

## **La modulation des effets dans le temps des décisions des juges constitutionnels**

Xavier MAGNON  
Professeur à l'Université Toulouse 1 Capitole  
Institut Maurice Hauriou

**Qu'est ce que « la modulation des effets dans le temps des décisions des juges constitutionnels » ?** La modulation des effets dans le temps des décisions des juges constitutionnels est une technique qui apparaît comme un impératif né de la pratique contentieuse et qui vise à compenser ou à atténuer la rigueur et/ou l'inadaptation de l'alternative simple entre nullité et abrogation comme sanction de l'irrégularité d'une norme.

**L'annulation rétroactive ou nullité.** La nullité, effet *ex tunc*, repose sur une fiction selon laquelle une norme irrégulière n'est pas une norme et que, lorsque cette irrégularité est constatée par une juridiction, elle emporte des effets rétroactifs. La norme est supposée comme n'ayant jamais existé d'un point de vue normatif. Tous les effets qu'elle a pu produire sont censés ne pas s'être produits et il sera donc nécessaire d'épurer l'ordre juridique de l'ensemble de ces effets. Selon cette lecture, l'exigence de régularité apparaît la valeur première défendue, au détriment de la sécurité juridique, c'est-à-dire de la stabilité des relations juridiques.

**Le modèle allemand.** Cette logique est celle qui semble le mieux se concrétiser dans l'ordre juridique allemand. Dans celui-ci, on constatera avec O. Jouanjan que, selon une tradition allemande, « tout juge (...), dans quelque litige que ce soit, doit contrôler la validité des normes qu'il est appelé à appliquer »<sup>1</sup>. Pour ce qui concerne les normes législatives, l'article 100 de la loi fondamentale allemande dispose que :

« si un tribunal estime qu'une loi dont la validité conditionne sa décision est inconstitutionnelle, il *doit* surseoir à statuer et soumettre la question à la décision du tribunal compétent pour les litiges constitutionnels du Land s'il s'agit de la violation de la constitution d'un Land, à la décision de la Cour constitutionnelle fédérale s'il s'agit de la violation de la présente Loi fondamentale »<sup>2</sup>.

Les juges ne doivent appliquer que des normes régulières ; pour les normes législatives, s'ils estiment que celles-ci sont irrégulières au regard de la Loi fondamentale, ils ont l'obligation de renvoyer cette question à la Cour constitutionnelle fédérale. Le système allemand apparaît comme un ordre juridique dans lequel l'exigence de régularité est censée s'appliquer de manière absolue, le juge ne devant appliquer que des normes régulières. Il est un système « zéro défaut » qui ne permet pas l'application de normes irrégulières. Cette logique de régularité absolu se confirme de

---

<sup>1</sup> O. Jouanjan, « La modulation des effets des décisions des juridictions constitutionnelle et administratives en droit allemand », *R.F.D.A.*, 2004, p. 676.

<sup>2</sup> Nous soulignons.

manière naturelle du côté des effets d'une censure législative par la Cour de Karlsruhe. Une norme législative irrégulière fait ainsi l'objet, en principe, d'une déclaration de nullité. Elle disparaît de l'ordonnement juridique et n'est censée n'avoir jamais existé.

**L'abrogation.** L'abrogation, effet *ex nunc*, n'emporte des effets que pour l'avenir. La norme disparaît de l'ordre juridique *pro futuro*. Les effets qu'elle a produits dans le passé sont maintenus. La sécurité juridique domine. Les situations acquises à partir de la norme sont préservées. Seules les situations à venir seront affectées par la censure. Cette solution avait la faveur de Kelsen et a été reprise par l'Autriche qui, à l'instar de l'Allemagne pour la nullité, fait figure de modèle pour l'abrogation.

**Kelsen et la neutralité de la *Théorie pure du droit*.** Dans la seconde édition de la *Théorie pure du droit*, Kelsen, conformément à la conception qu'il retient de la « validité-existence » de la norme, considère qu'« une loi non valable n'est [pas] du tout une loi, parce que, juridiquement, elle n'existe pas, et que par conséquent on ne peut avancer à son sujet aucune assertion juridique ». Il considère que pour donner « un sens juridique acceptable » à l'expression « loi inconstitutionnelle », « il ne faut pas la prendre à la lettre ». Aussi faut-il l'entendre « comme signifiant que, selon la Constitution, la loi en question peut être abrogée (ou annulée) » notamment « par une procédure particulière, prévue par la Constitution »<sup>3</sup>. Dans le prolongement du postulat d'une théorie « pure » du droit, il ne prend ainsi pas partie pour l'une ou l'autre des solutions, nullité ou abrogation, et donc pour l'un ou l'autre des différents degrés de l'« annulabilité »<sup>4</sup>.

**Le choix de l'abrogation dans « La garantie constitutionnelle de la Constitution ».** En revanche, il souligne sa préférence pour l'abrogation dans « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle) ». Selon lui, « il serait bon, dans l'intérêt de la (...) même sécurité juridique, de n'attribuer en principe aucun effet rétroactif à l'annulation des normes générales » afin de préserver « tous les actes juridiques antérieurement faits sur la base de la norme en question »<sup>5</sup>. Il ajoute, ce que les références classiques à Kelsen sur ces questions omettent de mentionner, que cette abrogation devrait s'accompagner d'*effets immédiats, hic et nunc*, à toutes les situations en cours au moment du constat de l'irrégularité et donc d'une rétroactivité limitée. Il souligne que l'intérêt de la sécurité juridique « ne se rencontre pas pour les faits antérieurs à l'annulation qui n'ont encore fait, au moment où elle se produit, l'objet d'aucune décision d'une autorité publique, et qui, si l'on excluait tout effet rétroactif de l'arrêt d'annulation, devraient toujours – la norme générale n'étant annulée que *pro futuro*, c'est-à-dire que pour les faits postérieurs à l'annulation – être jugés d'après elle »<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Traduit par Charles Eisenmann, 2<sup>ème</sup> édition, 1962, Bruylant-L.G.D.J., La pensée juridique, 1999, p. 267.

<sup>4</sup> *Loc. cit.*, p. 272.

<sup>5</sup> H. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle) », *R.D.P.*, 1928, p. 242.

<sup>6</sup> *Loc. cit.*, pp. 242-243.

**Le modèle autrichien.** La Constitution autrichienne prévoit de manière implicite l'effet abrogatif de la décision de censure de la Cour constitutionnelle. C'est ce qui résulte d'une lecture combinée des alinéas 5<sup>7</sup> et 7<sup>8</sup> de l'article 140 de la Constitution de 1920. Il en résulte que la loi déclarée inconstitutionnelle disparaît de l'ordonnancement juridique le jour de la publication de l'arrêt d'annulation de la Cour.

**Entre annulation et abrogation : la modulation.** Face, à ces deux solutions, nullité ou abrogation, la modulation traduit une souplesse certaine. Elle conduit le juge à choisir et à déterminer les effets qu'il convient de conférer à l'irrégularité, limitant la rigueur du tout ou rien impliqué par l'annulation ou l'abrogation. La modulation s'inscrit à mi-chemin entre la nullité et l'abrogation, faute pour ces solutions de pouvoir s'adapter aux contraintes pratiques issues des situations contentieuses rencontrées par les juridictions constitutionnelles. Elle apparaît comme une exception, au sens premier du terme, à l'une ou à l'autre de ces solutions. Il s'agit de s'écarter du principe premier pour l'adapter aux circonstances de l'espèce, soit dans le sens de la rétroactivité, plus ou moins étendue, soit dans le sens d'une limitation de celle-ci, voire d'une limitation des effets de la censure *pro futuro*.

**Adapter la nullité ou l'abrogation en dehors de la modulation.** La modulation ne constitue toutefois pas le seul moyen d'adapter la rigueur de l'annulation, la plus concernée en pratique, ou de l'abrogation. D'autres techniques contentieuses peuvent être utilisées par le juge. Elles l'ont d'ailleurs été parfois alors qu'il n'existait pas de possibilité de modulation.

**L'irrégularité non sanctionnée.** En premier lieu, le refus de sanctionner l'irrégularité peut être un moyen radical d'éviter les conséquences problématiques d'une annulation. Plutôt que de censurer avec effet rétroactif en raison des conséquences excessives que cela implique, le juge s'abstiendra de sanctionner l'irrégularité. Ce refus peut prendre la forme ou ne pas prendre la forme d'une technique contentieuse systématisée.

Si ce n'est pas le cas, le refus de censurer peut être mentionné de manière expresse ou être masqué dans la motivation d'une décision de censure. Soit le juge indique que les conséquences problématiques d'une censure ainsi que des intérêts légitimes l'empêchent de prononcer l'irrégularité, soit une motivation autre vient masquer la raison d'être première de ce choix tout en parvenant au même résultat. On peut penser que, le plus souvent, la motivation demeurera masquée. Dans la mesure où c'est l'opportunité qui justifie seule le choix du juge, elle aura tendance à ne pas apparaître dans sa motivation.

Des techniques contentieuses permettent de parvenir au même résultat, c'est-à-dire à l'absence de censure, sans s'embarrasser de justifications théoriques apparentes.

---

<sup>7</sup> « L'arrêt par lequel la Cour constitutionnelle annule une loi pour inconstitutionnalité oblige la chancelier fédéral ou le chef du gouvernement de Land compétent à publier sans délai l'annulation... ».

<sup>8</sup> « Si une loi a été annulée pour inconstitutionnalité (...). La loi reste cependant applicable aux faits intervenus avant l'annulation ».

Longtemps prisonnier de l'annulation<sup>9</sup>, le juge administratif français est familier de telles techniques. En droit administratif, la sanction de la méconnaissance des seules règles procédurales substantielles préserve de la censure tous les actes qui méconnaissent des règles procédurales qui ne le sont pas<sup>10</sup>. La théorie du fonctionnaire de fait permet, de manière plus manifeste encore, de faire échapper à la censure, au nom de l'apparence, des actes administratifs adoptés par une autorité incompétente<sup>11</sup>. La substitution de base légale<sup>12</sup> s'inscrit encore dans le même mouvement.

**Les délais de recours.** Les délais de recours peuvent être en second lieu considérés comme permettant de réduire les conséquences trop rigoureuses d'une annulation. Ainsi, en Allemagne, le recours direct ouvert aux particuliers devant la Cour constitutionnelle fédérale doit se faire, lorsqu'il concerne une loi, dans un délai d'un an. En Belgique, le recours direct devant la Cour constitutionnelle contre une loi notamment doit se faire, en principe, dans un délai de six mois après sa publication. Dans un système où l'effet de l'irrégularité prononcée par le juge est l'annulation, la limitation dans le temps de la saisine permet de manière indirecte de limiter dans le temps les effets de la rétroactivité à une année ou à six mois.

**La modulation, la technique la plus adaptée.** Ces techniques de contournement présentent un inconvénient dans la mesure où il s'agit toujours de préserver une norme irrégulière de la censure. Elles conduisent à renoncer aux conséquences de l'irrégularité, quels que soient par ailleurs les intérêts légitimes qu'il s'agit de protéger par ce choix. Elles s'inscrivent en définitive dans une alternative radicale : censurer ou ne pas censurer. La modulation dans le temps n'emporte pas un tel inconvénient. L'irrégularité est toujours en mesure d'être sanctionnée, mais la modulation de ses effets permet de prendre en compte les intérêts légitimes susceptibles d'être affectés. La technique est plus souple et offre une plus large marge d'appréciation à la Cour constitutionnelle au nom du respect de la régularité. La modulation des effets dans le temps est sans doute la meilleure technique permettant de garantir et de parvenir à un équilibre adapté entre l'exigence de régularité et celle de sécurité juridique. Elle permet de ne renoncer à aucune de ces deux exigences, contrairement aux techniques précédemment évoquées.

---

<sup>9</sup> Il ne l'est désormais plus depuis l'arrêt *Association AC!* qui envisage la modulation dans le temps des effets d'une censure contentieuse (C.E., Ass., 11 mai 2004, *Association AC!*, *Rev.*, p. 197). La jurisprudence évoquée après existe cependant toujours.

<sup>10</sup> Sur la question plus large du respect des formes en droit administratif, voir la thèse de S. Saunier, *Recherche sur le formalisme en droit administratif français*, 2. volumes, PUAM, 2007, 1033 p.

<sup>11</sup> Voir pour un article récent sur cette question : F. Crouzatier-Durand, « Le fonctionnaire de fait ou quand le juge sauve les apparences », in *Juge et Apparence(s)*, Actes du colloque des 4 et 5 mai 2009, sous la direction de N. Jacquinet, LGDJ-Presses universitaires de Toulouse, 2010, pp. 205-215.

<sup>12</sup> Voir en particulier sur la question : J.-H. Stahl, I. de Silva et O. Yeznikian, « La substitution dans le contentieux de l'excès de pouvoir », *RFDA*, 2004, n° 4, pp. 733-756.

**Moduler ?** Le caractère particulièrement adapté de la modulation mérite d'abord d'être éclairé par une typologie des différentes possibilités qui s'ouvrent au juge sur une échelle allant de la rétroactivité (totale) à l'abrogation (simple), avant d'être illustré par un exemple pratique.

**Typologie des effets dans le temps des décisions de censure des juridictions constitutionnelles.** Cette typologie peut être dressée à partir des exemples des différentes juridictions constitutionnelles pratiquant la modulation dans le temps de leurs décisions. Ces exemples permettent de dresser un modèle théorique de la modulation dans le temps des effets des décisions de censure. Il faut ici rappeler le lien existant entre l'observation du droit et la constitution de modèles théoriques ainsi que l'importance du recours à des modèles théoriques pour comparer en droit. Nous entendons ici par modèle théorique, un modèle susceptible d'être suivi dans n'importe quel système juridique, sans qu'il soit forcément suivi dans un système donné, c'est en cela qu'il est théorique. Si l'on s'inscrit dans une perspective comparatiste, la construction de ce modèle passe par l'observation des droits positifs pour dégager les différents possibles susceptibles de constituer ce modèle. Elle se nourrit également, au-delà de l'observation de ce qui existe en droit positif, de la réflexion abstraite, menée indépendamment de ce que le droit propose, pour déterminer les possibles éventuellement non consacrés par le droit positif, mais toujours potentiellement envisageables. Une fois ce modèle proposé, il servira de terme de comparaison pour apprécier les différentes solutions de droit positif proposées par les systèmes juridiques. La construction de ce modèle qui se nourrit des droits positifs, mais pas seulement, est un préalable nécessaire à la comparaison. Quel modèle peut-on proposer des effets des décisions de censure ?

