

## Synthèse des réponses au questionnaire

Mathieu Disant

Professeur à l'université Lyon Saint-Etienne,  
expert auprès de l'ACCF

La dernière partie du questionnaire aborde le rôle et la place de la sécurité juridique dans l'aménagement des effets des décisions d'inconstitutionnalité. Plusieurs aspects ressortent des réponses que vous avez apportées à ce sujet. Dans le temps imparti, je me contenterai d'en évoquer trois brièvement.

**1.** 1<sup>er</sup> élément : la question du pouvoir de modulation des effets des décisions que vous prononcez est diversement appréhendée.

Bon nombre de vos cours n'en sont pas habilitées et n'ont jamais interprété leur compétence comme offrant cette possibilité : Albanie, Andorre, Bénin, Cambodge, Cameroun, Guinée, Guinée-Bissau, Luxembourg, Madagascar, RCA, RDC, Roumanie, Sénégal, Suisse. La Cour du Bénin souligne que ce pouvoir risquerait d'être considéré comme l'exercice d'une injonction ; qu'il la porterait au-delà de son pouvoir régulateur, ajoute la Cour du Mali.

**1.1.** Les autres cours en jouissent selon deux modalités distinguables sur le plan formel.

D'une part, certaines peuvent s'appuyer sur une habilitation textuelle leur confiant un pouvoir général de modulation des effets de leurs décisions. Soit par le constituant lui-même : Cap-Vert (article 285 § 4), France (article 62 alinéa 2 s'agissant de la QPC), Maroc (article 134). Soit par la loi organique – ou son équivalent – relative à l'organisation et au fonctionnement de la cour : Belgique (article 28 de la loi spéciale du 6 janvier 1989), Congo (article 47 de la loi organique n° 28-2018 du 7 août 2018).

D'autre part, quelques cours ont procédé par voie jurisprudentielle en s'appuyant sur leur pouvoir normatif ou régulateur (pour exemple récent, le Tribunal Suprême de Monaco en 2018). De façon significative, la Cour suprême du Canada a développé une jurisprudence nourrie, au début des années 1990<sup>129</sup>, sur les critères justifiant de suspendre temporairement l'effet d'une déclaration d'invalidité ; en pratique, souvent sur une période de 6 à 18 mois. Ils sont de trois ordres : l'existence d'un « danger pour le public » ou d'une « menace sur la primauté du droit » résultant d'une annulation de la loi sans l'adoption d'un texte de remplacement, d'une part ; lorsque l'annulation de la loi priverait de bénéfices les personnes admissibles sans profiter à la personne dont les droits ont été violés, d'autre part (hypothèse où la loi est jugée inconstitutionnelle en raison de son caractère limitatif). Sans faire expressément référence à la sécurité juridique, on y décèle clairement ses principaux aspects.

**1.2.** À vrai dire, cette distinction entre pouvoir de modulation conféré / pouvoir de modulation auto-habilité est à relativiser.

Le cas de la Belgique l'illustre très bien. Dès sa création, en 1984, la Cour constitutionnelle de Belgique s'est vu doter par le législateur organique du pouvoir de maintenir les effets des dispositions annulées, lorsqu'elle le juge opportun, tant pour le passé que pour l'avenir. Cette possibilité, à l'origine, n'a toutefois pas été formellement ouverte au contentieux préjudiciel (seulement au contentieux de l'annulation sur recours direct en raison de son effet *erga omnes*). La raison tient aux différences de portée et d'effets des arrêts rendus sur recours et des arrêts dits d'« invalidation » rendus sur question préjudicielle. A l'usage, cette différence est apparue moins significative compte tenu de l'effet d'irradiation des arrêts d'invalidation. Ce dont la Cour a pris acte en 2011 pour, de façon prétorienne, maintenir les effets d'une disposition jugée contraire à la Constitution<sup>130</sup>. Les termes de cette jurisprudence sont éloquents : « *L'incertitude liée à l'applicabilité dans le temps des dispositions jugées inconstitutionnelles peut justifier que la Cour prévienne cette insécurité juridique dans l'arrêt préjudiciel. Il appartient à la Cour de rechercher, dans les affaires qui lui sont soumises, un juste équilibre entre l'intérêt de remédier à toute situation contraire à la Constitution et le souci de ne plus compromettre, après un certain temps, des situations existantes et des attentes qui ont été créées. Bien que le constat d'une*

