

La censure virtuelle

Simon Blanchet

L'année 2008 restera comme une année d'une particulière importance pour le Conseil constitutionnel. En effet, la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008¹ a modifié son mode de saisine et lui a donné le pouvoir de moduler les effets dans le temps de ses décisions. En outre, par une décision en date du 19 juin dernier², le Conseil a pour la première fois modulé les effets dans le temps de la déclaration d'inconstitutionnalité d'une disposition législative. Connues depuis 1999 sous le nom de « censure virtuelle »³, les décisions ne liant pas déclaration d'inconstitutionnalité et non mise en vigueur d'une loi n'atteignent toutefois pas encore le nombre de dix.

La censure virtuelle est la mise en œuvre d'une technique de nature nouvelle au sein de l'arsenal contentieux dont dispose le Conseil constitutionnel. Déjà, il a utilisé de plus en plus fréquemment la technique des réserves d'interprétation essentiellement depuis les années 1970. Néanmoins, la censure virtuelle semble être d'une nature nouvelle car elle amène à briser le diptyque constitutionnalité/inconstitutionnalité en reconnaissant une inconstitutionnalité sans la prononcer instantanément.

Les exemples étrangers sont nombreux. En effet, en Allemagne, Italie, et Espagne notamment, les juges constitutionnels sont passés maître dans l'utilisation de techniques de modulation des effets de leurs décisions d'inconstitutionnalité. Les juridictions françaises ont elles aussi dernièrement étendu le champ de leurs techniques contentieuses. A quelques mois d'intervalle au cours de l'année 2004, le Conseil d'État et la Cour de Cassation ont eux aussi mis en œuvre cette technique⁴. Toutefois, il faudra s'interroger pour savoir si la modulation des effets dans le temps de leurs décisions par les juridictions ordinaires est comparable avec celle opérée par le Conseil constitutionnel.

La censure virtuelle est à ce jour encore très peu étudiée⁵. Elle paraît pourtant être une technique de nature nouvelle dont le juge s'est lui-même octroyé le pouvoir de l'utiliser. L'intérêt de s'interroger sur sa nature exacte, ses enjeux et les conséquences qu'elle peut avoir pour le Conseil constitutionnel ne pose aucun doute.

Il importera dès lors de chercher à spécifier ce que sont les caractéristiques de la censure virtuelle dans une première partie pour clarifier les termes de la réflexion. Nous pourrons alors établir une typologie des différentes utilisations de cette technique. Enfin, nous nous interrogerons sur les enjeux de l'utilisation de cette technique par le Conseil constitutionnel.

Section 1 Les caractéristiques de la censure virtuelle

La censure virtuelle est à ce jour le nom qui a été donné à une technique utilisée quelques fois par le Conseil constitutionnel. Toutefois, les caractéristiques de cette technique n'ont jamais été clairement définies. Dans ce but, nous déterminerons ses spécificités avant

¹ Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008, JO 24 juillet 2008.

² Décision n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*.

³ ROUSSEAU Dominique, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle », RDP, n°1, 1999, p. 63.

⁴ CE, 11 mai 2004, *Association AC!*, leb. p. 197 ; Cass. Civ. 2e, 8 juillet 2004.

⁵ Outre Dominique Rousseau, voir BARQUE François, « Le Conseil constitutionnel et la technique de la " censure virtuelle " : développements récents », RDP, n°5, 2006, pp. 1409 à 1423.

de préciser en quoi elle se différencie radicalement des autres techniques déjà utilisées par le juge constitutionnel.

§ 1 Définition

Commençons rappeler les définitions déjà données en doctrine. Selon le professeur Dominique Rousseau, le fait que le Conseil constitutionnel ne déclare aucune censure alors même que son raisonnement met en évidence une apparente inconstitutionnalité peut être qualifié de censure virtuelle⁶. Selon l'autre définition disponible, celle de François Barque, la censure virtuelle peut se définir comme « *la possibilité dont dispose le Conseil constitutionnel, pour des raisons d'intérêt général, de relever l'inconstitutionnalité d'une partie ou de l'ensemble d'une loi sans avoir à prononcer une déclaration d'inconstitutionnalité mais en s'assurant qu'une rapide régularisation soit assurée par le législateur* »⁷. A leur lecture, on s'aperçoit que ces définitions ne sont pas suffisamment opérantes. La première est peu précise, tout simplement car son auteur ne cherchait qu'à illustrer la décision commentée. La deuxième est insatisfaisante car elle énonce que le Conseil s'assure de la régularisation par le législateur alors même qu'il n'en a en réalité absolument pas les moyens.