**Dans le passé.** Si l'on commence par l'effet dans le passé, à la *rétroactivité totale*, déjà abordée, peut se substituer une *rétroactivité limitée*. Le juge fait produire des effets rétroactifs à la censure, toutefois la rétroactivité ne remonte pas jusqu'à la date d'entrée en vigueur de l'acte censuré. Cette rétroactivité limitée peut intervenir, d'une manière générale, à trois moments :

- à une date particulière fixée par le juge (*rétroactivité à une date donnée*) ;
- à toutes les situations dont les effets ne sont pas achevés (*effet immédiat général*) ;
- au procès ayant été à l'origine de la décision de censure (*rétroactivité procédurale* ou « *prime au requérant* ») dans le cadre d'une question préjudicielle ou à tous les procès en cours (*effet immédiat limité aux procès en cours*).

**Rétroactivité à une date donnée.** La première situation ne soulève pas de difficulté particulière. Elle peut être illustrée par le cas d'une « *inconstitutionnalité survenue* », en écho à la formule utilisée par la doctrine italienne, c'est-à-dire que l'irrégularité provient de l'entrée en vigueur d'une nouvelle norme de référence, postérieure à l'entrée en vigueur de la norme objet du contrôle. Dans un tel cas et dans un système reconnaissant la nullité, cette dernière ne saurait intervenir qu'à la date de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi constitutionnelle qui est à l'origine de l'irrégularité, et non pas à la date d'entrée en vigueur de la loi, l'irrégularité n'existant pas alors. Cette situation s'impose au juge constitutionnel qui ne peut que constater l'inconstitutionnalité de

la loi à la date d'entrée en vigueur de la nouvelle norme constitutionnelle de référence à laquelle la loi se heurte.

**Qu'est-ce que l'effet immédiat ?** La situation de *l'effet immédiat*, identifiée en France par le Doyen Roubier<sup>13</sup>, mérite d'être explicitée car elle est le plus souvent absente des présentations sur la modulation dans le temps des effets des décisions de censure des juges constitutionnels. Cet effet trouve à s'appliquer dans toutes les situations juridiques en cours, c'est-à-dire dont les effets ne sont pas achevés, au moment de la décision de censure. Un administré a adressé une demande à l'administration, celle-ci ne s'est pas encore prononcée et une décision du juge constitutionnel vient censurer la réglementation sur le fondement de laquelle l'administration devait se prononcer. En cas de nullité, et donc de rétroactivité totale, l'administration ne pourra s'appuyer sur la réglementation censurée. En cas d'abrogation, l'administration pourra se prononcer, après la décision de censure, sur le fondement de la loi abrogée parce que la demande qui lui a été adressée, portant sur l'application de la réglementation censurée, est antérieure à la censure. La décision de l'administration rendue après la censure s'appuiera sur la norme censurée ; l'administré se voit appliquer une norme qu'il sait irrégulière au regard de la décision du juge constitutionnel. Cette situation peut apparaître peu satisfaisante. L'effet immédiat permet de remédier à cette difficulté. Il consiste à faire bénéficier « immédiatement » de la censure toutes les situations juridiques dont les effets sont en cours. Le bénéfice de l'irrégularité est immédiat. Il y a bien un effet rétroactif, des situations nées avant la censure bénéficieront de la censure, mais elle ne concerne que des situations dont les effets ne sont pas achevés, c'est pourquoi l'on pourra parler d'*effet immédiat*. C'est précisément cet effet immédiat général qui est défendu par Kelsen et qui ne remet pas en cause la sécurité juridique.

**Effet immédiat limité aux procès en cours.** Cet effet immédiat général peut être réduit à des situations contentieuses. L'effet immédiat ne concernera pas tous les situations en cours dont les effets ne sont pas achevés mais seulement les situations contentieuses, tous les procès en cours, au moment de la censure. Tous les procès en cours dans lesquels la norme censurée a vocation à s'appliquer pourront bénéficier de la censure. *L'applicabilité immédiate est limitée aux procès en cours.* Ce cas de figure se justifie pour le justiciable qui, en attente de vérité légale, aurait quelques difficultés à admettre que soit appliquée au litige qui le concerne une norme qui vient d'être censurée par le juge constitutionnel. Dans cette dernière situation, il est possible de s'interroger sur ce qu'est un procès en cours et en particulier sur la question de savoir si l'effet immédiat profite aux jugements ou arrêts rendus mais non définitifs, c'est-à-dire encore susceptibles de faire l'objet d'un appel ou d'un pourvoi en cassation.

**Effet immédiat limité au procès ayant généré la question préjudicielle.** L'applicabilité immédiate peut être plus réduite encore, dans tous les systèmes prévoyant une question préjudicielle de constitutionnalité et un effet abrogatif à la censure, au seul procès ayant généré la

---

<sup>13</sup> Voir : P. Roubier, *Le droit transitoire (conflits de lois dans le temps)*, Dalloz-Sirey, 2<sup>ème</sup> édition, 1960, 590 p.

question. Il semble en l'occurrence que cet effet immédiat, ou *rétroactivité procédurale*, s'impose comme correctif à l'effet abrogatif. Elle constitue en quelque sorte une « *prime au requérant* ». Dans un système juridique prévoyant un contrôle de constitutionnalité par la voie préjudicielle, il ne faut pas décourager le justiciable au cœur du dispositif préjudiciel de saisir le juge constitutionnel de la constitutionnalité de la loi. Il doit donc bénéficier immédiatement de la censure, ce qu'une abrogation ne permettrait pas de faire alors que le procès principal est né d'une situation antérieure à la censure.

**Pour l'avenir.** Si l'on se tourne à présent vers l'avenir, l'abrogation à une date déterminée, postérieure à la décision de censure, constitue une alternative à l'abrogation simple. Une telle abrogation peut être soit *survenue*, soit *différée*.

**Abrogation survenue.** L'*abrogation* peut être qualifiée de *survenue* lorsque le juge constitutionnel considère que la norme qu'il contrôle est, au moment où il statue, conforme à la Constitution, mais qu'à une date donnée, suite à l'intervention d'un événement déterminé et certain, celle-ci deviendra inconstitutionnelle. La norme est constitutionnelle jusqu'à cet événement ; lors de la survenance de celui-ci, elle sera inconstitutionnelle, la censure ne produira des effets qu'à ce moment là. Elle continue à être appliquée jusqu'à cet événement, elle est, durant cette période, conforme à la Constitution.

**Abrogation différée.** L'*abrogation* peut également être *différée*. Dans cette situation, la norme censurée est jugée contraire à la Constitution au moment de la décision, et pas à une date ultérieure, mais les effets de cette censure n'interviendront qu'à une date fixée par le juge. A l'origine d'un tel choix, il existe un risque de vide, c'est-à-dire une absence de réglementation susceptible de soulever des difficultés d'ordre social, les termes sont ici volontairement larges et indéterminés. Pour prendre un exemple concret, la censure immédiate d'une législation réglementant la garde à vue interdirait le recours à la garde à vue et donc l'arrestation par les forces de l'ordre de toute personne ayant porté atteinte à l'ordre public. Pour éviter une telle situation, les effets de la censure vont être repoussés dans le temps, afin de laisser au législateur le temps de fixer une nouvelle réglementation. Le moment de l'abrogation peut intervenir soit au moment de l'intervention du législateur, la loi est inconstitutionnelle jusqu'à l'intervention du législateur et les effets de l'abrogation se produiront à ce moment<sup>14</sup>, soit à une date fixée par le juge constitutionnel, que le législateur soit ou ne soit pas intervenu effectivement à cette date.

**Une période provisoire.** L'abrogation différée ouvre une *période provisoire* entre le prononcé de la censure et les effets de cette censure durant laquelle le juge constitutionnel peut procéder à plusieurs choix. Il peut d'abord considérer que *la norme censurée reste en vigueur* et, qu'en conséquence, elle doit être appliquée malgré son inconstitutionnalité. Il semble que cette situation

---

<sup>14</sup> Même si l'on peut considérer dans cette situation que la loi nouvelle abroge la loi ancienne, quelle qu'ait été la décision du juge constitutionnel.

ne saurait être que générale, tous les organes d'application (juges, administration et particuliers) devant appliquer la norme censurée. A l'inverse, le juge constitutionnel peut *suspendre les effets de la censure*, en attendant que le législateur fixe lui-même les effets dans le temps de la nouvelle loi sur les situations en cours au moment de la censure. Cette suspension peut être *générale*, c'est-à-dire concerner tous les destinataires de la loi, ou *limitée aux procès en cours*. Enfin, le juge constitutionnel peut édicter une *réglementation provisoire*, à charge pour les organes d'application de la loi de la suivre à la place de la norme censurée jusqu'à l'intervention du législateur. Cette dernière situation renvoie à une question cruciale dans le cadre d'un contrôle *a posteriori*, la détermination de la réglementation applicable après la censure, que celle-ci emporte des effets dans le passé ou seulement pour l'avenir. Sur cette question, on ne peut que souscrire à l'affirmation d'O. Jouanjan : « faire sortir de vigueur une norme inconstitutionnelle, rétroactivement ou non, n'a pas pour effet inconditionnel de rétablir une situation conforme à la Constitution »<sup>15</sup>.

**Illustration.** Cette typologie mérite d'être confrontée à un exemple concret. Imaginons une loi en vigueur, du 10 juillet 1991, instituant l'aide juridictionnelle ou juridique (AJ), qui permet de financer les frais de justice des plus démunis, et qui fixe notamment un seuil au-delà duquel cette aide n'est pas possible. Ce seuil, fixé à 1000 euros par foyer fiscal, a été jugé contraire à la Constitution par une juridiction constitutionnelle saisie par la voie préjudicielle ; trop bas, il ne permet pas aux plus démunis de pouvoir disposer d'un accès au juge et méconnaît le droit à un recours juridictionnel effectif.

**Rétroactivité totale.** Cette censure peut d'abord avoir un *effet rétroactif total*. La loi n'est censée n'être jamais intervenue, aucun seuil n'est supposé avoir jamais existé. Les conséquences sont difficiles à établir. L'absence de seuil peut être considérée comme offrant l'aide juridictionnelle à tout le monde (interprétation « AJ pour tous »). Selon une telle lecture, toutes les personnes qui ont agi en justice depuis le 10 juillet 1991 et qui n'avaient pas demandé ou pas obtenu l'aide juridictionnelle peuvent obtenir aujourd'hui le versement de cette aide ou le remboursement du préjudice lié à la non obtention de cette aide. A l'inverse, l'absence de seuil peut être considérée comme empêchant d'attribuer l'aide juridictionnelle (interprétation « AJ pour personne ») et il s'en suit que toutes les personnes qui ont obtenu l'aide juridictionnelle depuis le 10 juillet 1991 doivent rembourser les sommes qu'elles ont obtenues. L'aide juridictionnelle est censée n'avoir jamais été versée en raison du caractère rétroactif de la censure. En opportunité, seule l'interprétation « AJ pour personne » permettrait dans la situation de rétroactivité de préserver les finances publiques.

**Rétroactivité à une date déterminée.** L'effet rétroactif peut être limité dans notre exemple à la date de la reconnaissance d'une norme consacrant le droit à un recours juridictionnel effectif, en supposant qu'une telle reconnaissance est postérieure au 10 juillet 1991, fixons le au 9 avril 1996.

---

<sup>15</sup> O. Jouanjan, « La modulation des effets des décisions des juridictions constitutionnelle et administratives en droit allemand », *RFDA*, 2004, p. 676.

Du 10 juillet 1991 au 9 avril 1996, les effets de la loi sont maintenus. En revanche, les effets de la loi disparaissent à compter du 9 avril 1996, il faudra alors, selon que l'on retient l'interprétation « AJ pour tous » ou celle « AJ pour personne », soit indemniser tous ceux qui depuis le 9 avril 1996 ont agi en justice et ont subi un préjudice du fait de ne pas avoir obtenu l'aide juridictionnelle, soit demander le remboursement du versement de l'aide juridictionnelle à ces mêmes personnes.

**Effet(s) immédiat(s).** L'effet immédiat doit être envisagé en fonction de ses différentes variantes. S'il est *général*, toutes les demandes d'aide juridictionnelle adressées aux autorités compétentes, mais sur lesquelles ces dernières ne se sont pas prononcées au moment de la censure, « bénéficieront » de la censure. Dans le cas d'une « AJ pour tous », toutes les demandes en cours de traitement bénéficieront de cette aide ; dans celui d'une « AJ pour personne » toutes ces demandes seront rejetées.

Si l'effet immédiat est *limitée aux procès en cours*, seuls les contentieux portant sur l'attribution de l'aide juridictionnelle seront susceptibles d'être concernés par la censure. Dans de tels contentieux, soit tous les requérants pourront obtenir l'AJ, « AJ pour tous », soit aucun d'entre eux, « AJ pour personne ».

L'effet immédiat peut être enfin limité au seul procès ayant donné lieu à la question préjudicielle ayant abouti à la censure (*rétroactivité procédurale* ou « *prime au requérant* »). Seul le requérant pourrait alors bénéficier de l'AJ, « AJ pour tous », ou se voir refuser l'AJ, « AJ pour personne ». Parmi tous ces effets rétroactifs, seul le dernier, rétroactivité procédurale, voire les deux derniers, application immédiate aux procès en cours, paraissent raisonnables en l'espèce afin de protéger la sécurité juridique... et les finances publiques.

**Abrogation simple.** La censure peut n'avoir ensuite que des effets pour l'avenir. En cas d'abrogation simple, seules les demandes d'AJ introduites après la censure du juge constitutionnel pourront en profiter. Tous les demandeurs pourront ainsi obtenir l'AJ, « AJ pour tous », ou aucun d'entre eux, « AJ pour personne ». Parce les effets de la censure ne portent que sur l'avenir, le demandeur au procès ne bénéficiera pas de la censure, *a fortiori* tous ceux qui sont concernés par un procès en cours sur l'attribution de l'AJ et tous ceux qui ont déposé une demande avant la censure sur laquelle l'autorité compétente ne s'est pas encore prononcée au moment de la censure.