129. Voir arrêt *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679.

130. C.C., arrêt n°125/2011 du 7 juillet 2011.

*inconstitutionnalité dans un arrêt préjudiciel soit déclaratoire, les principes de la sécurité juridique et de la confiance légitime peuvent dès lors justifier de limiter l'effet rétroactif qui peut découler d'un tel constat* ». La loi spéciale a formalisé cette jurisprudence en 2016 et consacré le pouvoir de la Cour de moduler aussi les effets des décisions d'inconstitutionnalité qu'elle prononce au contentieux incident.

De même, en France. L'article 62 de la Constitution reconnaît explicitement au Conseil constitutionnel français la possibilité de différer dans le temps la date d'abrogation de la disposition déclarée inconstitutionnelle en QPC. Il peut affiner les effets de ses décisions d'inconstitutionnalité sur les situations passées. Mais le Conseil français s'était déjà reconnu en 2008 le pouvoir de moduler, dans certains cas, les effets de ses décisions dans le cadre de son contrôle de constitutionnalité *a priori*<sup>131</sup>.

**1.3.** On ajoutera que, par la force des choses, vos cours ajustent leur examen aux difficultés rencontrées. Ainsi, la Cour de Moldova a récemment concentré sa jurisprudence sur l'aménagement de l'effet rétroactif (*ex tunc*) de ses arrêts<sup>132</sup>. Elle indique expressément, dans le dispositif, si la révision de décisions de justice peut être demandée ou encore la période pendant laquelle l'arrêt de la Cour va rétroagir.

Il importe de signaler la situation au Luxembourg. Une proposition de révision de l'article 95ter de la Constitution, relatif aux attributions de la Cour, fait actuellement l'objet de discussions parlementaires. A cette occasion, il a été jugé opportun d'introduire une disposition réglant les effets des arrêts de la Cour constitutionnelle, en vue de leur conférer une portée générale, contrairement à l'effet relatif et particulier des arrêts actuels. Il est ainsi envisagé d'octroyer à la Cour constitutionnelle le pouvoir de moduler ses propres arrêts et d'en « reporter l[es] effets absolus ». Influencé par la Constitution autrichienne, il est prévu que ce délai devra ne pas excéder une période de 12 mois et permettra dans l'intervalle, « au Gouvernement et au législateur de prendre les initiatives pour clarifier la situation juridique à la suite par l'arrêt de la Cour constitutionnelle ».

131. Décision n° 2008- 564 DC du 19 juin 2008.

132. HCC 21/2018.

2. 2<sup>e</sup> élément : Sur le plan quantitatif, il n'est pas possible d'établir des tendances statistiques à partir des données communiquées. On peut toutefois souligner deux aspects auprès des cours qui l'exercent :

- D'une part, la fréquence d'utilisation du pouvoir de modulation en contentieux incident est assez variable. D'usage parcimonieux en Belgique, où la Cour y a eu recours à 14 reprises depuis sa jurisprudence inaugurale en 2011, l'effet différé (maintien des effets d'une disposition invalidée) est utilisé dans environ un tiers des déclarations d'inconstitutionnalité en France.
- D'autre part, dans la mise en œuvre de ce pouvoir, le fondement de la sécurité juridique est significativement présent. En Belgique, il s'agit du premier motif mobilisé pour justifier le maintien des effets d'une disposition invalidée.

3. Le 3<sup>e</sup> et dernier élément concerne le pouvoir d'injonction sur lequel vous pouvez – ou pourriez – vous appuyer. Il n'a pas bonne presse. Il est souvent dénié à vos cours la possibilité d'en adresser au législateur ou aux autorités juridictionnelles, en raison d'un attachement à la théorie du législateur négatif.

Vos cours ne sont pas pour autant démunies, bien entendu. Vous soulignez souvent l'utilité des réserves d'interprétation afin de garantir la sécurité juridique ; ou celle des « réparations » pour reprendre la formule retenue dans l'arsenal de la Cour suprême du Canada. Parmi ces dernières, une « exemption constitutionnelle » peut être accordée à l'avantage de certains individus ou groupes affectés de façon disproportionnée par la loi en cause, laquelle est par ailleurs maintenue en vigueur.

Pour autant, l'injonction est un outil qui peut s'avérer particulièrement précieux. Quelques cours en font usage, sous diverses formes et en fonction des circonstances, parfois par des mesures concrètes comme en Suisse.

De façon notable, il arrive à la Cour d'Albanie d'exprimer dans ses décisions des suggestions ou des recommandations adressées au législateur. Une affaire récente rendue en 2017 peut l'illustrer. Lors du contrôle de constitutionnalité d'une loi relative au statut des juges et des procureurs, la Cour « *a constaté que le manque de clarté des normes est reflétée dans l'ensemble de*

*la loi, par conséquent [elle] suggère au législateur que, lors du processus de révision de la loi contestée, il prenne en considération le besoin d'améliorer entièrement la terminologie utilisée dans l'élaboration des normes juridiques, afin de garantir sa compatibilité avec la Constitution »<sup>133</sup>.*

De façon plus nette encore, la Cour de Moldova est habilitée à émettre une adresse au Parlement, en soulignant les lacunes ou les carences de la législation et en insistant sur la nécessité d'apporter des modifications à la réglementation faisant l'objet d'un contrôle de constitutionnalité. Le plus souvent, il s'agit d'assurer la cohérence entre plusieurs réglementations ou de combler une lacune dans la législation. La pratique n'est pas rare : elle peut aller d'une dizaine à une vingtaine d'adresses par an (17 adresses en 2016, 12 adresses en 2017, 8 adresses en 2018). En outre, la Cour peut, de son propre chef, déterminer comment la loi sera appliquée jusqu'à ce qu'il soit remédié au vice d'inconstitutionnalité.

Le Conseil constitutionnel français a pu fixer des obligations particulières aux autorités juridictionnelles ou au législateur, pouvant s'apparenter à des « injonctions implicites », formulées dans les motifs de sa décision, dans un paragraphe consacré aux effets de la déclaration d'inconstitutionnalité<sup>134</sup>. En outre, il s'est reconnu la possibilité d'accompagner l'effet différé de sa déclaration d'inconstitutionnalité d'une « réserve d'interprétation transitoire » depuis 2014<sup>135</sup>. Précisément, une telle formulation vise à donner un effet utile à cette inconstitutionnalité pour l'auteur de la QPC et/ou gérer les situations en cours à la date de sa décision, sans attendre l'intervention du législateur, donc avec l'objectif de préserver la sécurité juridique.

133. Décision no. 34/2017 de la Cour constitutionnelle.

134. Décision n° 2010-1 QPC du 28 mai 2010, Consorts L. [Cristallisation des pensions]. Tout en prononçant l'abrogation immédiate des dispositions contestées, le Conseil constitutionnel a imposé, d'une part, aux juridictions de surseoir à statuer jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2011 dans les instances en cours dont l'issue dépend de l'application des dispositions déclarées inconstitutionnelles, et, d'autre part, au législateur de prévoir une application rétroactive des nouvelles dispositions à ces instances en cours à la date de la présente décision.

135. Décision n° 2014-400 QPC du 6 juin 2014, Société Orange SA [Frais engagés pour la constitution des garanties de recouvrement des impôts contestés]. La formule « réserve d'interprétation transitoire » figure dans le commentaire du Conseil constitutionnel accompagnant sa décision.

Cette pratique est assez inspirée par la Cour de Belgique laquelle, sans que cela ne soit prévu par la loi organique, prend l'initiative, quand elle le juge utile, d'adresser des recommandations au législateur dans des arrêts dits « lacunes ». Toutefois, il ne faut pas occulter le fait que cette technique n'est efficace sur le plan de la sécurité juridique qu'à la condition que le législateur réponde à l'invitation qui lui est ainsi faite de légiférer, et qu'il le fasse dans le délai qui lui est imparti. A défaut, naît une période d'incertitude au terme du délai octroyé par l'arrêt de la Cour. C'est ce qui s'est produit en Belgique dans l'affaire ayant donné lieu au premier maintien des effets au contentieux préjudiciel.