Il nous faut donc à notre tour tenter de définir cette technique. On sait tout d'abord que la censure virtuelle n'est pas une dénomination très courante. Dans d'autres matières, on parle généralement de modulation des effets dans le temps des décisions juridictionnelles. Malgré le fait qu'elle ne soit pas très explicite, la dénomination de censure virtuelle sera conservée car c'est en premier lieu le nom qui lui a été donné lors de sa première analyse et, en second lieu, cela permet de préciser que l'analyse ne portera que sur la matière constitutionnelle⁸. Son imprécision tient d'abord au fait qu'elle laisse planer l'idée qu'une censure existe, alors que dans la grande majorité des cas aucune censure n'est prononcée. Elle se rapporte également à la virtualité, notion peu claire. Selon le dictionnaire Le Robert, l'adjectif virtuel signifie : « Qui n'est tel qu'en puissance, qui est à l'état de simple possibilité ». Ici encore, le terme est spéculatif car il n'existe de censure ni immédiate ni en puissance. En effet, le juge utilise cette technique afin d'éviter que la loi ne soit pas mise en vigueur. Si la loi est modifiée par la suite pour la rendre constitutionnelle, il ne s'agit en aucun cas d'une censure mais d'une procédure législative habituelle.

La censure virtuelle rassemble trois caractéristiques. En premier lieu, elle est un cas dans lequel le juge constitutionnel ne censure pas immédiatement une disposition législative. Cette première caractéristique se retrouve dans la plupart des décisions du Conseil constitutionnel et surtout l'ensemble des décisions de conformité. En deuxième lieu, il s'agit d'un cas dans lequel le juge déclare l'inconstitutionnalité d'une disposition législative. Cette deuxième caractéristique est présente dans l'ensemble, ou presque, des décisions de censure. Le paradoxe est évident entre le fait de prononcer une inconstitutionnalité sans la censurer. En dernier lieu, le juge précise, de manière plus ou moins définie, que la disposition litigieuse devra être abrogée. La décision du 19 juin 2008 énonce même la date à laquelle elle sera abrogée. Toutefois, n'ayant pas les moyens d'assurer lui-même la sortie de vigueur de la disposition litigieuse, le problème soulevé précédemment reste entier.

Selon le Professeur Guillaume Drago, il existe trois types de décisions : les décisions de conformité, les décisions de conformité sous réserve d'interprétation et les décisions de non-conformité. Le cas de la censure virtuelle est donc problématique car il amène à considérer qu'une même décision entre dans deux catégories : décisions de conformité et décisions de non-conformité. Il ne s'agit pas ici de remettre en cause la typologie produite par ce Professeur, mais plutôt de mettre en évidence la difficulté soulevée par la censure

⁶ ROUSSEAU Dominique, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle », *op. cit.*

⁷ BARQUE François, « Le Conseil constitutionnel et la technique de la " censure virtuelle " : développements récents », *loc. cit.*, p. 1411.

⁸ Cf. section 3, §2.

virtuelle. A la lecture des décisions, le problème ne semble pas se poser car le juge fait toujours l'effort de préciser qu'une abrogation devra intervenir, laissant entendre que l'inconstitutionnalité ne sera que temporaire. Cependant, le paradoxe reste entier. En effet, la contradiction entre inconstitutionnalité et non censure demeure alors même qu'il semble *a priori* sans intérêt de ne pas censurer immédiatement une disposition qui n'est pas entrée en vigueur ; sa non-entrée en vigueur n'aurait en principe aucune incidence sur l'ordre juridique.

Ainsi, le concept de censure virtuelle peut être défini comme le cas dans lequel le juge constitutionnel déclare une disposition législative non conforme à la Constitution tout en permettant à la disposition litigieuse d'entrer en vigueur.

§ 2 La censure virtuelle et les autres techniques du Conseil constitutionnel

Afin de préciser le concept de la censure virtuelle, il est utile de mettre en évidence en quoi il se différencie des autres types de décisions rendues par le Conseil constitutionnel, c'est-à-dire la censure traditionnelle et les réserves d'interprétation.

La censure traditionnelle apparaît être la conséquence directe de la combinaison des articles 61 et 62 de la Constitution qui chargent le Conseil constitutionnel de contrôler la conformité des lois aux normes constitutionnelles. Ainsi qu'il a été vu, la censure virtuelle ne se confond pas avec la censure traditionnelle en ce que le Conseil valide la loi, au moins formellement de manière temporaire.

