n° n° 2010-72/75/82 QPC du 10 décembre 2010, *M. Alain D. et autres [Publication et affichage du jugement de condamnation]*.

⁶⁹ V. notamment : C.A. Montpellier, 20 janvier 2011, n° 09/01007 ; C.A. Montpellier, 3 février 2011, n° 10/00770 ; C.A. Caen, 4 février 2011, n° 10/00760 ; C.A. Rouen, 30 mars 2011, n° 10/00799 ; C.A. Rennes, 16 juin 2011, n° 10/00859 ; C.A. Aix-en-Provence, 22 juin 2011, n° 2011/250 ; C.A. Besançon, 7 mars 2013, n° 12/01112 ;

⁷⁰ Dans son commentaire sur la décision n° 2010-72/75/82 QPC du 10 décembre 2010, le service juridique précise en ce sens que « *La disparition de cette peine de l'ordre juridique implique simplement qu'elle ne peut plus être prononcée ni ramenée à exécution* ».

⁷¹ CC, n° 2015-523 QPC du 2 mars 2016, *M. Michel O. [Absence d'indemnité compensatrice de congé payé en cas de rupture du contrat de travail provoquée par la faute lourde du salarié]*.

⁷² C. cass., soc., 2 décembre 2015, n° 15-19597.

salarié ou du fait de l'employeur ». Le requérant arguait que l'exclusion du droit du salarié licencié pour faute lourde à l'indemnité compensatrice de congé payé était contraire à la Constitution. Sur le fondement d'un moyen relevé d'office, la Haute instance a jugé ces dispositions contraires au principe d'égalité et a donc déclaré inconstitutionnels les mots « *dès lors que la rupture du contrat de travail n'a pas été provoquée par la faute lourde du salarié* » figurant au deuxième alinéa de l'article L. 3141-26 du Code du travail. Elle a ensuite énoncé que ces dispositions étaient abrogées immédiatement et que la déclaration d'inconstitutionnalité pouvait « *être invoquée dans toutes les instances introduites à cette date et non jugées définitivement* ». En d'autres termes, tout salarié licencié pour faute lourde, qui avait une instance en cours à la date de publication de la décision QPC, pouvait se fonder sur cette déclaration d'inconstitutionnalité pour obtenir son indemnité compensatrice de congé payé refusée sur le fondement des dispositions législatives abrogées. Toutefois, cette décision s'écarte du considérant de principe traditionnel du Conseil en matière de déclaration d'inconstitutionnalité sur un point non négligeable : la déclaration d'inconstitutionnalité peut seulement être *invoquée*. Or, selon le Conseil ce terme n'est pas choisi au hasard, il signifie que « *seules les personnes qui se prévalent de l'inconstitutionnalité peuvent alors en bénéficier et il n'appartient pas au juge de la relever d'office* »⁷³.

Il n'est donc pas surprenant que dans les premiers mois suivant la déclaration d'inconstitutionnalité du 2 mars 2016, certaines juridictions judiciaires aient continué à appliquer les dispositions de l'article L. 3141-26 déclarées inconstitutionnelles. Par exemple, dans un arrêt du 15 septembre 2016⁷⁴, la cour d'appel de Paris a infirmé un jugement du conseil de prud'hommes de Bobigny qui avait qualifié la faute de la salariée licenciée de faute grave et qui lui avait donc notamment octroyé l'indemnité compensatrice de congé payé. La cour d'appel jugeant au contraire qu'il s'agissait d'une faute lourde a donc débouté la salariée de toutes ses demandes y compris, en se fondant sur les dispositions du deuxième alinéa de l'article L. 3141-26 pourtant abrogées, celle exigeant l'indemnité compensatrice de congé payé. Un tel arrêt de la cour d'appel de Paris, qui ne fait aucune mention de la décision QPC du 2 mars 2016, se conforme à la décision du Conseil constitutionnel dans la mesure où, en l'absence de moyen des parties invoquant la déclaration d'inconstitutionnalité, la juridiction à l'interdiction de la relever d'office. Mais on ne peut pas affirmer avec certitude que l'absence de référence à la décision du Conseil soit volontaire dans la mesure où dans un arrêt antérieur du 14 avril 2016⁷⁵, une formation de jugement différente de la même juridiction s'était référée à cette même décision QPC sans qu'une telle référence soit nécessaire à la résolution du litige. Il n'est donc pas impossible que cet arrêt du 15 septembre 2016 de la Cour d'appel de Paris illustre simplement l'ignorance par la formation de jugement de l'existence même de la décision QPC...

