

316734

Mme M...

Assemblée du contentieux

Séance du 29 avril 2011

Lecture du 13 mai 2011

**Conclusions de M. Edouard Geffray,
rapporteur public**

(Ce texte est celui qui a été prononcé par M. Geffray en séance publique ; il a toutefois dû subir quelques modifications uniquement destinées à permettre d'identifier sans ambiguïté les références de jurisprudence citées dont les noms étaient effacés pour la mise en ligne.)

La présente affaire soulève deux questions apparemment très différentes :

1°) Quelles conséquences le juge administratif doit-il tirer d'une décision du Conseil constitutionnel déclarant une disposition législative contraire à la Constitution dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité, notamment lorsque le juge constitutionnel a renvoyé au législateur le soin de prendre les mesures nécessaires pour remédier à l'inconstitutionnalité constatée dans les instances en cours ?

2°) Lorsque est invoquée l'incompatibilité d'une loi avec les articles 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 1^{er} du Premier Protocole annexé à cette convention, notamment en matière de pensions, quelle est la nature exacte du contrôle opéré par le juge ?

Si ces deux questions sont posées dans le même litige, c'est parce qu'elles sont, selon nous, étroitement liées, en ce qu'elles traduisent l'évolution, du point de vue des moyens à disposition du requérant, de notre « hiérarchie des normes », et des contrôles qui permettent d'en assurer la cohérence.

Il n'est pas besoin de rappeler que cette hiérarchie est traditionnellement représentée à travers l'image de la « pyramide de Kelsen », chaque norme tirant sa légitimité de sa conformité à la norme supérieure, et le contrôle de la conformité de chaque niveau de norme au niveau qui lui est supérieur étant assuré par le juge. L'extension considérable du contrôle de conventionnalité depuis votre arrêt *Nicolo* de 1989 (CE, Ass., 20 oct. 1989, *Nicolo*, n° 108243, concl. P. Frydman, RGDIP 1989, p. 1043), qui faisait suite aux non moins fameuses décisions du Conseil constitutionnel (Décis. Cons. const. n° 74-54 DC du 15 janv. 1975, *Loi sur l'interruption volontaire de grossesse*, Rec. Cons. const., p. 19) et de la Cour de cassation (Cass., ch. mixte, 24 mai 1975, *Cafés Jacques Vabre*), s'est inscrite dans ce cadre, tout en reposant sur une distinction fondamentale quoique parfois perdue de vue entre un contrôle de *conformité* de la loi à la Constitution, assuré dans le cadre d'un contrôle a priori par le Conseil constitutionnel, et un contrôle de *compatibilité de la loi* avec les conventions internationales, assuré par les juges du litige (cf., pour un arrêt rappelant cette distinction, CE, Ass. 20 octobre 1989, *R...*, n° 108303, JCP 1989, II, n° 21371). Mais la proximité tant des droits protégés, notamment par la convention européenne, que, d'un point de vue extérieur, des effets des deux contrôles, a conduit très tôt à des interrogations sur les frontières entre contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité (cf. les questions perçues par le président Stirn, dès ses conclusions sur la décision d'Assemblée du 21 décembre 1990, *Confédération nationale des associations familiales catholiques et autres et Association pour l'objection de conscience à toute participation à l'avortement et autres*, RFDA 1990, p. 1073, C.M., F.D. et Y.A., « Le Conseil d'Etat, le droit à la vie et le contrôle de conventionnalité », AJDA 1991.91¹). Pourtant, curieusement, vous ne vous êtes pas vraiment interrogés, jusqu'à votre récente décision *Commune de Lattes* relative aux « lois de validation » (CE, Section, 10 novembre 2010, n°s 314449 et 314580, concl. N. Boulouis, à paraître au Recueil), sur la nature exacte de votre

¹ Voir aussi, sur ces questions : l'article du Professeur Denys de Béchillon, « De quelques incidences du contrôle de la conventionnalité internationale des lois par le juge ordinaire, Malaise dans la Constitution », RFDA 1998 p. 225 ; et la contribution d'Olivier Dutheil de Lamothe, « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité », Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle, Dalloz 2007, qui considère que « sur le plan juridique, le contrôle de conventionnalité est exactement de même nature qu'un contrôle de constitutionnalité par voie d'exception ».

contrôle de conventionnalité. La question de savoir si celui-ci est un contrôle concret ou abstrait est rarement approfondie dans la doctrine, les avis divergent, et votre jurisprudence n'est pas totalement fixée ou, plus exactement, ne nous semble pas aussi dichotomique. Vous semblez privilégier tantôt une approche, tantôt l'autre, en fonction de la nature des litiges mais en l'absence de véritable théorisation générale. Et même s'il existe un accord théorique pour dire que ce contrôle est plutôt concret, il nous semble que la représentation théorique d'une structure normative pyramidale – parfaitement valide sur le plan normatif et résultant notamment des articles 34, 37 et 55 de la Constitution – n'est pas sans incidence sur cette ambiguïté, *a fortiori* pour un juge marqué par le contentieux de l'excès de pouvoir, lui-même finalement assez abstrait dans le contrôle qu'il implique.

Nous sommes cependant convaincu que l'apparition, voici un an, d'un contrôle de constitutionnalité abstrait par la voie de l'exception, « externalisé » auprès du Conseil constitutionnel mais généré à l'occasion d'un litige, conduit à faire en partie évoluer cette représentation théorique et surtout à mieux distinguer les deux types de contrôles, afin de préciser leurs spécificités et leur complémentarité.

Du point de vue du justiciable et du contrôle de la norme, en effet, l'organisation normative nous semble désormais plutôt relever d'un « **sablier** » **normatif** dont le point nodal est évidemment la loi, irréductible expression de la volonté générale déterminée par les représentants de la nation. Au-dessous, se trouve naturellement l'ensemble des règlements, selon une structure pyramidale classique – c'est la partie basse de notre « sablier ». Mais s'agissant de la partie haute du « sablier », le sommet de la pyramide a connu un évasement considérable, avec l'extension du champ des normes applicables et du contrôle du juge. De fait, la loi ne peut plus méconnaître, selon un rapport de conformité ou de compatibilité, *deux sphères distinctes de normes et principes fondamentaux : l'une, constitutionnelle et l'autre, conventionnelle*. Tout comme dans la théorie des ensembles en mathématiques, ce large spectre de normes constitutionnelles et conventionnelles est caractérisé par une superposition partielle

des garanties et par une certaine réticularité des normes. Le contrôle de leur respect n'a cependant ni la même nature, ni les mêmes finalités – abrogation d'un côté ; simple fait d'écarter l'application de la norme au litige de l'autre –, ni par conséquent le même juge : juge constitutionnel pour le premier, juge du litige pour le second (cf., pour une illustration particulièrement explicite, CE, 5 janvier 2005, *Melle D... et B...*, n°s 257341 257534, p. 1).

Cette image du sablier normatif, si elle peut sembler largement théorique, et au risque de faire sourire, nous semble ainsi mieux traduire, au-delà du caractère « prioritaire » de la question de constitutionnalité, **la complémentarité – et non l'empilement ou a fortiori la confusion – de deux types de contrôles distincts**, et mieux rendre compte de leurs spécificités : **contrôle abstrait en matière de constitutionnalité ; contrôle plus « mixte », nous y reviendrons, en matière de conventionalité**. Et elle nous semble par conséquent mieux illustrer la solution que nous vous proposerons de retenir, et qui vous conduira peut-être à admettre que les deux contrôles puissent avoir des effets « cumulés » plus favorables que le seul contrôle de constitutionnalité dans des litiges particuliers.

I. Avant cela, il nous faut revenir sur les données de l'espèce, qui s'inscrivent dans le contexte de la décrystallisation des pensions militaires de retraites versées aux combattants des anciens territoires sous tutelle ou protectorat de la France, et des pensions de réversion versées à leurs veuves.

M. Mohammed B..., dit M..., ressortissant marocain, a servi dans l'armée française en qualité d'engagé, puis réengagé volontaire du 14 janvier 1938 au 12 janvier 1953. Par un arrêté du 14 février 1953, il s'est vu octroyer une pension militaire de retraite proportionnelle, qui a ensuite été « cristallisée » en application des dispositions de l'article 71 de la loi n° 59-1454 du 26 décembre 1959. Entre temps, le 14 juin 1956, l'intéressé avait épousé Mlle Hadda L..., ressortissante marocaine et résidente au

Maroc. Sept enfants seraient nés de ce mariage entre 1956 et 1973. Le dernier enfant, M. El Mustapha M..., est né le 9 juin 1973. M. Mohammed M... est cependant décédé le 12 février 1992. Le 11 juin 2004, soit près de douze ans plus tard, sa veuve a sollicité du ministre de la défense le bénéfice d'une pension de réversion militaire du chef de son époux, et du paiement des arrérages depuis juillet 1992. Cette demande a été rejetée par une décision en date du 23 mai 2005, et l'intéressée a alors porté le litige devant le tribunal administratif de Poitiers, demandant en outre le paiement des arrérages de son fils, en qualité d'orphelin à la date du décès de son père jusqu'à la date de sa majorité (à savoir 19 ans). Sa demande a été rejetée par un jugement du 13 décembre 2006, contre lequel la requérante se pourvoit régulièrement en cassation devant vous.

II. L'examen des deux questions que nous avons posées en ouverture implique tout d'abord de rappeler le cadre juridique, historiquement pour le moins évolutif, de la décrystallisation des pensions versées aux anciens militaires ayant servi sous les drapeaux avant l'indépendance des territoires dont ils étaient originaires².

Vous connaissez cette chronologie, que vous avait notamment rappelée J.P. Thiellay dans ses conclusions sur l'affaire B... (Section, 7 février 2008, *Mme B...*, n° 267744, p. 29, avec les conclusions Jean-Philippe Thiellay, également à la RFDA, n° 3 (mai-juin 2008), pp. 510 à 518), mais il est nécessaire d'y revenir, notamment dans ses derniers développements³.

² Nous renvoyons, pour plus de détails sur l'historique, au rapport public annuel de la Cour des comptes 2010, « La décrystallisation des pensions des anciens combattants issus de territoires anciennement sous la souveraineté française : une égalité de traitement trop longtemps retardée », p. 557 et s.

³ Cf. également, pour une présentation complète, P.-F. Racine, « Le feuillet de la décrystallisation », in *Le dialogue des juges, Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, p. 887 s.

Les pensions servies aux anciens militaires étaient initialement les mêmes pour tous ceux qui avaient servi sous les drapeaux, et ouvraient droit à une pension de réversion à leurs conjoints survivants, conformément aux dispositions de droit commun.

Mais au moment de l'indépendance des territoires placés auparavant sous le protectorat ou la tutelle de la France, les anciens militaires ressortissants de ces territoires et n'ayant pas fait le choix de la nationalité française ont vu, en vertu de l'article 71 de la loi n° 59-1454 du 26 décembre 1959 de finances pour 1960, leurs pensions *transformées en indemnités viagères, « cristallisées » aussi bien dans leur montant que leurs conditions d'ouverture, et non réversibles*.