Par ailleurs, le deuxième type de décision étudié tend à être généralement présenté comme une alternative au choix binaire constitutionnalité/inconstitutionnalité⁹. Les réserves d'interprétation seraient nées dès 1959 s'agissant du contrôle des règlements d'assemblée¹⁰ et en 1968¹¹ pour le contrôle des lois ordinaires. Toutefois, le réel essor de cette technique date plutôt de la fin des années 1970. S'agissant de leur définition, selon Thierry Di Manno, « *par cette technique non prévue par les textes et, partant, purement prétorienne, le Conseil constitutionnel s'affranchit, en effet, du carcan du schéma décisionnel " classique " pour agir directement sur la substance normative de la loi afin de la mettre en harmonie avec les exigences constitutionnelles* »¹². Le professeur Guillaume Drago parle lui de décisions de conformité sous réserve d'interprétation. « *Ce type de décision déclare bien la loi conforme à la Constitution, mais sous la condition de respecter certaines réserves d'interprétation exprimées dans les motifs de la décision et reprises dans le dispositif* »¹³. Cette seconde définition a notre préférence. En effet, il nous semble difficile d'admettre l'idée selon laquelle les réserves d'interprétation permettraient au juge de s'extirper du diptyque constitutionnalité/inconstitutionnalité car, comme le rappelle Guillaume Drago, il s'agit finalement d'une décision de conformité. La loi n'est pas anéantie et le texte reste en vigueur¹⁴.

⁹ Voir notamment VIALA Alexandre, *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, 1999, 318 p., et ROUSSEAU Dominique, *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 7^{ème} éd., 2006, p. 158.

¹⁰ Décision n° 59-2 DC du 17 juin 1959, *Règlement de l'Assemblée nationale*.

¹¹ Décision n° 63-35 DC du 30 janvier 1968, *Loi relative aux évaluations servant de base à certains impôts directs locaux*. Dans son considérant n° 3, le juge énonce : « *Considérant qu'en raison des termes très généraux dans lesquels l'article 22 est formulé, il échet pour le Conseil constitutionnel d'en préciser la portée* ».

¹² DI MANNO Thierry, « L'influence des réserves d'interprétation », pp. 189 à 190, in DRAGO Guillaume, FRANÇOIS Bastien et MOLFESSIS Nicolas (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, 1999, 415 p.

¹³ DRAGO Guillaume, *Contentieux constitutionnel français*, PUF, 2^{ème} éd., 2006, p. 534.

¹⁴ « *La technique de la déclaration de conformité sous réserve confirme avec éclat l'émergence de la justice constitutionnelle dans notre droit positif* ». MODERNE Franck, « La déclaration de conformité

Par ces deux techniques, le juge remet à d'autres autorités le soin d'exécuter ses décisions, telles que le législateur, le pouvoir réglementaire ou les autres juridictions. En outre, tant la censure virtuelle que les réserves d'interprétation sont des cas dans lesquels le juge cherche un moyen de ne pas aboutir à la censure de la loi. Dans le cas de la censure virtuelle, le choix est fait de donner un délai au législateur pour rendre la loi conforme plutôt que de lui montrer le chemin de la constitutionnalité, alors que le juge, par les réserves d'interprétation, tend à substituer d'une certaine manière au législateur en précisant quelle doit être la portée exacte du texte. Ainsi, les réserves d'interprétation et la censure virtuelle ne peuvent être confondues car la nature des techniques est différente¹⁵. Dans un cas, l'inconstitutionnalité d'une disposition législative est prononcée et sa censure demandée. Dans l'autre, la loi est simplement valide, même si elle est assortie de précisions quant à son application.

Il pourrait dès lors être utile de clarifier les différentes situations. On peut considérer que, suite à la censure virtuelle, il importe de différencier la conformité de la loi à la Constitution et sa déclaration de conformité. Tel un tableau à deux entrées, il faut combiner deux problèmes différents : a) loi déclarée conforme, b) loi déclarée non conforme ; et 1) loi déclarée constitutionnelle, 2) loi déclarée inconstitutionnelle même partiellement. La combinaison de ces deux problèmes aboutit à quatre solutions :

- a1 : la loi est déclarée conforme et elle est déclarée constitutionnelle : nous avons à faire au cas de conformité le plus habituel ainsi qu'aux réserves d'interprétation ;
- a2 : la loi est déclarée conforme et elle est déclarée inconstitutionnelle : ce cas n'existe pas et semble *a priori* exclu ;
- b1 : la loi est déclarée non conforme et elle est déclarée constitutionnelle : c'est le cas de la censure virtuelle ;
- b2 : la loi est déclarée non conforme et elle est déclarée non constitutionnelle : il s'agit du cas de la censure traditionnelle.

Il ressort de cette clarification que la censure virtuelle ne peut être confondue avec les réserves d'interprétation et que celles-ci ne peuvent être qualifiées d'alternative au diptyque constitutionnalité/inconstitutionnalité. La technique de la censure virtuelle supporterait en revanche bien mieux ce qualificatif.

La définition de la censure virtuelle étant arrivée à son terme, il devient intéressant de répertorier quelles décisions du Conseil constitutionnel mettent en œuvre cette technique.

Section 2 Typologie

En se fondant sur les caractéristiques précisées ci-dessus, on peut recenser six décisions intéressantes.