**Abrogation survenue.** Si l'abrogation est survenue, c'est-à-dire que la contrariété à la Constitution apparaîtra à un moment postérieur à la décision du juge constitutionnel, précisé dans cette décision, toutes les demandes en cours et à venir jusqu'à ce moment seront traitées en application de la disposition contestée, seules celles intervenues après devront être traitées en fonction de la censure.

**Abrogation différée.** Compte tenu des incertitudes des effets de la censure, c'est sans doute l'abrogation différée qui semble la plus adaptée à l'espèce. Il s'agirait de reporter les effets de la

censure à une date donnée afin de laisser au législateur le soin d'établir de nouveaux seuils. Reste encore à fixer ce qui se produira durant la période provisoire entre la décision et la date de l'abrogation. Le juge constitutionnel peut maintenir en vigueur la norme censurée, les demandes d'AJ devant continuer à être traitées en application de la norme censurée, jusqu'à l'intervention du législateur à la date fixée par le juge. Il peut également suspendre la norme censurée de manière générale. Toutes les demandes d'AJ en cours de traitement et à venir pendant la période provisoire ne pourront pas être traitées, comme tous les procès en cours durant cette même période ne pourront pas être résolus. Il faudra attendre l'intervention du législateur pour établir ce qu'il s'agira de faire pour toutes les demandes et les procès en cours durant la période transitoire. La norme censurée peut également être suspendue pour les seuls procès en cours, la situation de la suspension au seul procès ayant donné lieu à la question préjudicielle étant volontairement écartée. Seuls les procès en cours sur l'application de l'AJ seraient suspendus jusqu'à l'intervention du législateur à la date fixée, les demandes d'AJ sur la période transitoire seraient traitées en application de la norme censurée. Le juge constitutionnel peut enfin choisir d'édicter une réglementation provisoire. Cette réglementation provisoire pouvant s'appliquer elle-même que pour l'avenir ou de manière immédiate à tous les procès en cours ou de manière générale.

**L'absence d'intervention du législateur en cas d'abrogation différée.** Un dernier problème se pose en l'absence intervention du législateur. La difficulté est insurmontable si l'effet de l'abrogation était fixé à une date à laquelle le législateur devait intervenir. Si le législateur n'est pas intervenu à cette date, la norme inconstitutionnelle est susceptible de produire des effets alors pourtant qu'elle a été jugée irrégulière<sup>16</sup>. Le seuil de 1000 euros, inconstitutionnel, s'impose, tant que le législateur n'est pas intervenu. Si l'abrogation différée a été fixée à une date précise, même en l'absence d'intervention du législateur, la norme disparaîtra de l'ordre juridique. Les demandes d'AJ intervenues à compter de la date d'abrogation seront traitées comme si la norme n'existait plus et on retombe alors sur les difficultés d'interprétation déjà évoquées, « AJ pour tous » ou « AJ pour personne ». Si la Cour constitutionnelle a posé une réglementation provisoire celle-ci s'appliquera jusqu'à l'intervention du législateur.

**Le domaine privilégié de la modulation des effets dans le temps : le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* par la voie préjudicielle avec effet *erga omnes* de la décision de censure.** Cette présentation et cette illustration reposent sur un cas de figure bien particulier : l'exercice d'un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* par la voie préjudicielle avec une censure présentant des effets *erga omnes*. L'on doit se poser la question de savoir si la modulation des effets dans le temps se conçoit dans d'autres cas. Il est possible d'affirmer que la modulation des effets dans le temps des décisions de censure est susceptible de se poser dans

---

<sup>16</sup> L'on suppose dans cette situation, qu'après la période provisoire entre la date de la censure et la date à laquelle le législateur était censé intervenir, la loi censurée redevient en vigueur faute pour le législateur d'être intervenu.

d'autres situations mais qu'elle se pose, avant tout et en premier lieu, dans le cadre du renvoi préjudiciel avec une censure présentant des effets *erga omnes*.

**Contrôle *a priori*.** Dans le cadre du contrôle *a priori*, la modulation des effets dans le temps ne se pose que de manière partielle. Il est seulement possible pour le juge de différer les effets de l'inconstitutionnalité après l'entrée en vigueur de la loi. Le Conseil constitutionnel en France a, de manière relativement récente, procédé à une telle modulation dans le cadre du contrôle *a priori*. Il a pu ainsi reporter les effets de l'inconstitutionnalité à une date déterminée, à charge pour le législateur de remédier à l'inconstitutionnalité constatée<sup>17</sup>.

**Effet relatif de chose jugée.** Pour les jugements de constitutionnalité qui n'ont qu'un effet relatif de chose jugée, c'est-à-dire qui n'emportent des effets que dans le procès qui a donné lieu à la question de constitutionnalité, la question de la modulation des effets dans le temps ne se pose pas. Les conséquences de la censure ne portant que sur le procès en cours à l'origine de la question de constitutionnalité, la modulation éventuelle des effets de la censure ne pourrait concerner éventuellement que ce seul procès.

**Recours direct devant le juge constitutionnel.** Dans le cadre de recours direct, en revanche, les mêmes situations de modulation dans le temps sont envisageables à l'exception, à l'évidence, de toute modulation qui ne concernerait que le procès ayant donné lieu à la censure, faute, dans le recours direct, de procès en cours. La modulation dans le temps risque cependant, en pratique, de se poser de manière moins significative dans le recours direct compte tenu de l'existence de délais pour pouvoir attaquer la loi, comme en Allemagne ou en Belgique par exemple. En revanche, en l'absence de délai, les difficultés pratiques susceptibles de se poser dans le cadre du recours direct sont les mêmes que pour la question préjudicielle. Tel est le cas en particulier du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* abstrait au Portugal, qui est un recours restreint, non ouvert aux particuliers, par voie d'action, et qui est le seul contrôle *a posteriori* qui conduit le Tribunal constitutionnel à adopter des décisions dont les effets sont *erga omnes*.

Les décisions de censure rendues par la voie préjudicielle et dotées d'un effet *erga omnes* constituent en conséquence le domaine privilégié de la modulation dans le temps des effets des décisions de censure du juge constitutionnel.

**Du cadre théorique aux droits positifs étrangers.** Dans cette introduction, ont été volontairement écartées le plus souvent les références spécifiques détaillées à tel ou tel système

---

<sup>17</sup> C.C., n° 2008-564 DC, 19 juin 2008, *Loi sur les organismes génétiquement modifiés*, Rec., p. 313, cons. 58.

Il a encore reporté les effets dans le temps d'une loi à une date déterminée pour éviter de prononcer l'inconstitutionnalité de la loi (voir : C.C., n° 2006-543 DC, 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, Rec., p. 120, cons. 26 et 26) et refusé de déclarer « en l'état » une disposition contraire à la Constitution à charge pour le législateur de mettre en conformité le texte avec les dispositions organiques nouvelles sur le domaine en question (voir : C.C., n° 2005-528 DC, 25 décembre 2005, *Loi de financement de la sécurité sociale de 2006*, Rec., p. 157, cons. 24). Dans les deux cas, il n'y a toutefois pas de censure de la loi et donc pas de modulation des effets de la censure.

juridique, ou à telle ou telle cour constitutionnelle, afin de poser un cadre théorique général à même de permettre la comparaison. Ce cadre fixé, il convient à présent d'étudier les différents systèmes. Le choix des systèmes étudiés répondra, selon une logique comparatiste, à la volonté d'illustrer de la manière la plus large possible les différentes solutions retenues par le droit positif et la jurisprudence des juridictions constitutionnelles. Selon une démarche proprement comparatiste, il ne s'agira pas tant d'être exhaustif sur chaque système, ce qui n'est matériellement pas possible en gardant des exigences scientifiques élevées, que de se nourrir des différentes expériences pour proposer l'ensemble des possibles. La comparaison doit permettre d'éclairer l'étendue des possibles et d'identifier chacun d'entre-eux, sans pourtant s'être appuyé de manière exhaustive sur l'ensemble des droits positifs étudiés.

**Plan.** Cette étude sera organisée autour de trois questions : le fondement normatif du pouvoir de modulation (§ I), la raison d'être et les justifications de la modulation (§ II) et la concrétisation de la modulation et le pouvoir normatif du juge (§ III).

## I – Le fondement juridique du pouvoir de modulation

**Problématique.** La question du fondement juridique au pouvoir de modulation est cruciale d'un point de vue juridique et politique. La modulation venant faire exception au principe général posé par le système, qu'il s'agisse de l'effet *ex nunc* ou de l'effet *ex tunc*, la consécration prétorienne d'un tel pouvoir sera d'autant moins acceptable. Si l'on peut admettre la *nécessité pratique* de la modulation pour un certain nombre de motifs, tels que la sécurité juridique, l'intérêt public..., la question du *fondement normatif* est tout autre. Elle renvoie à une question d'habilitation normative, de compétence régulièrement posée par le système juridique. De ce dernier point de vue, les systèmes oscillent entre l'existence d'une habilitation constitutionnelle et/ou législative conférée à la Cour constitutionnelle pour moduler dans le temps (B) et la création prétorienne (C). Cette présentation ne saurait cependant être complète sans préciser qu'il existe également des systèmes qui prévoient une adaptation automatique des effets de la censure (A) par rapport aux effets de principe posés, qu'il s'agisse de la nullité ou de l'abrogation. Cette adaptation automatique n'est cependant pas exclusive d'une modulation par la Cour constitutionnelle. Un même système peut à la fois prévoir un effet abrogatoire à la censure, tempéré, de manière automatique, par une application immédiate aux procès en cours, et habiliter la Cour constitutionnelle à moduler dans le temps les effets de la censure. On pourrait penser *a priori* que la formalisation dans la Constitution ou dans la loi de ce pouvoir de modulation se rencontre plutôt dans les systèmes de contrôle de constitutionnalité récents (exemple de la QPC française ou des Constitutions récentes des pays d'Europe de l'Est). On pourra objecter que la Constitution portugaise, du 2 avril 1976 (moins récentes que les constitutions évoquées même si elle apparaît après les constitutions allemande et italienne), envisage cette question et qu'elle est sans doute celle qui, en Europe, encadre le plus précisément qui soit le pouvoir de la juridiction constitutionnelle sur cette question.

**Choix de principe des Etats.** Avant d'envisager la modulation, il y a lieu de mentionner quels sont les groupes d'Etats susceptibles de se constituer autour du choix de principe entre l'annulation et l'abrogation. En Europe, et pour ne prendre que des Etats dont la langue est maîtrisée ou pour lesquels il existe des sources détaillées et/ou fiables, comme les sources officielles traduites en français, certains Etats ont choisi, en principe, pour le contrôle *a posteriori*, l'annulation, c'est le cas de l'Allemagne, de la Belgique<sup>18</sup>, de l'Espagne<sup>19</sup>, du Portugal ; d'autres ont retenu l'abrogation, comme Andorre, l'Autriche, la France, l'Italie<sup>20</sup>, la Grèce<sup>21</sup> et l'on doit noter une tendance lourde en faveur de cette dernière solution dans les Constitutions récentes d'Europe de l'Est, à l'instar de l'Albanie, de la Bulgarie, de la Croatie, de la Pologne, de la Lituanie, de la Moldavie, de la République tchèque, de la Roumanie, de la Slovaquie et de la Slovénie. Remarquons que la Belgique et le Portugal, retiennent un principe d'effet *inter partes* pour les décisions de la Cour constitutionnelle rendues par la voie préjudicielle dans le premier cas ou sur recours contre les décisions des tribunaux dans le second, ce qui impose d'écarter l'étude de la question préjudicielle, mais pas celle des recours directs dans ces mêmes Etats.

## A – La modulation « automatique » imposée par les textes

Les textes, constitutionnels ou législatifs, peuvent prévoir une modulation « automatique », c'est-à-dire sans intervention de la juridiction constitutionnelle, des effets de l'annulation ou de l'abrogation.

**Modulation de l'abrogation.** Le cas de l'Italie que nous avons classé parmi les Etats qui ont choisi l'abrogation mérite quelques précisions alors que la majorité de la doctrine italienne<sup>22</sup> et, à sa suite, la doctrine française<sup>23</sup> considèrent qu'elle doit être rangée dans les systèmes d'annulation rétroactive. L'article 136 de la Constitution et l'article 30 alinéa 3 de la loi n° 87 du 11 mars 1953 combinent un *effet abrogatif général* et un effet rétroactif limité, qualifiée de rétroactivité

<sup>18</sup> Dans le cadre du recours direct, seul recours qui donne lieu à des arrêts de la Cour ayant un effet *erga omnes*.

<sup>19</sup> Même s'il existe une limite prévue : la non remise en cause des jugements bénéficiant de l'autorité de chose jugée, à moins que leur remise en cause ne soit favorable à celui qui en a fait l'objet en matière répressive. La rétroactivité *in mitius* permet de remettre en cause des jugements dotés de l'autorité de chose jugée.

<sup>20</sup> Voir sur cette question *infra*.

<sup>21</sup> Du moins devant la Cour suprême spéciale, l'irrégularité ayant un effet relatif devant les autres juridictions.

<sup>22</sup> Voir, reconnaissant qu'il existe aujourd'hui une opinion rependue selon laquelle les arrêts de censure de la Cour constitutionnelle auraient un effet rétroactif : F. Saja, « *L'efficacia nel tempo delle sentenze di accoglimento* », *Quaderni costituzionali*, 1989, p. 7.

<sup>23</sup> P. Bon classe l'Italie dans les systèmes juridiques ayant choisi la rétroactivité dans les effets du contrôle de constitutionnalité des lois (voir : « La modulation des effets dans le temps d'une annulation contentieuse. Le cas de l'Espagne », *R.F.D.A.*, 2004, p. 690).