Ce dispositif établissait ainsi une différence entre les titulaires de la nationalité française, dont les pensions, réversibles, continuaient à évoluer selon les règles de droit commun, et ceux qui n'en étaient pas titulaires. Les écarts de montant entre les deux types de pensions se sont accrus, en dépit de revalorisations successives des indemnités cristallisées par 48 décrets tarifaires dérogatoires – non publiés au JORF⁴.

Cette situation a perduré jusqu'à votre décision d'Assemblée du 30 novembre 2001, *Ministre de la défense et ministre de l'économie c/ D...* (n°s 212179 212211, p. 605, conclusions Jean Courtial, GAJA, n° 112), par laquelle vous avez jugé qu'en fondant la « cristallisation » sur le seul critère de la nationalité, la loi du 26 décembre 1959 était incompatible avec les stipulations de l'article 14 de la convention européenne des droits de l'homme et de l'article 1^{er} du Premier protocole annexé à cette convention. Cette solution a ensuite été confirmée et étendue aux ayants cause (CE 6 février 2002, *Ministre de l'économie c/ Mme D...*, n° 216172 et 216657, T. p. 722, conclusions Jean Courtial ; CE 28 octobre 2002, *Dame veuve H... M...*, n° 241855, conclusions Laurent Vallée).

⁴ et de l'octroi aux étrangers vivant en France depuis le 1^{er} janvier 1963 du bénéfice des règles applicables aux pensions des Français par le décret du 4 avril 1968 (mais de manière, de fait, partielle)

Trois modifications législatives sont intervenues par la suite :

- L'article 132 de la loi n° 2001-1275 du 28 décembre 2001 de finances pour 2002 a tout d'abord autorisé le versement, à compter du 1^{er} janvier 2002, d'une pension de réversion aux ayants cause des bénéficiaires des pensions dites « du feu » - pensions militaires d'invalidité et retraites du combattant - mais au taux « *cristallisé* » ;
- L'article 68 de la loi n° 2002-1576 du 30 décembre 2002 de finances rectificative pour 2002 a ensuite procédé à une « *décristallisation partielle* » des pensions servies. Mais, comme l'indiquait Anne Courrèges dans ses éclairantes conclusions sur la décision n° 336753 du 14 avril 2010, *Mme L... et L...*, à l'origine de la première décision QPC du Conseil constitutionnel, « au lieu de l'égalité de traitement avec les nationaux français, les étrangers intéressés n'ont bénéficié que de la décristallisation de la valeur du point – et non de l'indice –, et se sont vu appliquer un mécanisme de parité de pouvoir d'achat selon le lieu de résidence à la date de la liquidation initiale des droits à pension ». Vous avez jugé que la non-application du critère de résidence aux ressortissants français n'était pas incompatible avec l'article 14 de la convention européenne et à l'article 1^{er} du Premier protocole, en vous fondant toutefois sur la « marge d'appréciation » reconnue par la convention aux Etats parties pour adapter leur législation, et en vous limitant aux I à IV de cet article (Section, 18 juillet 2006, avis, *K...*, p.350, n° 286122 ; Section, 18 juillet 2006, *Gisti*, p. 353, n° 274 664, RFDA 2006. 1201, concl. L. Vallée ; AJDA 2006. 1833, chron. C. Landais et F. Lenica).
- Enfin, l'article 100 de la loi n° 2006-1666 du 21 décembre 2006 de finances pour 2007 a poursuivi sur la voie de la *décristallisation* des prestations du feu (pensions militaires d'invalidité et victimes de guerre, pensions d'ayants cause afférentes et retraites du combattant) à compter du 1^{er} janvier 2007.

Mais si vous aviez partiellement admis la conventionnalité des dispositions de 2002 sur le fondement de la marge de manœuvre laissée aux Etats par la convention européenne – révélant une approche assez concrète –, vous avez renvoyé la question de la constitutionnalité des dispositions des lois de 1981, qui ne portait que sur

l'Algérie, et de 2002 au Conseil constitutionnel. Et par sa décision n° 2010-1 QPC du 28 mai 2010, celui-ci a estimé que les dispositions combinées de l'article 26 de la loi du 3 août 1981 et de l'article 68 de la loi du 30 décembre 2002, « en prévoyant des conditions de revalorisation différentes de celles prévues par le code des pensions civiles et militaires de retraite », « laissent subsister une différence de traitement avec les ressortissants français résidant dans le même pays étranger ». Il a donc déclaré inconstitutionnelles les dispositions de l'article 26 de la loi du 3 août 1981 et de l'article 68 de la loi du 30 décembre 2002 – à l'exception de son paragraphe VII – et de l'article 100 de la loi de finances pour 2007.

Nous reviendrons sur les modalités d'application de cette décision, mais retenons que le Conseil constitutionnel a décalé les effets de l'abrogation de ces dispositions au 1^{er} janvier 2011, le temps de laisser au législateur le soin d'intervenir pour « remédier à l'inconstitutionnalité constatée ».

C'est donc par l'article 211 de la loi n° 2010-1657 du 29 décembre 2010 de finances pour 2011 que le législateur a étendu le champ d'application de la décristallisation à l'ensemble des pensions militaires d'invalidité, des pensions civiles et militaires de retraite et des retraites du combattant servies aux ressortissants des pays ou territoires ayant appartenu à l'Union française ou à la Communauté ou ayant été placés sous le protectorat ou sous la tutelle de la France. Il a, en outre, aligné la valeur du point de base de ces pensions sur la valeur applicable aux pensions des ressortissants français à compter du 1^{er} janvier 2011, et procédé à un alignement similaire, à la demande des intéressés, des indices servant au calcul des pensions des ayants droit et des pensions des conjoints survivants et orphelins des pensionnés militaires d'invalidité et des titulaires d'une pension civile ou militaire de retraite sur les indices des pensions servies en France.

Tel est donc le contexte dans lequel intervient votre affaire : la demande est postérieure à la loi de 2002 ; le recours contentieux était bien engagé avant la date de

la décision du Conseil constitutionnel (28 mai 2010), et le législateur est intervenu en cours d'instance pour procéder à une égalisation des pensions « par le haut ».

III. Ce cadre présenté, la première question que vous devrez résoudre est celle des conséquences à tirer de l'intervention de la décision n° 2010-1 QPC du Conseil constitutionnel sur la présente instance, et, plus généralement, sur les instances en cours.

Commençons par rappeler – brièvement compte tenu de ce qui vous a été dit – les différentes hypothèses avant d'en venir à celle qui vous est ici soumise.

A/ S'agissant du dispositif en général, nous ne reviendrons pas sur la présentation à laquelle J.- P. Thiellay s'est livré à l'instant⁵.

Vous savez que la plupart des Etats membres de l'Union européenne se sont dotés d'un mécanisme de contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori*, qui est, dans la majorité des cas, concentré au sein d'une juridiction dédiée⁶. Vous savez également qu'il existe différents types de contrôle de constitutionnalité, dont le Bundesverfassungsgericht publie d'ailleurs une remarquable étude comparée⁷. En un mot, pour apprécier l'effet des différents contrôles de constitutionnalité dans les pays comparables au nôtre sur ce point, il faut en fait combiner les effets *ratione materiae* et *ratione temporis* des décisions constatant l'inconstitutionnalité. Matériellement, ces décisions peuvent entraîner la disparition de la loi en cause de l'ordonnancement juridique (c'est l'effet *erga omnes*), ou au contraire être limitées aux parties impliquées dans la procédure concernée (effet *inter partes*). Sur le plan temporel,

⁵ Dans ses conclusions prononcées, lors de la même séance de jugement, sur les affaires n° 329290, Mme L... et 317808, Mme D... et V...

⁶ Tel est notamment le cas de l'Allemagne, de la Belgique, de l'Espagne, de l'Italie, du Luxembourg et, bien sûr, de la France.

⁷ cf. l'étude sur la Limitation des effets de décisions juridictionnelles en cas de constatation de l'inconstitutionnalité de normes juridiques, étude remise au ministère fédéral allemand des finances conjointement par le cabinet Nörr Stiefenhofer Lutz et les membres de la commission d'experts en droit constitutionnel européen, dont nous nous inspirons pour cette présentation sommaire

l'inconstitutionnalité constatée produit généralement un effet à compter de la date de la décision (effet *ex nunc*, comme en Autriche, en Italie ou au Luxembourg), éventuellement décalé dans le temps (effet *pro futuro*), ou au contraire rétroactif, remontant alors à la date de l'entrée en vigueur de la loi en question (effet *ex tunc*, comme en Allemagne, en Espagne et, en fonction des cas de figure, en Belgique).

En France et pour la question qui vous est ici soumise, rappelons simplement que l'article 62 de la Constitution prévoit qu'« Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause ».

La France a ainsi retenu du mécanisme de l'exception d'inconstitutionnalité l'existence d'un contrôle abstrait de constitutionnalité de la loi à l'occasion d'un litige, mais **sans lui conférer automatiquement**, ni des effets rétroactifs *ex tunc*, ni une portée *erga omnes* pour le passé : c'est le Conseil constitutionnel qui a une compétence exclusive pour déterminer les conditions dans lesquelles sa déclaration d'inconstitutionnalité, qui n'a, par principe, qu'un **effet abrogatif** sur l'avenir (*ex nunc*), peut avoir un effet utile pour le passé, et notamment dans les instances en cours. Il a ainsi la possibilité de moduler les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité à la fois temporellement et matériellement, en définissant les contours des instances dans lesquelles sa décision peut avoir des effets rétroactifs, comme il l'a d'ailleurs relevé lui-même dans sa décision QPC n° 2011-108 du 25 mars 2011⁸.

Dans ce cadre, quatre principaux cas de figure peuvent se présenter :

⁸ Cf. également, sur ce point, le document relatif aux effets dans le temps des déclarations d'inconstitutionnalité mis en ligne sur le site internet du Conseil constitutionnel en avril 2011.

- **1^{ère} hypothèse** : Le Conseil constitutionnel peut déclarer la disposition inconstitutionnelle et prononcer son abrogation, tout en gardant le silence sur les instances en cours. Nous n'en dirons pas plus sur ce cas de figure qui vient de vous être explicité.

- **2^{ème} hypothèse** : Le Conseil constitutionnel peut reporter dans le temps la date d'effet de la déclaration d'inconstitutionnalité, tout en la privant d'effet pour les instances en cours. Il a ainsi jugé que des mesures prises avant la date de sa décision en application des dispositions jugées contraires à la Constitution ne peuvent être contestées sur le fondement de cette inconstitutionnalité (cf., notamment, la décision n° 2010-71 QPC du 26 nov. 2010, *Mlle Danielle S...*, en matière d'hospitalisation sans consentement ; ou encore sa décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010 relative à la garde à vue). Dans cette hypothèse, les juridictions ne peuvent tirer de conséquences de l'inconstitutionnalité sur les litiges en cours.

- **3^{ème} hypothèse** : le Conseil constitutionnel peut conférer, explicitement cette fois, un effet immédiat à la déclaration d'inconstitutionnalité, dans les instances en cours dont l'issue dépend de l'application des dispositions déclarées inconstitutionnelles, le cas échéant en limitant ces effets à l'instance à l'origine de la QPC (cf., sur le cas général, décision n° 2010-33 QPC du 22 septembre 2010, *Société Esso SAF* ; décision n° 2010-78 QPC du 10 déc. 2010, *Sté IMNOMA* ; décision n° 2010-93 QPC du 4 février 2011, *Comité Harkis et Vérité*). Le juge du litige doit alors écarter la disposition en cause pour la résolution du litige.