En premier lieu, par une décision en date du 30 décembre 1997¹⁶, le Conseil constitutionnel aurait dû censurer la loi de finances pour 1998 au motif d'une atteinte suffisamment importante portée à la sincérité de la loi de finances. En effet, il avait été prévu que des recettes fiscales provenant de prélèvements sur des redressements fiscaux et sur les frais de collecte des impôts locaux devraient alimenter des fonds de concours. Or,

sous réserve », p. 93, in FAVOREU Louis (éd.), *Le Conseil constitutionnel et les partis politiques*, Economica, PUAM, 1988, 122 p.

¹⁵ Dans la décision en date du 29 décembre 2005, le Conseil constitutionnel nomme l'absence d'inconstitutionnalité « réserves ». Nous pensons évidemment qu'il ne s'agit pas d'une réserve d'interprétation.

¹⁶ Décision n° 97-395 du 30 décembre 1997, *Loi de finances pour 1998*.

l'article 19 de l'ordonnance du 2 janvier 1959 excluait que des recettes fiscales puissent être des ressources susceptibles d'alimenter les fonds de concours.

L'explication de la constitutionnalité de cette disposition législative n'apparaît pas totalement dans le texte de la décision. Le juge y précise que les dépenses en cause sont intégralement retracées dans les comptes définitifs de l'exercice soumis au Parlement dans le cadre de la loi de règlement et que les parlementaires ont pu être informés des caractéristiques de ces fonds de concours, tant à travers l'annexe qui en dresse l'état récapitulatif, qu'à l'occasion des travaux de ses commissions des finances. Toutefois, ce qui a certainement fini de convaincre le juge n'apparaît pas dans les motifs de la décision. Dans son mémoire en défense, le gouvernement a affirmé qu'il modifierait l'affectation des recettes fiscales en cause dès la prochaine loi de finances. Le Conseil constitutionnel, prenant dès lors le gouvernement au pied de la lettre, a pu alors énoncer dans cette décision que « *l'atteinte ainsi portée à la sincérité de la loi de finances ne conduit pas pour autant, en l'espèce, à déclarer la loi déferée contraire à la Constitution ; que les crédits relatifs aux fonds de concours visés par la présente requête seront dûment réintégrés (...) dans le budget général de l'État " dès le projet de loi de finances pour 1999 " ».*

En deuxième lieu, le Conseil constitutionnel a fait usage une nouvelle fois de la censure virtuelle le 18 décembre 2001¹⁷. La loi de financement de la sécurité sociale pour 2002 avait prévue, par le III de son article 30, de modifier la définition des ressources des bénéficiaires de l'allocation personnalisée d'autonomie, hébergés en établissement, prises en compte pour le calcul de cette allocation. Cette disposition aurait dû être déclarée non conforme à la constitution car elle n'affecte pas directement l'équilibre financier des régimes obligatoires de base de la sécurité sociale et, en principe, n'aurait pas sa place dans la loi déferée. Mais le Conseil s'est trouvé devoir faire un choix sur ce point car la législation en vigueur contenait une erreur matérielle conduisant à une disparité de traitement, contraire au principe d'égalité, entre les allocataires. Il décida alors de ne pas déclarer contraire à la Constitution la disposition législative nouvelle.

En troisième lieu, la décision du 3 avril 2003 a des traits communs avec la précédente¹⁸. Le Conseil constitutionnel se trouve devant le choix de censurer un article du code électoral afin de le purger de son inconstitutionnalité partielle. Dans cette espèce, le problème se situe s'agissant de la mise en œuvre par l'article L. 346 du code électoral de l'article 3 *alinéa* 5 de la Constitution, disposant que « *la loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives* ». L'article L. 346 a été modifié par deux articles de la loi contrôlée : les articles 4 et 9. Alors que l'article 4 prévoyait l'alternance d'un candidat de chaque sexe dans la composition des listes des candidats des sections départementales pour les élections régionales, l'article 9 n'étendait pas cette obligation d'alternance pour l'élection des représentants de l'Assemblée de Corse. Le Conseil constitutionnel a alors rappelé que le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit. Il en est arrivé à l'évidente conclusion que l'Assemblée de Corse et les conseils régionaux ne se trouvent pas dans une situation différente au regard de l'objectif de parité, et qu'aucune particularité locale, ni aucune raison d'intérêt général, ne justifie la différence de traitement. La disposition législative contenue dans l'article 9 de la loi déferée contrevient dès lors directement au principe constitutionnel d'égalité. Néanmoins, le Conseil ne peut censurer l'article 9 de la loi déferée sans anéantir le nouvel article L. 346 du code électoral, ce à quoi il ne peut consentir étant donné la volonté du constituant de voir la loi favoriser l'égal accès

¹⁷ Décision n° 2001-453 DC du 18 décembre 2001, *loi de financement de la sécurité sociale pour 2002*.