O. Dubos et F. Melleray, plus nuancés, rangent l'Italie dans la même catégorie, tout en précisant que « la formulation de l'article 136 de la Constitution pouvait laisser penser que la décision n'avait qu'un effet *ex nunc* » (« La modulation dans le temps des effets de l'annulation d'un acte administratif », *Dr. adm.*, n° 8, août 2004, étude 15, note 67).

procédurale, qui est une *application immédiate générale*<sup>24</sup>. Le premier prévoit en effet que « lorsque la Cour déclare l'inconstitutionnalité d'une règle de loi ou d'un acte ayant force de loi, la règle de loi cesse de produire effet dès le lendemain de la publication de la décision » ; le second précise que « les normes constitutionnelles ne peuvent plus être appliquées dès le lendemain de la publication de la décision ». La *rétroactivité* italienne n'est en réalité qu'une *application immédiate générale*. Ainsi, la *Corte* a pu juger que :

« les arrêts d'acceptation, sur le fondement de l'article 135 de la Constitution confirmé par l'article 30 de la loi du 11 mars 1953 n° 87, produisent des effets *ex tunc* [c'est-à-dire rétroactifs] parce qu'ils produisent leurs effets également dans les situations existantes avant le prononcé de l'illégitimité constitutionnelle, de sorte que, à partir du jour qui suit leur publication, les normes déclarées contraires à la Constitution ne peuvent plus être appliquées »<sup>25</sup>. Elle tempère toutefois, dans le sens précédemment soutenu, que « le principe, dont il est fait usage avec le recours à la formule de la « rétroactivité », n'est valable que pour les situations encore en cours, ce qui implique l'exclusion de toutes celles qui sont achevées, lesquelles demeurent régies par la loi déclarée invalide »<sup>26</sup>.

La **Lituanie** et la **Bulgarie** ont retenu le même choix, avec une formulation similaire à ce qui est prévu en Italie, c'est l'*application* de la loi censurée qui est interdite au jour de la publication de la décision de la Cour constitutionnelle. Cette interdiction d'application concerne en conséquence toutes les situations en cours susceptibles d'être concernées. Les personnes privées comme les organes publics ne peuvent plus appliquer la norme censurée quand bien même la situation dans laquelle cette norme devait s'appliquer est née avant la censure, à condition toutefois que la norme n'ait pas encore eu à s'appliquer avant la censure (la situation doit être en cours). Sous cet angle l'interdiction « d'application » doit être mise en parallèle avec d'autres énoncés, comme celui contenu dans la Constitution autrichienne qui prévoit que « la loi [annulée] reste applicable aux faits intervenus avant l'annulation » ou en France dont l'article 62 alinéa 2 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... ». L'interdiction de l'application produit en conséquence des effets rétroactifs pour toutes les situations en cours au moment de la censure. La **Grèce** prévoit la caducité de la loi déclarée inconstitutionnelle par la

<sup>24</sup> Voir en ce sens : T. Di Manno, « La modulation des effets dans le temps des décisions de la Cour constitutionnelle italienne », *R.F.D.A.*, 2004, p. 700.

Voir également : A. Pizzorusso, « Art. 136 Costituzione », in *Commentario breve alla Costituzione*, V. Crisafulli, L. Paladin (dir.), Padova, CEDAM, 1990, pp. 134-135 ; G. Zagrebelsy, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, 2<sup>ème</sup> édition, 1988, p. 266 et s.

<sup>25</sup> « le sentenze di accoglimento, in base al disposto dell'art. 136 Cost. confermato dall'art. 30 l. 11 marzo 1953 n. 87, operano ex tunc perché producono i loro effetti anche sui rapporti sorti anteriormente alla pronuncia di illegittimità sicché, dal giorno successivo alla loro pubblicazione, le norme dichiarate incostituzionali non possono più trovare applicazione (salvo quanto discende dall'art. 25 Cost. per la materia penale) » (n° 139 de 1984, in *diritto* § 15).

<sup>26</sup> « il principio, che suole essere enunciato con il ricorso alla formula della c.d. "retroattività" di dette sentenze, vale però soltanto per i rapporti tuttora pendenti, con conseguente esclusione di quelli esauriti, i quali rimangono regolati dalla legge dichiarata invalida » (*ibid.*).

Cour spéciale suprême, ce qui a pu être interprété comme rendant la loi inapplicable<sup>27</sup> et donc comme une application immédiate générale.

La **Slovénie** ne prévoit une application immédiate qu'aux contentieux en cours (art. 44 de la loi sur la Cour constitutionnelle). L'**Autriche** limite l'effet immédiat à l'affaire à l'origine de l'annulation (art. 140-7 de la Constitution) et offre de la sorte un effet immédiat limité, une « prime au requérant », une rétroactivité procédurale.

En **Slovaquie**, il est prévu de manière originale une certaine rétroactivité atténuant le principe de l'abrogation. Ainsi, pour les jugements rendus dans des procès pénaux qui ont acquis autorité de chose jugée mais qui n'ont pas été exécutés, l'on suppose entièrement, il est permis la tenue d'un nouveau procès conformément aux règles posées par le code de procédure pénale (art. 41 b 1) de la loi sur la Cour constitutionnelle). En matière civile ou administrative, tous les actes qui reposaient sur la loi censurée ne peuvent pas être appliqués (art. 41 b 1) de la loi sur la Cour constitutionnelle). Il y a là un effet immédiat de la censure sur tous les actes qui ont pour fondement la norme censurée.

En **Croatie**, dans le cadre de la plainte constitutionnelle après épuisement des voies de recours, les mécanismes permettant d'atténuer le censure *pro futuro* sont assez subtils. La personne à l'origine du recours direct devant la Cour constitutionnelle et qui a obtenu la censure d'une disposition législative est en droit de demander à l'autorité compétente qui a rendu une décision sur le fondement de cette loi de prendre une autre décision (art. 58 2° de la loi constitutionnelle sur la Cour constitutionnelle). Cette possibilité est toutefois enserrée dans un délai de six mois après la publication de la décision de censure de la Cour (art. 58 4° de la même loi). En matière pénale, un jugement définitif qui reposerait sur une loi censurée ne peut produire d'effet de droit et ce jugement devra être revu en application des dispositions pertinentes sur cette question (art. 58 1° de la même loi). Enfin, il est prévu une application immédiate générale de la censure à toutes les procédures entamées mais dont les effets ne sont pas achevés (art. 58 5° de la même loi). Si, malgré la censure et les effets qui y sont attachés en matière pénale (art. 58 1°) ou dans les autres matières (art. 58 2°), les conséquences de l'application de la loi inconstitutionnelle sont irréversibles, il est prévu une indemnisation du préjudice subi.

En **Pologne**, selon l'article 190 alinéa 4 de la Constitution, le principe de l'abrogation est tempéré lorsque l'acte censuré a servi de fondement à une décision définitive quelle qu'elle soit (décision de justice, administrative ou autre). La censure ouvre alors droit, selon les situations contentieuses, à la réouverture de la procédure face à décision de justice, à l'annulation de la décision en présence d'une décision administrative ou à une autre solution selon les règles

---

<sup>27</sup> Voir : E. Kastanas, *Les origines et le fondement du contrôle de constitutionnalité des lois en Suisse et en Grèce*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1993, cité en sens par J. Iliopoulos-Strangas, « Les décisions de la Cour spéciale grecque et leur mise en œuvre », [http://www.tribunalconstitucional.ad/docs/coloqui\\_justicia/10-JULLA%20ILIPOULOS.pdf](http://www.tribunalconstitucional.ad/docs/coloqui_justicia/10-JULLA%20ILIPOULOS.pdf), p. 12.

propres à la procédure engagée. La rétroactivité est ici tellement large que l'on peut y voir un renversement du principe.

**Modulation de l'annulation.** La modulation « automatique » est également prévue dans des Etats qui ont fixé l'annulation comme effet de principe. L'article 282 de la **Constitution portugaise** est intitulé « Effets de la déclaration d'inconstitutionnalité ou d'illégalité ». Il pose le principe de la rétroactivité de la censure, en ajoutant que cet effet emporte la remise en vigueur des normes éventuellement abrogées par la norme censurée. Cette rétroactivité reçoit deux tempéraments automatiques. En cas d'*inconstitutionnalité survenue* après l'entrée en vigueur de la loi déclarée contraire à la Constitution, les effets de la censure ne pourront se produire qu'à compter de l'entrée en vigueur de la nouvelle disposition constitutionnelle. En outre, la rétroactivité ne saurait aller, en principe, jusqu'à la remise en cause de la chose jugée.

En **Espagne**, l'article 161-1 a) de la Constitution préserve des effets de la censure les décisions de justice qui ont acquis autorité de chose jugée, qui ne sont donc pas affectées par la rétroactivité (voir également l'art. 40-1 de la loi organique sur le Tribunal constitutionnel). Cette limitation de la rétroactivité connaît elle-même une exception, ce qui implique alors un retour à l'effet rétroactif, « dans le cas des procès criminels ou contentieux-administratifs concernant une procédure de sanction où, du fait de la nullité de la norme qui aura été appliquée, découlerait une réduction de la peine ou de la sanction ou une exclusion, une exemption ou une limitation de la responsabilité ». Le principe de rétroactivité *in mitius* impose précisément un effet rétroactif pour tous ce qui concerne les sanctions, même si le terme de « sanction » peut être entendu de manière plus ou moins large selon les systèmes juridiques considérés.

En **RFA**, les décisions définitives intervenues sur le fondement d'une norme législative annulée sont maintenues dans l'ordre juridique. En revanche, l'exécution de ces décisions est interdite et leur application ne saurait donner lieu à une indemnisation (art. 79.2 de la loi sur la CCF). La rétroactivité est ainsi limitée.

## **B – L'habilitation constitutionnelle ou législative conférée à la Cour constitutionnelle**

La question de l'existence d'une habilitation constitutionnelle est importante, elle se prolonge par celle de l'étendue du pouvoir conféré à la juridiction constitutionnelle. Parmi les différents textes habilitant le juge constitutionnel à moduler les effets dans le temps de ses décisions, il en existe qui encadrent plus ou moins fortement l'exercice de ce pouvoir, que ce soit sur les différentes possibilités de modulation qui s'offrent au juge, sur les situations concernées par la modulation ou sur les motifs susceptibles de la justifier.

**Habilitation générale.** L'exemple français est significatif d'une liberté large accordée au juge de moduler dans le temps les effets des décisions de censure. L'article 62 alinéa 2, première phrase, de la Constitution pose le principe de l'abrogation et permet au Conseil constitutionnel de prononcer une abrogation différée. La seconde phrase du même article offre la possibilité au juge de remettre en cause les effets qu'une disposition censurée a produits. La Constitution française envisage ainsi, de manière large, les différentes possibilités de modulation : abrogation différée et rétroactivité, sans plus de précision sur cette dernière. En conséquence, toute la palette de la modulation des effets dans le passé semble être à la disposition du juge : rétroactivité générale, rétroactivité à une date déterminée, application immédiate générale, rétroactivité procédurale et application immédiate aux procès en cours.

La **Constitution autrichienne** s'inscrit dans le même mouvement. Ainsi, l'article 140-5 de la Constitution autrichienne autorise la Cour à prononcer une abrogation différée, mais limite la durée à 18 mois. L'article 140-7 du même texte, tout en interdisant un effet rétroactif de la censure en dehors de la prime au requérant, permet à la Cour d'en décider autrement et donc d'envisager des effets rétroactifs. Là encore l'habilitation est large, la Cour apprécie seule l'étendue, les modalités et les motifs permettant la remise en cause dans le passé d'effets déjà réalisés.

En **Pologne**, le Tribunal constitutionnel peut également reporter dans le temps les effets de la censure pour un délai maximum de 18 mois (art. 190 alinéa 3 de la Constitution). La Constitution ajoute que « dans le cas de décisions entraînant des charges financières non prévues par la loi budgétaire, le Tribunal constitutionnel fixe la date de la perte de force obligatoire de l'acte après avoir pris connaissance de l'avis du Conseil des ministres ». Rien n'est en revanche prévu pour ce qui concerne la modulation des effets des décisions dans le passé ; le Tribunal n'a donc aucune habilitation.

L'article 100-4 de la **Constitution grecque** permet, sans plus de détail, à la Cour spéciale suprême de reporter dans le temps les effets d'une censure. Dans le sens d'une modulation seulement pour l'avenir, il y a également lieu de mentionner l'**Albanie** (art. 132-2 de la Constitution), la **Croatie** (article 55 de la loi constitutionnelle sur la Cour constitutionnelle) et la **Slovénie** (article 161 de la Constitution).

C'est le cas également de la **Belgique**, même si l'effet de principe est celui de l'annulation. Selon l'article 8 de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle belge sur le recours en annulation, si cette dernière l'estime nécessaire, « elle indique, par voie de disposition générale, ceux des effets des dispositions annulées qui doivent être considérés comme définitifs ou maintenus provisoirement pour le délai qu'elle détermine ».

**Habilitation stricte.** Le **Portugal** témoigne d'un encadrement strict du pouvoir de modulation. L'article 282-3 de la Constitution prévoit que l'effet d'annulation ne remet pas en cause les

décisions de justice ayant acquis autorité de chose jugée. Ce principe est accompagné d'une exception, qu'il appartient au Tribunal constitutionnel de décider de mettre en œuvre, dans une situation bien déterminée, lorsque l'annulation intervient dans le domaine pénal, disciplinaire ou les infractions administratives de *mera ordenação social*<sup>28</sup> et qu'elle aboutit à une situation moins favorable pour la personne concernée. La logique de la rétroactivité *in mitius* est ainsi poursuivie par le système portugais, sans automaticité toutefois, puisqu'il est nécessaire que le Tribunal constitutionnel se prononce explicitement en ce sens. Enfin, l'article 282-4 de la Constitution permet au Tribunal de déroger au principe de l'annulation. L'habilitation à le faire est strictement encadrée. Il impose « des raisons de sécurité juridique, d'équité ou d'intérêt public d'importance exceptionnelle » à l'origine du choix du Tribunal de déroger à l'annulation. Ce dernier doit également spécialement motiver sa décision. L'étendue de la modulation est cependant large, il s'agit pour le juge constitutionnel de conférer une « portée plus restrictive » à la censure que ce qui est prévu en principe, à savoir l'annulation et la remise en vigueur du droit antérieur.

## C – La reconnaissance prétorienne

La reconnaissance prétorienne d'un pouvoir de modulation est particulièrement significative en Allemagne, en Espagne et en Italie.