- **enfin, 4^{ème} et dernière hypothèse** : le Conseil constitutionnel peut abroger la disposition en cause et décaler les effets de son abrogation dans le temps, tout en décidant que sa décision aura des effets sur les litiges en cours, mais renvoyer au législateur le soin de remédier à l'inconstitutionnalité constatée et de prendre des dispositions applicables aux instances en cours. Vous aurez reconnu la situation à laquelle vous êtes confrontés, et qui appelle plusieurs précisions.

B/ Nous pouvons donc en venir à l'examen de cette hypothèse à partir du cas d'espèce.

Dans sa décision QPC n° 2010-1 ici en cause, le Conseil constitutionnel a, s'agissant des effets de sa décision, raisonné en trois temps. Il a tout d'abord reporté les effets de l'abrogation des dispositions en cause au 1^{er} janvier 2011, soit près de 7 mois après sa décision. Il a ensuite jugé qu'il appartenait, « afin de préserver l'effet utile de la décision à la solution des instances actuellement en cours », d'une part, aux juridictions de surseoir à statuer jusqu'à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, ou au plus tard jusqu'au 1^{er} janvier 2011, dans les instances dont l'issue dépend de l'application des dispositions déclarées inconstitutionnelles et, d'autre part, au législateur de prévoir une application des nouvelles dispositions à ces instances en cours à la date de sa décision (motifs repris dans sa décision n° 2010-83 QPC du 13 janv. 2011, *M. Claude G...* sur les rentes viagères d'invalidité).

Le Conseil constitutionnel a ainsi demandé au législateur de remédier à l'inconstitutionnalité constatée, tout en assurant la continuité temporelle de sa décision en « gelant » les instances en cours à la date du 28 mai 2010 jusqu'à ce que celui-ci soit intervenu.

Trois types de précisions doivent, à notre sens, être apportées : la première tient aux effets de l'inconstitutionnalité constatée sur les litiges dont vous êtes saisis ; la deuxième aux autres instances ; la troisième est relative à l'articulation entre la décision du Conseil constitutionnel et les dispositions législatives consécutives.

1°) Sur les litiges en cours, il nous semble que le fait que le Conseil constitutionnel ait explicitement prévu que la déclaration d'inconstitutionnalité aurait des effets sur les instances en cours implique nécessairement que le moyen tiré de

12

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

l'inconstitutionnalité des dispositions législatives dont les juges font ou ont fait application doit être soulevé d'office, y compris en cassation. Cela emportera, d'une part, pour le juge de cassation, l'annulation du jugement ou de l'arrêt ayant fait application des dispositions déclarées inconstitutionnelles ; d'autre part, pour le règlement du litige, l'obligation pour le juge d'écarter l'application des dispositions en question.

De multiples raisons justifient qu'un tel moyen, qui relève évidemment du champ d'application de la loi, soit soulevé d'office, mais, outre ce qui vous a été indiqué dans les affaires précédentes, trois nous semblent particulièrement déterminantes :

- La première est que la déclaration d'inconstitutionnalité est revêtue de l'autorité absolue de chose jugée, et non, comme l'est en principe l'inconventionnalité, relative. C'est ce qu'affirme le 3^{ème} alinéa de l'article 62, qui dispose, comme vous le savez, que « Les décisions du Conseil constitutionnel (...) s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles ». L'inconstitutionnalité s'impose donc à tous, y compris au juge du litige, qui ne peut pas, compte tenu de l'objet même de la déclaration d'inconstitutionnalité, faire application d'une disposition déclarée inconstitutionnelle une fois que le juge constitutionnel a admis que devaient être tirées les conséquences de cette inconstitutionnalité dans les litiges dont l'issue dépend des dispositions en cause.

- Deuxième raison : en France, le contrôle de constitutionnalité est par construction abstrait : il s'agit, en quelque sorte, d'un contrôle que le juge du litige « externalise », ce qui se traduit non seulement par l'exigence d'un mémoire distinct, mais aussi par le fait que la question tranchée l'est « dans l'absolu » et non au vu de la situation à l'origine de la demande. En d'autres termes, l'exception d'inconstitutionnalité dans le cadre d'une QPC est déconnectée de tout litige particulier, et a donc un « effet couperet » pour le passé dès lors que le Conseil constitutionnel l'admet. Précisons que

cet effet pour le passé, pour les raisons qui vous ont été rappelées, devrait être le principe, l'abrogation « sèche » étant selon nous l'exception. C'est d'ailleurs ce qu'a relevé le Conseil constitutionnel dans ses décisions n° 2010-108 QPC et n° 2010-110 QPC du 25 mars 2011. Il a ainsi jugé que : « si, en principe, la déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à l'auteur de la question prioritaire de constitutionnalité et **la disposition déclarée contraire à la Constitution ne peut être appliquée dans les instances en cours** à la date de la publication de la décision du Conseil constitutionnel, les dispositions de l'article 62 de la Constitution réservent à ce dernier le pouvoir tant de fixer la date de l'abrogation et reporter dans le temps ses effets que de prévoir la remise en cause des effets que la disposition a produits avant l'intervention de cette déclaration ». Il est vrai qu'on peut relever, comme d'autres commentateurs, que le Conseil constitutionnel ne connaît pas à ce jour le mécanisme des déclarations d'inconstitutionnalité « en tant que », là où le juge de l'excès de pouvoir en use régulièrement en matière d'annulation. Mais si la jurisprudence des juges de la rue Montpensier n'est peut-être pas figée sur ce point, il n'en reste pas moins que la situation actuelle s'explique précisément, selon nous, parce que le juge constitutionnel considère qu'une inconstitutionnalité vicie à ce point la norme législative qu'elle ne peut continuer à exister, fût-ce partiellement⁹. En d'autres termes, selon nous et dans notre système actuel, l'inconstitutionnalité ne peut être qu'absolue dans ses effets normatifs, sous réserve des modulations décidées par le Conseil constitutionnel.

- Il en résulte – c'est la troisième raison – que l'intervention d'une déclaration d'inconstitutionnalité ayant, comme en l'espèce, des effets sur les litiges en cours, emporte nécessairement effets à tous les stades, y compris en cassation : non seulement nous imaginons mal une distorsion selon que les requérants seraient avant ou après cassation, tout comme nous souscrivons difficilement à l'idée que le juge de cassation puisse faire application d'une loi inconstitutionnelle, fût-ce dans l'intérêt du

⁹ L'autre raison étant évidemment, dans le cadre d'une jurisprudence constante du Conseil constitutionnel, de laisser toute sa latitude au législateur pour l'intervention éventuelle de nouvelles dispositions ultérieures.

requérant, pour les raisons déjà évoquées, mais nous ne pouvons que relever que tout le mécanisme de la QPC repose sur l'indistinction des différentes phases du contentieux. Les articles 23-1 et suivants de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel prévoient que la QPC peut être soulevée à n'importe quel stade de l'instance, y compris alors que le pourvoi en cassation est encore en procédure d'admission. On ne peut donc que respecter le parallélisme : de même que la QPC peut être soulevée à tout moment, de même ses effets, lorsque le Conseil constitutionnel admet qu'ils valent pour les instances en cours, sont immédiats à tous les stades de l'instance.

Vous pourriez certes vous interroger sur l'opportunité de soulever d'office la question des conséquences à tirer d'une déclaration d'inconstitutionnalité *a posteriori*. Mais outre que les commentaires autorisés des décisions QPC 2010-108 et 110 précitées ont considéré que la question était d'ordre public, il ne nous semble pas possible, compte tenu de la nature et des effets du contrôle de constitutionnalité, que le juge puisse, selon les cas, faire application ou non d'une disposition inconstitutionnelle. **Abstrait et absolu, le contrôle de constitutionnalité n'est pas un contrôle à géométrie variable au gré des litiges, sauf à ce que le Conseil constitutionnel lui-même en décide autrement.** A notre sens, et dès lors que les effets produits par les dispositions pour le passé sont remis en cause, le raisonnement peut ainsi être résumé : parce que le contrôle est absolu, ses conséquences sont radicales dans les limites fixées par le juge constitutionnel ; et parce qu'elles sont radicales et que les dispositions ne peuvent plus trouver à s'appliquer de quelque manière que ce soit, ces conséquences ne peuvent qu'être soulevées d'office.

Vous devrez donc juger, si vous nous suivez, que l'inconstitutionnalité d'une disposition doit être soulevée d'office, y compris en cassation, lorsque le Conseil constitutionnel a jugé que la déclaration d'inconstitutionnalité valait pour les litiges en cours. Ceci emporte nécessairement, en l'espèce, l'annulation du

jugement, alors même que le juge aurait fait une juste application d'un texte qui, à la date de sa décision, n'avait pas été déclaré inconstitutionnel.

2) La deuxième série de précisions est plus générale.

Il n'est tout d'abord pas inutile de préciser ce qu'il convient d'entendre par « instance en cours » au sens de la décision n° 2010-1 QPC du Conseil constitutionnel. Comme vous l'avez noté, le Conseil constitutionnel a donc, dans sa décision, entendu préserver « l'effet utile de [sa] décision sur les instances actuellement en cours », c'est-à-dire les instances en cours au 28 mai 2010. Or, comme pour notre prédécesseur, il nous semble que de telles instances doivent s'entendre, au sens et pour l'application d'une telle décision, de l'ensemble des litiges, y compris dans leur phase pré-juridictionnelle, non forclos, dans lesquels il a été fait application des dispositions en cause. Nous souscrivons tout à fait à l'argumentation de notre collègue sur ce point. Nous n'ignorons pas que le Conseil constitutionnel, dans des commentaires généraux publiés en avril 2011 et relatifs à l'effet dans le temps de ses décisions, a indiqué qu'« en l'absence de mention expresse en ce sens dans la décision du Conseil constitutionnel, l'inconstitutionnalité de la loi ne peut pas être invoquée dans des instances qui seraient introduites postérieurement à cette même décision ¹⁰ ». Mais il nous semble en l'espèce que cela n'interdit pas de retenir une conception large de la notion « d'instance ».