On voit donc immédiatement les limites d'une telle jurisprudence du Conseil constitutionnel : afin d'éviter une remise en cause générale des effets passés de la disposition législative

⁷³ V. communiqué du Conseil constitutionnel de septembre 2014 : « Les effets dans le temps des décisions QPC » accessible à l'adresse suivante : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/la-qpc/septembre-2014-les-effets-dans-le-temps-des-decisions-qpc>

⁷⁴ C.A. Paris, Pôle 6 - Chambre 8, 15 septembre 2016, n° 13/07588.

⁷⁵ C.A. Paris, Pôle 6 - Chambre 7, 14 avril 2016, n° 15/06901. La cour rappelle, à propos du deuxième alinéa de l'article L 3141-26 du Code du travail qu'« *en application de l'article 62 de la Constitution, cette dernière disposition a été abrogée à compter de la publication au journal officiel le 4 mars 2016 de la décision du Conseil Constitutionnel du 2 mars 2016 n° 2015-523 QPC qui l'a déclarée inconstitutionnelle* ».

inconstitutionnelle, le Conseil constitutionnel fait reposer sur les seules parties la responsabilité de faire écarter la disposition législative. Une telle jurisprudence peut donc conduire, au nom de la sécurité juridique, à ce que le juge continue d'appliquer une norme inconstitutionnelle. Surtout, cela pose une difficulté au regard du principe d'égalité dans un contentieux à forte dimension sociale : seuls les salariés licenciés pour faute lourde qui ont un conseil réactif et au fait de la jurisprudence constitutionnelle se verront, *in fine*, allouer l'indemnité compensatrice de congé payé. Mais cette jurisprudence présente un avantage pour le Conseil : elle participe de la grande effectivité de ses décisions dans la mesure où elle permet de considérer comme exécutant sa décision les jugements et arrêts de juridictions qui n'avaient pour autant pas connaissance de l'existence même de la décision QPC.

B. L'interprétation erronée de la portée d'une décision QPC

La doctrine s'accorde globalement sur le fait que la motivation des décisions du Conseil constitutionnel est souvent insuffisante⁷⁶. Il est en général difficile de véritablement comprendre le raisonnement du juge constitutionnel. Les conséquences de la carence de la motivation sont particulièrement perceptibles en matière de contentieux QPC lorsqu'il s'agit de déterminer la portée exacte d'une décision. Le juge ordinaire peut donc être amené à s'interroger sur la portée que le Conseil a entendu donner à sa décision et sur les conséquences qu'il doit en tirer sur le litige dont il est saisi. Cette nécessaire interprétation des décisions du Conseil constitutionnel peut conduire le juge ordinaire à mal appréhender les effets d'une décision QPC. Cette difficulté à interpréter une décision QPC peut d'abord mener à des divergences d'interprétation entre ordres de juridictions. Un exemple connu d'une telle situation est la décision QPC du 11 juin 2010 sur la loi dite « anti-perruche »⁷⁷ qui avait conduit le Conseil d'État⁷⁸ et la Cour de cassation⁷⁹ à tirer des conséquences opposées de l'abrogation par le Conseil constitutionnel de certaines dispositions de l'article 2 de la loi du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances.

Une mauvaise interprétation d'une décision QPC peut ensuite entraîner des divergences au sein du même ordre de juridictions. Un exemple assez représentatif est celui de la décision QPC du 25 octobre 2013⁸⁰. En l'espèce, le Conseil constitutionnel était saisi des dispositions législatives relatives à la taxe locale sur la publicité extérieure. Il les a censurées au motif que le législateur n'avait pas déterminé les modalités de recouvrement de la taxe et avait donc violé l'article 34 de la Constitution. Le Conseil a cependant jugé inconstitutionnelles les dispositions relatives à cette taxe dans leur version antérieure à leur modification par la loi du 28 décembre 2011 de finances rectificative pour 2011. En effet, l'article 75 de cette loi de 2011 avait déjà corrigé l'inconstitutionnalité en prévoyant les modalités de recouvrement de la taxe pour les exercices budgétaires futurs. Afin d'éviter un effet d'aubaine et la multiplication des recours en contestation de cette imposition par les contribuables, le Conseil constitutionnel a réservé l'invocation de l'inconstitutionnalité de cette taxe aux seuls requérants qui avaient déjà introduit

⁷⁶ Sur ce sujet, voir : D. Baranger, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle. Motivations et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Jus Politicum*, 2012, n° 7.

⁷⁷ CC, n° 2010-2 QPC du 11 juin 2010, *Mme Vivianne L. [Loi dite "anti-Perruche"]*.

⁷⁸ C.E., Ass., 13 mai 2011, *Delannoy, Verzele*, n° 329290 ; C.E., Ass., 13 mai 2011, *M'Rida*, n° 317808.

⁷⁹ C. cass., 1ère ch. civ., 15 décembre 2011, n° 10-27473

⁸⁰ CC, n° 2013-351 QPC du 25 octobre 2013, *Société Boulanger [Taxe locale sur la publicité extérieure II]*.

un recours à la date de publication de sa décision QPC. Il va donc juger que « *les dispositions déclarées contraires à la Constitution le sont dans leur rédaction antérieure à leur modification par l'article 75 de la loi du 28 décembre 2011 de finances rectificative pour 2011 susvisée ; 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* ». Autrement dit, le juge ordinaire ne pouvait écarter les dispositions législatives relatives à la taxe locale sur la publicité extérieure dans leur version antérieure à 2011 qu'à condition que l'instance dont il était saisi ait été introduite avant le 27 octobre 2013, date de publication de la décision QPC au *Journal officiel*.

Toutefois, très curieusement, la Cour de cassation va retenir une interprétation erronée de cette décision QPC⁸¹. Elle ne retiendra en effet pas la date de publication de la décision QPC comme date critique avant laquelle l'imposition devra déjà avoir été contestée pour bénéficier des effets de la déclaration d'inconstitutionnalité, à savoir le 27 octobre 2013, mais elle va étrangement choisir la date de modification de la disposition législative inconstitutionnelle, c'est-à-dire le 28 décembre 2011. Autrement dit, pour la Cour de cassation le Conseil constitutionnel a entendu limiter l'effet utile de sa déclaration d'inconstitutionnalité aux seuls contribuables qui avaient contesté leur imposition avant le 28 décembre 2011. Elle a donc restreint l'invocabilité de la déclaration d'inconstitutionnalité bien au-delà de ce qu'avait entendu faire le Conseil constitutionnel. On remarquera d'ailleurs que paradoxalement ce sont certaines juridictions du fond qui vont retenir, en contradiction avec la jurisprudence de la Cour de cassation, une interprétation correcte de la décision du Conseil⁸².

En conclusion, si les cas d'ineffectivité sont statistiquement rares, ils révèlent tout de même des problèmes importants des décisions QPC. D'abord, ces cas d'ineffectivité montrent que le Conseil constitutionnel ne laisse pas toujours suffisamment de temps au législateur pour corriger les inconstitutionnalités. C'est là un signe, parmi d'autres, que le Conseil ne s'est toujours pas doté de l'ensemble des données, personnels et instruments qui lui permettraient de véritablement anticiper les conséquences de ses décisions. Le Conseil persiste à n'avoir qu'une conception abstraite du contrôle de constitutionnalité et à statuer à « l'aveugle » sans savoir ce que sera réellement la portée concrète de sa décision sur l'ordre juridique. Ensuite, cette ineffectivité est le signe que les justiciables et les juridictions ordinaires ne sont pas toujours au fait de l'existence de telles décisions. Cela souligne que si la greffe de la QPC a bien pris, il reste encore beaucoup de chemin pour que se constitue une véritable culture constitutionnelle dans les juridictions et parmi les professionnels du droit. Cette ineffectivité est enfin la conséquence des difficultés pour les destinataires à appréhender la portée des décisions QPC. Malgré une réforme cosmétique en 2016 qui a supprimé les « considérants », la motivation des décisions du Conseil demeure très largement insuffisante. Si le Conseil ne souhaite pas mieux

⁸¹ C. cass., ch. com., 11 mars 2014, n° 13-11.207. La Cour juge que « *par décision n° 2013-351 QPC du 25 octobre 2013, le Conseil constitutionnel a déclaré contraire à la Constitution les articles L. 2333-6 à L. 2333-14 ainsi que les paragraphes A et D de l'article L. 2333-16 du code général des collectivités territoriales, dans leur rédaction issue de l'article 171 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, la déclaration d'inconstitutionnalité prenant effet à compter de la publication de la décision pour les impositions contestées avant le 28 décembre 2011* ».

⁸² V. par ex. C.A. Douai, 14 avril 2014, n° 13/03034. La cour d'appel observe que « *la déclaration d'inconstitutionnalité prend effet à compter de la publication de la décision et ne peut être invoquée qu'à l'encontre des impositions contestées avant cette date* ». V. aussi : C.A. Nancy, 8 avril 2014, n° 13/00255 ; C.A. Metz, 9 février 2016, n° 14/02134 ; C.A. Paris, 24 février 2015, n° 2014/11566 ; C.A. Amiens, 3 janvier 2015, n° 13/03048 ; 13/03047 ; TGI de Paris, 17 mars 2016, n°s 13/00211 ; 12/17442 ; 12/17441 ; 12/17440

motiver ses décisions, il serait certainement tant d'envisager de créer une forme de rapporteur public qui donnerait des avis publics indépendants (du service juridique) à la formation de jugement et permettrait d'éclairer le public sur le raisonnement tenu par le juge constitutionnel.