**Allemagne.** En RFA, la nullité comme effet de la censure est consacrée dans les articles 78, pour le contrôle abstrait, et 95 pour le recours direct par la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale. Elle s'inscrit dans le prolongement de la tradition allemande refusant de reconnaître le caractère valide d'une « norme » irrégulière. Toutefois, dans un arrêt du 11 juin 1958<sup>29</sup>, la Cour introduit une variante à la nullité, à savoir la « déclaration d'inconstitutionnalité » ou « déclaration de non-conformité ». Elle offre ainsi une alternative à l'annulation rétroactive qui sera utilisée, pour la première fois, dans une décision du 13 décembre 1961<sup>30</sup>. Cette voie empruntée par la Cour constitutionnelle est *contra legem*<sup>31</sup>. Elle a cependant été validée *a posteriori* et de manière implicite par une modification du statut de la Cour en 1970. Son article 31 alinéa 2 distingue les situations dans lesquelles « la Cour constitutionnelle fédérale déclare une loi *compatible ou incompatible* avec la Loi fondamentale, ou lorsqu'elle déclare une loi *de nul effet* »<sup>32</sup>. S'il fallait identifier un fondement normatif exprès au pouvoir de modulation de la Cour fédérale, seul l'article 35 de son statut peut

<sup>28</sup> Selon F. Moderne, cette expression « difficilement traduisible (...) évoque l'idée d'une certaine réglementation sociale, constituée sur la base de valeurs de second rang, qui concernent l'homme en tant qu'être social, en fonction de l'organisation socio-économique de l'Etat à un moment donné de son évolution, mais qui n'affectent pas les droits fondamentaux de la personne » (« Sanctions administratives et justice constitutionnelle », *Economica*, 1993, p. 173, note 12 ; voir également du même auteur sur la même notion : « La sanction administrative (éléments d'analyse comparative) », *R.F.D.A.*, 2002, p. 483).

<sup>29</sup> *BVerfGE* 8, p. 28.

<sup>30</sup> *BVerfGE* 13, p. 248.

<sup>31</sup> Voir en ce sens : O. Jouanjan, *précit.*, note 26.

<sup>32</sup> Nous soulignons.

être proposé, selon lequel : « La Cour constitutionnelle fédérale peut, dans sa décision, déterminer qui l'exécute ; elle peut aussi, dans des cas particuliers, déterminer le mode d'exécution ». Il n'en reste pas moins que la manière dont doit être exécutée une décision ou la détermination des personnes qui doivent l'exécuter n'a rien à voir avec les effets de la décision elle-même sur la norme censurée. La censure est une chose, l'exécution de celle-ci en est une autre.

Contrairement à ce qui se produit en cas de nullité, en cas de « non conformité à la Constitution » déclarée par la Cour, les effets dans le passé de la norme censurée sont maintenus. La Cour échappe ainsi à la rétroactivité de la censure. L'un des avantages décisifs pour la Cour de prononcer l'inconstitutionnalité plutôt que la nullité est qu'elle peut ainsi éviter de faire revivre le droit antérieur éventuellement abrogé par la norme censurée. En pratique, à chaque fois que la sanction d'une irrégularité a pour effet de faire revivre une norme antérieure elle-même irrégulière, la Cour pourra préférer l'inconstitutionnalité à la nullité, même si, par ailleurs, le *dies a quo* à partir duquel la norme censurée doit être considérée comme ayant disparu de l'ordre juridique est le même, à savoir la date d'entrée en vigueur de la norme. Il est encore possible pour la Cour de prévoir une rétroactivité à une date déterminée, une abrogation et même une abrogation différée. Ces différentes possibilités<sup>33</sup> ont été empruntées par la Cour de manière totalement prétorienne.

**Espagne.** En Espagne, depuis 1989, le Tribunal constitutionnel a développé une jurisprudence visant à atténuer la rigueur de l'application du principe de l'annulation rétroactive. Dans un arrêt n° 45/1989 du 20 février 1989, dans une situation d'inconstitutionnalité par omission du législateur, il prononce l'inconstitutionnalité d'une disposition législative sans en déclarer la nullité. Dans ce même arrêt, il a étendu le principe du maintien des effets des décisions de justice bénéficiant de l'autorité de chose jugée aux actes administratifs définitifs, au nom du principe de sécurité juridique reconnu par l'article 9-3 de la Constitution. Cette extension n'est toutefois pas automatique. Il appartient en effet au Tribunal de préciser dans chaque espèce ce qu'il en est. Tout en rappelant que la loi organique ne lui conférait pas la capacité de moduler dans le temps les effets des décisions de censure, le Tribunal se reconnaît toutefois compétent en substance pour sortir du cadre fixé par cette loi et emprunter des voies alternatives à l'annulation. En l'espèce, sur une question fiscale, le Tribunal reconnaîtra l'inconstitutionnalité en limitant les effets *pro futuro*.

**Italie.** En Italie, enfin, avec les arrêts n° 127/1966 et n° 58/1967, la Cour, malgré la rédaction de l'article 136 de la Constitution, se prononce en faveur de l'effet rétroactif de la censure, avec disparition de la norme censurée à compter de son entrée en vigueur ou au moment de l'entrée en vigueur d'une nouvelle norme constitutionnelle à l'origine de la censure (rétroactivité à une date survenue). Cette rétroactivité n'a, toutefois, on l'a vu, qu'une portée limitée aux procès en

---

<sup>33</sup> Sur ces différentes possibilités, voir O. Jouanjan, *précit.*

cours et aux situations irrévocables et ne serait donc qu'une application immédiate<sup>34</sup>. Selon la Cour, « dans la logique du jugement de constitutionnalité par la voie incidente qui – étant entendu que la perte d'efficacité de la norme déclarée inconstitutionnelle à partir du lendemain de la publication de la décision, et sa non application dans le jugement *a quo* et tous ceux qui sont en cours, également par rapport aux situations déterminées antérieurement – la rétroactivité du jugement d'inconstitutionnalité rencontre une limite dans les rapports déjà achevés, dont la définition – dans le respect du principe d'égalité et de sagesse [« *ragionevolezza* »] – appartient seulement au législateur »<sup>35</sup>. Dans le même sens, la Cour de cassation considère que « le jugement d'illégitimité constitutionnelle d'une norme de loi implique (...) la non-application de celle-ci, en donnant lieu à un processus qui se range, du côté de ses effets, dans une position intermédiaire entre l'abrogation, ayant en principe efficacité *ex nunc*, et l'annulation qui, normalement, produit des effets *ex tunc*. (...) la déclaration d'inconstitutionnalité implique la sortie de vigueur [la caducité] des seuls effets non définitifs et, dans les rapports encore en cours de développement, aussi des effets postérieurs à la publication de l'arrêt de la Cour constitutionnelle, demeurant maintenus les effets antérieurs qui, tout en étant rattachables au même rapport non encore achevé, ont définitivement atteint, en tout ou partie, leur fonction constitutive, extinctive, modificative ou translatrice de situations juridiquement importantes »<sup>36</sup>.

Dans les années 80, la *Corte* a rendu un certain nombre d'arrêts à travers lesquels elle s'est autorisée à moduler dans le temps les effets de ses arrêts de censure. Dans un arrêt n° 50 de 1989, tout en reconnaissant l'inconstitutionnalité d'un acte dès son adoption, elle n'en a pas moins limité les effets que pour l'avenir. Dans le même sens, dans un arrêt n° 370 de 2003, rendu par voie principale, elle a prononcé une inconstitutionnalité tout en précisant que, dans les procès en cours, la norme censurée devait continuer à s'appliquer<sup>37</sup>.

La Cour a également emprunté une voie proche de l'abrogation différée, dans des conditions particulières, avec les décisions de « *rejet précaire* » selon la formule de Gustavo Zagrebelsky<sup>38</sup>. De tels arrêts sont des arrêts de rejet de la requête. Ils n'aboutissent pas à la censure de la disposition de loi contestée et n'ont pas un effet abrogatoire différé. Ils s'en rapprochent toutefois dans la mesure où le brevet de constitutionnalité ou, plus exactement, l'absence de déclaration d'inconstitutionnalité, n'est accordée qu'à titre provisoire et à condition que le législateur intervienne afin de résoudre la difficulté d'ordre constitutionnel identifiée par la Cour. Les décisions d'« *inconstitutionnalité reconnue mais non déclarée* » participent de ce type de décision. Ainsi, dans un arrêt n° 230 de 1987, la Cour constate qu'en l'espèce la loi contestée est contraire à la

<sup>34</sup> C.C.I., n° 127/1966, *in diritto* § 5 et n° 58/1967 *in diritto* § 3.

<sup>35</sup> C.C.I., n° 3 de 1996, 8-9 janvier 1996, *in diritto* § 3.2.

<sup>36</sup> Cass. civ., sez. III, 11-04-1975, n° 1384.

<sup>37</sup> C.C.I., n° 370 de 2003, 17-23 décembre 2003, *in diritto* § 7.

<sup>38</sup> G. Zagrebelsky, « *Il controllo da parte della Corte costituzionale degli effetti temporali delle pronunce d'incostruzione: possibilità e limiti* », in *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, 1989, Giuffrè, p. 207.

Constitution mais qu'il ne lui appartient pas d'établir la manière dont la Constitution doit être respectée compte tenu des différentes voies susceptibles d'être empruntées pour en assurer le respect. En conséquence, la Cour rejette la question en renvoyant au législateur le soin de mettre en conformité la législation contestée avec la Constitution.

A l'occasion d'un recours par la voie principale, dans un arrêt n° 13 de 2004, elle a cependant également retenu le principe d'une abrogation différée, proprement dite, à l'occasion du contrôle d'une loi régionale en l'espèce. La norme contestée est déclarée inconstitutionnelle mais les effets qu'elle produit sont maintenus jusqu'à l'intervention du législateur dans un certain sens<sup>39</sup>.

**France.** L'existence d'une habilitation n'écarte pas la possibilité pour une Cour constitutionnelle, surtout si l'habilitation est large, de moduler de manière automatique le principe fixé par la Constitution et donc de poser des exceptions prétoriennes et automatiques par un considérant de principe. C'est ce qu'a fait le Conseil constitutionnel en particulier. Dans la décision du 25 mars 2011, *Mme Marie Christine D. [Pension de réversion des enfants]*, il a posé un considérant de principe permettant de différencier les différents effets dans le temps des décisions de censure : « si, en principe, la déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à l'auteur de la question prioritaire de constitutionnalité et la disposition déclarée contraire à la Constitution ne peut être appliquée dans les instances en cours à la date de la publication de la décision du Conseil constitutionnel, les dispositions de l'article 62 de la Constitution réservent à ce dernier le pouvoir tant de fixer la date de l'abrogation et reporter dans le temps ses effets que de prévoir la remise en cause des effets que la disposition a produits avant l'intervention de cette déclaration »<sup>40</sup>.

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

<sup>39</sup> C.C.I., n° 13 de 2004, 13 janvier 2004, *in diritto* § 4.

<sup>40</sup> C.C., n° 2010-108 QPC, 25 mars 2011, *Mme Marie-Christine D. [Pension de réversion des enfants]*, JORF, 26 mars 2011, p. 5404, cons. 5 ; n° 2010-110 QPC, 25 mars 2011, *M. Jean-Pierre B. [Composition de la commission départementale d'aide sociale]*, JORF, 26 mars 2011, p. 5406, cons. 8 ; n° 2010-112 QPC, 1<sup>er</sup> avril 2011, *Mme Marielle D. [Frais irrépétibles devant la Cour de cassation]*, JORF, 2 avril 2011, p. 5892, cons. 8 ; n° 2011-128, 6 mai 2011, *Syndicat SUD AFP [Conseil d'administration de l'Agence France-Presse]*, JORF, 7 mai 2011, p. 7852, cons. 6.

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

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

constitutionnel peut étendre les effets de la censure à toutes les situations intervenues avant la censure et dont les effets se seraient réalisés (*rétroactivité*). L'applicabilité immédiate aux contentieux en cours est donc un effet automatique, sauf si le Conseil constitutionnel en dispose autrement, qui déroge au principe de l'abrogation.

## II – La raison d'être et les justifications de la modulation

**Problématique.** Dans le choix des constituants ou du législateur, comme dans la jurisprudence des cours constitutionnelles, la volonté d'assouplir les effets radicaux de l'annulation d'une part ou de l'abrogation d'autre part répond à une volonté de préserver l'équilibre général entre l'exigence du respect de la régularité dans l'ordre juridique et la sécurité des relations juridiques (A). C'est dans cet équilibre général que réside la raison d'être de la modulation. Cet équilibre général sera affecté dans un sens ou dans l'autre, par la prise en compte d'un certain nombre d'« intérêts publics » (B), selon une formulation volontairement large, justifiant le choix d'atténuer les effets radicaux de la seule abrogation ou de la seule annulation.

### A – L'équilibre régularité/sécurité juridique

**Problématique : que faire des effets d'une norme censurée ?** Dans un ordre juridique, à partir du moment où l'on réserve à des organes particuliers le soin de vérifier et de sanctionner *a posteriori* la régularité des normes inférieures aux normes supérieures, il est possible que des normes irrégulières entrent en vigueur et produisent des effets juridiques malgré leur irrégularité. Dans un tel système, les normes irrégulières ne sont pas nulles ou inexistantes, elles sont seulement annulables, en application de la procédure prescrite par l'ordre juridique. Cette caractéristique de tous les ordres juridiques, l'existence d'un contrôle *a priori* systématique de régularité peut difficilement être mis en place en pratique, soulève des difficultés dans la mesure où, entre le moment de son entrée en vigueur et le contrôle de régularité, la norme a produit des effets juridiques. La question qui se pose alors consiste à déterminer ce qu'il convient de faire de ces effets juridiques produits par la norme irrégulière au moment où son irrégularité est reconnue.

**Exigence de régularité.** La préservation de l'exigence de régularité au sein d'un ordre juridique incite à reconnaître un effet rétroactif général à une décision de censure d'une norme inconstitutionnelle et donc à considérer que l'irrégularité de la norme entraîne l'irrégularité de tous les effets qu'elle a produits. Tous les effets juridiques qu'elle a pu emporter entre le moment de l'entrée en vigueur et la censure doivent donc être effacés. L'on ne saurait se prévaloir des effets produits par une norme irrégulière.

**Exigence de sécurité juridique.** La sécurité juridique incite au contraire à préserver les effets produits par la norme au nom de l'exigence de prévisibilité dans la connaissance et l'application

du droit en limitant les effets d'une censure à l'avenir. Tous les destinataires des normes sont certains qu'une norme entrée en vigueur produira des effets qui ne pourront être remis en cause, y compris si l'organe compétent pour en apprécier la régularité venait à la censurer. Le choix de l'abrogation d'une norme irrégulière conduit à valider les effets passés produits par une norme irrégulière, qui sont donc implicitement considérés comme réguliers du seul fait qu'ils se sont produits. L'irrégularité éventuelle de la norme à l'origine de ces effets n'entre pas en ligne de compte.

**Les équilibres.** Dans les différents systèmes étudiés, nous avons pu constater qu'aucun d'entre eux n'avait posé le choix exclusif soit de l'annulation, soit de l'abrogation. Que ce soit l'un ou l'autre des effets choisis, *ex tunc* ou *ex nunc*, il est toujours tempéré par d'autres principes dans des situations communes. Dans chacun des systèmes, sans que l'intervention de la juridiction constitutionnelle ne soit en principe nécessaire, il existe une constante dans les situations prises en compte de manière systématique pour moduler : les effets de la censure sur les décisions de justice et le principe de rétroactivité *in mitius*.

**La préservation des décisions de justice.** Dans le premier cas, il s'agit, dans les systèmes d'annulation rétroactive, de préserver de la censure de manière automatique, c'est-à-dire sans décision explicite en ce sens de la Cour constitutionnelle, les décisions de justice ayant acquis autorité de chose jugée (Portugal, Espagne, Allemagne<sup>41</sup>). La force de vérité légale, qui se matérialise par la décision de justice, mérite d'être préservée d'une annulation rétroactive. La sécurité juridique, et plus précisément la certitude de la parole donnée au citoyen par le juge, est à l'origine de ce choix. Si la parole donnée par le juge pouvait être remise en cause du fait de l'annulation de la norme sur laquelle s'appuyait cette parole, celle-ci perdrait en autorité. Dans le système abrogatoire, les décisions de justice sont également prises en compte selon une logique quelque peu différente. Il s'agit de faire bénéficier de la censure, de manière automatique, les instances en cours (France, Italie, Grèce, Slovénie, Slovaquie, Croatie) ou la seule instance en cours (« *Anschlussfall* » en Autriche<sup>42</sup>) qui a donné lieu à l'affaire dans laquelle la Cour constitutionnelle s'est prononcée. L'exigence de régularité est ici dominante dans ce choix. Il s'agit de permettre au juge d'exercer son office en n'appliquant que des normes régulières au moment où il statue. De plus, il apparaîtrait particulièrement problématique pour le justiciable de se voir appliquer dans un litige une norme qui vient d'être déclarée irrégulière. Là encore, la force de vérité légale en sortirait amoindrie.

**Le respect de la rétroactivité *in mitius*.** Le principe de rétroactivité *in mitius*, en vertu duquel la rétroactivité doit jouer lorsqu'elle bénéficie à une personne qui fait l'objet de sanction, est en

---

<sup>41</sup> En République fédérale d'Allemagne, en dehors de la matière pénale, ce sont toutes les décisions, quelles qu'elles soient, qui sont maintenues, même si elles ne peuvent être exécutées (art. 79-2 de la loi sur la CCF).

<sup>42</sup> Même si la Cour constitutionnelle est allée plus loin que les seules dispositions textuelles sur cette question en interprétant de manière relativement large le « cas de l'espèce ». Voir : S. Peyrou-Pistoulet, *La Cour constitutionnelle et le contrôle de la constitutionnalité des lois en Autriche*, Economica, Collection Droit public positif, 1993, pp. 353-355.

premier lieu pris en compte dans les systèmes qui ont prévu l'abrogation. Le plus souvent, il s'agit de donner droit à la tenue d'un nouveau procès (Slovaquie, Croatie). Dans les systèmes de nullité, la rétroactivité *in mitius* apparaît comme l'exception à l'exception à la rétroactivité<sup>43</sup>, et donc un retour au principe de la rétroactivité. Les décisions de justice rendues en matière pénale bénéficient donc de la rétroactivité et ouvrent droit, en pratique, à la tenue d'un nouveau procès (Espagne, Portugal<sup>44</sup>, Allemagne).

**La modulation, une plus grande liberté de censure pour le juge.** Dans l'équilibre régularité/sécurité juridique, une dernière remarque mérite d'être formulée. Le pouvoir conféré à la juridiction constitutionnelle de moduler dans le temps ses décisions de censure lui confère une plus grande liberté de... censure. Autrement dit, la Cour est toujours en mesure de garantir à la fois la régularité et la sécurité juridique. Sans pouvoir de modulation, le juge pouvait en effet renoncer à la censure en raison des effets problématiques qu'une annulation voire qu'une abrogation simple pourrait produire. En particulier, lorsque la censure produit des effets pires que ceux qu'entraînent l'inconstitutionnalité, la sécurité juridique peut faire renoncer à l'exigence de régularité. La sécurité juridique fera céder la régularité. On peut penser, en effet, qu'en l'absence d'alternative à l'abrogation simple, un juge constitutionnel puisse renoncer à censurer une loi si cette censure crée un vide, c'est-à-dire une absence de réglementation applicable dans un domaine sensible, la législation sur la garde à vue par exemple. De la même manière, si le juge ne peut prononcer que la nullité, il peut apparaître problématique de censurer une norme qui a produit des effets juridiques difficilement réparables ou particulièrement coûteux d'un point de vue financier pour la collectivité. Tel pourrait être le cas d'une disposition législative prévoyant une retenue sur les salaires de tous les fonctionnaires dont l'annulation impliquerait le reversement par l'Etat à chacun d'entre eux des sommes indûment perçues. La modulation permet donc au juge de sortir des ornières dans lesquelles l'alternative simple annulation/abrogation est susceptible de le conduire, en lui permettant, de toujours concilier la régularité et la sécurité juridique, sans jamais devoir renoncer à la première.

## **B – La prise en compte d'intérêts publics**

Les motifs qui sont à l'origine du choix de la Cour constitutionnelle de moduler dans le temps les effets de ses décisions de censure ne sont pas toujours explicites ni même visibles ou identifiables. On retrouve un certain nombre d'intérêts publics dans leur jurisprudence, parmi lesquels la sécurité juridique, qui vont justifier le recours à la modulation.

Ces difficultés d'identification n'existent toutefois pas au **Portugal** dans la mesure où le pouvoir de modulation du Tribunal constitutionnel est strictement encadré dans les motifs susceptibles

---

<sup>43</sup> L'exception à la rétroactivité consistant à préserver des effets d'une annulation les décisions de justice bénéficiant de l'autorité de chose jugée.

<sup>44</sup> A condition que le Tribunal constitutionnel le décide.

d'être invoqués à l'appui de l'exercice de ce pouvoir. La Constitution portugaise énonce de manière explicite les motifs sur lesquels doit reposer le choix du Tribunal constitutionnel de renoncer à la rétroactivité. L'article 282-4 de la Constitution prévoit trois situations différentes : « la sécurité juridique, une raison soit d'équité soit d'intérêt public d'importance exceptionnelle ». L'« intérêt public d'importance exceptionnelle » a pu être interprété par la doctrine comme ne devant recouvrir que la raison d'Etat. L'appréciation du Tribunal sur ces motifs est, en réalité, relativement large<sup>45</sup>. Dans un arrêt n° 92 de 1985, l'« opportunité d'éviter toute crise financière et le bon fonctionnement des services » a pu être jugée comme constituant des motifs valables permettant de reporter dans le temps les effets d'une censure<sup>46</sup>. En l'espèce, le Tribunal était saisi de la constitutionnalité d'arrêtés du ministre de la santé fixant une grille tarifaire dans les hôpitaux. On comprend aisément quelles auraient pu être les conséquences financières d'une annulation et donc le choix du Tribunal de prononcer une abrogation. Le Tribunal a considéré dans un arrêt n° 494 de 2009 que les conséquences disproportionnées d'une annulation rétroactive par rapport aux avantages qu'elle est en mesure de procurer constitue « un intérêt public d'importance exceptionnelle » justifiant une abrogation dans un contentieux concernant des dispositions fiscales<sup>47</sup>. Dans un arrêt n° 531 de 2000, la sécurité juridique et l'équité ont pu être invoquées à l'appui de l'abrogation d'un acte réglementaire relatif au personnel enseignant préscolaire dont l'annulation aurait abouti à conférer à ces agents une situation plus favorable que celle des autres agents publics<sup>48</sup>. L'équité se résume ici à l'égalité.

La **Cour constitutionnelle fédérale allemande** a explicité les différents motifs susceptibles d'être pris en compte lorsqu'elle se prononce en faveur du maintien en vigueur d'une norme législative inconstitutionnelle. Cette jurisprudence ne concerne donc qu'une situation particulière : l'abrogation différée d'une norme législative, maintenue en vigueur pendant une période transitoire, ce qui constitue la solution la plus éloignée du principe de l'annulation. Trois motifs sont identifiables. Ils renvoient tous à « l'idée de nécessité »<sup>49</sup> et tendent à conférer à la solution de la Cour un caractère exceptionnel.

Le premier concerne le cas où la censure conduirait à une situation « encore moins conforme à l'ordre constitutionnel » que l'absence de censure<sup>50</sup>, ce que l'on peut qualifier de « justification par le pire ».

Le deuxième renvoie à l'exigence du bon fonctionnement du service public<sup>51</sup>.

---

<sup>45</sup> Voir en ce sens : P. Bon, *précit.*

<sup>46</sup> n° 92/85, 18 juin 1985, § 4.

<sup>47</sup> N° 494/2009, 29 septembre 2009, § 8.

<sup>48</sup> N° 531/00, 5 décembre 2000, § 7.

<sup>49</sup> Voir O. Jouanjan, *précit.*

<sup>50</sup> Décision du 18 juillet 1972, *BVerfGE* 3, p. 303.

<sup>51</sup> *Ibid.*

Le troisième et dernier concerne de manière spécifique les lois fiscales ou financières. Le maintien en vigueur provisoire de telles lois peut s'imposer pour éviter une privation de recettes pour l'Etat<sup>52</sup>.

Ainsi, par exemple, dans un arrêt du 14 mars 1972<sup>53</sup>, la Cour fédérale était saisie de la conformité à la Constitution d'un acte réglementaire organisant le contrôle du courrier des détenus. L'inconstitutionnalité est constatée en l'absence d'habilitation législative formelle et précise dans un domaine touchant au régime juridique d'un droit fondamental, le secret des correspondances. Toutefois, la Cour renonce à annuler le règlement compte tenu des conséquences qu'aurait cette annulation qui empêcherait le contrôle du courrier des détenus. Ce sont ici les nécessités du bon fonctionnement du service qui sont invoquées à l'appui de ce choix. La Cour prolonge donc la validité du règlement jusqu'à l'intervention du législateur à un terme qu'elle a fixé, la fin de la législature en l'occurrence.

La **Cour constitutionnelle italienne** intègre différents motifs à l'appui de la limitation de l'effet de principe prévu par l'ordre juridique italien.

Dans l'arrêt n° 370 de 2003, déjà mentionné, le choix de maintenir les effets d'une norme inconstitutionnelle dans les procès en cours, est justifié par l'importance du service visé par la censure, les services de crèche dont la réglementation régionale était contestée par la voie principale, et l'exigence de continuité de ce service en raison des droits constitutionnels qu'il concrétise<sup>54</sup>. Selon l'article 31 de la Constitution italienne en effet :

« La République aide par des mesures économiques et autres moyens à la formation de la famille et à l'accomplissement des devoirs qu'elle comporte, avec une attention particulière aux familles nombreuses. Elle protège la maternité, l'enfance et la jeunesse, en favorisant les institutions juridiques nécessaires à ce but ».

On retrouve les exigences de fonctionnement du service public et la concrétisation législative d'exigences constitutionnelles comme motif permettant de déroger à l'effet de principe de la censure.

Dans l'arrêt n° 13/2004, l'abrogation différée et le maintien en vigueur de la loi régionale contestée sont justifiés à la fois par le respect des compétences constitutionnelles et la continuité du service d'éducation.

Dans toute une série d'arrêts portant sur la régularité constitutionnelle de la législation en matière d'aide juridictionnelle, la Cour a pu conclure au rejet de la question même si elle reconnaît qu'« une meilleure législation garantissant la défense des personnes économiquement faibles » est souhaitable. L'insuffisance des moyens prévus par le législateur ne saurait « être regardée comme contraire à la Constitution, sauf à priver les personnes économiquement faibles de l'actuelle forme d'assistance »<sup>55</sup>. Dans un arrêt ultérieur sur la même question, et face à une inertie du

---

<sup>52</sup> Décision du 11 janvier 1995, *BVerfGE* 92, p. 53.

<sup>53</sup> *BVerfGE* 33, p. 1.

<sup>54</sup> *Précit.*, *in diritto* § 7

<sup>55</sup> N° 111 de 1964, *in diritto* § 2.

législateur, la Cour a rappelé que « l'insuffisance ou la faible efficience d'une norme législative au regard des objectifs voulus par la Constitution, ne peut pas conduire à la reconnaître comme contraire à la Constitution, sauf à annihiler le peu déjà réalisé »<sup>56</sup>.

Le recours à la concrétisation ou à la réalisation d'exigences constitutionnelles à l'appui de la modulation dans le temps des arrêts de censure offre un appui incontestable à la Cour dans l'exercice de cette compétence, même si, on l'a vu, cette compétence est purement prétorienne. Le caractère indiscutable des motifs invoqués à l'appui de la modulation vient de la sorte compenser la reconnaissance prétorienne de ce pouvoir. Il reste que les arrêts évoqués sur l'aide juridictionnelle n'aboutissaient pas à une censure de la loi mais à une « inconstitutionnalité reconnue mais non déclarée ».

Enfin, dans un arrêt n° 71 de 2003, c'est le risque de créer une situation d'une plus grande inconstitutionnalité par la censure que par l'absence de censure qui a pu être avancé pour justifier le rejet de la question posée. Il s'agissait d'une disposition législative prévoyant une limite au montant de l'indemnisation due par le transporteur maritime en cas de dommage, qui n'avait pas été réévaluée depuis 1954. La censure de cette disposition aurait conduit à écarter toute limite au montant de l'indemnisation. La Cour a préféré une limite trop basse car sous-évaluée, qu'une absence de limite. Aussi, plutôt que de censurer, se contente-t-elle d'inviter le législateur à réévaluer le montant de ce plafond.

Le **Tribunal constitutionnel espagnol** s'est appuyé sur son incapacité à être un « législateur positif »<sup>57</sup>, dans le cas d'une inconstitutionnalité par omission, pour ne faire produire que des effets *pro futuro* à une censure et laisser le soin au législateur, dans un « délai raisonnable », de remédier à cette inconstitutionnalité.

Dans un arrêt n° 195/1998, le Tribunal devait juger de la constitutionnalité d'une loi étatique érigeant deux marais en réserve naturelle et délimitant leurs périmètres respectifs. Cette loi, selon l'interprétation du Tribunal, est inconstitutionnelle car la compétence pour créer de telles zones appartient aux communautés autonomes. Le juge relève qu'une annulation (rétroactive) « pourrait provoquer un défaut de protection environnemental de la zone avec des risques graves de préjudice et de perturbations des intérêts généraux en jeu et avec une remise en cause de situations et de conduites juridiques consolidées ». Pour éviter ces conséquences, la déclaration d'inconstitutionnalité est différée jusqu'à l'intervention de la Communauté autonome compétente pour protéger les marais concernés, ce qui suppose le maintien en vigueur provisoire de la loi inconstitutionnelle. Ce sont ainsi les conséquences graves pour l'environnement de l'annulation qui imposent l'abrogation différée.

L'arrêt n° 45/1989 est significatif des différents éléments susceptibles de venir en relief dans le raisonnement du Tribunal constitutionnel. Plusieurs motifs sont en effet invoqués à l'appui de l'abrogation : les « résultats irrationnels et contradictoires » avec la Constitution consécutifs à une

---

<sup>56</sup> N° 149, 2 juin 1983, *in diritto* § 4.

<sup>57</sup> N° 45/1989, Fundamentos § 22.

annulation, l'incompétence du juge constitutionnel pour poser des règles générales et la sécurité juridique.

Dans un arrêt n° 13/1992, le Tribunal invoque « les graves préjudices et perturbations (...) aux intérêts généraux, en portant atteinte aux situations juridiques consolidées et en particulier à la politique économique et financière de l'Etat ».

En France, devant le **Conseil constitutionnel**, les motifs invoqués à l'appui de la modulation demeurent, de manière visible, le plus souvent techniques, et sont invoqués dans des contextes différents.

Le principe selon lequel la QPC doit bénéficier au demandeur<sup>58</sup> est invoqué en faveur de la rétroactivité procédurale, c'est-à-dire de l'application immédiate au justiciable à l'origine de la QPC.

L'effet utile de la procédure<sup>59</sup> a permis au juge, en cas d'abrogation différée, de suspendre les effets de la norme censurée dans les procès en cours.

La sécurité juridique<sup>60</sup> est invoquée pour prendre en compte les conséquences excessives en droit positif d'une abrogation immédiate, en l'espèce l'abrogation de la disposition du code des postes et télécommunications électroniques qui fixe le régime juridique de l'attribution des noms de domaine sur internet en France, prononcer une abrogation différée et, pour la période transitoire, une validation des contentieux en cours.

Le respect de principes constitutionnels<sup>61</sup>, l'impossibilité pour le Conseil constitutionnel, qui ne dispose pas d'un pouvoir d'appréciation identique à celui du Parlement, de se substituer au législateur<sup>62</sup>, le fait que l'inconstitutionnalité ne suffise pas à restaurer une situation conforme à la Constitution, la remise en vigueur du droit antérieur aboutissant à une nouvelle inconstitutionnalité<sup>63</sup>, enfin, la protection de la santé ou de l'ordre public<sup>64</sup> ont également appuyé le choix du juge constitutionnel de prononcer une abrogation différée.

Plusieurs intérêts sont ainsi pris en compte de manière commune par les juridictions constitutionnelles : des effets de la censure pires que les effets du maintien en vigueur de la loi inconstitutionnelle, le respect de principes ou de droits constitutionnellement garantis, la

---

<sup>58</sup> Voir par exemple : C.C., n° 2010-14/22 QPC, 30 juillet 2010, *M. Daniel W. et autres [Garde à vue]*, JORF, 31 juillet 2010, p. 14198, cons. 30.

<sup>59</sup> Voir par exemple : C.C., n° 2010-1 QPC, 28 mai 2010, *Consorts L. [Cristallisation des pensions]*, JORF, 29 mai 2010, p. 9728, cons. 12.

<sup>60</sup> Voir par exemple : C.C., n° 2010-45 QPC, 6 octobre 2010, *M. Mathieu P. [Noms de domaine Internet]*, JORF, 7 octobre 2010, p. 18156, cons. 7.

<sup>61</sup> C.C., n° 2011-147 QPC, 8 juillet 2011, *M. Tarek J. [Composition du tribunal pour enfants]*, JORF, 9 juillet 2011, p. 11979, cons. 12.

<sup>62</sup> C.C., n° 2010-14/22 QPC, *précit.*, cons. 30.

<sup>63</sup> C.C., n° 2010-1 QPC, 28 mai 2010, *Consorts L. [cristallisation des pensions]*, JORF, 29 mai 2010, p. 9728, cons. 12.

<sup>64</sup> C.C., n° 2011-135/140 QPC, 9 juin 2011, *M. Abdellatif B. et autre [Hospitalisation d'office]*, JORF, 10 juin 2011, p. 9892, cons. 16.

continuité du service public, l'ordre public, une approche spécifique de la matière fiscale et l'absence d'un pouvoir d'appréciation du juge constitutionnel identique à celui du Parlement.

### **III – La concrétisation de la modulation et le pouvoir normatif du juge**

**La disparition d'une norme.** Une censure conduit toujours à la disparition d'une norme et c'est en fonction des conséquences produites dans l'ordre juridique par cette disparition que le juge constitutionnel choisit de moduler dans le temps les effets de la décision de censure. La censure crée du vide et c'est en fonction des conséquences de ce vide que le juge constitutionnel va ou ne va moduler les effets dans le temps, dans un sens ou dans un autre. Le pouvoir du juge est considérable, quelles que soient les règles de droit positif encadrant l'exercice de son pouvoir de modulation, car il est seul à apprécier les conséquences du vide. La question des conséquences de ce vide détermine le choix du juge et lui impose en conséquence de toujours se poser cette question des conséquences. De ce point de vue, l'élément décisif qui guide le choix du juge tient dans le partage des compétences existant entre le législateur et le juge constitutionnel. Le premier est seul à être habilité à édicter des normes générales et abstraites ; le second n'est, en principe, selon l'expression reconnue, que « législateur négatif ». Le juge constitutionnel ne peut qu'empêcher qu'une norme contraire à la Constitution puisse être maintenue en vigueur, il ne peut pas réparer l'inconstitutionnalité et proposer de manière positive ce que l'irrégularité impose, du moins, là encore, en principe. Cette ligne de démarcation entre ce qui est permis au juge constitutionnel, être « législateur négatif » et ce qui lui est interdit, être « législateur positif », soulève deux questions.

**Plan.** La première consiste à savoir s'il est possible de modéliser l'attitude du juge face au « vide juridique » consécutif à la censure. Nous tenterons de le faire, à partir de cette interdiction de devenir législateur positif, à partir de l'objet des normes soumises à son contrôle (A). La seconde question, liée à la première, porte, de manière plus précise, sur la détermination de la règle applicable après la censure (B).

#### **A – Une tentative de modélisation du comportement du juge en tant que « législateur négatif »**

**Le critère de choix du juge de renvoyer au législateur.** L'une des questions cruciales que l'on peut se poser en observant les décisions du juge constitutionnel consiste à s'interroger sur ce qui détermine son choix, en cas de censure, de renvoyer ou de ne pas renvoyer au législateur le soin d'intervenir pour remplacer la norme censurée. Cette dernière situation ne concerne que le cas de l'abrogation différée, laissant ouverte une période transitoire au cours de laquelle le législateur est censé intervenir. Plus précisément, c'est la nécessité de renvoyer au législateur pour qu'il établisse une nouvelle norme à la place de celle qui vient d'être censurée, qui imposera de prononcer une

abrogation différée. En l'absence d'un tel impératif, le juge constitutionnel sera libre de choisir, parmi toute la palette qui s'offre à lui, les effets de la censure. Autrement dit, dans l'étendue des choix qui s'offrent au juge constitutionnel dans la modulation des effets de ses décisions de censure, déterminés en fonction des différents motifs précédemment identifiés, il est une situation qui s'impose à lui, l'abrogation différée, lorsqu'il est dans l'obligation de renvoyer au législateur, faute pour lui de pouvoir seul rétablir la conformité à la Constitution après la censure. Il n'est que législateur négatif. Il n'a pas la capacité de produire des normes générales et abstraites comme le législateur.

**La variable : l'objet de la norme contrôlée.** Il semble possible de déterminer les cas dans lesquels le juge constitutionnel ne doit pas ou doit renvoyer au législateur après la censure en fonction de l'objet de la norme qui a été censurée. Le critère décisif face à la censure, consiste à établir si celle-ci ouvre la voie à plusieurs possibilités ou à une seule quant aux conséquences normatives à en tirer. S'il n'y en a qu'une, alors la censure se suffit à elle-même ; s'il y en a plusieurs, alors l'intervention du législateur s'impose. Précisons encore que la question du renvoi ou non au législateur ne se pose qu'en cas de censure de l'ensemble d'une disposition législative contestée. Une *censure partielle*, c'est-à-dire d'un membre de phrase seulement, ne saurait imposer une intervention du législateur. La disposition contestée demeure en vigueur, amputée d'une partie de son énoncé reconnu contraire à la Constitution. Par ailleurs, en cas d'*inconstitutionnalité par omission*, c'est-à-dire lorsque le législateur est censuré pour ce qu'il n'aurait pas prévu, seul le renvoi à celui-ci permettra de résoudre l'inconstitutionnalité. L'inconstitutionnalité par omission impose donc une abrogation différée<sup>65</sup>. Ces précisions énoncées, reprenons les deux situations possibles.

**La censure « auto-suffisante ».** Il est d'abord un certain nombre de situations qui ne soulèvent pas de difficulté. Les conséquences de la censure s'imposent d'elles-mêmes sans que le législateur n'ait besoin d'intervenir. Il n'y a pas de vide. La censure produit un effet normatif évident et indiscutable.

Tel est le cas, du moins en principe, des normes qui accordent un droit, une autorisation, une interdiction (négation de l'autorisation), une compétence ou un avantage financier, que l'on pourrait qualifier de « *normes attributives* ». La censure d'une telle norme aboutit à la disparition de ce droit ou de cette compétence.

Une exonération fiscale peut être reconnue contraire à la Constitution et, en conséquence, être censurée. Les effets de la censure sont simples, l'exonération disparaît. Le législateur n'a pas besoin d'intervenir, la censure se suffit en elle-même et n'ouvre la voie à aucune alternative quand à ses conséquences. L'exonération est contraire à la Constitution, elle disparaît de l'ordonnement juridique.

Tel est également le cas de toutes les *normes défavorables à leur destinataire*, qu'il s'agisse de sanctions, de peines ou de toutes mesures désavantageuses. Là encore il n'existe aucune alternative suite à la

---

<sup>65</sup> Remarquons qu'il existe une voie de droit spécifique au Portugal, ouverte par l'article 283 de la Constitution, d'inconstitutionnalité par omission.

censure la norme. Si une sanction pour un comportement donné est inconstitutionnelle, cette inconstitutionnalité ne pourra se résoudre que par la disparition de cette sanction de l'ordre juridique. Le législateur n'a pas à intervenir.

Lorsqu'une norme pose une *exception à une règle générale*, sa censure impose également le retour à la règle générale pour son destinataire, sans alternative possible, à partir du moment où c'est l'exception qui est à l'origine de l'inconstitutionnalité.

La censure est *auto-suffisante*. Elle conduit à poser une seule nouvelle norme possible consécutive à la disparition de la norme censurée. A cet égard, pour Kelsen, « l'acte qui annule une norme, c'est-à-dire anéantit sa validité a pour signification une norme, tout comme l'acte par lequel une norme est créée »<sup>66</sup>.

**La censure ouvrant plusieurs possibilités.** Il existe ensuite d'autres situations dans lesquelles la censure ne se suffit pas à elle-même et dans lesquelles il existe un large pouvoir d'appréciation pour pouvoir rétablir la conformité à la Constitution suite à la censure. Le juge constitutionnel ne peut pas positivement élaborer la norme qui permettra de résoudre l'inconstitutionnalité, il appartient au législateur de le faire.

Tel est le cas en premier lieu de toutes les normes sur la *composition d'un organe* quel qu'il soit, administratif ou judiciaire, si, c'est notre hypothèse première, la disposition est censurée dans son ensemble. La disparition d'une telle norme crée un vide, il n'existe plus de règle applicable sur la composition de l'organe. En outre, aucune composition ne s'impose *a priori*, l'on sait seulement celle qui doit être écartée. Il existera plusieurs manières, toutes conformes à la Constitution, de composer l'organe. Seul le législateur, qui dispose d'un pouvoir d'appréciation générale, est en mesure d'en choisir une.

Les normes qui posent un *régime juridique général* sont en second lieu concernées. Supposons une norme qui pose le régime juridique du contrôle d'identité, sa censure aboutit à un vide, il n'existe plus de réglementation du contrôle d'identité, contrôle qui devient en conséquence impossible. Etablir un nouveau régime juridique du contrôle d'identité peut emprunter plusieurs voies conformes à la Constitution. Seul le législateur dispose d'un pouvoir d'appréciation suffisamment général pour déterminer le régime adéquat.

Les *normes qui fixent des seuils* imposent également, en cas de censure, le renvoi au législateur selon un schéma quelque peu différent. La censure d'une norme fixant un seuil de revenu en dessous duquel il est possible d'obtenir l'aide juridique, comme nous l'avons envisagé en ouverture de ce cours, aurait pour conséquence d'ouvrir cette aide à tous, sans limite, ou, au contraire, d'en empêcher l'attribution à quiconque, faute de seuil.

Il est une dernière situation qui appelle l'intervention du législateur. Si, en principe, la censure d'une norme accordant un droit se suffit à elle-même, il est des situations dans lesquelles ce n'est pas le cas. Si le droit accordé est censuré dans son principe, alors la censure se suffit à elle-même, le droit disparaît. En revanche, si le droit n'est pas censuré en lui-même mais au regard des modalités de son exercice ou parce qu'il aurait été réservé à une catégorie seulement de

<sup>66</sup> H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 272.

destinataires de manière injustifiée, il sera possible de maintenir ce droit, en modifiant les modalités de son exercice ou l'étendue de ses bénéficiaires ou de le supprimer. Autrement dit, la censure ouvre la voie à plusieurs solutions, soit la suppression du droit, soit son maintien et sa modification pour le rendre conforme à la Constitution. Face à cette pluralité de choix, le juge constitutionnel doit donc renvoyer au législateur le soin de déterminer ce qu'il en sera. On est ici proche d'un cas d'inconstitutionnalité par omission. L'exemple de l'attribution de l'aide juridictionnelle et de la censure d'un seuil trop bas est encore une fois illustratif. Le droit accordé n'est pas contestable, à savoir l'attribution d'une aide financière pour pouvoir ester en justice, seules les modalités de son attribution sont irrégulières d'un point de vue constitutionnel. Seul le législateur sera en mesure de rétablir une situation conforme à la Constitution en prévoyant de nouvelles modalités d'attribution de cette aide.

## B – La détermination du droit applicable après la censure

La question du droit applicable après la censure vient d'être en partie traitée à propos de la question du renvoi imposé au législateur et de la portée normative autonome des arrêts de censure. Elle n'est toutefois pas totalement épuisée. Elle se prolonge en effet par celles de la remise en vigueur du droit antérieur et de l'éventuelle édicition par la juridiction constitutionnelle d'une réglementation provisoire en cas d'abrogation différée.

**Le rétablissement du droit antérieur.** La question des effets d'une censure sur le droit antérieur est discutée en doctrine. Kelsen est parfois invoqué à l'appui de la réflexion dans le sens d'un refus de reconnaître, en cas d'annulation, la remise en vigueur du droit antérieur<sup>67</sup>. Sans doute sa position est-elle plus nuancée. Dans « la garantie juridictionnelle de la Constitution », il avance que « si une norme générale est annulée sans effet rétroactif (...) si par suite les conséquences juridiques qu'elle a produites avant son application subsistent, ou du moins celles qui se sont exprimées dans son application par les autorités, il n'est touché en rien aux effets qu'a eus son entrée en vigueur relativement aux normes qui réglaient jusqu'alors le même objet, c'est-à-dire à l'abrogation des normes contraires d'après le principe *lex posterior derogat*. Cela signifie que l'annulation d'une loi par exemple par le Tribunal constitutionnel n'entraîne nullement le rétablissement de l'état de droit antérieur à son entrée en vigueur, qu'elle ne fait pas revivre la loi relative au même objet qu'elle avait écartée. Il résulte de l'annulation pour ainsi dire une sphère vide du droit. Une matière qui était jusqu'alors réglée cesse de l'être ; des obligations juridiques disparaissent ; la liberté juridique leur succède »<sup>68</sup>.

Dans ces propos, qui ne sont pas totalement univoques, Kelsen n'évoque au départ l'absence de résurgence dans le passé de la loi antérieure qu'en cas d'abrogation et non pas d'annulation

---

<sup>67</sup> Voir en ce sens : P. Bon, cas du Portugal, *précit.*, p. 696.

<sup>68</sup> H. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution », *précit.*, p. 243.

rétroactive. Il poursuit cependant en envisageant la possibilité pour un ordre juridique d'« autoriser le tribunal constitutionnel à prononcer dans l'arrêt par lequel il annule une norme générale que l'entrée en vigueur de l'annulation remettra en vigueur précisément les normes générales qui régissaient la matière avant l'intervention de la norme annulée. Il serait alors bon d'abandonner au tribunal lui-même le soin de décider dans quels cas il veut faire usage de ce pouvoir de rétablir l'ancien état du droit. Il serait regrettable que la Constitution fit de la réapparition de cet état une règle générale impérative pour le cas d'annulation des normes générales »<sup>69</sup>.

La **Constitution portugaise** prévoit comme effet de principe en cas d'annulation (rétroactive), le rétablissement du droit antérieur, même si, on l'a vu, le Tribunal est en mesure de décider qu'il en irait autrement (art. 282-1 Constitution).

La **Cour constitutionnelle fédérale allemande** retient également une solution proche. L'annulation rétroactive fait réapparaître le droit antérieur, alors que la « non-conformité » à la Constitution permet de faire conserver à la loi « son effet abrogatif du droit antérieur » et donc « d'éviter de remettre en vigueur le droit ancien »<sup>70</sup>.

En **Autriche**, la censure aboutit à la remise en vigueur du droit antérieur, à moins que la Cour constitutionnelle n'en dispose autrement (art. 140-6 Constitution). La Cour doit préciser quelles seront les dispositions antérieures qui entrent en vigueur.

En **Slovaquie**, l'article 41 a) sur la Cour constitutionnelle prévoit deux solutions différentes. Si la loi censurée avait abrogé une loi antérieure, la censure de la première ne rend pas applicable la seconde. En revanche, si la loi censurée n'a fait que modifier une partie d'une loi antérieure, celle-ci demeure en vigueur sans les modifications qu'avait apportées la loi censurée.

Il reste que, le plus souvent, rien n'est prévu quant aux effets de l'annulation sur le droit antérieur. Il semble, dans le prolongement de Kelsen, qu'il soit opportun de confier au juge constitutionnel le soin de déterminer et d'explicitier les effets de la censure quant à la remise en vigueur ou l'absence de remise en vigueur du droit antérieur, s'il en existe, bien évidemment. Cette nécessité de publicité et d'intelligibilité des effets de la censure est d'autant plus nécessaire que la Constitution ne prévoit rien de manière explicite quant à l'effet de principe de la censure, comme c'est le plus souvent le cas. La démarche de la juridiction constitutionnelle devrait même anticiper une éventuelle rentrée en vigueur d'une loi antérieure elle-même inconstitutionnelle, même si, en principe, le juge constitutionnel ne pourrait s'autosaisir de la conformité à la Constitution de cette norme antérieure. C'est ce qu'a fait implicitement le Conseil constitutionnel en France dans la première décision QPC, qui est une décision de censure, sur la cristallisation des pensions. Parce que la remise en vigueur du droit antérieur à la censure ne permet pas de retrouver une situation

---

<sup>69</sup> *Loc. cit.*, pp. 243-244.

<sup>70</sup> Voir en ce sens : O. Jouanjan, *précit.*

conforme à la Constitution, le Conseil constitutionnel prononce une abrogation différée afin de laisser le législateur résoudre la question<sup>71</sup>.

La question de l'explicitation du droit en vigueur, et plus précisément de la remise en vigueur du droit antérieur, est d'autant plus importante dans le cas de censures auto-suffisantes, déjà évoqué, lorsque la censure d'une norme par le juge constitutionnel ne saurait conduire qu'à poser une seule nouvelle norme. Dans cette situation, sans indication expresse du juge constitutionnel, il est possible, pour les organes d'application d'envisager deux possibilités : soit établir la norme telle qu'elle résulte de la censure du juge, soit appliquer la norme antérieure, s'il en existe une. Par exemple, si le juge constitutionnel censure une loi accordant un avantage fiscal, l'administration fiscale pourra soit ne plus accorder cet avantage, soit appliquer la loi antérieure portant sur la situation qui justifiait cet avantage fiscal. On peut penser que les cours constitutionnelles conduisent cette réflexion et, qu'en l'absence de précision explicite dans le sens de la réintroduction du droit antérieur, il convient de tirer directement les conséquences de la censure en faveur de la seule disparition de la norme censurée et donc de la mise en place d'une situation « vide de prescriptions normatives ».

La seconde difficulté porte sur l'élaboration par la juridiction constitutionnelle d'une législation provisoire en cas d'abrogation différée. Cette situation est particulièrement problématique d'un point de vue politique car elle conduit le juge constitutionnel à se substituer au législateur en élaborant la législation applicable jusqu'à son intervention. Elle permet en tout état de cause l'application immédiate d'une législation conforme à la Constitution, tout en faisant peser sur le législateur une pression supplémentaire afin qu'il récupère au plus vite sa compétence en adoptant une nouvelle loi. Sous cet angle, il est nécessaire de souligner que l'abrogation à une date déterminée pour permettre au législateur d'intervenir est sans doute le meilleur moyen d'obtenir une action de celui-ci. Qu'il intervienne ou qu'il n'intervienne pas, la loi sera abrogée à la date fixée par le juge, ce qui peut lui imposer d'agir. L'inertie du législateur peut en revanche être favorisée, comme c'est le cas en **Italie**, lorsque la Cour ne prononce pas l'inconstitutionnalité de la loi afin de laisser le soin au législateur d'intervenir pour résoudre la difficulté d'ordre constitutionnel. De la même manière, en **Espagne**, la déclaration d'inconstitutionnalité sans annulation rétroactive faisant appel au législateur pour qu'il intervienne (arrêt n° 96/1996 ou n° 195/1998), les arrêts « appellatifs »<sup>72</sup> du **Tribunal constitutionnel espagnol**, n'est pas plus efficace face à l'inertie du législateur, d'autant plus que la loi est maintenue en vigueur jusqu'à son intervention. En définitive, que l'inconstitutionnalité ne soit pas prononcée mais seulement constatée (décision de rejet), comme en Italie, ou qu'elle soit prononcée mais sans effet (décision d'acceptation), comme en Espagne, les conséquences sont les mêmes puisqu'il est nécessaire que le législateur intervienne pour que l'inconstitutionnalité produise des effets.

<sup>71</sup> C.C., n° 2010-1 QPC, 28 mai 2010, *Consorts L. [Crystallisation des pensions]*, JORF, 29 mai 2010, p. 9728, cons. 12.

<sup>72</sup> Selon la formule de P. Bon, « La modulation des effets dans le temps d'une annulation contentieuse. Le cas de l'Espagne », *précit.*

**L'édition d'une législation provisoire par la Cour constitutionnelle.** En raison de la dimension politique sensible de la question, la tendance de la jurisprudence des cours constitutionnelles consiste à n'édicter de manière explicite une réglementation provisoire que si elles sont expressément habilitées par un texte à le faire et, dans le cas contraire, à ne le faire que de manière implicite et détournée, dans les termes que nous allons expliciter.

La **Cour constitutionnelle fédérale allemande** est sans doute la plus familière de ce comportement visant directement à poser une réglementation provisoire. Elle trouve en effet une habilitation, discutable, dans l'article 32 de la loi sur la Cour selon lequel : « en cas de litige, la Cour peut régler provisoirement une situation lorsqu'une telle réglementation est exigée par l'urgence et la nécessité de prévenir la survenance de préjudices graves, d'empêcher la réalisation d'une menace ou pour toute autre raison impérieuse d'intérêt général ».

La Cour peut également, de manière plus indirecte, prononcer des *réserves d'interprétation* sur la législation contrôlée qui permettront d'en garantir une application conforme à la Constitution. Il s'agit d'un moyen indirect permettant de garantir une application conforme à la Constitution de la loi. Ce moyen est d'ailleurs largement utilisé par les cours constitutionnelles. Il ne consiste toutefois pas à proposer une réglementation provisoire, mais définitive. La seule incertitude concerne le moment de l'effet de la réserve. *A priori*, il ne devrait avoir d'effet que pour l'avenir, la difficulté concerne l'effet immédiat.

Enfin, la motivation de la censure d'une loi peut contenir non pas une réglementation provisoire mais l'indication de ce que devra être la législation à venir pour être conforme à la Constitution. Cet effet indirect est inhérent à la motivation d'une censure. Une telle motivation, en s'appuyant sur les éléments d'inconstitutionnalité, construit parfois en creux, de manière positive, la voie à emprunter pour garantir la conformité à la Constitution.

A l'issue de cette étude, il n'est point besoin de rappeler toute la complexité du sujet traité. Cette complexité est d'autant plus gênante que la modulation a vocation à s'appliquer, le plus souvent, dans le cadre de question préjudicielle dans lesquelles le justiciable est au cœur de la procédure. Comment alors ne pas plaider pour d'avantage de lisibilité et d'intelligibilité et sans doute aussi de systématisme de la jurisprudence constitutionnelle ? Il faut pouvoir clairement identifier, que ce soit par l'intermédiaire des textes constitutionnels, des textes spéciaux régissant les compétences des cours constitutionnelles ou par la jurisprudence de ces dernières, quels vont être les effets concrets des décisions de censure.

retenu l'abrogation, comme Andorre, l'Autriche, la France, l'Italie<sup>73</sup>, la Grèce (devant la Cour suprême spéciale, l'irrégularité ayant un effet relatif devant les autres juridictions) et l'on doit noter une tendance lourde en faveur de cette dernière solution dans les Constitutions récentes d'Europe de l'Est, à l'instar de l'Albanie (art. 132.1 Constitution du 28 novembre 1998), de la Bulgarie, de la Croatie, de la Pologne, de la Lituanie, de la Moldavie (art. 140 C. du 29 juillet 1994) de la République tchèque, de la Roumanie, de la Slovaquie (art. 125 de la Constitution) et de la Slovénie (article 161 de la Constitution). Remarquons que la Belgique et le Portugal, retiennent un principe d'effet *inter partes* pour les décisions de la Cour constitutionnelle rendues par la voie préjudicielle dans le premier cas ou sur recours contre les décisions des tribunaux dans le second, ce qui impose d'écarter l'étude de cette voie de droit, la question préjudicielle, mais pas celle Réglementation provisoire, plus ou moins directe,

---

<sup>73</sup>Voir sur cette question *infra*.