¹⁸ Décision n° 2003-468 DC du 3 avril 2003, *loi relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen ainsi qu'à l'aide publique aux partis politiques*.

des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives. Il en appelle alors au législateur de mettre fin à cette inégalité lors de la prochaine loi relative à l'Assemblée de Corse dont la date n'est pas fixée.

En quatrième lieu, le Conseil a affermi un peu plus la portée de la censure virtuelle lors de deux décisions rendues le 15 décembre 2005¹⁹ et le 29 décembre 2005²⁰. Ces deux décisions ont en commun de fonder l'inconstitutionnalité de la loi en cause sur la loi organique du 1^{er} août 2001²¹, dite LOLF. Dans la première décision, tout comme en 1997, est en cause un fonds de concours et plus particulièrement la manière dont il est alimenté. En l'espèce, l'assurance-maladie, en raison du caractère obligatoire du prélèvement, ne figure pas, en vertu de l'article 17 de la LOLF, parmi les recettes qui peuvent abonder un fonds de concours. Dans la seconde espèce, le Conseil a affaire à un compte spécial ne comportant qu'un programme unique. Or, le premier alinéa du II de l'article 20 de la LOLF énonce clairement qu'un compte spécial doit comporter plusieurs programmes. Dans ces deux espèces, le Conseil constitutionnel ne déclare pas les dispositions législatives litigieuses inconstitutionnelles, mais précise que celles-ci devront être mises en conformité à compter de l'année 2007. Ainsi, comme en 1997, le juge constitutionnel est assez prescriptif quant au délai à respecter.

Enfin, en dernier lieu, le Conseil constitutionnel a étendu récemment la portée de la censure virtuelle par une décision en date du 19 juin 2008²². En effet, pour la première fois, il a déclaré une disposition législative inconstitutionnelle mais a reporté les effets de cette inconstitutionnalité au 1^{er} janvier 2009. Dans cette affaire, l'article 11 de la loi déferée participe à la transposition des dispositions de l'article 19 de la directive 90/219/CE et de l'article 25 de la directive 2001/18/CE en prévoyant que : « La liste des informations qui ne peuvent en aucun cas rester confidentielles est fixée par décret en Conseil d'État ». Le juge déclare inconstitutionnelle cette disposition sur le grief de l'incompétence négative du législateur en ce qu'il a renvoyé de manière générale au pouvoir réglementaire le soin de fixer la liste susvisée. Toutefois, le Conseil se retrouve placé entre deux contraintes contradictoires. Du fait de l'exigence constitutionnelle de transposition en droit interne des directives communautaires, le Conseil ne peut pas, comme il l'avait fait jusque là avec les autres censures virtuelles, reconnaître l'inconstitutionnalité et ne pas la sanctionner. D'un autre point de vue, s'il avait anéanti les deux alinéas déclarés contraires à la Constitution, la déclaration d'inconstitutionnalité aurait eu pour conséquences de placer la France en infraction avec les deux directives précitées car celles-ci interdisaient expressément au pouvoir réglementaire de prendre les décrets prévus par ces alinéas et les rendait *de facto* illégaux²³. Dès lors, dans l'obligation de déclarer l'inconstitutionnalité sans la sanctionner, le Conseil constitutionnel s'est vu contraint de moduler dans le temps les effets de sa censure. Ainsi, il est permis au législateur de reprendre les termes de son texte et de préciser le contenu de la liste en cause.

La censure virtuelle et les décisions la mettant en œuvre ayant été précisées, il importe d'essayer de prendre conscience des enjeux de l'utilisation de cette technique.

¹⁹ Décision n° 2005-528 DC du 15 décembre 2005, *loi de financement de la sécurité sociale pour 2006*.

²⁰ Décision n° 2005-530 DC du 29 décembre 2005, *loi de finances pour 2006*.

²¹ Loi organique n° 2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances, JO du 2 août 2001, p. 12480.

²² Décision n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*.

²³ Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 25, 2008, en ligne : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/cc25/jurisprudence.htm>

Section 3 Les enjeux de l'utilisation de la censure virtuelle

Fondée sur un paradoxe, les problèmes soulevés par la censure virtuelle demandent à être précisés. Celle-ci permet de préciser un peu plus la place du Conseil tant par ses techniques contentieuses que dans ses relations avec les autres organes publics.

§ 1 La validité de normes inconstitutionnelles

Lorsque, dans ces décisions mettant en application la technique de la censure virtuelle, le Conseil constitutionnel déclare une disposition législative inconstitutionnelle tout en la laissant entrer en vigueur, on peut considérer qu'il rend valide une norme inconstitutionnelle. Cette position soulève de nombreuses questions théoriques.