Ceci nous permet, d'un mot, de nous interroger également sur ce qui doit se passer pour les décisions administratives intervenues entre la date de la décision du Conseil constitutionnel et l'entrée en vigueur de l'abrogation. Il ne vous aura pas échappé en effet que la décision a cet effet paradoxal qu'elle s'applique aux instances en cours à sa date de publication, suspendues, et qu'elle n'a d'effet abrogatif qu'à compter du 1^{er}

¹⁰ Avant d'ajouter : « Le silence de la décision du Conseil sur ce point doit s'interpréter comme limitant les effets passés de la déclaration d'inconstitutionnalité aux seuls litiges en cours ».

janvier 2011. Elle laisse donc la possibilité théorique pour l'administration de continuer à faire application – éventuellement à des demandes nouvelles – des dispositions existantes, inconstitutionnelles, ce qui n'est pas évident pour des droits continus. Il nous semble cependant que la situation pourra être résolue de trois manières : d'une part, il est probable que, à l'instar du juge, l'administration aura sursis à statuer ; d'autre part, si elle ne l'a pas fait, elle pourra éventuellement prendre des mesures provisoires dans l'attente d'un réexamen à la lumière des nouvelles dispositions. Quant à d'éventuels recours contentieux portant sur les décisions prises par l'administration sur ce fondement et pendant la période en cause, l'approche retenue à ce stade par le Conseil constitutionnel – qui évoluera peut-être au fil du temps – semble interdire de les remettre en cause. Mais alors le requérant ne pourrait plus invoquer leur inconstitutionnalité, ni le juge la soulever d'office, même s'il resterait bien sûr « l'arme » de l'inconventionnalité. Tout ceci vous conduirait sans doute, si vous étiez saisis – pur cas d'école – de pareils litiges, à retenir une conception pragmatique de la notion d'instances en cours, en incluant ces litiges nés pendant la période de transition compte tenu de leur nature, sous peine d'aboutir à des distorsions préjudiciables et peu compréhensibles du justiciable, ou tout simplement à une impasse juridique.

Relevons enfin que votre décision, si vous nous suivez, reviendra à introduire un nouveau motif de cassation qui n'est pas sans incidence pour votre office, puisque cela revient à censurer un jugement ou un arrêt pour une erreur que n'a pas directement commise le juge. En d'autres termes, le motif de cassation ainsi retenu interviendra en quelque sorte en amont de votre contrôle habituel, et conduira à la cassation, sauf substitution de motif lorsque l'arrêt ou le jugement aura déjà écarté l'application d'une disposition législative ou réglementaire sur le terrain de l'inconventionnalité et qu'aucun autre moyen ne sera de nature à prospérer.

3°) La troisième précision porte sur l'articulation entre la décision du Conseil constitutionnel et les dispositions législatives adoptées pour son « application ».

17

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Comme le relevait un commentateur de cette décision (cf. l'article de M. David Katz, « La décision n° 2010-1 QPC : épilogue ou simple épisode du contentieux de la dé cristallisation ? », RFDA 2010, n° 4, p. 717), la portée de celle-ci s'étend bien au-delà des seules dispositions abrogées. Le Conseil constitutionnel a en effet relevé que sa décision a pour effet « de replacer l'ensemble des titulaires étrangers, autres qu'algériens, de pensions militaires ou de retraite dans la situation d'inégalité à raison de leur nationalité résultant des dispositions antérieures à l'entrée en vigueur de l'article 68 de la loi du 30 décembre 2002 ». Il a ainsi pointé l'inconstitutionnalité de l'ensemble de l'édifice, puisque, pour citer le commentaire de la décision aux Cahiers du Conseil constitutionnel, la décision a « pour effet de "faire revivre", sans les conditions d'application prévues par ces lois de 2002 et 2006, les articles 170 de l'ordonnance du 30 décembre 1958 portant loi de finances pour 1959 et 71 de la loi de finances pour 1960 », elles-mêmes inconstitutionnelles pour les mêmes raisons.

L'article 211 de la loi du 29 décembre 2010 de finances pour 2011 a donc pour vocation de remédier à cette inconstitutionnalité « générale ». Il harmonise le montant des pensions par le haut et abroge par ailleurs plusieurs dispositions législatives, notamment celles de l'article 71 de la loi du 26 décembre 1959 portant loi de finances pour 1960. Enfin et surtout, tenant compte de la décision du Conseil constitutionnel, le paragraphe VI du même article prévoit que « le présent article est applicable aux instances en cours à la date du 28 mai 2010, la révision des pensions prenant effet à compter de la date de réception par l'administration de la demande qui est à l'origine de ces instances », étant précisé que l'article en question est entré en vigueur, aux termes de son XI, le 1^{er} janvier 2011.

Vous aurez constaté, à ce rapide résumé, que l'article en cause ne comporte aucune disposition sur les pensions de réversion, mais seulement sur les pensions servies aux militaires. En outre, s'il règle la question du **montant** des pensions, il ne comprend aucune disposition relative aux **conditions d'ouverture des droits**. En d'autres termes,

cet article a été clairement conçu pour mettre à niveau les pensions de retraites déjà servies, et reste muet sur la possibilité d'accéder à de nouveaux droits de réversion.

Ce silence renvoie donc à la question de savoir ce que doit faire le juge du litige lorsque la décision du Conseil constitutionnel et les dispositions adoptées consécutivement par le législateur ne sont pas, en première analyse, en parfaite adéquation. Il nous semble assez évident que, dans ce type d'hypothèse, vous devez interpréter les dispositions législatives à la lumière de la décision du Conseil constitutionnel. En l'espèce, celui-ci a décidé qu'il appartenait au législateur de prévoir une application aux instances en cours à la date de sa décision, des dispositions qu'il adopterait en vue de remédier à l'inconstitutionnalité constatée. Il a par ailleurs, implicitement mais nécessairement, admis que l'ensemble de l'édifice de cristallisation/décristallisation des pensions était inconstitutionnel, ce qui a conduit le législateur à abroger les dispositions de l'article 71 de la loi de finances pour 1960, **qui privaient les droits à pension de réversion des veuves d'anciens combattants n'ayant pas acquis la nationalité française au moment de l'indépendance de leur pays**. Il nous semble donc qu'en l'espèce, l'article 211 entend bien appliquer les nouvelles règles de calcul à l'ensemble des pensions comme aux pensions de réversion, et que son VI s'applique donc également à une telle demande. Nous pensons également que vous devrez considérer qu'en dépit de son silence, il entend bien régir les conditions d'ouverture des droits à pension de réversion, précisément en renvoyant implicitement à l'application des dispositions de droit commun pour la période postérieure à la date de réception de la demande, là encore en vertu d'une lecture compréhensive de son VI.

Commentaire [pym1]: N'est-ce pas plutôt « qui privaient de tout droit à une pension de réversion les veuves ... » ?

Au-delà, il nous semble que – là encore cas d'école –, dans l'hypothèse où le législateur s'éloignerait de la décision du Conseil constitutionnel sur la question principale, et où la loi nouvelle ne serait pas soumise au Conseil constitutionnel dans le cadre de son contrôle a priori, il appartiendrait au requérant de soulever une nouvelle QPC, sauf à imaginer un « droit de suite » qui permettrait au juge de

soumettre pour interprétation la disposition en cause au Conseil constitutionnel, en ce qu'elle serait la conséquence logique – et uniquement en cela – de sa décision.

Pour en revenir au cas d'espèce, le tribunal administratif de Poitiers s'est exclusivement fondé sur les dispositions de l'article 68 de la loi de finances rectificative pour 2002 et sur celles de l'article 71 de la loi de finances pour 1960, lesquelles ont été respectivement abrogées par la décision du Conseil constitutionnel et le législateur, leur application étant écartée pour les litiges en cours à compter de la date de réception des demandes. Si vous nous avez suivi sur les conséquences à tirer de cette double intervention, vous **annulerez donc le jugement du tribunal administratif du 13 décembre 2006 en tant qu'il statue sur le droit à pension de Mme M....**

IV. Vous devrez ensuite faire de même du reste du jugement, qui est également entaché d'illégalité en tant qu'il statue sur les droits du fils de l'intéressée.

M. El Mustapha M... avait 32 ans à la date de l'enregistrement de la requête par le tribunal administratif, seule date à laquelle l'intérêt pour agir est apprécié (CE 6 octobre 1965, *M...*, p. 493 ; 24 octobre 1994, *Commune de la Tour du Meix*, p.462). Or, c'est sa mère qui a présenté des conclusions tendant à ce que lui soit reversée une pension d'orphelin. Le tribunal a rejeté les conclusions de la requérante, au motif qu'elle ne justifiait d'aucun intérêt lui donnant qualité pour agir au nom de son fils, faute de produire un mandat donné par ce dernier. Il est soutenu qu'il a commis une erreur de droit en statuant ainsi sans inviter préalablement la requérante à régulariser sa requête.

Vous savez qu'en principe, un parent ne peut agir, même muni d'un mandat, au nom d'un enfant majeur (CE 3 juin 1949, *Altmayer*, p.265), tout comme un enfant ne peut représenter son père ou sa mère (CE 22 juin 1977, *M...*, p. 925) ou encore un frère sa

sœur (CE section 31 janvier 1964, *Ministre de l'agriculture c/B...*, p. 74). De la même façon, la personne représentée ne peut en principe régulariser la demande présentée en son nom lorsque son auteur n'avait aucun intérêt à agir, y compris en s'appropriant ces conclusions (cf., sur la réappropriation par un salarié de conclusions présentées en son nom par un syndicat, CE, 10 juin 1983, *Syndicat départemental et intercommunal CFDT de la Lozère*, aux tables p. 817).

Cette règle n'est cependant pas absolue. Vous admettez ainsi qu'en cas de lien étroit entre la personne représentée et le requérant initial, la requête puisse être régularisée **si la personne s'approprie les conclusions présentées en son nom**, et ce même après l'expiration du délai de recours. C'est ce que vous avez admis pour les époux (Section, 27 juillet 1990, *Ministre de l'agriculture c/ B...*, p. 240) ; pour les frères et sœurs du requérant (22 juillet 1977, *Epoux M...*, T. p. 925), mais aussi pour un enfant majeur se réappropriant les conclusions présentées par ses parents (cf., pour une demande de naturalisation CE 23 mai 1986, *M... K...*, n° 48191 ; pour l'attribution d'un « revenu minimum étudiant », 11 décembre 1996, *Centre communal d'action sociale de Saint-André-les-Vergers*, au recueil sur un autre point ; confirmé récemment par CE, 23 juillet 2010, *M. et Mme D...*, n° 329418, à mentionner aux Tables, concl. R. Keller). Par votre décision de 1996, vous avez ainsi jugé que si le fils majeur du requérant initial « ne pouvait, eu égard aux dispositions des articles R. 108 et R. 116 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, être représenté devant les premiers juges que par un avocat ou un avoué du ressort de la juridiction, l'irrecevabilité de la demande présentée par son père en méconnaissance de ces prescriptions était susceptible d'être couverte en cours d'instance, soit par l'intervention d'un avocat ou d'un avoué, soit par l'appropriation [par le fils] des conclusions de la demande introduite par son père ». Et vous avez estimé « que le tribunal administratif était tenu de mettre à même le demandeur de régulariser la requête sur ce point en lui impartissant un délai raisonnable ».

Vous savez que l'article R. 612-1 du code de justice administrative, dans sa rédaction issue du décret n° 2002-547 du 19 avril 2002, prévoit que « Lorsque des conclusions sont entachées d'une irrecevabilité susceptible d'être couverte après l'expiration du délai de recours, la juridiction ne peut les rejeter en relevant d'office cette irrecevabilité qu'après avoir invité leur auteur à les régulariser », consacrant ainsi une jurisprudence ancienne (Section, 26 juin 1959, Syndicat algérien de l'éducation surveillée, p. 399, sur un mandat). Nous ne sommes pas sans savoir qu'en principe, les questions d'intérêt pour agir ne relèvent pas du champ de ces dispositions (28 juillet 1993, S..., n° 128703,). Mais il nous semble résulter de votre jurisprudence précitée comme du lien très étroit de parenté entre les requérants, que, dans ce type d'hypothèse très limitée, le tribunal aurait dû inviter les requérants à régulariser la requête, ce qu'il n'a pas fait en l'espèce. Si vous ne nous suivez pas, vous pourrez rejeter les conclusions sur ce point et n'annuler que partiellement le jugement.

