

La valeur de la distinction entre autorité absolue et autorité relative de la chose jugée

Anne Rasson-Roland

Citer ce document / Cite this document :

Rasson-Roland Anne. La valeur de la distinction entre autorité absolue et autorité relative de la chose jugée. In: Annuaire international de justice constitutionnelle, 27-2011, 2012. Juges constitutionnels et Parlements - Les effets des décisions des juridictions constitutionnelles. pp. 593-612;

doi : <https://doi.org/10.3406/aijc.2012.2088>

https://www.persee.fr/doc/aijc_0995-3817_2012_num_27_2011_2088

Fichier pdf généré le 11/07/2018

LA VALEUR DE LA DISTINCTION ENTRE AUTORITÉ ABSOLUE ET AUTORITÉ RELATIVE DE LA CHOSE JUGÉE

Anne RASSON

Professeur à l'Université catholique de Louvain
Référéndaire à la Cour constitutionnelle de Belgique

INTRODUCTION

Le thème des effets des arrêts des cours constitutionnelles est technique et complexe, particulièrement en droit comparé. Chaque État a ses règles propres en matière de justice constitutionnelle et la comparaison des systèmes doit prendre en compte cette spécificité. De plus, l'on ne peut dissocier les effets des décisions des compétences des juridictions constitutionnelles, qui varient selon les États.

Il m'est apparu d'emblée important de baliser ce vaste sujet et de le délimiter quelque peu.

J'aborderai la thématique retenue dans une perspective comparative, en me limitant aux décisions du juge constitutionnel qui tranchent une question de constitutionnalité de la loi – ou norme législative – dans le cadre d'un contrôle *a posteriori*. Je n'aborderai donc pas le contrôle incident de constitutionnalité, exercé par voie d'exception par le juge du fond du litige¹, ni le contrôle *a priori* de constitutionnalité, ni le contrôle du juge constitutionnel sur d'autres actes que l'acte législatif. Ma réflexion concerne le modèle européen de la justice constitutionnelle.

Je présenterai le sujet d'abord de manière théorique, en rappelant la notion d'autorité de chose jugée et la distinction entre l'autorité absolue et l'autorité relative de la chose jugée. Suivront quelques réflexions sur la valeur « législative » des décisions du juge constitutionnel ainsi que sur la balance des intérêts qu'il peut être amené à opérer. Dans une étude plus pratique, j'examinerai ensuite quelques aspects des décisions d'invalidation, en distinguant le contrôle abstrait et le contrôle concret. J'aborderai enfin sommairement les décisions de validation.

I.- L'AUTORITÉ DE CHOSE JUGÉE

L'autorité de chose jugée est le critère essentiel qui caractérise une juridiction. Si la nature juridictionnelle des cours constitutionnelles ne donne plus lieu à discussion aujourd'hui, il fut un temps – pas si lointain – où elle faisait l'objet

1 Dans le contrôle incident appelé aussi contrôle diffus, l'objet du litige n'est pas la question de constitutionnalité, mais une autre question juridique : « si dans le contrôle concentré la décision porte *directement* sur la question de la constitutionnalité et incorpore dans son dispositif de décision le jugement correspondant, dans le contrôle diffus, la décision vise à résoudre immédiatement une autre question juridique (la « question principale ») soumise à la Cour, et n'intègre, en général, que dans ses *fondements* un jugement sur la constitutionnalité de la norme, jugement qui prononce l'« application » ou la « non-application » de celle-ci au cas concret » (« La justice constitutionnelle dans le cadre des pouvoirs de l'État à la lumière des modalités, du contenu et des effets des décisions sur la constitutionnalité des normes juridiques » – VII^e Conférence des Cours constitutionnelles européennes, J. M. CARDOSO DA COSTA, « Rapport général », *AJJC*, III-1987, pp. 15 à 36, ici, p. 25). Cette différence a des répercussions importantes sur l'autorité de chose jugée de la décision qui est directement liée à l'objet du litige.

d'après débats, en France comme en Belgique. Dans la préface de la première édition de l'ouvrage de L. Favoreu et L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Marcel Waline écrivait : « L'élément essentiel qui me paraît caractériser la juridiction, c'est l'autorité de chose jugée qui s'attache à ses décisions, c'est-à-dire le fait que ce qui a été jugé, sous réserve des voies de recours, ne peut plus être remis en question, et s'impose de façon définitive à toutes les parties en cause. C'est ce que Gaston Jèze exprimait en parlant de la force de vérité légale qui s'attache à ce qui a été jugé ». L'autorité de chose jugée est donc le corollaire de la fonction du juge, qui est de trancher un litige par un acte qui dit le droit. « Par l'acte juridictionnel, la vérité légale s'exprime et s'impose : la « paix judiciaire » est faite ; le différend est tranché »².

L'autorité de chose jugée s'attache ainsi à « ce qui a été jugé », à l'acte qui tranche le litige en exprimant la vérité légale. Comment transposer ce concept à la justice constitutionnelle ? La transposition implique de lier étroitement les compétences de la juridiction et l'autorité de ses décisions.

Un litige est à l'origine de l'intervention du juge. Quel litige ? Quelle situation contentieuse ? Le juge est saisi d'une « prétention juridique ». « Il faut un recours fait au droit pour obtenir, selon lui et par lui, justice. Il ne suffit pas que le recours soit permis par le droit ; il faut qu'en sa cause, en son objet, en sa finalité, il ait le droit comme principe et comme objectif »³. Le juge constitutionnel est chargé d'un contentieux objectif : le procès qui se déroule devant lui est le procès fait à un acte, législatif de surcroît. Il ne s'agit pas à proprement parler d'un litige entre parties qui s'opposent sur des prétentions contradictoires, même s'il est fréquent que des parties soient associées au litige, soit parce qu'elles sont parties devant le juge judiciaire ou administratif qui a saisi le juge constitutionnel via le mécanisme préjudiciel, soit parce qu'il s'agit d'autorités publiques dont le rôle est d'attaquer ou de défendre la norme. L'action du juge est limitée par la saisine. Le juge a, en principe, l'obligation de trancher le litige, sous peine de déni de justice.

Le juge constitutionnel est saisi d'un contentieux objectif ; il doit vérifier la constitutionnalité de la loi. Si l'on décompose les opérations qui relèvent de ce contrôle, l'on en relève schématiquement trois : le juge doit interpréter la loi en cause, il doit interpréter la norme de référence, la Constitution, et il doit confronter la première à la seconde. C'est dans cette dernière opération que se situe le nœud de la décision judiciaire. Dans un contrôle concret, l'objet du litige peut être très limité. Or, la limitation par la saisine participe de la nature même de la fonction de juger, même s'il arrive, de manière rare, qu'un juge puisse se saisir d'office ou soulever un moyen d'office. Le juge doit donc trancher le litige qui lui est soumis et ce litige va influencer sur la portée de la décision rendue.

L'on distingue, par ailleurs, la force de chose jugée « formelle » de la force de chose jugée « matérielle ». Le premier élément est unanimement admis en doctrine : la décision du juge constitutionnel tranche le litige de manière définitive. Le juge est de ce fait dessaisi de l'affaire. Sauf de rares hypothèses (rectification, interprétation), la décision n'est susceptible d'aucun recours. Le problème tranché ne peut être porté une nouvelle fois devant le juge. L'autorité d'une décision de justice ne peut être remise en cause par d'autres voies que celles du recours, inexistantes pour ce qui concerne le juge constitutionnel. Ce qui est définitivement jugé ne peut donc pas être remis en question.

2 C. CAMBIER, *Principes du contentieux administratif*, Tome I, Bruxelles, Larcier, 1961, p. 115.

3 C. CAMBIER, *op. cit.*, p. 135.

La force de chose jugée « matérielle » est « la force probante qui s'attache (à la décision » et qui lui vaut de s'imposer comme vérité légale »⁴. « C'est là une caractéristique inhérente à l'œuvre de justice par cela que, réalisant la volonté de la loi et rien que celle-ci, elle en emprunte, assez naturellement l'autorité »⁵. Concernant la force de vérité légale, le rapport de Lisbonne⁶ relève des divergences dans les rapports nationaux des Cours constitutionnelles. Pour certains, seul le dispositif de la décision a l'autorité de chose jugée. Pour d'autres, l'autorité s'étend aux motifs qui en constituent le soutien⁷. Ainsi, selon le Conseil constitutionnel, l'autorité de la décision s'attache au dispositif, mais aussi aux motifs qui en sont le soutien nécessaire et en constituent le fondement même. L'autorité couvre dès lors les réserves d'interprétation. Mais encore faut-il pouvoir distinguer ce qui relève de la *ratio decidendi* et ce qui n'est qu'un *obiter dicta*.

II.- LA DISTINCTION ENTRE L'AUTORITÉ RELATIVE ET L'AUTORITÉ ABSOLUE DE LA CHOSE JUGÉE

Par autorité relative, l'on vise un effet inter partes, qui conduit, en cas d'inconstitutionnalité, à déclarer la loi inapplicable au litige.

Par autorité absolue, l'on vise un effet *erga omnes*, qui fait disparaître la loi de l'ordonnement juridique, avec la question connexe de savoir si cela emporte la remise en vigueur de la norme abrogée par la norme inconstitutionnelle⁸. Nous verrons qu'il y aura encore lieu de distinguer selon que la disparition de la norme intervient *ex tunc*, *ex nunc* ou *pro futuro*.