De nos jours, l'approche kelsénienne du droit semble acceptée par la grande majorité de la doctrine. Le droit est dès lors une construction hiérarchisée formant un ordre juridique. Partant, selon Hans Kelsen, " *une norme est une norme juridique en tant qu'elle appartient à un ordre juridique* " ²⁴. Si elle est valide, elle fait partie de cet ordre juridique. La validité est ainsi définie comme ce qui distingue le droit de ce qui n'en est pas.

Selon Christophe Agostini, on trouve deux concepts de validité. Le premier, appelé validité comme appartenance à l'ordre juridique, " *permet ainsi de caractériser spécifiquement les normes juridiques par leur appartenance au système juridique* " ²⁵. Ainsi, est valide en ce sens, " *toute norme que les acteurs du système juridique considèrent comme telle, c'est-à-dire qu'ils emploient réellement pour influencer sur le comportement des autres acteurs* " ²⁶. Le second, appelé validité comme justification, " *désigne le type de discours développé par les acteurs du droit pour justifier qu'une norme (...) appartient bien à l'ordre juridique* " ²⁷.

Ainsi, une norme peut appartenir à l'ordre juridique et ne pas être applicable, parce que la date de son entrée en vigueur aura été reportée. " *Il importe donc de distinguer de l'appartenance à l'ordre juridique, ou validité au sens 1a, et le caractère applicable d'une norme, ou validité au sens 1b. Une norme peut donc parfaitement être valide (...) sans être appliquée (...); mais l'inverse n'est pas vrai, puisqu'une norme appliquée est par définition valide en ce sens qu'elle appartient bien à l'ordre juridique* " ²⁸.

Dès lors, la position du juge lorsqu'il utilise la technique de la censure virtuelle soulève des interrogations. Il convient de rappeler qu'aux termes de l'ancien article 62 de la Constitution : « une disposition déclarée inconstitutionnelle ne peut être promulguée ni mise en application ». L'article 61 énonce en outre que le Conseil constitutionnel se prononce *a priori*, ce qui le rend partie à la procédure législative. En application de l'article 62 précité, il est censé exister un direct et certain entre le prononcé d'une inconstitutionnalité et la non promulgation de la norme litigieuse. On sait qu'une norme législative qui ne serait pas promulguée n'est pas valide, car la procédure législative n'est pas close et la loi n'est pas mise en application. Validité et constitutionnalité de la norme législative sont ainsi en principe indissolublement liés.

A la lecture des décisions de censure virtuelle, le seul point sur lequel nous sommes certain est qu'une norme déclarée inconstitutionnelle est tout de même rendue valide par le

²⁴ KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, 2^{ème} éd., Paris, Dalloz, trad. Ch. Eisenmann, 1962, p. 43.

²⁵ AGOSTINI Christophe, *Les normes non valides. Contribution à une théorie générale de l'annulation juridictionnelle des normes*, Thèse Paris X, 2000, p. 64.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.* p. 66.

Conseil constitutionnel. Il semble toutefois difficile de pouvoir faire correspondre la théorie kelsénienne et le fait de rendre valide une norme déclarée inconstitutionnelle. Dès lors, deux alternatives se présentent : 1- l'inconstitutionnalité prononcée a une utilité, et la norme jugée inconstitutionnelle ne doit pas entrer pas en vigueur ; 2- l'effcience de la norme litigieuse prime et le prononcé de l'inconstitutionnalité n'a aucune valeur.

Différentes questions se posent dès lors : Comment expliquer la position prise par le Conseil constitutionnel ? Pourquoi prononcer l'inconstitutionnalité si ce n'est pour ne pas la respecter ? Sur quel fondement le juge constitutionnel peut-il prononcer de telles mesures ? Sans pouvoir répondre à ces questions, on peut relever, à la lecture des décisions du Conseil constitutionnel, que celui-ci justifie l'utilisation de la censure virtuelle généralement de deux manières²⁹. En premier lieu, son raisonnement consiste à reconnaître l'inconstitutionnalité d'une disposition de la loi étudiée et, dans le même temps, soit mettre en évidence que la législation en vigueur est elle-même inconstitutionnelle soit expliquer que la censure de la loi aboutirait à anéantir également une disposition législative en vigueur ce qui amènerait à contrevenir à un principe constitutionnel. La censure virtuelle lui permet alors d'aboutir à une censure non immédiate de la loi au prétexte que les deux alternatives traditionnelles, censure ou non censure, aboutiraient à une inconstitutionnalité. C'est le cas par exemple des décisions en date du 18 décembre 2001 et du 19 juin 2008. En second lieu, le Conseil utilise la censure virtuelle s'agissant de lois de financement afin d'éviter de causer une baisse importante des rentrées fiscales pour l'État. Il s'agit notamment des décisions en date du 15 décembre 2005 et du 29 décembre 2005.