V. Si vous nous suivez, vous pourrez donc annuler le jugement dans sa totalité, puis régler l'affaire au fond en application de l'article L. 821-2 du code de justice administrative, en commençant par examiner la situation de Mme M....

Si la double question des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité se pose en matière de pensions, ce n'est pas un hasard : les pensions constituent en effet des « droits continus », dont le contentieux aboutit souvent à des solutions « à tiroir », en fonction des périodes considérées, c'est-à-dire des législations successives.

A. En l'espèce, il faut donc commencer par prendre en compte les effets de l'article 211 de la loi du 29 décembre 2010 de finances pour 2011.

Si vous nous avez suivi pour considérer que l'article 211 s'applique aux pensions de réversion, cet article est, en vertu de son VI, « applicable aux instances en cours à la date du 28 mai 2010, la révision des pensions prenant effet à compter de la date de réception par l'administration de la demande qui est à l'origine de ces instances ». Il

22

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

faut donc écarter l'application des dispositions législatives antérieures, compte tenu de ce que nous avons rappelé, à compter de la date de réception de sa demande par l'administration, c'est-à-dire à compter du 11 juin 2004, pour statuer sur le droit à pension de réversion de Mme M... pour cette période sur le fondement des nouvelles dispositions.

Or, s'agissant des conditions d'ouverture des droits à pensions de réversion d'une veuve d'un ancien militaire n'ayant pas opté pour la nationalité française, les nouvelles dispositions sont muettes : elles ont abrogé l'ancien régime discriminatoire, sans lui en substituer de nouveau. Il s'en déduit nécessairement que les personnes placées dans cette situation doivent se voir appliquer le droit commun, c'est-à-dire les dispositions du code des pensions civiles et militaires de retraite relatives aux pensions des ayants cause applicables **à la date du décès de l'ayant droit**.

A cette date – 1992 dans notre affaire –, c'est l'article L. 47 du code des pensions civiles et militaires de retraite, qui s'appliquait. Celui-ci subordonne en principe le droit à pension de veuve à la condition « que depuis la date du mariage jusqu'à celle de la cessation de l'activité du mari, celui-ci ait accompli deux années au moins de services valables pour la retraite, sauf si un ou plusieurs enfants sont issus du mariage antérieur à ladite cessation, lorsque le mari a obtenu ou pouvait obtenir la pension prévue à l'article L. 6 (1°) (...) ». Il est toutefois dérogé à cette condition par l'article L. 39 qui prévoit que « le droit à pension de veuve est reconnu : / 1° Si un ou plusieurs enfants sont issus du mariage ; 2° Ou si le mariage, antérieur ou postérieur à la cessation d'activité, a duré au moins quatre années ». En l'espèce, Mme M..., qui s'est mariée en 1956 avec l'intéressé, est restée avec lui jusqu'à son décès, et soutient sans être contredite que sept enfants sont nés de ce mariage. Elle remplit donc les conditions de droit commun prévues par le code des pensions civiles et militaires pour l'obtention d'une pension de veuve à compter du 11 juin 2004. S'agissant des *modalités de calcul* de sa pension, ce sont naturellement les règles fixées par l'article 211, seules applicables à compter de la date de la demande, qui devront s'appliquer.

Vous devrez donc annuler la décision du ministre en tant qu'elle refuse à Mme M... l'attribution d'une pension de veuve à compter du 11 juin 2004, dans les conditions que nous venons de rappeler.

A ce stade, si vous nous permettez cette expression, Mme M... a donc « épuisé » les effets de la question prioritaire de constitutionnalité, et de l'intervention de l'article 211 de la loi de finances pour 2011.

B. Mais la requérante demande également une pension de réversion pour la période allant du décès de son mari, en 1992, à la date de sa demande, en invoquant cette fois l'inconventionnalité des dispositions des articles 71 de la loi de finances pour 1960 et 68 de la loi de finances pour 2002, pour cette période.

Vous aurez reconnu, à l'énoncé de ce moyen, la seconde question que nous évoquions en ouverture de ces conclusions, et qui conduit à s'interroger sur la nature de votre contrôle de conventionnalité à la lumière des évolutions que nous avons rappelées.

1°) Il résulte de la décision du Conseil constitutionnel et de l'intervention du législateur consécutive que, pour la période antérieure à la date de réception de la demande, il faut faire application de l'article 68 de la loi de finances pour 2002 et des dispositions antérieures. Le I de cet article prévoit que les prestations servies en application de ces dispositions sont calculées dans les conditions prévues à son VI, c'est-à-dire qu'elles « peuvent faire l'objet, à compter du 1^{er} janvier 2002 et sur demande, d'une réversion » mais que « l'application du droit des pensions aux intéressés et la situation de famille sont appréciées à la date d'effet des dispositions visées au I pour chaque Etat concerné ». En d'autres termes, ces dispositions admettent la possible réversion d'une pension décristallisée pour l'avenir, mais renvoient, pour l'appréciation des conditions d'ouverture des droits, à la législation applicable à la date de l'indépendance des pays concernés, soit, en l'espèce, le 1^{er} janvier 1961.

Or, à cette date, l'article L. 64 du code des pensions civiles et militaires de retraite excluait du droit à pension de réversion les veuves dont le mariage avait été célébré postérieurement à la cessation d'activité du conjoint titulaire de la pension, sans tenir compte de ce que des enfants seraient issus du mariage. En application du seul droit interne, il faudrait donc vous arrêter là et constater que Mme M... ne peut bénéficier d'une telle pension, puisque M. M... avait cessé son activité au sein de l'armée française le 13 janvier 1953 et que son mariage avec l'intéressée n'a eu lieu que le 14 juin 1956.

2°) Mme M... soutient cependant que les dispositions du VI de l'article 68 de la loi du 30 décembre 2002, en renvoyant aux conditions applicables à la date de l'indépendance de leur pays, sont incompatibles avec les stipulations de l'article 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'article 1^{er} du premier Protocole annexé à cette convention. L'argumentation est connue (cf. pour une incompatibilité des dispositions de l'article 71 de la loi de 1959 avec les mêmes stipulations, votre arrêt d'Assemblée précité du 30 novembre 2001, *Ministre de la défense et ministre de l'économie c/ D...*, n°s 212179 212211, p. 605) : elle fait valoir que ces dispositions instaurent une discrimination fondée sur la nationalité en appliquant aux veuves de militaires étrangers les dispositions du code des pensions civiles et militaires de retraite en vigueur à la date d'indépendance de leur pays, quand les veuves de militaires français se voient appliquer les dispositions de ce code en vigueur à la date du décès du militaire.

Nous vous l'avons dit, nous sommes convaincu de l'intérêt de préciser la nature exacte du contrôle de conventionnalité, *a fortiori* dans un contexte marqué par l'émergence d'un contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. Et la présente affaire fait apparaître que le premier peut prendre, dans certains cas, le relais du second.

Ainsi que le relevaient les commentateurs autorisés de votre décision de Section précitée *Communes de Palavas-Les-Flots* et de *Lattes* (AJDA 2010, p. 2416, chronique de D. Botteghi et A. Lallet, « De l’art faussement abstrait (et pas vraiment concret) du contrôle de conventionnalité »), jusqu’à cette décision, vous n’aviez jamais délibérément opté pour un contrôle concret ou pour un contrôle abstrait en la matière. Si vous avez apporté des précisions importantes par cet arrêt, remarquablement éclairé par les conclusions de N. Boulouis, vous ne vous êtes cependant prononcés que sur le contrôle des lois de validation, et plus précisément sur la prise en compte des circonstances de l’espèce pour apprécier l’existence d’un motif impérieux d’intérêt général susceptible de la justifier.

Le cas dont vous êtes aujourd’hui saisis est plus général, et nous invite à préciser ce contrôle. Plusieurs éléments doivent selon nous être distingués.

a) Il convient tout d’abord de rappeler l’objet du contrôle de conventionnalité : si l’on se concentre sur la loi, il est inutile de rappeler que le juge de la conventionnalité n’est pas le juge de la loi, mais simplement le juge de ce que nous appellerions « l’applicabilité valide » à un litige particulier d’une norme législative eu égard à sa compatibilité avec les stipulations d’une convention internationale, notamment, comme en l’espèce, la convention européenne des droits de l’homme. Il ne s’agit donc pas de faire *disparaître une loi* de l’ordonnement juridique – cela, c’est le travail du Conseil constitutionnel dans le cadre d’un contrôle de conformité à la Constitution – mais d’en *écarter l’application* dans un litige donné, avec pour conséquence, le cas échéant, l’annulation de la disposition réglementaire prise pour son application et contestée (cf., pour un tel exemple, 10/9 SSR, 6 avril 2007, *Comité Harkis et Vérité*, T. p. 856). La distinction est de taille : les droits garantis par la convention sont des droits subjectifs. Le juge de la conventionnalité ne peut donc qu’être le juge du litige, là où le contrôle de constitutionnalité est, en France, « externalisé », par rapport à celui-ci, et confié au juge de la loi.

b) A partir de là, deux approches théoriques sont traditionnellement opposées en matière de contrôle de conventionnalité : une approche dite « objective » ou « abstraite » ; et une approche dite « subjective » ou « concrète ».

La première consiste, pour reprendre les termes des commentateurs autorisés de votre décision *Commune de Lattes*, à « opérer un contrôle de principe indépendant des données de l'espèce » (cf. la chronique précitée de D. Botteghi et A. Lallet). En d'autres termes, le juge regarde si la norme nationale est « intrinsèquement », *par elle-même*, de manière générale et absolue, compatible avec les stipulations invoquées. En cas de réponse positive, il en écarte l'application avant tout examen concret du litige. Ce mode de contrôle est évidemment très proche du contrôle opéré dans le cadre de la QPC, même si celui-ci fait intervenir deux juges successifs – à ceci près bien sûr qu'il ne s'agit que d'un contrôle de compatibilité.

Commentaire [pym2]: « négative » ?

La seconde approche, dite subjective ou concrète, consiste à opérer un contrôle non plus dans l'absolu, mais à partir et dans les limites des données propres du litige particulier soumis au juge. Celui-ci se borne alors à écarter l'application de la norme au cas d'espèce, et surtout raisonne à partir de ce que l'on pourrait appeler la « clé d'entrée » que constitue la situation particulière du litige qui lui est soumis et qui conditionne fortement son contrôle.

Les deux approches théoriques existent, et il faut bien avouer qu'elles semblent trouver toutes les deux un écho, sans doute pas toujours parfaitement formalisé, dans votre jurisprudence. Les conclusions de N. Boulouis en donnaient de nombreuses illustrations en matière de lois de validation comme en général. Rien que pour le contentieux des pensions, seul ici en litige, nous ne pouvons que relever que vous vous êtes inscrits, à quelques années d'écart, dans les deux démarches. C'est ainsi que, par votre arrêt d'Assemblée précité du 30 novembre 2001, *Ministre de la défense et ministre de l'économie c/ D...*, vous avez retenu une approche abstraite, pour juger

27

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

que la loi de 1959 était incompatible avec les articles 14 de la convention européenne et 1er de son Premier protocole annexé dès lors qu'elle instituait une discrimination à raison de la nationalité. En revanche, dans votre arrêt de Section précité *Mme B...* du 7 février 2008 (n° 267744, p. 29), vous avez explicitement subordonné l'exercice du contrôle de conventionnalité à la circonstance que la requérante détienne un « bien » au sens de ces stipulations. Et vous avez considéré qu'en l'espèce, la requérante, qui avait épousé son mari après les lois de cristallisation, n'était pas fondée à soutenir qu'elle aurait détenu un droit de percevoir une pension de réversion susceptible d'être regardé comme un bien ou un droit patrimonial au sens de l'article 1^{er} du 1^{er} protocole, et qu'elle « ne saurait dès lors utilement invoquer les stipulations de cet article, combinées avec celles de l'article 14 de cette convention ».

c) Mais, c'est le troisième point, cette distinction nous semble en grande partie théorique, pour tout dire un peu trop dichotomique, et ne pas totalement correspondre au contrôle effectivement exercé par le juge.

Le principal apport de la décision *Commune de Lattes* a été de montrer que, au-delà du cas des lois de validation, il n'est pas possible de définir un mode unique de contrôle de conventionnalité. Tout simplement parce que ce contrôle est indissociable d'un litige donné. L'une des grilles de lecture, proposée notamment par N. Boulouis et reprise en partie par les commentateurs à l'AJDA, était de raisonner selon une binarité entre contrôle de validité de la norme et contrôle de l'applicabilité de la norme à un litige particulier. Mais si une telle distinction peut effectivement valoir, dans son volet validité, sur la contestation d'un acte réglementaire, elle ne nous semble pas valoir dans tous les cas, notamment quand est pris un acte réglementaire en application d'une norme législative dont la compatibilité avec des stipulations internationales est contestée. On voit bien que, dans ce type d'hypothèse, c'est un contrôle de validité de la norme législative par la voie de l'exception, qui conduit en fait à en écarter l'application pour constater que le règlement est privé de base légale. Toute la difficulté est que, alors même que le contrôle du juge se présente *a priori* comme un

contrôle concret et subjectif, il a souvent la portée d'un contrôle abstrait. Or « objectiviser » à l'excès ce contrôle risquerait de faire du juge de la conventionnalité ce qu'il n'est pas et ce qu'est le juge de la constitutionnalité : un censeur de la norme *in abstracto*.

Nous ne pensons donc pas qu'il faille, par nature, distinguer à l'excès les dimensions abstraite et concrète d'un même contrôle. **Nous sommes en effet convaincu que le contrôle de conventionnalité, à partir d'un même processus, revêt une portée et a des effets différents en fonction, d'une part, de la nature des litiges, d'autre part, du contenu des normes confrontées. C'est ce que nous appelions précédemment un contrôle de la « valide applicabilité » de la norme au litige.**

Nous ne pouvons en effet nous empêcher de penser qu'il est quelque peu artificiel d'opposer deux théories d'un contrôle qui, du point de vue du justiciable, n'a qu'une seule finalité : écarter l'application d'un texte pour la seule résolution d'un litige, que ce litige soit tout entier dirigé contre un texte réglementaire pris pour l'application de la loi en cause, ou qu'il porte sur une situation individuelle particulière régie par celui-ci.

Nous ne pouvons également nous empêcher de penser qu'un contrôle qui raisonnerait à partir d'une « clé d'entrée » excessivement restrictive n'est ni totalement conforme à votre office, notamment en excès de pouvoir – la seule clé d'entrée opposable au justiciable étant celle de l'intérêt pour agir et de la recevabilité de sa requête et des moyens –, ni le plus utile pour le contrôle de l'application de la norme.

Il nous semble donc qu'en matière de conventionnalité, votre contrôle est, si vous nous permettez cette tentative de synthèse, un contrôle relativement abstrait mais dont la portée est tributaire d'un contentieux subjectif, ou, en d'autres termes, un contrôle abstrait en son cœur – il s'agit bien de confronter deux normes – dont l'intervention est conditionnée à l'existence d'une situation de fait particulière et

qui n'a d'existence qu'en tant qu'il s'applique au cas particulier soumis au juge, sans avoir vocation à provoquer des répercussions immédiates et générales sur l'ordonnement juridique.

d) Essayons donc, à partir de là, de décortiquer en quoi doit consister, concrètement (sans mauvais jeu de mots), un tel contrôle. Nous pensons que, saisis d'un moyen tiré de l'inconventionnalité d'une norme dont il est fait application, vous devez tout d'abord vous interroger sur la « recevabilité » de l'invocation des stipulations internationales. Il s'agit bien pour nous d'une question de recevabilité du moyen, en ce qu'une personne ne peut, par exemple, invoquer les stipulations combinées des articles 14 de la convention européenne et 1^{er} du Premier protocole que si elle fait état de l'existence d'un bien ; ou la méconnaissance des stipulations de l'article 6 § 1 que si elle fait effectivement l'objet d'un « procès » au sens de ces stipulations. C'est ce qui est parfois regardé comme la « clé d'entrée » du contrôle subjectif, mais qui nous semble, de manière plus « contentieuse », un simple *élément de recevabilité du moyen* tiré de l'inconventionnalité de la norme (et non, à notre sens, d'inopérance comme semble l'avoir implicitement jugé votre décision de Section précitée du 7 février 2008 *Mme B...* dont nous nous éloignons sur ce point). Et c'est ce qui confirme que le point de départ du contrôle de conventionnalité n'est jamais totalement « *in abstracto* » (là où le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* peut être déclenché dès lors que la norme est applicable au litige).

Si le moyen est ainsi « recevable », le juge doit ensuite exercer un contrôle classique de compatibilité entre le contenu de cette norme et le principe conventionnellement garanti invoqué. En fonction du contenu des deux normes ainsi confrontées, il peut être amené, pour apprécier la compatibilité entre les deux, soit à raisonner *in abstracto*, soit à prendre en compte les données particulières du litige lorsque celui-ci le justifie. Vous reconnaissez dans cette seconde voie le raisonnement que vous avez suivi dans votre décision *Commune de Lattes* pour le contrôle de l'applicabilité d'une « loi de

validation » d'une opération ponctuelle, c'est-à-dire d'une *norme indissociable d'une situation particulière*.

C'est là que réside l'articulation entre contrôle concret et contrôle abstrait, ainsi, surtout, que dans les effets de l'incompatibilité avec la convention constatée, qui varient selon la nature du litige et le contenu des normes confrontées.

La question des effets renvoie à la troisième étape : au-delà du fait pour le juge d'écarter l'application de la loi, deux possibilités sont en fait ouvertes :

- **soit le litige tend directement à l'annulation d'un texte réglementaire**, et le moyen invoqué est tiré de l'incompatibilité du texte en question – ou par voie d'exception, de la loi pour l'application de laquelle il a été adopté. Le contrôle ci-dessus rappelé se traduira par l'appréciation d'une situation subjective réduite au minimum – proche en fait de l'intérêt pour agir – et mènera inéluctablement, en cas d'incompatibilité, à un résultat semblable à celui obtenu dans le cadre d'un pur contrôle abstrait : la norme réglementaire est annulée ; quant à la norme législative dont l'inconventionnalité est contestée par la voie de l'exception, le raisonnement, s'agissant d'un texte d'application général, est nécessairement abstrait, et le jugement du juge administratif implique que la disposition législative en cause est globalement inconventionnelle (cf. pour un exemple, votre décision *Comité harkis et vérité précitée*).

- **soit le litige porte sur une situation individuelle** : dans ce cas, la clé d'entrée subjective est déterminante, et les effets immédiats de l'inconventionnalité – qualifiée par les commentateurs à l'AJDA de l'arrêt *Commune de Lattes* de contrôle abstrait « relatif » – sont limités au seul litige dont le juge est saisi, ce qui justifie que vous vous soyez toujours refusés à soulever d'office l'inconventionnalité d'une norme législative ou réglementaire (cf. Section, 11 janvier 1991, *S. A. Morgane*, n° 90995, p. 9, aux conclusions du président Hagelsteen). Mais même dans ce cas, deux possibilités s'ouvrent cependant **en fonction de la nature du droit mis en cause et du contenu de la disposition contestée** :

- o soit l'incompatibilité est radicale, au-delà du cas d'espèce, parce que la norme en cause contrevient par elle-même à un principe fondamental, et vous n'avez alors qu'à écarter totalement l'application de la norme nationale. Prenons des exemples caricaturaux : serait dans ce cas, sur le fondement de l'article 1^{er} du Premier protocole, une norme qui, d'un coup, viendrait priver de leur résidence tous les propriétaires sans justification ni indemnisation préalable. Ou encore, sur le fondement de l'article 6 §1, une norme qui priverait désormais les requérants des droits de la défense dans les instances devant telle juridiction. On voit bien que l'inconventionnalité serait alors manifeste, radicale, absolue, inéluctable, indépendamment de toute situation particulière. Limitée à un cas d'espèce, la portée de votre décision n'en revêtirait pas moins une portée générale, en ce qu'elle pourrait être « reproduite » dans tous les litiges soulevant un moyen identique, quelles que soient les particularités de votre affaire. C'est le sens de votre jurisprudence d'Assemblée du 30 novembre 2001, *Ministre de la défense et ministre de l'économie c/ D...*, confirmée encore récemment par une décision du 30 mars 2011 (*Ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique c/ D...*, n° 312346, à publier au Recueil).
- o soit l'incompatibilité ne revêt une telle portée qu'en fonction des circonstances de l'espèce, ou, en d'autres termes, n'est ni absolue, ni systématique, ce qui est fréquent dans un contrôle de compatibilité. C'est alors un contrôle dont l'étape principale, si l'on peut dire, reste abstraite dans son principe, mais concrète dans ses modalités, puisque conditionnée, limitée et éclairée par les seules circonstances du litige. C'est l'hypothèse que vous avez eu à connaître dans votre décision *Commune de Lattes*.

e) Si vous nous suivez sur cette grille d'analyse, vous constaterez alors que, en écho de notre propos d'ouverture sur le « sablier normatif » du point de vue du justiciable, l'ensemble du double système du contrôle de constitutionnalité et du contrôle de conventionnalité est « bouclé » : le premier est purement abstrait, indépendant de tout litige, externalisé, et a des effets radicaux – la disparition de la loi de l'ordonnancement juridique et son inapplicabilité absolue dans les litiges en cours – sauf si le Conseil constitutionnel en décide autrement. Les conséquences pour les litiges en cours se soulèvent alors d'office, quel que soit le stade de l'instance, précisément parce qu'il s'agit d'une absence de conformité absolue. **Le second contrôle est plus complexe, mixte, fondamentalement tributaire d'un litige et limité à celui-ci**, donc indissociable de l'office du juge de ce litige, et a des effets relatifs, même si, pour ce faire, le juge peut être amené à confronter de manière abstraite les normes contestées et les garanties des stipulations conventionnelles. Portant sur une question de validité relative – ou d'applicabilité ponctuellement valide – de la norme, il est revêtu de l'autorité relative de la chose jugée et ne se soulève pas d'office, comme vous le jugez depuis vingt ans. **Certes, dans les deux cas, le juge constate que la loi méconnaît une norme supérieure : mais alors que, pour le contrôle de constitutionnalité, la finalité principale est la disparition de l'ordonnancement juridique, avec pour « effet secondaire », si l'on peut dire, que le juge du litige doit en écarter l'application si le Conseil constitutionnel l'admet, le contrôle de conventionnalité a pour finalité principale d'écarter l'application de la loi au litige, avec pour conséquence secondaire éventuelle – et en tout état de cause limitée dans ses effets – que le motif d'inconventionnalité peut être plus général.** Le « point de contact » entre ces deux sphères complémentaires est triple : le 1^{er} est normatif (c'est l'article 55 de la Constitution) ; le deuxième réside dans la complémentarité des protections dans certains litiges, comme en l'espèce ; le troisième réside dans l'existence de litiges dans lesquels, par leur nature comme par le contenu des normes ainsi confrontées, les effets de l'inconventionnalité sont généraux, à l'instar de ceux produits par le contrôle de constitutionnalité.