L'autorité de chose jugée de la décision d'une cour constitutionnelle est généralement établie par la Constitution de l'État ou par la loi organique. Il arrive aussi que ces textes précisent explicitement que la décision a une force obligatoire générale qui s'impose à tous les pouvoirs publics⁹. À cet égard se pose d'ailleurs aussi la question de savoir si ce caractère obligatoire s'impose au législateur et l'empêche de reproduire une loi identique à la loi condamnée. Je relève qu'en France, le Conseil constitutionnel considère que « si l'autorité attachée à une décision du Conseil constitutionnel déclarant inconstitutionnelles des dispositions d'une loi ne peut en principe être utilement invoquée à l'encontre d'une autre loi conçue en termes distincts ; il n'en va pas ainsi lorsque les dispositions de cette loi, bien que rédigées sous une forme différente, ont, en substance, un objet analogue à celui des dispositions législatives déclarées contraires à la Constitution ». « En réalité, le Conseil constitutionnel marque ainsi que l'autorité de chose jugée s'attache au contrôle de la norme et non à celui de la disposition »¹⁰. En Belgique, l'article 20, 2°, de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle permet d'obtenir la suspension d'une norme législative si un recours est exercé contre une norme identique ou

4 C. CAMBIER, *op. cit.*, p.146.

5 *Idem.*

6 VII^e Conférence des Cours constitutionnelles européennes (Lisbonne 26 -30 avril 1987), J. M. CARDOSO DA COSTA, « Rapport général », *AJJC*, 1987, p. 33.

7 J. J. FERNANDEZ RODRIGUEZ, « Typologie des dispositifs des décisions des cours constitutionnelles », *RBDC*, 1998, pp. 333-354 : « Les motifs qui sont indissociables de la décision « sont ceux qui soutiennent véritablement la décision et qui, par leur qualité de *ratio decidendi*, peuvent être opposés aux *obiter dicta* ».

8 J. M. CARDOSO DA COSTA, « Rapport général », Conférence de Lisbonne, *op.cit.*, p. 36.

9 Sur ce thème, v. le cours donné par P. PASSAGLIA, *infra*.

10 L. FAVOREU *et al.*, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2004 pp. 309-310.

similaire à une norme déjà annulée par la Cour constitutionnelle et qui a été adoptée par le même législateur.

L'on distingue plusieurs types d'effets inhérents à l'autorité de chose jugée : les effets sur le litige en cours, les effets sur l'ordonnancement juridique, les effets sur d'autres procédures¹¹, l'effet de précédent. Il ne faut cependant pas perdre de vue qu'accorder une trop grande portée à l'autorité de chose jugée peut conduire à une pétrification de la Constitution. Fransisco Rubio Llorente va même jusqu'à écrire que « l'autorité de chose jugée est donc contraire à l'essence de la juridiction constitutionnelle »¹². Plusieurs systèmes juridiques sont dès lors sensibles à la nécessité de permettre des évolutions dans l'interprétation de la Constitution en phase avec les évolutions de la réalité sociale et économique. L'autorité de chose jugée ne peut dès lors pas empêcher de reposer un problème au juge constitutionnel lorsque des circonstances nouvelles sont invoquées.

III.- LA VALEUR LÉGISLATIVE DES DÉCISIONS DU JUGE CONSTITUTIONNEL

Le thème du cours nous amène à aborder les décisions du juge constitutionnel comme des décisions judiciaires, ce qui est la conséquence logique de la nature juridictionnelle de la fonction exercée par le juge constitutionnel, mais l'on n'échappe pas à la question de la valeur législative de ces décisions. La loi relative à la Cour constitutionnelle fédérale allemande n'hésite pas à donner force de loi aux décisions de la Cour¹³. Cette question se pose de manière plus intense lorsque la décision a une autorité absolue de chose jugée. Alessandro Pizzorusso pose ainsi la question de savoir « si les effets des décisions qui déclarent l'inconstitutionnalité d'une loi (et, d'une manière distincte, les effets des décisions qui rejettent la question de constitutionnalité) doivent être considérés comme une source du droit. [...] Il s'agit, donc, de décider, en premier lieu, si de telles décisions sont des actes normatifs valables *erga omnes* ou bien valables seulement entre les parties (si ces parties existent), et, en deuxième lieu, il s'agit de déterminer la capacité de ces décisions à s'imposer aux autres autorités titulaires de pouvoirs normatifs, administratifs ou judiciaires – et aux particuliers –, et à résister aux décisions contraires que ceux-ci peuvent vouloir prendre »¹⁴. Et l'auteur arrive à la conclusion qu'il peut y avoir des effets normatifs « à partir du moment où (les effets des décisions) permettent l'abrogation ou la création d'une norme interprétative du droit en vigueur »¹⁵.

Sur le plan des principes, tant que le juge constitutionnel se limite à valider ou invalider la norme qui lui est soumise, il opère tout au plus comme un législateur négatif, selon l'expression de Kelsen. Il utilise la gomme, pas le crayon. La pratique oblige à nuancer. Comme le relève le rapport autrichien à Lisbonne, « une simple annulation partielle d'une loi – ce qui constitue presque la règle – annulation qui peut se limiter aussi à un mot ou à quelques mots de la loi, pose à la Cour la question de savoir si l'on peut admettre les modifications de sens résultant de cette annulation et qui affectent le reste de la loi. La Cour constitutionnelle a formulé le

11 Par exemple, l'annulation d'une loi peut rendre sans objet une procédure engagée par la saisine préjudicielle.

12 F. RUBIO LLORENTE, « Les effets des décisions du juge constitutionnel - Réaction », *AJJC*, X-1994, p. 23.

13 Article 31.

14 A. PIZZORUSSO, « Les effets des décisions du juge constitutionnel », *Annuaire international de justice constitutionnel*, X-1994, pp. 10 à 16, ici, p. 12.

15 *Idem*, p. 13.

problème de la façon suivante : « Toute annulation de certaines dispositions d'une loi entraîne nécessairement une modification de la loi examinée. La manière dont cette modification produit ses effets au cas concret dépend avant tout de la systématique de la loi et des circonstances, sur lesquelles la Cour constitutionnelle n'a aucune influence. Il entre dans la mission de la Cour constitutionnelle de limiter le nombre des dispositions à examiner et, en cas d'illégalité, d'annuler de telle sorte, d'une part, qu'elles soient éliminées du droit existant si les conditions pour ce faire sont remplies et, d'autre part, que le texte subsistant ne subisse aucune modification de sens. Il est clair que les deux objectifs d'égale valeur ne peuvent jamais être parfaitement atteints. La Cour constitutionnelle doit, par suite, dans chaque cas d'espèce, considérer si et dans quelle mesure l'un ou l'autre de ces objectifs est prioritaire » »¹⁶. Se pose dès lors la question de savoir si le juge constitutionnel ne doit pas respecter la marge de manœuvre du législateur pour corriger l'inconstitutionnalité en adaptant le droit¹⁷.

Le problème devient encore plus délicat si l'on prend en compte le développement des « types intermédiaires » de décision que met bien en exergue le rapport de Lisbonne. « Pouvant dire qu'il s'agit d'un phénomène totalement généralisé, il ne sera pas risqué de situer sa racine la plus profonde dans la conscience qu'une décision d'inconstitutionnalité implique toujours, au bout du compte, un « désaveu du législateur (*contempt of Parliament*), ce qui indique aussitôt sa « gravité ». À cela s'ajoute, par la suite, qu'une telle décision peut parfois, au moins dans l'immédiat, occasionner des difficultés non négligeables, notamment d'ordre institutionnel. On comprend bien alors que, dans tous les ordres, la jurisprudence en soit venue très tôt à adopter, dans une mesure plus ou moins large, des « techniques de décision » qui permettent d'éviter d'aboutir à ce résultat, lorsqu'il ne s'impose pas absolument »¹⁸. Relèvent de ces types intermédiaires de décision, les interprétations conformes, les déclarations partielles d'inconstitutionnalité, les décisions conditionnelles, les décisions manipulatrices¹⁹. L'autorité de ces décisions va au-delà

16 Rapport de la Cour constitutionnelle autrichienne à la Conférence de Lisbonne, *AJJC*, III-1987, p. 72.

17 V. aussi le rapport allemand, *idem*, pp. 43-44. V. à titre d'exemple l'arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale du 6 décembre 2005, *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, GER-2006-1-002 : « La violation constitutionnelle n'aboutit pas à l'annulation de certaines dispositions de la loi sur les transsexuels. Toutefois, le § 7.1 point 3 de ladite loi est inapplicable jusqu'à ce qu'une nouvelle disposition légale devienne applicable. Le législateur a plusieurs options en ce qui concerne cette nouvelle disposition. La disposition figurant au § 7.1 point 3 de la loi sur les transsexuels pourrait être annulée et non remplacée. Cela pourrait ne pas plaire au Parlement car cela pourrait créer l'impression fautive que deux personnes du même sexe peuvent se marier. La loi sur l'état civil pourrait être modifiée de façon qu'un transsexuel qui n'a pas subi d'opération pour changer de sexe et qui a été reconnu comme tel conformément à la loi sur les transsexuels après avoir été examiné par le tribunal soit juridiquement déclaré appartenir au sexe auquel il se sent appartenir, de sorte qu'il puisse former un partenariat civil afin de conférer une sécurité juridique à sa relation s'il est homosexuel. Le législateur pourrait aussi permettre aux transsexuels à orientation homosexuelle de former un partenariat civil en modifiant comme il convient la loi sur les partenariats civils ».

18 J. M. CARDOSO DA COSTA, « Rapport général », Conférence de Lisbonne, *op.cit.*, p. 27.

19 V. sur ces dernières décisions T. DI MANNO, « La question préjudicielle en Italie », *AJJC*, XIII-2007, p. 38 : « Dans le même souci d'éviter de graves perturbations dans l'ordonnancement juridique, la Cour constitutionnelle évite, autant que faire se peut, de toucher au texte de la disposition soumise à son contrôle. Elle préfère agir sur la substance normative de la disposition de loi afin de lui ôter ce qui la rend contraire à la Constitution ou, au contraire, afin d'y introduire ce qui lui manque pour répondre aux exigences constitutionnelles. La plupart des décisions d'inconstitutionnalité qu'elle rend prennent ainsi la forme d'« arrêts manipulatifs » qui s'attaquent au contenu normatif de la disposition en cause tout en laissant intacte son enveloppe textuelle ».

d'une autorité de chose jugée, dès lors qu'il y a non seulement interprétation de la norme mais aussi production d'une norme²⁰. L'effectivité de ces décisions sera par ailleurs subordonnée à l'autorité que les juridictions de l'ordre judiciaire ou administratif leur accordent. L'influence du juge constitutionnel à cet égard est souvent limitée, sauf s'il a le pouvoir de contrôler les décisions de ces juridictions.

IV.- LA BALANCE DES INTÉRÊTS

La sécurité juridique est au cœur de la réflexion sur les effets des décisions, mais elle est aussi en tension. Quelque part, elle est inhérente à la justice constitutionnelle puisqu'une décision d'annulation rétablit « dans son état initial l'ordre public constitutionnel dont la sécurité avait été menacée », mais en même temps, elle « met en péril de façon concomitante la sécurité juridique acquise pendant le temps de l'application incontestée de la norme dorénavant disparue »²¹. Louis Favoreu souligne, lors de la Table ronde sur Constitution et sécurité juridique, le lien très fort entre contrôle *a posteriori* et sécurité juridique : « (ce contrôle) conduit souvent à ne pas sanctionner avec portée rétroactive les lois inconstitutionnelles »²².

La Cour constitutionnelle allemande a rapidement mis en œuvre d'autres techniques de décision, comme l'appel au législateur, qui a été repris par le législateur dans la loi organique²³. Quel est l'objectif poursuivi ? Il s'agit d'éviter le vide juridique ou même l'anarchie juridique résultant d'une annulation ou encore d'éviter une situation qui serait encore moins conforme à la Constitution que la situation actuelle²⁴. Plusieurs juges constitutionnels ont développé, dans le cadre

20 V. sur les controverses qui entourent la question de savoir si le juge constitutionnel n'exerce pas à ce moment une « fonction législative », le rapport italien à la Conférence de Lisbonne, *op. cit.*, pp. 184-185.

21 M.-F. RIGAUX, « Les conséquences des arrêts d'annulation sur les actes juridiques dérivés de la norme annulée », *La Cour d'arbitrage – Actualité et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 1988, p.192. V. aussi la Table ronde : Constitution et sécurité juridique, *AJJC*, 1999. Le danger pour la sécurité juridique est d'autant plus grand lorsque la loi est annulée de nombreuses années après son adoption. Cela peut être le cas en Belgique lorsqu'un recours en annulation est introduit suite à la réouverture du délai de recours en annulation – en principe de six mois suivant la publication de la loi – consécutive à un arrêt rendu au contentieux préjudiciel et déclarant la loi inconstitutionnelle (article 4, alinéa 2, de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle du 6 janvier 1989). Depuis la réforme du 9 mars 2003, cette possibilité d'introduire un recours en annulation est ouverte, non seulement aux gouvernements, mais aussi aux personnes justifiant d'un intérêt. V. sur cette question, C. HOREVOETS, « La jurisprudence constitutionnelle deviendrait-elle source de précédent ? », *Liber amicorum Paul Martens, L'humanisme dans la résolution des conflits. Utopie ou réalité?*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 765 à 783.

22 L. FAVOREU, « Compte rendu des discussions et débats », *AJJC*, 1999, p. 298.

23 V. aussi l'entretien avec le Professeur Hans-Jürgen PAPIER, *Cah. Cons. const.*, n° 15, janvier 2004 : « La seule question délicate concerne ce que décide le juge constitutionnel pour le cas où une nouvelle disposition législative n'interviendrait pas dans le délai fixé. Par exemple, le juge déclare que la disposition inconstitutionnelle cessera de s'appliquer à l'expiration du délai fixé si le législateur ne fait rien ».

24 Cet objectif peut aussi conduire le juge constitutionnel à « manipuler » le sens de la norme. V. le rapport italien à la conférence de Lisbonne, *op. cit.*, p. 180 : « Que l'on songe, par exemple, à des dispositions législatives relatives aux droits de la défense devant les tribunaux qui prévoient des garanties insuffisantes. Si de telles dispositions venaient à être annulées en totalité au lieu d'être complétées par la Cour, les droits de la défense seraient encore moins bien garantis qu'au départ. On peut donner comme autre exemple le cas où des prestations accordées répondent à des exigences constitutionnelles mais dont il est démontré que les conditions de leur octroi sont contraires au principe d'égalité. Si la Cour privait de telles dispositions de toute efficacité, l'égalité de traitement serait rétablie, mais au détriment d'autres principes constitutionnels plus spécifiques ».

général définissant leurs compétences, différentes techniques leur permettant d'opérer une balance concrète des intérêts en jeu et ils penchent le plus souvent vers la stabilité.

Le fait de ne pas annuler peut poser problème. Un arrêt de la Cour constitutionnelle allemande du 10 février 2004²⁵ illustre le propos. La Cour est saisie de recours constitutionnels à l'encontre de législations de deux Länder relatives au placement de délinquants en détention. Elle estime que les Länder n'étaient pas compétents pour légiférer dans ce domaine ; ce constat n'entraîne cependant pas la nullité des lois contesté mais leur incompatibilité avec la loi fondamentale. La Cour décide qu'elles continuent à s'appliquer jusqu'au 30 septembre 2004. « Cette conséquence juridique est possible lorsque l'annulation immédiate de la loi contestée nuirait à la protection d'intérêts suprêmes relatifs au bien public, et lorsque le poids de ces intérêts par rapport aux droits fondamentaux affectés rend acceptable une atteinte à ces droits pour une période temporaire »²⁶. Cet arrêt sera cependant suivi par un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme qui condamnera l'Allemagne pour méconnaissance de l'article 5, § 1, de la Convention²⁷.

Ces jurisprudences démontrent qu'une cour constitutionnelle est nécessairement attentive aux conséquences politiques de ses décisions, au risque de se voir reprocher l'exercice d'un pouvoir souverain de nature législative.

V.- LES DÉCISIONS D'INVALIDATION DE LA LOI

Dans le contrôle abstrait

Lorsque le juge constitutionnel exerce un contrôle abstrait, il est saisi par voie d'action directe d'une norme législative, indépendamment de son application à une situation précise. Un tel contrôle existe, par exemple, en Autriche, en Allemagne, en Belgique, en Espagne.

L'autorité des décisions rendues dans ce cadre varie selon les systèmes juridiques. L'on illustre le propos en commençant par le système autrichien.

25 Cour constitutionnelle fédérale, 10 février 2004, *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, GER-2004-2-005.

26 Et la Cour poursuit : « C'est le cas ici. Si les lois étaient frappées de nullité, il faudrait alors libérer toutes les personnes détenues en vertu de ces lois. Cela entraînerait la libération de personnes pour lesquelles un tribunal a décidé, en se fondant sur deux expertises, qu'elles représentent actuellement un danger considérable pour la vie, l'intégrité physique et la liberté d'autodétermination d'autrui ».

27 CEDH, Arrêt du 13 janvier 2011, *Haidn v. Germany*. « The Court further observes that the present application raises an issue in terms of the lawfulness of the applicant's detention. It reiterates that, in order to be « lawful », the detention must conform to the substantive and procedural rules of national law, which must, moreover, be of a certain quality and, in particular, must be foreseeable in its application, in order to avoid all risk of arbitrariness (see paragraph 79 above). The Court notes that the domestic courts based the applicant's detention on the Bavarian (Dangerous Offenders') Placement Act, which the Federal Constitutional Court found to be incompatible with the Basic Law. However, that court ordered the continued application of that Act until 30 September 2004. During the period at issue before the Court, the applicant's detention could therefore be considered to have complied with national law, as the said Act, read in conjunction with the Federal Constitutional Court's order, remained valid and applicable during a transitional period. However, a further issue arises in relation to the foreseeability of the (continued) application of the Bavarian (Dangerous Offenders') Placement Act, despite its unconstitutionality. The Court notes in this connection that three of the eight judges of the Federal Constitutional Court itself considered that that court did not have the power, in the applicant's case, to order the continued application of the unconstitutional (Dangerous Offenders') Placement Act (see paragraphs 26-29 above). However, in view of the above finding that the applicant's detention for preventive purposes was not justified under any of the sub-paragraphs of Article 5 § 1, it is not necessary to decide this question in the present case » (§ 96) ».

Le choix de l'Autriche s'imposait d'emblée. Le modèle européen de justice constitutionnelle y trouve son origine, sur un plan théorique, puisque l'Autriche est la patrie d'Hans Kelsen, juriste et concepteur d'une théorie du droit basée sur la suprématie de la Constitution et sur la pyramide des normes juridiques²⁸. Sur un plan historique aussi, on souligne que la Cour constitutionnelle autrichienne a été instituée en 1920 et est la première cour qui concrétise, en quelque sorte, le modèle kelsenien.

L'autorité absolue de chose jugée est un élément important du modèle européen, qui s'est construit, pour partie, en opposition au modèle américain où « la querelle constitutionnelle peut renaître indéfiniment, à l'occasion de tout procès »²⁹. La décision rendue par le juge constitutionnel a autorité à l'égard de tous (*erga omnes*) puisqu'elle établit ou rétablit la vérité constitutionnelle.

Comment ce principe est-il mis en œuvre en Autriche³⁰ ? Lorsque la Cour constitutionnelle autrichienne estime une loi contraire à la Constitution, elle dit par arrêt que la loi est annulée. « Conformément à la doctrine du « calcul de l'erreur » développée par Merkl, selon laquelle un acte contraire à l'ordre juridique, à l'égard duquel est engagée une procédure d'annulation, demeure en vigueur jusqu'à son annulation, la Cour constitutionnelle part de l'idée de la stabilité provisoire de la norme générale contraire à la Constitution »³¹. L'annulation intervient donc en principe *ex nunc*. Elle entre en vigueur le jour de la publication au Journal officiel. Il n'y a pas d'effet rétroactif. La loi conserve ses effets pour le passé malgré son inconstitutionnalité.