§ 2 Censure virtuelle et modulation des effets dans le temps

La censure virtuelle semble être spécifique au Conseil constitutionnel. En effet, la problématique inhérente à la censure virtuelle posée *supra* n'a de sens que dans le cadre d'un contrôle *a priori*, ce qui est mis en évidence par l'ancien article 62 de la Constitution, disposant que : « une disposition déclarée inconstitutionnelle ne peut être promulguée ni mise en application ».

Une procédure *a priori* a deux qualités intrinsèques. En premier lieu, le contrôle effectué a lieu sur une norme qui n'est pas encore en vigueur. En second lieu, la conséquence du contrôle est que la norme n'entre pas en vigueur. Cela signifie qu'en cas de censure, l'ordre juridique n'est pas modifié.

Lorsqu'on analyse les juridictions qui utiliseraient des techniques de modulation des effets de leurs décisions en Europe, on s'aperçoit que le Conseil constitutionnel est la seule autorité à ne statuer qu'*a priori*.

S'agissant du cas français, la Cour de cassation et le Conseil d'État utilisent depuis 2004³⁰ des techniques de modulation des effets dans le temps de leurs décisions mais elles n'opèrent qu'*a posteriori* sur des normes déjà en vigueur. S'agissant du reste de l'Europe, les Constitutions et lois de sept pays européens autorisent les juges constitutionnels à utiliser la censure virtuelle³¹. Il s'agit de l'Autriche³², de la Belgique³³, de la Pologne³⁴, du Portugal³⁵, de

²⁹ Qui rejoignent les exemples étrangers : JOUANJAN Olivier, « La modulation des effets des décisions des juridictions constitutionnelle et administratives en droit allemand », RFDA, juil.-août 2004, p. 683.

³⁰ CE, 11 mai 2004, *Association AC!*, leb. p. 197 ; Cass. Civ. 2e, 8 juillet 2004.

³¹ Cette recension se fonde sur les informations recueillies dans : LEVADE Anne (dir.), *Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionalité en Europe. Etude systématique des contrôles dans vingt-huit États européens*, dactyl., 2008, 133 p.

³² EISENMANN Charles, *La justice constitutionnelle et la Haute cour constitutionnelle d'Autriche*, *op. cit.*

³³ Art. 6 al. 2 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage.

³⁴ Article 190 : 3. La décision du Tribunal constitutionnel prend effet le jour de sa publication, toutefois le Tribunal peut fixer une autre date de la perte de la force obligatoire de l'acte normatif. Ce délai ne peut dépasser dix-huit mois pour une loi et douze mois pour les autres actes normatifs. Dans le cas de décisions entraînant des charges financières non prévues par la loi budgétaire, le Tribunal

la République Slovaque³⁶, de la République de Slovénie³⁷ et de la République tchèque³⁸. En outre, différentes Cour constitutionnelles se sont octroyées le pouvoir de moduler dans le temps les effets de leurs décisions. Il s'agit de la Cour constitutionnelle allemande³⁹, du Tribunal constitutionnel espagnol⁴⁰ et de la Cour constitutionnelle italienne⁴¹ notamment. Pour toutes ces juridictions, un mode de saisine *a posteriori* existe.

Afin de savoir s'il s'agit d'un cas de censure virtuelle ou de modulation des effets dans le temps d'une décision, il importe de vérifier le mode de saisine de la juridiction. En effet, si celle-ci a été saisie *a posteriori*, la norme dont l'annulation ou les conséquences de l'annulation sont reportés était déjà en vigueur. Dès lors, il n'existe pas de réelle contradiction entre reconnaissance de son irrégularité et acceptation de sa validité car ce n'est pas le juge qui décide de mettre en vigueur une norme déclarée irrégulière. Il ne s'agit alors que d'effets *pro futuro* d'une décision juridictionnelle dont Hans Kelsen a déjà mis en évidence l'intérêt. Selon lui, « *l'idéal de la sécurité juridique exige qu'on attribue en général d'effet à l'annulation d'une norme générale irrégulière que pro futuro, c'est-à-dire à dater de l'annulation. Il faut même envisager la possibilité de ne laisser l'annulation entrer en vigueur qu' à l'expiration d'un certain délai* »⁴².

En étant limité au cas d'une saisine *a priori*, la censure virtuelle soulève une problématique nouvelle. Par cette technique, il laisse entrer en vigueur une norme législative tout en précisant soit qu'elle devra être abrogée soit, comme dans la décision de juin 2008, que les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité sont reportés. Dans ce second cas, la déclaration d'inconstitutionnalité prend effet lorsque la norme est en vigueur. Il s'agit donc d'une abrogation, la sortie de vigueur n'étant pas rétroactive. En conséquence, par la censure virtuelle, le Conseil constitutionnel s'arroge un pouvoir d'abroger des normes constitutionnelles. Ceci est absolument nouveau car, celui ne jugeant qu'*a priori*, sa seule compétence était de ne pas faire entrer en vigueur une norme législative.