Et l'on voit bien ce que ces deux contrôles ont de complémentaire : attaché à un litige particulier, le contrôle de conventionnalité peut s'avérer plus favorable que le contrôle de constitutionnalité, parce qu'il est tout entier dirigé vers un litige qu'il permet d'épuiser, là où l'unique – ou en tout cas prioritaire – préoccupation du second est le *maintien* ou non de la loi dans l'ordonnement juridique. Cette consolidation de la distinction des deux contrôles, loin d'atténuer la portée de l'un et de l'autre, nous semble donc, au contraire, leur donner leur pleine portée dans un dialogue constructif, conformément d'ailleurs à ce qu'affirme le Conseil constitutionnel quand il relève « qu'il appartient aux divers organes de l'Etat de veiller à l'application des conventions internationales dans le cadre de leurs compétences respectives » (décision n° 86-216 DC du 3 septembre 1986).

3°) Reste alors à appliquer cette grille d'analyse au cas de Mme M... pour la période antérieure au 11 juin 2004.

1^{ère} étape, donc : dès lors qu'elle invoque la méconnaissance par la loi de 2002 de stipulations des articles 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 1^{er} du Premier protocole annexé à celle-ci, Mme M... doit justifier de l'existence d'un « bien » ou d'une « espérance légitime ». C'est le point de départ du raisonnement, nécessairement subjectif, sur lequel nous sommes en plein accord avec votre décision de Section précitée du 7 février 2008 *Mme B...*, même s'il s'agit selon nous plutôt d'une question de recevabilité du moyen d'inconventionnalité et non d'opérance. Mais il faut alors savoir comment il convient d'apprécier l'existence d'un tel bien.

Vous savez que l'article 14 de la convention ne peut, en principe, être invoqué de manière « indépendante » (CEDH, 18 juillet 1994, *Karlheinz Schmidt c/ Allemagne*, série A, n° 291-B). Il doit ainsi être articulé avec d'autres stipulations, tout simplement parce qu'une discrimination a nécessairement un objet, qui se rattache le plus souvent

à un droit garanti par la convention. Tel est le cas du droit de propriété, protégé par l'article 1^{er} du Premier protocole. La Cour de Strasbourg retient, en la matière, une conception dite « autonome » de la notion de « biens » (CEDH, 30 novembre 2004, *Oneryildiz c/ Turquie*, AJDA 2005, p. 500 ; et surtout le commentaire de F. Sudre et autres, Les grands arrêts de la CEDH, p. 690), laquelle revêt une acception assez large : sont ainsi regardés comme tels des biens corporels, mais aussi incorporels, tels par exemple qu'une clientèle. La cour a en outre complété la notion de bien au sens patrimonial par un second volet connu sous le vocable d'« espérance légitime » (CEDH, 29 novembre 1991, *Pine Valley c/Irlande*, n° 12742/87), et qui constitue en quelque sorte un « filet de sécurité » permettant d'élargir la notion lorsque n'est pas en cause un « bien » *stricto sensu*. Une telle notion s'applique notamment aux créances (CEDH, 16 avril 2002, *SA Dangeville c/ France*), fussent-elles incertaines, mais à condition toutefois que cette espérance soit fondée sur une base suffisante en droit interne pour la faire naître, comme, par exemple, une jurisprudence constante des tribunaux nationaux ou l'existence d'un titre juridique comme un contrat ou un certificat d'urbanisme (CEDH, Grde Chambre, *Kopecky c/ Slovaquie*, 28 septembre 2004, n° 44912/98 ; puis 6 octobre 2005, *Draon et Maurice c/ France* ; 14 février 2006, *Lecarpentier c/ France*, n° 67847/01).

Votre jurisprudence de Section précitée du 7 février 2008, *Mme B...* la plus récente, semble s'être implicitement inscrite dans cette seconde perspective en matière de pensions de réversion. Vous pourriez donc considérer que, faute de constituer un bien effectivement détenu, la perspective d'une pension de réversion ne peut être appréhendée, en ce qui concerne Mme M..., que sous l'angle de l'espérance légitime. La question est alors de savoir à quelle date il convient de se placer pour apprécier une telle espérance. Dans votre décision de Section *Mme B...* du 7 février 2008,, vous vous êtes concentrés sur la situation de l'intéressée à la date à laquelle elle a rempli la condition de mariage posée par le code des pensions pour bénéficier d'une pension de réversion, c'est-à-dire *ab initio*. Dès lors que la requérante avait épousé un ancien militaire après la date de cristallisation des pensions, vous en avez déduit qu'elle ne

pouvait justifier de l'existence d'un bien au sens de l'article 1^{er} du Premier protocole pour invoquer « utilement » l'inconventionnalité. Si vous reteniez une telle conception en l'espèce, vous seriez donc conduits à juger que l'espérance légitime d'obtenir le paiement d'une somme d'argent peut éventuellement être regardée comme un bien au sens de ces stipulations, mais qu'elle s'apprécie non à la date du décès, comme dans les conditions de droit commun, mais à la date du mariage – dont nous relevons qu'elle est antérieure à l'entrée en vigueur de la convention européenne. Mme M... s'étant mariée avant la date de cristallisation, il résulte de votre jurisprudence de Section *Mme B...* du 7 février 2008 qu'elle avait, à cette date, une espérance légitime de toucher une pension de réversion en tant qu'épouse de militaire français. Elle serait donc recevable à invoquer l'inconventionnalité des dispositions précitées.

Un tel raisonnement ne nous convainc cependant pas – non pas dans son résultat, mais dans son cheminement – et nous relevons que la décision de Section *Mme B...* du 7 février 2008 elle-même n'emploie pas le terme d'espérance légitime. En appréciant la situation à la date du mariage, vous risquez de vous s'éloigner de ce qui est le cœur de votre office du juge de la conventionnalité tel que nous l'avons présenté : d'une part, alors qu'il s'agit de droits continus, la situation serait appréciée à un instant « t », *ab initio*, et non au regard d'une situation « complète », intégrant une certaine continuité, comme l'implique à notre sens la prise en compte de la situation particulière comme condition de la recevabilité d'un moyen. Or, apprécier la situation à la date du mariage intervenu 40 ans auparavant nous semble relativement problématique, et pour tout dire un peu « court »¹¹ pour apprécier l'existence d'une espérance légitime. D'autre part et surtout, faute de prendre en compte l'ensemble de la situation individuelle, un tel raisonnement aurait un effet cliquet auquel nous ne parvenons pas à souscrire compte tenu de la conception traditionnelle de votre office : il revient en effet à juger qu'une personne ne peut contester l'atteinte discriminatoire portée à un bien sur le terrain conventionnel, dès lors que cette discrimination trouve sa source dans une législation

¹¹ Temporellement

préexistante. Selon le jour de son mariage – la veille ou le lendemain de l’entrée en vigueur du texte, par exemple –, la même requérante peut ainsi contester un dispositif discriminatoire ou, au contraire, être privée de tout moyen d’invoquer son inconvencionnalité.

Si vous reteniez explicitement une approche en termes d’espérance légitime, il nous semble donc que vous devriez prendre en compte, pour apprécier la recevabilité du moyen d’inconvencionnalité, la situation de la requérante non à la date de son mariage, mais à la date du décès de son mari, c’est-à-dire à la date à laquelle les droits à réversion sont constitués, voire à la date de sa demande. Or, en l’espèce, force serait alors de constater que, si l’intéressée avait pu avoir l’espérance de disposer d’une pension de réversion à la date de son mariage, une telle espérance ne peut être regardée comme suffisamment stable, alors qu’elle en a été, de fait, privée pendant 40 ans. En d’autres termes, Mme M... ne peut se prévaloir d’une espérance légitime alors qu’elle n’a entrevu l’espoir de bénéficier d’une pension de réversion que pendant 3 ans, avant de le perdre ensuite pendant plus de quarante ans.

- Mais nous ne souscrivons pas à une telle approche en matière de pensions. Vous avez en effet toujours jugé qu’une pension servie à raison de critères parfaitement objectifs constitue un « bien » patrimonial, alors même que le requérant n’en aurait pas bénéficié du fait d’une législation discriminatoire, au sens de l’article 1^{er} du Premier protocole. Vous en avez jugé ainsi pour une pension militaire de retraite (Ass., 30 novembre 2001, *Ministre de la défense et ministre de l’économie c/ D...* précitée) ; pour une pension d’invalidité (CE, 7 juillet 2004, *T... H...*, n° 246277, aux Tables p. 696) ; ou pour les pensions de réversion auxquelles peuvent prétendre les veuves et intervenues avant la cristallisation (6 février 2002, *Ministre de l’économie c/B... H...*, n° 219383, p. 26 ; 6 février 2002, *Ministre de l’économie c/Mme D...*, n° 216172, T. p. 828). Et nous ne pensons pas que l’intervention de la cristallisation modifie considérablement cette approche.

Nous vous proposons en effet de juger que par nature, une pension attribuée selon des critères objectifs prévus par la loi constitue un bien, auquel peut prétendre toute personne qui remplit les critères objectifs pour en bénéficier, sauf, bien entendu, celui qui est invoqué comme discriminatoire. En d'autres termes, il nous semble que, compte tenu de votre office, vous ne pouvez dénier à un requérant la possibilité d'invoquer l'inconventionnalité d'un dispositif portant sur une pension dès lors qu'il satisfait aux qualités juridiques y ouvrant droit à l'exception de celle qui, à tort ou à raison, est regardée par lui comme discriminatoire. Nous relevons d'ailleurs que la Cour de Strasbourg a développé une approche de ce type en matière d'allocations ou prestations sociales, qu'il s'agisse d'allocations diverses, de pensions ou autres, dans le cadre de ce que le professeur Sudre appelle la « socialisation de la notion de bien »¹². C'est ainsi que, par un premier arrêt *Gaygusuz c/ Autriche* (CEDH, 16 septembre 1996), la cour a considéré que le droit à l'allocation d'urgence constitue un droit patrimonial au sens des stipulations de l'article 1^{er} du Premier protocole pour pouvoir ensuite sanctionner, au titre de l'article 14, une discrimination fondée sur la nationalité dans le bénéfice de cette allocation. Elle a ensuite retenu la même qualification pour l'allocation pour adulte handicapé, avant de juger que le critère de nationalité qui avait justifié le refus d'octroi de cette allocation au requérant méconnaissait les stipulations combinées des articles 14 et 1^{er} du Premier protocole (30 septembre 2003, *M. Koua Poirrez c/ France*, AJDA 2004, p. 537, obs. J.- F. Flauss). La cour a résumé sa position (cf. le communiqué du greffier sur l'arrêt *Stec c/ Royaume-Uni*, 6 juillet 2005, recevabilité), en relevant que « lorsque la législation interne reconnaît à un individu un droit à une prestation sociale, il est logique que l'on reflète l'importance de cet intérêt en jugeant l'article 1^{er} du protocole n° 1 applicable », clé d'entrée de l'invocation des stipulations de l'article 14.

¹² Cf. les ouvrages, auxquels nous renvoyons sur ces questions : F. Sudre, J.P. Marguénaud, J. Andriantsimbazovina, A. Gouttenoire, M. Levinet, *Les grands arrêts de la cour européenne des droits de l'homme*, Thémis, 5^{ème} édition, p. 690 et s. ; et F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'Homme*, PUF, 9^{ème} édition.

L'évolution de la Cour de Strasbourg dans le sens d'une conception à la fois « objective » et extensive de la notion de biens en matière de prestations sociales a d'ailleurs rencontré un écho en droit interne, si l'on en croit les commentateurs de ses décisions (cf. F. Sudre et autres, Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, précité). C'est ainsi que la Cour de cassation, dans une décision du 14 janvier 1999 (Soc. , B... c/ CPAM de Saint-Etienne, n° 00119), a qualifié de « bien » au sens de ces stipulations l'allocation supplémentaire du Fonds national de solidarité, avant de juger que, dès lors que l'intéressé remplissait toutes les autres conditions posées par la loi, la cour d'appel ne pouvait juger justifiée la décision de refus qui lui avait été opposée, uniquement fondée sur sa nationalité étrangère, sans méconnaître ces stipulations.

Nous vous proposons donc de retenir, pour apprécier l'existence d'un bien, le fait qu'en matière de prestations sociales, toute pension doit être regardée comme un bien dès lors qu'elle est prévue par la loi en fonction de critères d'attribution objectifs auxquels satisfait le requérant, à l'exception bien sûr du critère jugé discriminatoire. En l'espèce, les pensions de réversion sont servies aux veuves des anciens militaires ayant combattu sous le drapeau français, dès lors qu'elles remplissent les conditions matrimoniales et parentales que nous avons rappelées. Il existe donc un bien patrimonial, auquel la personne a droit a priori.

Si vous nous suivez sur ce point, vous devrez alors passer à la deuxième étape : l'examen de la comptabilité du VI de l'article 68 de la loi de 2002 avec les stipulations invoquées, qui vous conduira à écarter l'application de ces dispositions.

Il est connu que, au sens des stipulations précitées de la convention européenne des droits de l'homme, est discriminatoire une distinction entre des personnes placées dans une situation analogue, si elle n'est pas assortie de justifications objectives et raisonnables, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un objectif d'utilité publique, ou si elle

n'est pas fondée sur des critères objectifs et rationnels en rapport avec les buts de la loi. En l'espèce, nous ne doutons pas que le moyen doive prospérer : les pensions sont des rémunérations différées qui visent à assurer aux anciens militaires ou à leurs ayants cause, des conditions matérielles de vie en rapport avec la dignité des fonctions qu'ils ont exercées (cf., sur ce point, votre arrêt d'Assemblée du 30 novembre 2001, *Ministre de la défense et ministre de l'économie c/ D...*). Rien ne justifie, à cet égard, une différence à raison de la nationalité, comme vous l'avez déjà jugé dans vos arrêts précités (cf., pour un ayant cause, 6 février 2002 *Ministre de l'économie c/Mme D...*, n°s 216172 216657).

Mme M... est donc fondée à invoquer l'application inConventionnelle qui lui a été faite de ces dispositions. Vous devrez donc en écarter l'application, ce qui interdit au ministre de la défense d'examiner les droits à pension de Mme M... au regard du droit applicable le 1^{er} janvier 1961. Il convient donc d'examiner ces droits dans les conditions de droit commun, c'est-à-dire à la date du décès de M. M..., soit le 12 février 1992. Or, à cette date, Mme M... remplissait bien les conditions prévues par le code des pensions civiles et militaires pour l'obtention d'une pension de veuve.

4°) Reste alors à s'interroger sur les modalités de calcul de cette pension :

Il faut ici distinguer la période comprise entre la date à laquelle les dispositions de l'article 68 de la loi de finances pour 2002 ont été rendues applicables¹³, et le 11 juin 2004, de la période antérieure.

Pour la plus récente, Mme M... a droit à une pension de réversion décristallisée, c'est-à-dire liquidée dans les conditions prévues par les II et III de l'article 68 de la loi du 30 décembre 2002 de finances rectificative pour 2002.

¹³ C'est-à-dire, en vertu du IV de l'article 68, le 1^{er} janvier 1999 : il faut en effet distinguer la date d'entrée en vigueur du dispositif, dont il a été considéré par l'avis de Section K... du 18 juillet 2006 (n° 286122, p. 349) qu'elle est celle du décret d'application – 5 novembre 2003 – de la période couverte par ces dispositions, qui elle remonte au 1^{er} janvier 1999.

Pour la période comprise entre le 12 février 1992, date du décès de M. M..., et la date à laquelle les dispositions de décristallisation de 2002 ont été rendues applicables (1^{er} janvier 1999), le ministre ne soulève pas la prescription de droit commun prévue par l'article L. 74 du code des pensions civiles et militaires de retraite. Il faut donc faire application, pour l'ensemble de la période, des seuls textes applicables, à savoir l'article 71 de la loi du 26 décembre 1959, c'est-à-dire qu'il faut verser à l'intéressée une pension calculée à partir du montant de la pension « cristallisée » de son mari, après avoir constaté que sa situation devait toutefois, dans les conditions de droit commun, être appréciée à la date du décès de celui-ci. Mme M... suggère certes que les dispositions de l'article 71 de la loi du 26 décembre 1959 ont créé une différence de traitement entre les ayants cause des retraités en fonction de leur seule nationalité et sont incompatibles avec les stipulations des articles 14 de la convention européenne et 1^{er} du Premier protocole annexé à cette convention. Mais vous jugez que le IV de l'article 68 de la loi du 30 décembre 2002 faisait obstacle, pour la période précédant le 1^{er} janvier 1999, à l'invocation de l'incompatibilité des dispositions de l'article 71 de la loi du 26 décembre 1959 avec ces stipulations, dès lors que la requérante n'avait pas engagé d'instance avant l'entrée en vigueur de la loi du 30 décembre 2002, c'est-à-dire avant l'entrée en vigueur de son décret d'application le 5 novembre 2003 (CE, avis, 18 juillet 2006, K..., précité ; 11 février 2009, *Ministre de la défense c/ Mme M...*, n° 295712 ; 10 décembre 2009, *Mme D... et Mme B...*, n° 298760).

VI. Vous n'aurez plus alors, s'agissant des conclusions aux fins d'annulation, qu'à statuer sur le droit à pension d'orphelin du fils de Mme M... :

Notons tout d'abord que M. El Mustapha M... a produit un mémoire par lequel il a déclaré reprendre à son compte les conclusions et moyens développés en son nom par sa mère. Sa requête est donc recevable en vertu de la jurisprudence que nous vous avons rappelée.

Vous pourrez ensuite suivre un raisonnement similaire. Si l'intéressé ne pouvait bénéficier d'une telle pension en application des seuls articles 71 de la loi du 26 décembre 1959 et 68 de la loi du 30 décembre 2002, il fait valoir leur inconvencionnalité, en se prévalant d'un bien dans les conditions que nous avons indiquées. Ces dispositions sont, pour les mêmes raisons, incompatibles avec les stipulations déjà évoquées, en ce qu'elles instaurent une discrimination fondée sur la nationalité en appliquant aux orphelins de militaires étrangers les dispositions du code des pensions civiles et militaires de retraite en vigueur à la date d'indépendance de leur pays, quand les orphelins de militaires français se voient appliquer les dispositions de ce code en vigueur à la date du décès du militaire. Leur application au présent litige doit donc être écartée, ce qui conduit à examiner les droits de l'intéressé à la date du décès de son père en 1992, date à laquelle il remplissait les conditions de droit commun pour bénéficier d'une pension d'orphelin jusqu'à sa majorité. Pour les raisons indiquées, il a donc droit, la prescription n'ayant pas été soulevée en défense, à une pension d'orphelin calculée, à compter de la date du décès de son père jusqu'à l'âge de vingt-et-un an, à partir de la pension de retraite de son père, non revalorisée en application des dispositions de l'article 71 de la loi du 26 décembre 1959, dont la conventionnalité ne peut être invoquée pour les raisons précédemment indiquées.

VII. Vous pourrez donc, statuant sur les conclusions aux fins d'injonction présentées par les requérants, enjoindre au ministre de la défense de procéder, dans un délai de trois mois, à la liquidation des pensions de veuve et d'orphelin auxquelles Mme M... et M. El Mustapha M... ont droit dans les conditions que nous venons d'indiquer.

VIII. L'ensemble de ce litige fait ainsi apparaître la complémentarité des contrôles de constitutionnalité, purement abstrait, et de conventionnalité, mixte, non dans une perspective concurrentielle, mais au service d'un renforcement des

garanties et de la protection du justiciable. Il montre également que, ce que le contrôle de constitutionnalité permet de faire pour l'ordonnancement juridique, le contrôle de conventionnalité permet de le faire pour un litige particulier, parfois de manière plus favorable. Les effets diffèrent, la nature des contrôles également, mais leurs bienfaits se rejoignent et témoignent d'une relation fructueuse. C'est à cet équilibre au sommet évasé de notre hiérarchie normative, renforcé par la question prioritaire de constitutionnalité mais également clarifié à l'occasion de son émergence, que nous souscrivons, et que nous vous proposons de souscrire.

Et par ces motifs, nous concluons :

- à l'annulation du jugement du 13 décembre 2006 du tribunal administratif de Poitiers ;
- à l'annulation de la décision du ministre de la défense du 23 mai 2005 refusant à Mme M... l'attribution, à compter du 12 février 1992, d'une pension de veuve et à M. El Mustapha M... d'une pension d'orphelin à compter de la même date.
- à ce qu'il soit enjoint à l'Etat de verser à Mme M... une pension de réversion du chef de son époux et à M. El Mustapha M... une pension d'orphelin, à compter du 12 février 1992 dans les conditions que nous venons d'indiquer, la liquidation des pensions devant intervenir dans un délai de trois mois.
- et à ce que soit mis à la charge de l'Etat le versement à la SCP Richard, avocat de Mme M... et de M. El Mustapha M..., d'une somme de 3 000 euros en application du deuxième alinéa de l'article 37 de la loi du 10 juillet 1991, sous réserve que cette SCP renonce à percevoir la somme correspondante à la part contributive de l'Etat.