Mais « l'effet d'une telle déclaration s'étend, de toute manière, au cas concret qui a été à l'origine du contrôle (*Anlassfall*, notion à laquelle la Cour autrichienne donne un sens très large) »³².

La Cour a toutefois la possibilité depuis 1976 de donner un effet rétroactif total à l'annulation, mais elle n'utilise que rarement cette possibilité.

Elle peut également fixer un délai ayant pour effet que la loi annulée doit être appliquée – sauf renvoi préjudiciel – aux situations de fait existantes jusqu'à l'expiration de ce délai. On parle à ce moment d'effet *pro futuro*. La Cour utilise cette possibilité, sur demande du gouvernement, en général, pour permettre au législateur de corriger l'inconstitutionnalité, dans des cas où son intervention, en tant que « législateur négatif » entraîne un vide juridique et des conséquences préjudiciables. Cela peut être le cas, par exemple au contentieux de l'égalité³³.

Seul le dispositif de l'arrêt est revêtu de l'autorité de chose jugée³⁴.

La solution autrichienne est la solution la plus fréquemment retenue en droit comparé. Comme le relève un rapport de la Commission de Venise³⁵, « en cas de

28 « Pour la première fois, un auteur, Hans Kelsen, propose ainsi une théorie de l'ordre juridique qui non seulement fonde et légitime en droit le contrôle de la constitutionnalité, mais encore en fait le cœur et même le garant de la validité de l'ensemble du système juridique, puisque, sans ce contrôle, la garantie de la régularité, c'est-à-dire de l'imputation d'une règle à une norme supérieure, clef de voûte de la théorie kelsenienne, ne serait pas assurée ; sans le contrôle de constitutionnalité, la pyramide s'effondre ! » (D. ROUSSEAU, *La justice constitutionnelle en Europe*, 2^e édition, Paris, Montchrestien, EJA, 1996, p. 21).

29 D. ROUSSEAU, *op. cit.*, p. 21.

30 V. l'article 140.7 de la loi constitutionnelle fédérale.

31 Rapport autrichien à la Conférence de Lisbonne», *op. cit.*, p. 70.

32 J. M. CARDOSO DA COSTA, « Rapport général », Conférence de Lisbonne, *op. cit.*, p. 35.

33 V. le rapport autrichien à la Conférence de Lisbonne, *op. cit.*, p. 79.

34 *Idem*, p. 80.

contrôle répressif, la norme inconstitutionnelle est déclarée nulle ou annulée (invalidée) lorsque l'arrêt a effet *erga omnes*. La différence de terminologie n'a pas de portée réelle, c'est plutôt la question de la date d'effet de l'arrêt qui est déterminante. L'invalidation prend le plus souvent effet à la date du prononcé ou de la publication de l'arrêt (effet *ex nunc*), ou juste après [...]. Les États où elle a systématiquement effet rétroactif (*ex tunc*) sont l'exception : l'invalidation d'un acte normatif ne s'applique alors pas seulement à la procédure pendante et aux procédures en cours à la date de l'arrêt, mais aussi à certaines procédures déjà closes ».

On observe en réalité dans la plupart des systèmes juridiques que, si l'arrêt atteint la loi, il n'a pas d'effet en cascade sur tous les actes pris sur la base de cette loi, qui relèvent le plus souvent d'autres juridictions. Si une procédure est pendante, ces juridictions peuvent parfois tirer des conséquences de l'invalidation de la loi ³⁶.

L'absence d'effet en cascade sur des situations acquises s'explique par « des exigences incontournables de justice ou de sécurité juridique » ³⁷.

Lorsque le système juridique prévoit une annulation de la loi avec effet rétroactif (*ex tunc*), cela ne conduit pas à remettre en cause les décisions qui ont autorité de chose jugée, sauf si des sanctions pénales ont été fondées sur la norme invalidée. En Espagne, la nullité intervient avec effet *ex tunc*, mais il n'est pas porté atteinte aux sentences passées en force de chose jugée, sauf en matière pénale ou répressive lorsque l'annulation profite à la personne punie ³⁸. En Italie prévaut aussi le « principe de l'intangibilité des décisions passées en force de chose jugée » ³⁹. Au Portugal, « la déclaration d'inconstitutionnalité a un caractère déclaratif et prend effet *ex tunc*, c'est-à-dire dès l'origine de l'inconstitutionnalité », mais des motifs de sécurité juridique, d'équité ou d'intérêt public peuvent amener la Cour à restreindre les effets. La matière pénale est ainsi particulièrement visée ⁴⁰.

Le rapport de Lisbonne relève également que, même lorsque la possibilité n'en est pas prévue, « les raisons qui pourraient éventuellement justifier un décalage dans le temps des effets de la déclaration d'inconstitutionnalité (et qui ont à voir, *grosso modo*, avec la préoccupation d'éviter un « vide législatif ») ne manquent pas de se refléter dans la pratique de certaines autres Cours et dans les « techniques » de décision que celles-ci ont adoptées – « techniques » grâce auxquelles un résultat similaire est obtenu » ⁴¹ (décision « conditionnelle », ajournement de la publication). En Allemagne, la Cour constitutionnelle peut prononcer un arrêt d'annulation qui aura un effet rétroactif. « Dès lors, les conséquences peuvent être très graves, s'agissant d'un contrôle *a posteriori* s'exerçant sur des lois en vigueur parfois depuis plusieurs années et ayant donné naissance à une multitude d'actes secondaires » ⁴². La Cour a dès lors limité dans un premier temps la portée de cet

35 « Les décisions des cours constitutionnelles et des instances équivalentes et leur exécution - Rapport adopté par la Commission de Venise lors de sa 46^e session plénière (Venise, 9-10 mars 2001) », CDL-INF (2001) 9, pp. 12 et 13.

36 V. le rapport espagnol à la conférence de Lisbonne, *op. cit.*, p. 134.

37 J. M. CARDOSO DA COSTA, « Rapport général », Conférence de Lisbonne, *op. cit.*, p. 35.

38 Article 161-1 de la Constitution espagnole et 40-1 LOTC. V. sur cette question le rapport espagnol à la Conférence de Lisbonne (*op. cit.*, p. 135 à 138).

39 « Les arrêts faisant droit aux conclusions rétroagissent donc, avec des implications sur toutes les situations régies par la norme annulée, pour autant qu'il s'agisse de situations en cours et non de situations déjà accomplies » (rapport italien à la Conférence de Lisbonne (*op. cit.*, p. 188).

40 Article 282 de la Constitution portugaise. V. aussi le rapport portugais à la Conférence de Lisbonne (*op. cit.*, p. 214 à 218).

41 J. M. CARDOSO DA COSTA, « Rapport général », Conférence de Lisbonne, *op. cit.*, p. 36.

42 L. FAVOREU et W. MASTOR, *Les Cours constitutionnelles*, Paris, Dalloz, 2011, p.81.

effet rétroactif et recourt désormais rarement à l'annulation, privilégiant d'autres sanctions ⁴³.

La Belgique est un des rares États où l'annulation opère avec effet rétroactif (*ex tunc*). La norme annulée est évincée de l'ordre juridique, pour l'avenir et pour le passé ⁴⁴.

Les actes administratifs adoptés avant l'arrêt de la Cour sur la base de la norme annulée ne disparaissent pas automatiquement, mais peuvent être attaqués devant le Conseil d'État, un nouveau délai de recours de six mois à dater de la publication de l'arrêt étant ouvert ⁴⁵. La loi spéciale organique crée par ailleurs une nouvelle voie de recours, la rétractation, qui permet de revoir les décisions passées en force de chose jugée rendues par les juridictions pénales, civiles, administratives fondées sur la norme annulée ⁴⁶.

En vue de préserver la sécurité juridique, la Cour décide régulièrement de maintenir les effets de la norme annulée. « Tantôt il s'agit, en préservant certains droits acquis, d'assurer la protection des administrés. Tantôt il s'agit de veiller à la sauvegarde des intérêts de l'autorité publique, par exemple pour limiter l'ampleur des difficultés administratives ou financières résultant de la rétroactivité ou pour garantir la continuité d'une politique. La Cour peut aussi se tourner vers le futur, en différant l'annulation de la norme – de quelques semaines ou de quelques mois –, quand il s'avère qu'une annulation immédiate de celle-ci créerait un vide juridique dommageable. C'est là une manière de mettre le législateur devant ses responsabilités » ⁴⁷. Un arrêt récent illustre le propos, l'arrêt n° 116/2011 du 30 juin 2011. La Cour a été saisie par l'ASBL Test-Achat d'un recours en annulation à l'encontre de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, pour ce qui est de l'appartenance sexuelle en matière d'assurance. Cette loi transpose une directive européenne. Le problème de constitutionnalité est relatif à l'égalité des sexes, la loi permettant d'établir une distinction directe proportionnelle sur la base de l'appartenance sexuelle pour la fixation des primes et prestations d'assurance-vie, lorsque le sexe est un facteur déterminant dans l'évaluation des risques sur la base de données actuarielles et statistiques pertinentes et précises. Le moyen étant pris de la violation de dispositions constitutionnelles combinées avec des dispositions européennes, notamment la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, la Cour interroge la Cour de justice de l'Union européenne sur la conformité de la directive européenne avec le Traité en ce qu'elle permet de déroger à la règle générale des primes et prestations unisexes. Dans son arrêt du 1^{er} mars 2011 ⁴⁸, la Cour de justice estime la directive contraire aux règles européennes d'égalité ⁴⁹ en ce qu'elle permet de maintenir sans limitation dans le temps une dérogation à la règle des primes et prestations unisexes. Elle estime cependant qu'une période de transition adéquate est nécessaire et donne effet à l'invalidation au 21 décembre 2012. La Cour

43 V. à cet égard, l'entretien avec le Professeur Hans-Jürgen PAPIER, *op. cit.*

44 Articles 8 et 9 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle.

45 Article 18 de la loi spéciale du 6 janvier 1989.

46 Articles 10 à 17 de la loi spéciale du 6 janvier 1989.

47 M. VERDUSSEN, « La place du citoyen devant la Cour constitutionnelle belge : considérations générales », *La question de constitutionnalité – Étude comparée France-Belgique-Canada*, Université de Rennes, 5 novembre 2010, actes à paraître.

48 Affaire C-236/09.

49 Articles 21 et 23 de la Charte des droits fondamentaux.

constitutionnelle juge également contraire aux règles –constitutionnelles⁵⁰ – d'égalité et de non discrimination la différence de traitement entre hommes et femmes⁵¹. La Cour annule dès lors la loi dans son intégralité, mais elle décide de maintenir les effets de la loi jusqu'au 21 décembre 2012, accordant, comme la Cour de justice, une période de transition. Elle motive cette décision par le fait que les compagnies d'assurance doivent pouvoir s'adapter aux nouvelles conditions et modifier leurs produits en conséquence et par le fait que l'annulation avec effet rétroactif fait revivre une norme qui risque de complexifier le droit transitoire. « Le fait de laisser au législateur la faculté, et le temps, d'intervenir à nouveau en la matière lui permet de déterminer si l'interdiction de distinctions fondées sur le sexe dans la fixation des primes et prestations d'assurance, à la date à laquelle cette interdiction sortira ses effets, s'applique, ou non, également aux contrats conclus antérieurement à ladite date – question au sujet de laquelle les parties divergent »⁵². On peut rapprocher cette décision de la technique de l'annulation différée utilisée par la Cour constitutionnelle allemande. « Il s'agit de cas où la loi n'est pas inconstitutionnelle à l'origine mais le devient progressivement du fait de l'évolution des faits ou du droit : la Cour constitutionnelle n'annule pas la loi mais elle la frappe de précarité en indiquant au législateur qu'elle n'est plus que provisoirement constitutionnelle pour les raisons précisées dans les motifs. Elle lui fait donc injonction de modifier la loi en lui fixant parfois un délai précis »⁵³.

Dans le contrôle concret

Pour aborder les décisions d'invalidité au terme d'un contrôle concret de constitutionnalité, je partirai de l'exemple de la France qui a introduit en 2008 la question prioritaire de constitutionnalité. Selon l'article 62 (alinéa 2) de la Constitution⁵⁴, les décisions rendues par le Conseil ont un effet abrogatif – et non un effet rétroactif – : « 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'abrogation peut avoir lieu à compter « d'une date ultérieure fixée par cette décision ». « Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et les limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause ». Comme le souligne Pierre Bon⁵⁵, cette disposition « permet au Conseil constitutionnel de retarder l'effet dans le temps de sa décision s'il estime que l'intérêt général le justifie, par exemple pour permettre au Parlement d'intervenir pour combler une lacune préjudiciable résultant d'une abrogation immédiate ». Elle permet, par ailleurs, au Conseil de donner un effet rétroactif à la décision : « une certaine rétroactivité est en effet nécessaire, ne serait-ce que pour permettre aux parties à l'origine de la question de constitutionnalité posée au juge

50 La Cour combine toutefois ces règles avec les « dispositions internationales liant la Belgique et qui ont une portée analogue à ces dispositions constitutionnelles ; les garanties contenues dans lesdites dispositions internationales constituent un ensemble indissociable avec les garanties figurant dans les dispositions constitutionnelles précitées » (arrêt n° 116/2011 du 30 juin 2011, B.11, alinéa 1).

51 Elle précise d'ailleurs dans son arrêt que le contrôle de ces règles « est plus strict si le principe fondamental de l'égalité des sexes est en cause » (arrêt n° 116/2011 cité, B.11, alinéa 2).

52 Arrêt n° 116/2011 cité, B.16.1.

53 L. FAVOREU et W. MASTOR, *Les cours constitutionnelles*, op. cit., p. 82.

54 Révision constitutionnelle du 23 juillet 2008. V. aussi la loi organique du 10 décembre 2009, entrée en vigueur le 1er mars 2010.

55 P. BON, « La question prioritaire de constitutionnalité après la loi organique du 10 décembre 2009 », *RFDA*, 2009, p. 1124.

de bénéficiaire de la solution arrêtée par ce dernier »⁵⁶. L'auteur se félicite du choix du constituant de confier ce pouvoir au conseil, plutôt que de définir abstraitement l'effet rétroactif, dès lors qu'il pourra tenir compte « des espèces et intérêts en cause »⁵⁷.

Une constante en droit comparé de la question préjudicielle est la reconnaissance de la prime de « la prime du saisissant » ou effet d'*anlaßfall*. À la suite du système autrichien qui prévoit un effet *ex nunc* des arrêts d'invalidation sauf pour le litige qui a donné lieu au contrôle concret⁵⁸, l'Italie, par exemple, a admis une dérogation au principe de l'effet abrogatif de la décision. Comme le précise Gustavo Zagrebelsky, « avec la saisine par voie incidente, il est, toutefois, devenu impossible de soutenir cette conception abrogative des décisions d'inconstitutionnalité. En effet, dans le procès *a quo*, on discute d'une controverse qui a pour objet des faits, des actions, des rapports qui se sont produits dans le passé. [...] Qui plus est, les faits, les actions, les rapports discutés devant le juge civil, pénal ou administratif sont antérieurs au procès constitutionnel et, à plus forte raison encore, ils sont antérieurs au moment où la décision d'inconstitutionnalité déploie ses effets, selon l'article 136, alinéa premier, de la Constitution. Si l'on s'était tenu fermement à l'idée initiale de la décision d'inconstitutionnalité entendue comme abrogation de la loi inconstitutionnelle, le procès *a quo*, c'est-à-dire précisément le procès à l'occasion duquel est posée la question de constitutionnalité, n'aurait pas pu en bénéficier. Par conséquent, personne – ni les parties ni le juge *ex officio* – n'aurait eu intérêt à soulever la question de constitutionnalité. Son caractère « préjudiciel » aurait été contredit par la valeur seulement prospective de la déclaration d'inconstitutionnalité. Il était alors nécessaire, une fois introduite la saisine par voie incidente, de reconnaître à la déclaration d'inconstitutionnalité quelque effet dans le passé. À cette fin, l'article 30, alinéa 3, de la loi n° 87 de 1953 (la loi organique sur la Cour constitutionnelle) a substitué à la « cessation des effets », dont parle l'article 136 de la Constitution, l'interdiction faite à tout juge d'appliquer dorénavant la loi inconstitutionnelle. Cette interdiction est ainsi valable naturellement pour les situations futures, mais également pour les situations passées qui se trouveraient ou qui pourraient être portées devant un juge. Pour cela, elle concerne, au premier chef, la situation qui fait l'objet du procès *a quo* »⁵⁹.

Je poursuis la réflexion en développant l'exemple de la Belgique, qui diffère sur ce point aussi des autres systèmes juridiques. Les arrêts rendus ont, comme l'a écrit Marc Verdussen⁶⁰, une portée obligatoire et une portée dissuasive. Le choix fait en Belgique n'est pas de reconnaître à ces arrêts une autorité absolue de chose jugée. Selon l'article 28 de la loi spéciale du 6 janvier 1989, la juridiction qui a posé la question préjudicielle, ainsi que toute autre juridiction appelée à statuer dans la même affaire sont tenues, pour la solution du litige à l'occasion duquel ont été posées les questions, de se conformer à l'arrêt rendu par la Cour constitutionnelle.

56 P. BON, *idem*.

57 V. aussi sur cette question, X. PHILIPPE, A. VIDAL-NAQUET, X. MAGNON, O. LE BOT et G. SCHMITTER, « Chronique – France », *AJJC*, XXVI-2010, pp. 651-652.

58 L'effet rétroactif vaut pour tous les cas où est engagée une procédure de contrôle concret des normes, mais la Cour a élargi aux cas qui étaient pendants devant elle au moment des débats oraux ou, en l'absence de ceux-ci, au début de la délibération à huis clos (rapport autrichien à la conférence de Lisbonne, *op. cit.*, p. 78).

59 G. ZAGREBESKY, « Les caractères réaliste et concret du contrôle de constitutionnalité des lois en Italie », *Cab. Cons. const.*, n° 22, juin 2007.

60 M. VERDUSSEN, « La place du citoyen devant la Cour constitutionnelle belge : considérations générales », *op. cit.*

Qu'en est-il des autres juridictions ? Elles ont le choix : soit elles réinterrogent le juge constitutionnel – qui, si l'affaire est simple et identique, peut recourir à une procédure rapide appelée procédure préliminaire, ce qui permet de gagner du temps – ; soit elles ne l'interrogent pas, mais elles sont alors tenues de respecter l'autorité de l'arrêt. L'on parle dès lors en Belgique d'une autorité relative renforcée. La loi spéciale rouvre, par ailleurs, le délai de recours en annulation lorsque la Cour, statuant sur question préjudicielle, a déclaré que une loi inconstitutionnelle⁶¹.

L'absence de portée *erga omnes* de ces arrêts, inhabituelle en droit comparé, a été dénoncée en Belgique par certains auteurs. Dans sa thèse de doctorat⁶², Henri Simonart, a pu relever que le législateur belge s'est laissé influencer par les dispositions applicables à l'autorité des arrêts de la Cour de justice des Communautés Européennes, en perdant de vue que la majorité du contentieux confié à cette Cour n'est pas un contentieux en validité mais en interprétation. D'autres auteurs estiment cependant que ce système est préférable en raison du caractère concret du litige, qui influence l'angle de vision du juge constitutionnel. « En d'autres termes, la Cour est appelée à se prononcer sur la problématique *telle qu'elle se déclare devant le juge a quo* et ne peut pas nécessairement tenir compte d'autres potentialités de la norme qui pourraient sans doute conduire à une conclusion différente »⁶³. Un autre argument plaidait pour une autorité limitée : l'absence, pour une partie dans une procédure analogue à la procédure en cause, de la possibilité d'intervenir dans le litige constitutionnel⁶⁴. Cet argument n'est plus pertinent depuis que la Cour a étendu la possibilité d'intervenir aux « personnes qui font la preuve suffisante de l'effet direct que peut avoir sur leur situation personnelle la réponse que va donner la Cour à une question préjudicielle »⁶⁵.

Dans un arrêt récent, l'arrêt n° 125/2011 du 7 juillet 2011⁶⁶, la Cour va pour la première fois maintenir les effets d'un tel arrêt malgré son effet, en principe, relatif. Elle est saisie, une nouvelle fois, de dispositions de la loi sur le contrat de travail qui traitent différemment les ouvriers et les employés quant à la durée du préavis. Or, déjà en 1993⁶⁷, elle avait considéré qu'une distinction entre ouvriers et employés, fondée sur la nature principalement manuelle ou intellectuelle du travail, repose sur un critère qui peut difficilement se justifier objectivement et raisonnablement. « Il en va *a fortiori* de même aujourd'hui ». La Cour avait admis en 1993 que le législateur efface progressivement cette inégalité, processus déjà entamé et à poursuivre par étapes successives. Elle n'avait donc pas censuré la loi. Dans son arrêt de 2011, la Cour estime que le temps dont peut disposer le législateur pour remédier à une situation jugée inconstitutionnelle n'est pas illimité⁶⁸. Elle compare

61 Article 4, alinéa 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989.

62 H. SIMONART, *La Cour d'arbitrage : une étape dans le contrôle de la constitutionnalité de la loi*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1988, p. 259 et H. SIMONART, « Le contrôle exercé par la Cour d'arbitrage », *La Cour d'arbitrage – Actualité et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 1988, pp. 183 à 190.

63 C. BEHRENDT, « Quelques réflexions relatives aux effets, en droit, des arrêts de la Cour constitutionnelle », *L'effet de la décision de justice : contentieux européens, constitutionnel, civil et pénal*, Commission Université-Palais, Anthémis, Liège, 2008, pp. 119 à 151, ici, p. 123.

64 V. l'article 87, § 1^{er}, de la loi spéciale organique.

65 Arrêt n° 44/2008 du 4 mars 2008, B.2.6.

66 Pour un commentaire de cet arrêt, v. M. MAHIEU et G. PIJCKE, « Aménagement dans le temps des effets des arrêts rendus sur question préjudicielle: la Cour constitutionnelle a franchi un cap », *J. T.* 2011, pp. 714-719.

67 Arrêt n° 56/93 du 8 juillet 1993.

68 « L'objectif d'une harmonisation progressive des statuts des ouvriers et des employés jugée préférable par le législateur à une brusque suppression de la distinction de ces catégories professionnelles, spécialement dans une matière où les normes peuvent évoluer grâce à la négociation collective, ne justifie plus, dix-huit ans après que la Cour eut constaté que le critère de

ensuite l'autorité d'un arrêt constatant sur question préjudicielle une inconstitutionnalité et celle d'un arrêt d'annulation. Ce dernier fait disparaître *ab initio* la disposition inconstitutionnelle de l'ordre juridique et fait naître une voie de recours, la rétractation, permettant de revoir les décisions passées en force de chose jugée qui se fondent sur la loi inconstitutionnelle et un nouveau délai de recours permettant au juge administratif d'annuler les actes et règlements pris sur la base de cette loi⁶⁹. Ces mécanismes ne sont pas prévus lorsque l'inconstitutionnalité est décidée sur question préjudicielle. La Cour relève cependant que l'arrêt préjudiciel a un effet qui dépasse le seul litige pendant. « Il en résulte que la Cour doit examiner dans quelle mesure l'incidence de sa décision doit être tempérée afin de ne pas faire obstacle à l'harmonisation progressive des statuts autorisée dans ses arrêts antérieurs ». Partant, elle doit pouvoir maintenir les effets de la norme inconstitutionnelle pour prévenir l'incertitude liée à l'applicabilité dans le temps de cette norme. Il lui appartient de rechercher le « 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 ». Le maintien des effets étant cependant une exception à la nature déclaratoire de l'arrêt, seule une perturbation importante de l'ordre juridique peut le justifier. Dans la présente affaire, la Cour donne un délai de deux ans au législateur pour harmoniser les statuts.

Une autre tendance que l'on peut observer en droit comparé de la question préjudicielle est l'évolution d'une conception abstraite vers une conception subjective et très concrète. Le point de départ de la question posée au juge constitutionnel est, en effet, un cas d'espèce, des « faits processuels concrets », « des cas que la vie offre »⁷⁰. La question de constitutionnalité est liée étroitement à ces données concrètes dès lors qu'une condition pour saisir le juge constitutionnel est la pertinence de la question. Lié par la saisine, le juge constitutionnel doit s'interroger sur la constitutionnalité de la loi, telle qu'elle s'applique à une hypothèse bien particulière. Il y a là un problème d'effectivité du contrôle que l'on rencontre aussi bien en Italie qu'en Belgique⁷¹. Comme le relève Paul Martens, le juge constitutionnel ne remet dès lors plus en cause la généralité de la loi, mais l'injustice dans son application et il se préoccupe de procurer au juge qui l'a saisi une norme compatible, dans le litige *a quo*, avec la Constitution. « Dans toutes ces hypothèses, la Cour fait l'inverse de ce qu'ont fait la plupart des peuples du XX^e siècle : d'abord de l'abstrait, puis du figuratif. Elle ne remet pas en cause la généralité de la loi. Mais, en tant que juge, elle ne s'estime pas autorisée à ignorer l'injustice qu'un autre juge lui dénonce et dont il ne souhaite pas être le complice. De tels arrêts permettent de trouver un équilibre entre les deux aspects du contrôle : l'atteinte à l'égalité est trop « circonstancielle » pour que la norme s'en trouve infectée pour le tout : abstraitement, elle est sauvée ; concrètement, elle est écartée »⁷². Cette concrétisation du contrôle de constitutionnalité va influencer l'autorité de l'arrêt, en lui donnant une valeur relative, puisque intrinsèquement liée à un cas d'espèce. Le

distinction en cause ne pouvait plus être considéré comme pertinent, que certaines différences de traitement, comme celles qui sont invoquées devant le juge *a quo*, puissent encore être longtemps maintenues, perpétuant ainsi une situation d'inconstitutionnalité manifeste » (Arrêt n° 125/2011 du 7 juillet 2011, B.4.3.)

69 V. *supra*.

70 G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*

71 V. G. ZAGREBELSKY, *op. cit.* et P. MARTENS, « Le contrôle préjudiciel de constitutionnalité est-il un art abstrait ? », *Liber Amicorum Robert Andersen*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 423-450.

72 P. MARTENS, *op. cit.*, p. 439.

juge constitutionnel s'attache aussi à trouver à tout prix une solution constitutionnelle à ce litige. En Belgique les arrêts qui constatent des lacunes législatives « autoréparatrices » se multiplient⁷³. Dans ces arrêts, la Cour conclut qu'il appartient au juge *a quo* de mettre fin à l'inconstitutionnalité dès lors que le constat d'inconstitutionnalité est exprimé en des termes suffisamment précis et complets pour permettre que la disposition en cause soit appliquée dans le respect de la Constitution.

VI.- LES DÉCISIONS DE VALIDATION DE LA LOI

Concernant les décisions de validation des juges constitutionnels, je me limiterai à trois observations.

De manière assez générale, il est admis qu'un arrêt de rejet ne donne pas à la norme un brevet de constitutionnalité. Il n'en renforce pas la présomption de légitimité et n'empêche ni un contrôle ultérieur, ni l'abrogation de la loi par le législateur. L'autorité qui s'y attache vise essentiellement les motifs⁷⁴. En Espagne, par exemple, « l'arrêt qui rejette une prétention ou un doute quant à l'inconstitutionnalité d'une norme n'introduit aucune innovation dans l'ordonnement juridique ni n'ajoute à la disposition contrôlée quoi que ce soit dont elle était dépourvue auparavant et il est évident que la disposition pourra être abrogée par le législateur »⁷⁵.

Se pose ensuite la question de savoir si l'autorité de chose jugée empêche un nouveau contrôle par le juge constitutionnel de la norme législative. Concernant les recours en annulation, le problème se pose dans une moindre mesure dès lors que le délai pour agir contre une norme législative empêche les recours successifs. Une question pourrait cependant porter sur une norme déjà contrôlée. En Espagne, l'article 38.2. de la loi organique empêche qu'une question soit reposée si elle est fondée sur la violation d'un principe constitutionnel identique⁷⁶. « Il semble donc clair qu'au moins en ce qui concerne les décisions rendues sur un recours d'inconstitutionnalité, l'autorité de chose jugée ne ferme point la voie à des attaques nouvelles provoquées contre la même loi. [...] Rien ne s'oppose, au contraire, à la présentation de questions de constitutionnalité qui s'adressent à des lois ayant été précédemment l'objet des recours rejetés. Ou d'autres questions, puisque le vieux principe « *inclusio unius exclusio alterius* » oblige à accepter la reproduction des questions, qui, à la différence de celle des recours, n'est pas l'objet d'une interdiction légale, même limitée »⁷⁷. En Autriche également, l'autorité de chose jugée d'une décision de rejet n'empêche pas de présenter de nouveaux griefs à l'encontre de la loi⁷⁸. En France, une condition est mise à la transmission d'une question préjudicielle : la disposition législative ne doit pas avoir été déjà « déclarée conforme

73 V. les rapports annuels de la Cour disponibles sur son site internet. V. aussi M. MELCHIOR et C. COUTOY, « L'omission législative ou la lacune dans la jurisprudence constitutionnelle », *Journal des tribunaux*, 2008, pp. 669-678.

74 À titre d'exemple, l'article 9, § 2, de la loi spéciale organique sur la Cour constitutionnelle belge dispose que les arrêts portant rejet des recours en annulation sont obligatoires pour les juridictions en ce qui concerne les questions de droit tranchées par ces arrêts.

75 V. le rapport espagnol à la Conférence de Lisbonne (*op. cit.*, p. 114).

76 L'article 29.2. de cette loi précise par ailleurs que le rejet, pour des raisons de forme, d'un recours en inconstitutionnalité contre une loi, une disposition ou un acte ayant force de loi, ne sera pas un obstacle à ce que ladite loi, disposition ou acte puisse être l'objet d'une question d'inconstitutionnalité à l'occasion de son application dans un autre procès.

77 F. RUBIO LLORENTE, « Les effets des décisions du juge constitutionnel - Réaction », *op. cit.*, p. 20.

78 V. le rapport de la Cour constitutionnelle autrichienne à la Conférence de Lisbonne, *op. cit.*, p. 80.

à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances »⁷⁹. « Le principe de non-remise en cause des déclarations de conformité est d'application générale, dès lors qu'il concerne les décisions rendues tant à l'issue d'un contrôle *a priori* qu'à l'issue d'un contrôle *a posteriori* de la loi. Il prend en compte cumulativement le dispositif et les motifs de la décision, ce qui permet d'en exclure le « considérant-balai » par lequel le Conseil juge qu'il n'y a lieu de soulever d'office aucune autre question de conformité à la Constitution. Autrement dit, ce principe de non-contestation porte non sur la loi dans son ensemble, mais sur la disposition législative identifiée, de sorte que, pour écarter la transmission de la question de constitutionnalité, il faut que le Conseil constitutionnel se soit expressément prononcé sur la constitutionnalité de la disposition législative dans les motifs et dans le dispositif d'une de ses décisions »⁸⁰. L'on peut dès lors se demander si un contrôle concret de la disposition, tel qu'il est pratiqué par d'autres juges constitutionnels⁸¹ est encore possible. Agnès Roblot-Troizier regrette que le législateur n'ait pas pris en compte le fait qu'une inconstitutionnalité peut n'apparaître que lors de l'application concrète de la loi. « Cette situation est regrettable s'agissant de la protection des droits et libertés, ce d'autant plus qu'il est évident que le Conseil constitutionnel ne peut envisager, *a priori*, toutes les conséquences et difficultés d'application qu'une loi qui vient d'être votée peut engendrer »⁸².

Ma troisième observation portera sur les décisions de rejet sous réserve d'interprétation conforme. L'on a vu que les juges constitutionnels ont pris l'habitude de ce type de décisions afin de « préserver la norme » et de « ménager » le législateur. L'interprétation conforme est reprise tantôt dans les motifs, tantôt dans le dispositif de la décision. Certains arrêts, en Belgique, par exemple, contiennent un double dispositif, selon que la norme est ou non interprétée conformément à la Constitution. Le problème que peut poser cette technique de décision tient à la résistance des autres juridictions, en particulier les Cours suprêmes, à accepter l'autorité de ces interprétations conformes. Le problème s'est posé notamment en Allemagne⁸³, en Autriche⁸⁴, en Italie et en Belgique où certains auteurs ont même parlé de « guerre des juges »⁸⁵.

79 Article 23.2 de la loi organique.

80 A. ROBLOT-TROIZIER, « La question prioritaire de constitutionnalité devant les juridictions ordinaires : entre méfiance et prudence », *AJDA* 2010, p. 80 à 87, ici, p. 85.

81 V. *Supra*.

82 A. ROBLOT-TROIZIER, *op. cit.*, p. 85.

83 « De par sa nature et ses missions la Cour constitutionnelle a seulement compétence pour déclarer que telle interprétation déterminée n'est pas conforme à la Constitution. Certes elle doit montrer qu'une interprétation autre que celle qui est contraire à la Constitution, est possible. À l'inverse elle doit laisser ouverte la question de savoir si seule cette interprétation est possible ou si d'autres également conformes à la Constitution le sont aussi ; elle ne peut prescrire aux juridictions ordinaires une interprétation déterminée parmi d'autres » (W. ZEIDLER, « Rapport de la Cour constitutionnelle fédérale allemande à la Conférence de Lisbonne, *AJJC*, III-1987, p. 43).

84 Rapport de la Cour constitutionnelle autrichienne à la Conférence de Lisbonne, *op. cit.*, pp. 83-84.

85 V. J. van COMPERNOLLE et M. VERDUSSEN, « La guerre des juges aura-t-elle lieu ? À propos de l'autorité des arrêts préjudiciels de la Cour d'arbitrage », *Journal des tribunaux*, 2000, pp. 297-304 ; J. van COMPERNOLLE et M. VERDUSSEN, « La réception des décisions d'une cour constitutionnelle sur renvoi préjudiciel – L'exemple de la Belgique », *Cah. Cons. const.*, n° 14/2003, pp. 87-89 ; M. VERDUSSEN, « Le juge constitutionnel et le juge ordinaire : ingérence ou dialogue ? L'exemple de la Cour constitutionnelle belge », *Le dialogue des juges, Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, pp. 1079 à 1095, particulièrement pp. 1091 à 1095.

CONCLUSION

Au terme de ce cours, il apparaît que la valeur de la distinction entre autorité absolue et autorité relative de la chose jugée est essentiellement relative. Les conséquences des constats d'inconstitutionnalité opérés par les juges constitutionnels, constats qui portent sur des lois, c'est-à-dire des normes de portée générale adoptées par le législateur et ayant vocation à régir un nombre infini de situations juridiques, confrontent souvent ces juges aux exigences de la sécurité juridique, sauf dans les hypothèses plutôt rares où leur décision intervient avant que la loi ne soit entrée en vigueur. Dans les autres cas, les cours constitutionnelles sont amenées à faire preuve de créativité, dans les limites qui leur sont fixées, pour combiner les exigences constitutionnelles, qui devraient conduire à remettre en cause des situations acquises, et d'autres principes juridiques tels l'autorité de chose jugée des décisions judiciaires et la sécurité juridique. L'objet du contrôle exercé par le juge constitutionnel a une influence déterminante sur l'autorité des décisions de ce juge, qui ne peut pas réécrire la norme qu'il censure et ne peut pas accepter, dans certains cas, qu'un vide s'installe dans le système juridique, vide qui créerait une inconstitutionnalité encore plus grave et étendue que l'inconstitutionnalité constatée.

OBSERVATIONS

Nataša COLODROVSKI : Quant au rôle de co-législateur, les cas de la Cour constitutionnelle russe et biélorusse sont très intéressants, parce que d'après la jurisprudence des cours post soviétiques, que l'on connaît depuis vingt ans, l'on observe une tendance certaine à suivre le modèle allemand. On se retrouve face à de nombreuses décisions où les cours donnent des conseils sur la voie que le législateur devrait suivre pour améliorer la qualité des lois. On s'est, en effet, rendu compte que le niveau de préparation juridique des législateurs laissait à désirer. La doctrine a débattu de ce rôle et elle est arrivée à la conclusion qu'on ne peut pas considérer la Cour constitutionnelle comme ayant une fonction de législateur parce que c'est le législateur qui conserve, dans tous les cas, le dernier mot. La Cour vient seulement avec des propositions, et c'est le législateur qui tranche en dernier ressort. Dans le cas des Cours constitutionnelles russe et biélorusse, il y a un autre point à relever, notamment le fait que, parmi les attributions de la Cour, se trouve celle de l'initiative législative. En effet, dans les cas où les cours constatent un vide juridique dans la législation, elles peuvent s'adresser au législateur pour le lui signaler, elles peuvent même faire des propositions et c'est de nouveau, au législateur de décider de suivre ou non les propositions de la Cour. Ceci arrivé très récemment en Biélorussie, en 2010. En Biélorussie, il n'existait pas de recours constitutionnel, les citoyens ne peuvent saisir la Cour que par l'intermédiaire du Parlement ou en adressant une lettre au Président de la République. Cette procédure était insuffisamment détaillée et les citoyens n'étaient même pas informés de son existence ou de la procédure qu'il fallait suivre pour défendre leurs droits. Grâce à la proposition de la Cour constitutionnelle biélorusse, cette procédure a été précisée afin d'améliorer la garantie et la protection des droits fondamentaux.

Xavier MAGNON : Je souhaiterais apporter quelques réflexions sur l'autorité de chose jugée. Si l'on s'en tient à la notion d'autorité de chose jugée *stricto sensu*, telle qu'elle est envisagée par le code de procédure civile en France, pour qu'il y ait autorité de chose jugée, il faut qu'il y ait une identité de parties, d'objet et de cause.

Ainsi définie, cette autorité de chose jugée est forcément relative. « Forcément relative », signifie que s'il y a le même litige, le même objet et la même cause, on ne pourra pas revenir sur ce qui a déjà été jugé. C'est ce que vous appelez la *force formelle* de juger. Si l'on attribue des effets absolus à ce qui a été jugé, on renonce à l'un des éléments de la relativité soit les mêmes parties, soit la même cause, soit le même objet. Concernant le contrôle de constitutionnalité, qui revêt pour sa part certaines spécificités obligeant en particulier à écarter la notion de parties, l'objet du litige, c'est la loi, et la cause serait constituée par les normes de référence, c'est-à-dire les moyens soulevés à l'encontre de la loi. Lorsqu'il est question d'effet absolu de l'autorité de chose jugée des décisions de censure du juge constitutionnel, l'élément qui est maintenu, alors même que les autres vont changer, c'est l'objet. Quelles que soient les parties, quelles que soient les causes, ce qui a été jugé s'étendra en dehors du jugement de censure et au-delà d'ailleurs de tout autre litige ayant le même objet. Cela équivaut à reconnaître une portée absolue à ce qui a été jugé, quelles que soient par ailleurs la cause et les parties.

Une autre question se pose, souvent rattachée à l'autorité de chose jugée, c'est l'autorité de l'interprétation, notamment, de celle retenue par le juge constitutionnel à l'occasion d'une décision qui tranche une question de constitutionnalité. Dans cette situation, il n'est pas question d'autorité absolue de chose jugée puisqu'une telle autorité concerne précisément l'objet contrôlé, la loi, et certainement pas la cause, c'est-à-dire la norme de référence utilisée telle qu'elle a été interprétée par le juge. La question est celle de l'application de l'interprétation retenue par le juge constitutionnel de la Constitution par les autres organes habilités à appliquer le droit. Cette question a pu précisément de poser à propos des réserves d'interprétation. Qu'a d'ailleurs fait le Conseil constitutionnel pour leur conférer une autorité de chose jugée et imposer aux organes d'application de la loi de les respecter ? Il les a intégrées dans le dispositif de la décision. Ce choix permet de garantir une autorité à ces réserves, les réserves d'interprétation étant intégrées dans le seul élément qui dispose d'une valeur juridique dans la décision, à savoir le dispositif.

Anne RASSON : J'ai pu observer en droit comparé, qu'il y a parfois des juges qui ne respectent pas les réserves d'interprétation, y compris quand celles-ci sont directement intégrées dans le dispositif de la décision. Par conséquent, ce n'est pas toujours une garantie. Cependant lorsqu'il s'agit d'une interprétation conforme, à partir du moment où le juge dit que la loi est conforme à la Constitution à condition qu'on l'interprète d'une certaine manière, il s'agit d'une question de validité de la loi donc l'interprétation doit être suivie.

Xavier MAGNON : Mais vous ne trouvez pas que c'est tout de même assez paradoxal de contester l'autorité des réserves d'interprétation et de dire, dans le même temps, que ce qui est le cœur de la décision fait partie de l'autorité de chose jugée ?

Anne RASSON : Oui mais si c'est une réserve d'interprétation, cela veut dire que cela n'est conforme qu'interprété d'une certaine façon.

Xavier MAGNON : On est bien d'accord, mais la situation n'est pas la même. Disons que sur les réserves d'interprétation, je suis totalement d'accord avec vous puisque celles-ci conditionnent la conformité de la loi à la Constitution et qu'il s'agit d'une interprétation de ce qui est objet du contrôle, la loi, et pas de la cause du

litige, à savoir l'interprétation des normes constitutionnelles de référence utilisées dans le contrôle. Mais sur le reste, c'est-à-dire sur toutes les interprétations de la Constitution proposées par le juge constitutionnel, je ne le suis pas. Ces interprétations ne constituent que la motivation du jugement de constitutionnalité, qui n'a rien à voir avec l'autorité de chose jugée, et renvoient à la cause du litige non à son objet. Face aux interprétations des normes constitutionnelles par le juge constitutionnel, les organes d'application demeurent juridiquement libres de les suivre ou de les remettre en cause. Ils peuvent certes se poser éventuellement la question de savoir s'il est opportun, d'un point de vue politique, de retenir la même ou de développer une autre interprétation que celle proposée par le juge constitutionnel, mais cela reste une question de politique jurisprudentielle des organes d'application et non une question d'autorité de chose jugée. Pour résumer, l'on dira que lorsque l'interprétation du juge porte sur la loi contrôlée et donc sur l'objet du litige et que la conformité à la Constitution de cette disposition repose sur l'interprétation donnée par le juge, nous sommes dans un cas d'autorité de chose jugée ; lorsque l'interprétation porte sur les normes de référence du contrôle, la cause du litige, il n'est pas question d'autorité de chose jugée.

Xavier PHILIPPE : Je crois pour ma part, qu'il y a quand même aussi une question de constance et de cohérence jurisprudentielle car si le juge prend soin d'expliquer sa décision c'est aussi pour convaincre de la décision qu'il va prendre. Dès lors, si l'on reste dans le discours, si on essaie de regarder dans la décision autre chose qu'une règle identifiée et appliquée et qu'on considère aussi qu'elle est importante, non seulement pour les destinataires mais aussi pour ceux qui vont lire la jurisprudence pour comprendre comment le juge est arrivé à cette décision, alors je crois que là, le point de vue duquel on se place évolue et je suis tout à fait d'accord pour qu'on limite les effets de ce dispositif.

Xavier MAGNON : Pour rebondir sur ce que disaient Anne et Xavier, je pense qu'il y a plusieurs éléments susceptibles d'être pris en compte pour caractériser un contrôle et déterminer s'il est abstrait ou concret. Il n'y a pas de contrôle entièrement abstrait ou entièrement concret. En ce qui concerne l'exemple français de la question prioritaire de constitutionnalité, le fait qu'il y ait une situation concrète, qu'il y ait un litige à l'origine de la question de constitutionnalité, tend à inscrire le contrôle dans une perspective concrète. Dans cette perspective, le caractère concret devient déterminant. La plaidoirie des avocats tend également à rendre le contrôle « concret ». Dans un litige ayant donné lieu à une QPC devant le Conseil constitutionnel, Jean Louis Debré évoquait à l'occasion d'une conférence le souvenir d'un commerçant qui avait été condamné à la publication sur la devanture de son commerce de sa condamnation pour fraude fiscale. Ce commerçant avait dû le fermer en raison du caractère infâmant de cette condamnation et n'avait pas pu non plus, par la suite, ouvrir un autre commerce. C'est un élément visible et fort pour le juge constitutionnel que de se retrouver face au justiciable et de percevoir les conséquences réelles et concrètes qui seront attachées à son pouvoir de censure. Cet effet d'ordre psychologique est très fort, il représente donc un élément concret dans l'appréciation des effets de la décision du juge. Un autre élément encore marque une part de caractère concret au contrôle, à savoir la logique du *droit vivant* qu'a acceptée le Conseil constitutionnel, c'est-à-dire la faculté d'interpréter les dispositions contestées devant lui selon l'interprétation consolidée qu'en ont retenue les juridictions suprêmes. C'est une manière de prendre en compte la disposition telle qu'elle est appliquée, telle qu'elle est interprétée par les juges de droit commun. En

revanche, et cela renvoie à un élément qui participe du caractère abstrait du contrôle et qui se révèle décisif, les arrêts de rejet ont également un effet absolu, ce qui est original dans le cadre d'une question préjudicielle de constitutionnalité. En effet, dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité, lorsque le Conseil constitutionnel rejette le ou les moyens d'inconstitutionnalité soulevés par les requérants, il ajoute par ailleurs dans un considérant-balai que la disposition législative contestée ne méconnaît aucune autre disposition constitutionnelle. Il n'est donc plus possible de contester la même disposition législative au regard d'autres moyens que ceux déjà soulevés par d'autres requérants dans une autre affaire. Un brevet général de conformité à la Constitution est donné par le Conseil constitutionnel à toutes les dispositions législatives dont l'inconstitutionnalité n'a pas été prononcée. Les arrêts de rejet bénéficient donc de l'autorité absolue de chose jugée. On se situe ici dans le cadre d'un contrôle abstrait. D'autres juridictions constitutionnelles ont retenu des solutions différentes. À titre d'exemple, la Cour constitutionnelle italienne peut connaître à plusieurs reprises de la constitutionnalité d'une même disposition législative dans la mesure où chaque arrêt de rejet de la Cour ne dispose que d'une autorité relative de chose jugée. Le rejet d'une question sur le fondement d'un moyen n'empêche pas de contester de nouveau la même disposition législative sur le fondement d'un autre moyen. En France, on ne peut attaquer qu'une fois et une seule une même disposition législative, ce qui participe d'un contrôle abstrait.

Marthe STÉFANINI : On est vraiment dans le cadre des débuts de l'application de la question prioritaire de constitutionnalité et cela ne m'étonnerait pas que sur ce plan là, il y ait des changements et des évolutions.

Massimo CAVINO : L'idée d'un contrôle *a posteriori* abstrait est difficile à comprendre parce qu'en Italie, précisément, la concrétisation du contrôle s'impose dès le moment où se pose la question de constitutionnalité. Comme la question se pose à l'occasion d'un jugement conduit par le juge, elle ne peut qu'être concrète. Par conséquent, il faut s'accorder sur la terminologie. Si par contrôle abstrait, nous entendons « contrôler de manière à avoir des conséquences absolues », alors je pense notamment aux décisions de la Cour suprême des États-Unis. Elles ont en principe une force absolue bien que la Cour envisage la solution par rapport à un cas concret. Du point de vue italien, est qualifié de concret le contrôle qui va regarder la norme juridique, la loi dans sa vie concrète. Si pour apprécier la nature de ce contrôle, l'on se place du point de vue de la diffusion dans l'espace des conséquences de la décision, nous sommes cette fois dans le cadre de la définition française du contrôle, qui parle de contrôle abstrait. Je pense donc qu'il faut chercher en priorité un accord sur la terminologie à partir de laquelle on peut raisonner, sans quoi des difficultés de compréhension persisteront. En fait, à peu de choses près, la question est toujours la même, celle de l'interprétation de la loi et de la différence entre une disposition et une norme. Il existe, en France, la saisine pour avis adressée à la Cour de cassation. Les présupposés de la saisine pour solliciter un tel avis sont les suivants : Il faut qu'il s'agisse d'une question sérieuse et d'une question nouvelle. Souvent, la question nouvelle a trait à l'interprétation d'une loi ancienne. Comment est-il, dès lors, possible qu'une question nouvelle se pose sur une loi ancienne ? Parce qu'il y a une différence entre la disposition et la norme. La question est différente en Italie, elle se pose vis-à-vis de la norme et c'est cela que nous allons qualifier le contrôle de concret.