La décision de juin 2008 est donc une profonde remise en cause du système mis en place en 1958 en ce que le Conseil s'y est octroyé un pouvoir d'abrogation de normes valides.

constitutionnel fixe la date de la perte de force obligatoire de l'acte après avoir pris connaissance de l'avis du Conseil des ministres.

³⁵ Article 282 : 4. Si des raisons de sécurité juridique, d'équité ou d'intérêt public d'importance exceptionnelle, dont le motif sera mentionné, l'exigent, le Tribunal constitutionnel pourra attribuer aux effets de l'inconstitutionnalité ou de l'illégalité une portée plus restrictive qu'il n'est prévu aux paragraphes 1er et 2.

³⁶ Article 132 : (1) If the Constitutional Court establishes by its verdict that legal regulations listed under Article 125 are mutually incompatible, the relevant regulations, their parts, or, as the case may be, some of their provisions cease to be effective. Within six months after the announcement of the Constitutional Court's ruling, the bodies that issued those regulations must bring them into harmony with the Constitution and constitutional laws.

³⁷ Article 161. - Abrogation d'une loi. Si la Cour constitutionnelle conclut qu'une loi est inconstitutionnelle, elle l'abroge partiellement ou totalement. L'abrogation prend effet aussitôt ou bien dans le délai fixé par la Cour constitutionnelle. Ce délai ne doit pas excéder un an.

³⁸ Article 89. (1) Les décisions de la Cour constitutionnelle sont exécutoires dès qu'elles ont été promulguées conformément à la loi, si la Cour constitutionnelle n'a pas décidé autrement de leur force exécutoire.

³⁹ Depuis une décision datant du 14 mars 1972 relative au contrôle du courrier des détenus. JOUANJAN Olivier, « La modulation des effets des décisions des juridictions constitutionnelle et administratives en droit allemand », *loc. cit.*, pp. 676 à 689.

⁴⁰ Depuis un arrêt du 20 février 1989 (Arrêt 45/1989). BON Pierre, « Les effets des décisions des juridictions constitutionnel et administratives en droit espagnol », RFDA, juil.-août 2004, pp. 690 à 695.

⁴¹ DI MANNO Thierry, « La modulation des effets dans le temps des décisions de la Cour constitutionnelle italienne », RFDA, juil.-août 2004 pp. 701 et 702.

⁴² KELSEN Hans, « La garantie juridictionnelle de la juridiction », RDP, 1928, p. 218.

§ 3 Le Conseil constitutionnel et les autres organes

Il convient d'apprécier la portée de l'une des caractéristiques de la censure virtuelle. Cette technique aboutit à ne pas censurer immédiatement la loi, ce qui, dit autrement, signifie ne pas censurer le législateur personnellement. En effet, par cette technique, le Conseil constitutionnel décide de laisser dépendre l'effectivité de ses décisions d'autres organes, que sont les autorités publique ou les autres juridictions. On peut certes se demander quel intérêt a le Conseil constitutionnel à « déléguer » sa capacité d'invalidation de la loi mais on doit surtout relever que la mise en œuvre de ses décisions devient hypothétique. Alors même que la Constitution énonce dans son article 63 *al.* 3 que « Les décisions du Conseil Constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles », il n'existe aucune certitude que ces décisions soient mises en œuvre. Certains exemples montrent toutefois que les autorités publiques ont suivi les prescriptions données par le Conseil constitutionnel, telle par exemple la décision en date du 3 avril 2003⁴³.

Cette incertitude sera paradoxalement renforcée par le nouvel article 61-1 de la Constitution. Celui-ci ouvre une nouvelle modalité de saisine du Conseil constitutionnel *a posteriori*⁴⁴. On peut imaginer que cette évolution donnera en principe la possibilité au juge constitutionnel d'être saisi plus souvent et de pouvoir contrôler l'effectivité de ses décisions de censure virtuelle. S'il est saisi à propos d'une loi pour laquelle il avait utilisé cette technique, il pourra contrôler l'application de sa décision. Néanmoins, l'article 61-1 est formel sur ce point : le Conseil ne pourra être saisi que sur renvoi de la Cour de cassation ou du Conseil d'État. A ce jour, rien ne dit que ces deux juridictions joueront le jeu du renvoi, d'autant plus s'agissant du cas d'une loi pour laquelle elles n'auraient pas mis en œuvre le dispositif de censure virtuelle.

⁴³ Loi n°2003-1201 du 18 décembre 2003 relative à la parité entre hommes et femmes sur les listes de candidats à l'élection des membres de l'Assemblée de Corse, JO 20 déc. 2003.

⁴⁴ Art. 61-1 de la constitution : « Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé ».