

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le maintien d'effet(s) d'une norme illégale

Nihoul, Marc

Published in:
Administration Publique - Trimestriel

Publication date:
2021

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Nihoul, M 2021, 'Le maintien d'effet(s) d'une norme illégale: une arme à courte portée ? Note sous Cass., 24 février 2021, P.20.0965.F', *Administration Publique - Trimestriel*, vol. 2021, numéro 2, pp. 275-279.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Il faut donc se demander si l'article 14^{ter} précité est capable de rendre une virginité – toute provisoire – à un règlement considéré comme fondamentalement vicié au point que son annulation pour cause d'illégalité est prononcée. Autrement dit, le Conseil d'État peut-il décerner, au regard du principe de légalité, un statut de légalité à un règlement que cette juridiction vient de déclarer illégal *erga omnes*.

Dans mes conclusions écrites, j'ai exposé la jurisprudence de la Cour constitutionnelle qui, dans son arrêt n° 18/2012 du 9 février 2012, a mis en balance les articles 159 et 160 de la Constitution : ce qui semble avoir été décisif dans la décision de la Cour constitutionnelle, c'est la nécessité d'assurer le principe de la sécurité juridique qui est inhérent à l'ordre juridique interne, ainsi qu'à l'ordre juridique de l'Union européenne et à la Convention européenne des droits de l'homme (§ B.8.1).

Or, en matière pénale, il n'y a pas lieu d'opposer le principe de légalité et le principe de sécurité juridique : au contraire, en cette matière, ces deux principes sont appelés à se conjuguer et à se renforcer mutuellement¹. Le principe de légalité doit précisément offrir une sécurité juridique au justiciable et le principe de sécurité juridique rend impératif le respect du principe de légalité.

Comme le souligne le défendeur, la Cour constitutionnelle ne s'est pas prononcée en matière pénale et encore moins au regard du principe de légalité.

Au terme de cette analyse complémentaire prenant en compte le principe de légalité en matière pénale, je considère que les moyens ne sont pas fondés et je conclus au rejet du pourvoi. Si la Cour devait encore avoir des hésitations à ce propos, il y aurait lieu de poser une nouvelle question préjudicielle à la Cour constitutionnelle quant à la compatibilité de l'article 14^{ter} des lois coordonnées sur le Conseil d'État avec les articles 12, alinéa 2, et 14 de la Constitution.

*
* *

¹ La Cour constitutionnelle a été amenée à préciser la portée du principe de légalité en matière pénale en se référant notamment à la nécessité d'offrir la sécurité juridique : suivant cette Cour, ce principe procède de l'idée que la loi pénale doit être formulée en des termes qui permettent à chacun de savoir, au moment où il adopte un comportement, si celui-ci est ou non punissable. Il exige que le législateur indique, en des termes suffisamment précis, clairs et offrant la sécurité juridique, quels faits sont sanctionnés, afin, d'une part, que celui qui adopte un comportement puisse évaluer préalablement, de manière satisfaisante, quelle sera la conséquence pénale de ce comportement et afin, d'autre part, que ne soit pas laissé au juge un trop grand pouvoir d'appréciation (C. const., 6 décembre 2012, arrêt n° 145/2012, § B.7).

LE MAINTIEN D'EFFET(S) D'UNE NORME ILLÉGALE : UNE ARME À COURTE PORTÉE ?

par

Marc NIHOUL

*Professeur à l'Université de Namur
Avocat*

1. La question posée : la portée du maintien d'effet(s). L'arrêt commenté concerne la portée du maintien d'effet(s) d'un acte administratif réglementaire annulé par la section du contentieux administratif du Conseil d'État sur le contrôle de légalité incident, par le juge pénal, du fondement légal justifiant des poursuites².

À première vue, la réponse peut sembler évidente. Si les effets d'un règlement sont maintenus, celui-ci doit pouvoir fonder des poursuites et, au bout du compte, une condamnation pénale, sous peine de priver le dispositif de toute utilité.

Le diable est pourtant dans les détails.

D'abord, le maintien d'effet(s) peut être variable. Il peut être provisoire ou définitif. Il peut avoir ou non un effet rétroactif. Il peut aussi être limité en ce qui concerne les effets maintenus, au point de se demander si le fondement de poursuites pénales est l'un des effets pouvant être maintenu et, à défaut de précision, s'il est nécessairement inclus dans un maintien général ou indéterminé, c'est-à-dire insuffisamment déterminé.

Ensuite, l'auteur du maintien importe au plus haut point et surtout le contexte décisionnel dans lequel il intervient. Le maintien d'effet(s) est en effet un mécanisme juridique permettant à l'auteur d'une règle de moduler les effets de celle-ci dans le temps, dans l'espace, dans la matière et dans le public (autrement dit en ce qui concerne les personnes), avec cette particularité que l'objet véritable de la modulation est une autre règle, à savoir celle dont des effets sont maintenus. Tout dépend de la perspective en réalité. Car focalisé sur les effets maintenus de l'acte, l'on finit par oublier que le maintien est un effet de la décision qui le décide et qui module la sanction qui devrait frapper l'illégalité de l'acte concerné. Concentré, à l'inverse, sur la décision qui maintient des

² Voy. M. NIHOUL, « L'inefficacité du maintien d'effet(s) d'un acte annulé sur le contrôle de légalité incident en matière pénale selon la Cour de cassation », *J.T.*, 2021, n° 6867, pp. 557-563 ; M.-Fr. RIGAUX, « Le maintien des effets d'une disposition annulée par le Conseil d'État : une discutable querelle des investitures », *R.D.P.C.*, 2021/6, pp. 690 à 709.



effets d'un autre acte, l'on perd parfois de vue que c'est celui-ci dont des effets sont maintenus. L'angle de vue est pourtant essentiel notamment en ce qui concerne la portée du maintien d'effets car la portée est en réalité par définition différente selon qu'elle est considérée comme, d'une part, juridictionnelle ou, d'autre part, légale « au sens strict » ; c'est-à-dire selon que sa source émane d'un acte juridictionnel, et réglementaire ou législatif. Évidemment, le législateur a brouillé les pistes lorsqu'il indique que le juge maintient « par voie de disposition générale » des effets d'un acte annulé... Le maintien d'effet(s)³ n'est-il pas, en définitive, une sorte de consolidation, dans ce cas-ci juridictionnelle, mais dont il existe aussi un variant législatif⁴, peut-être moins contagieux, d'un acte par une norme supérieure ?

Enfin, le contrôle de légalité incident à lui seul suffit à se méfier des certitudes, en particulier dans le contexte protéiforme où il intervient⁵.

2. Le contexte précis concerné : les relations entre juges administratif et pénal. L'arrêt commenté apporte sa pierre à l'édifice dans le contexte particulier des relations entre juges. Il vise la question de la portée du maintien d'effet(s) d'un acte décidé par un juge sur l'office d'un autre juge. Mais pas n'importe quels juges.

Dans l'absolu, tout juge peut moduler les effets de ses décisions, au nom de la sécurité juridique. Il n'est pas même exclu qu'au nom de ce principe, un juge décide un jour de maintenir des effet(s) d'une autre décision de justice, dans le respect de l'autorité de la chose jugée, plus difficilement de supprimer ceux-ci, eu égard aux voies de recours limitativement organisées par le Code judiciaire.

Le législateur a aménagé cette prérogative en ce qui concerne certaines juridictions et certains actes, en oubliant le pouvoir judiciaire au passage, malgré la récente réforme du Code judiciaire. À vrai dire, la question n'a, sauf erreur, pas même été évoquée à cette occasion. Mais initialement, les juridictions aujourd'hui visées par la loi avaient anticipé la prérogative au nom de la sécurité juridique en manière telle que le silence de la loi n'empêche nullement le pouvoir judiciaire

de procéder de la sorte sous le couvert du même principe pour maintenir l'application d'un acte déclaré illégal⁶.

Ainsi, l'article 8, alinéa 3, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle dispose-t-il que « [s]i la Cour l'estime nécessaire, elle indique, par voie de disposition générale, ceux des effets des dispositions annulées qui doivent être considérés comme définitifs ou maintenus provisoirement pour le délai qu'elle détermine », avec en écho l'article 28, alinéa 2, de la même loi qui utilise les mêmes termes au sujet des « dispositions ayant fait l'objet d'un constat d'inconstitutionnalité ».

L'article 14^{ter} des lois coordonnées le 12 janvier 1973 sur le Conseil d'État encadre d'avantage la Haute juridiction administrative, malgré des actes de moindre valeur dans la hiérarchie des normes, lorsqu'il prévoit que « [à] la demande d'une partie adverse ou intervenante, et si la section du contentieux administratif l'estime nécessaire, elle indique ceux des effets des actes individuels annulés ou, par voie de disposition générale, ceux des effets des règlements annulés, qui doivent être considérés comme définitifs ou maintenus provisoirement pour le délai qu'elle détermine.

La mesure visée à l'alinéa 1^{er} ne peut être ordonnée que pour des raisons exceptionnelles justifiant de porter atteinte au principe de la légalité, par une décision spécialement motivée sur ce point et après un débat contradictoire. Cette décision peut tenir compte des intérêts des tiers ».

La disposition vise les actes individuels en plus des règlements mais point l'hypothèse dans laquelle ceux-ci ont fait l'objet d'un constat d'illégalité, sans interdire non plus le maintien d'effet(s) le cas échéant.

Dans l'espèce commentée, le « juge auteur » du maintien d'effet(s) est la section du contentieux administratif du Conseil d'État. Et le « juge officiant »⁷ est un juge judiciaire, le juge pénal en particulier, saisi de poursuites pénales fondées sur l'acte dont les effets sont indistinctement et définitivement maintenus. Par ailleurs, l'objet précis du maintien est un acte réglementaire.

³ À l'inverse, il est des dispositions qui prévoient la cessation des effets au titre de condition résolutoire, telle l'absence de confirmation de mesures adoptées sur la base de pouvoirs spéciaux ou en urgence par le bourgmestre, par exemple.

⁴ D. RENDERS, *La consolidation législative de l'acte administratif unilatéral*, Bruxelles, Bruylant, 2003.

⁵ M. NIHOUL (dir.), *L'article 159 de la Constitution. Le contrôle de légalité incident*, Bruges, la Chartre, 2010 et spéc. D. DÉOM, « Le refus d'application », pp. 147 à 184.

⁶ Voy. sur ce point M. NIHOUL, « La Cour de cassation et le geste barrière du maintien d'application d'une norme déclarée illégale pour assurer la sécurité juridique », in *Entre tradition et pragmatisme, Liber amicorum Paul Alain Foirers*, Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 1659-1679.

⁷ L'on ne peut l'appeler à proprement parler le « juge destinataire » car tous les acteurs sont en réalité visés. Le maintien d'effet(s) n'a pas nécessairement (mais pourrait avoir selon les circonstances) un destinataire précis.



3. Les positions respectives : antagonistes.

De manière générale, doctrine⁸ et jurisprudence⁹ des juridictions investies de cette prérogative (lesquelles ne sont pas toujours voire rarement les destinataires d'un tel dispositif...) étaient d'avis que le maintien avait pour effet (précisément) d'empêcher le contrôle de légalité incident par un autre juge.

Difficile de déterminer, en réalité et surtout en l'absence de prescrit légal clair¹⁰, si cet effet est celui de l'acte déclaré illégal – lequel ne peut avoir pour effet d'empêcher son contrôle de légalité et le refus d'application qui en découle en cas de résultat négatif... – ou celui de la décision de justice, laquelle est jurisprudentiellement revêtue d'une autorité de la chose jugée absolue, s'agissant du moins de l'annulation et des motifs sous-tendant celle-ci. La question est pourtant cruciale pour déterminer la portée du mécanisme.

La Cour de cassation, quant à elle, ne s'était pas encore prononcée. Elle le fait pour la première fois en matière pénale, par arrêt P.20.0965.F du 24 février 2021 qui sonne le glas d'un consensus juridictionnel sur le sujet. Après avoir cité l'article 14^{ter} des lois coordonnées, la Cour retourne à l'article 159 de la Constitution dont elle dit précisément ceci : « Certes, le principe de légalité garanti par cette disposition s'inscrit dans un ensemble de principes généraux du droit à valeur constitutionnelle, parmi lesquels figure le principe de la sécurité juridique, et c'est aux fins de préserver la sécurité juridique en évitant de mettre à mal, par l'effet de l'annulation, des situations juridiques acquises, que le Conseil d'État s'est vu conférer un pouvoir de modulation dans le temps de ses arrêts d'annulation. Toutefois, lorsqu'il s'agit du jugement de l'action publique, la règle édictée par l'article 159 doit se combiner avec l'article 12, alinéa 2, de la Constitution, selon lequel nul ne peut être poursuivi que dans les cas prévus par

la loi, et dans les formes qu'elle prescrit. Cette exigence n'est pas rencontrée par le maintien des effets d'un acte réglementaire illégal ».

4. La discipline visée : la matière pénale.

Le plus remarquable, dans cette décision, est le fondement purement constitutionnel du raisonnement. Il est construit sur l'article 159 de la Constitution – le contrôle de légalité incident –, bien entendu, mais aussi sur l'article 12, alinéa 2, de la Constitution – le principe de légalité en matière pénale – sans oublier le principe du droit à valeur constitutionnelle de la sécurité juridique.

La Cour constitutionnelle, pour éviter l'obstacle dirimant de l'article 159 de la Constitution, avait donné à la sécurité juridique une valeur internationale, c'est-à-dire supérieure à la disposition constitutionnelle, et élevé l'article 14^{ter} des lois coordonnées sur le Conseil d'État au rang constitutionnel à travers l'article 160 de la Constitution.

La Cour de cassation ne partage manifestement pas ce point de vue. L'article 14^{ter} est remis à sa place légale tout comme le principe de la sécurité juridique à son ordre constitutionnel. Elle aurait pu invoquer le rang supranational du principe de légalité en matière pénale, expressément consacré dans plusieurs textes fondamentaux¹¹, mais elle ne l'a pas estimé nécessaire, ouvrant ainsi la porte à d'autres matières dans lesquelles le principe de légalité est également consacré dans la Constitution sans nécessairement que ce soit le cas au niveau supérieur. L'on songe aux taxes et impôts (le domaine fiscal) (170), à l'assignation des juges (13), la légalité des peines (14), l'inviolabilité du domicile (15), l'expropriation (16), la plupart des droits et libertés fondamentaux... L'exigence de chacune de ces dispositions est donc susceptible d'être interprétée comme n'étant pas rencontrée par le maintien d'effet(s)...

En même temps, il n'est pas exclu que la Cour de cassation se positionne différemment dans les autres matières. Le principe posé par la Cour est en effet que le principe de légalité consacré par l'article 159 de la Constitution s'inscrit dans un ensemble de principes généraux du droit à valeur constitutionnelle, parmi lesquels figure le principe de la sécurité juridique, et que c'est aux fins de préserver la sécurité juridique en évitant de mettre à mal, par l'effet de l'annulation, des situations juridiques acquises, que le Conseil d'État s'est vu conférer un pouvoir de modulation dans le temps

⁸ M. PÂQUES, *Principes de contentieux administratif*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 419 ; D. RENDERS et B. GORS, *Le Conseil d'État*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 328 ; J. THEUNIS, « Handhaving van de gevolgen van een vernietigde bestuurshandeling door de Raad van State », in M. VAN DAMME (ed.), *De hervorming van de Raad van State*, Bruges, die Keure, 2014, p. 102. Adde L. DONNAY et P. LEWALLE, *Manuel de l'exécution des arrêts du Conseil d'État*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 161 à 174, spéc. p. 162 où les auteurs qualifient le raisonnement « des plus astucieux, à défaut d'être juridiquement inébranlable ». Pour une critique plus radicale : M. NIHOUL, *op. cit.*, pp. 401-413 ; du même auteur, « Le maintien d'effet(s) de l'acte annulé étendu aux actes administratifs individuels : entre acharnement thérapeutique et soin palliatif », *A.P.T.*, 2016, pp. 274-303, ici n° 6.

⁹ C.C., n° 18/2012, 9 février 2012 ; C.C., n° 14/2013, 21 février 2013 ; C.C., n° 103/2015, 16 juillet 2015. Et parmi d'autres C.E., *Debie*, n° 199.085 du 18 décembre 2009.

¹⁰ « Par voie de disposition légale » s'agissant d'un acte général et abstrait, disent les dispositions précitées.

¹¹ Les articles 7 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et 49 de la Charte européenne des droits fondamentaux.



de ses arrêts d'annulation. Ce n'est que « lorsqu'il s'agit du jugement de l'action publique », peut-être par exception (la Cour ne va pas jusque-là non plus), que la portée du maintien d'effet(s) est écourtée. Le suspense, à cet égard, reste entier. Il est trop tôt pour conclure à la conception relative du maintien d'effet(s) d'un acte illégal selon la Cour de cassation.

5. L'enjeu sous-jacent : la prévisibilité. Avec le recul, le sens du maintien d'effet(s) gagnerait à être recherché du côté des enjeux sous-jacents en l'espèce, lesquels doivent seuls déterminer la courte ou la longue portée de l'arme mise entre les mains du juge pour neutraliser la sanction découlant en principe de l'illégalité constatée. Car c'est de cela dont il s'agit en définitive : un geste barrière, un bouclier, fondé sur et par la sécurité juridique.

Or, en principe, le juge est tenu de motiver ses décisions et le Conseil d'État, en particulier, le maintien d'effet(s) d'un acte annulé. N'est-on pas en droit d'attendre d'une juridiction qui maintient des effets d'un acte annulé qu'elle précise expressément, outre les motifs de ce dispositif, ceux des effets qui sont maintenus ? N'est-on pas en droit d'attendre aussi que la portée du maintien soit proportionnée à la justification retenue ou avancée et au caractère exceptionnel de la situation rencontrée ? La poursuite pénale, en l'espèce, est-elle un des effets pouvant être visé ? Le cas échéant, le juge administratif est-il seulement fondé à se prononcer sur une question purement pénale relevant en principe des cours et tribunaux ?

En pratique, il est rare que le juge précise ceux des effets maintenus d'un acte illégal en manière telle que tous les effets sont *a priori* visés. Mais le juge est-il bien en mesure d'anticiper tous les effets potentiels concernés au moment où il statue dans le cadre d'un contentieux précis par les faits dont il est saisi ? Ne serait-il pas préférable, par conséquent, que chaque juridiction puisse se prononcer sur le maintien d'effet(s) ou non dans le cadre du litige dont il est saisi et à tout le moins au regard de la justification et donc de la finalité poursuivie ?

Or, en l'espèce, l'enjeu sous-jacent est fait de prévisibilité : celle du comportement que le citoyen doit pouvoir adopter en fonction des règles existantes, lesquelles doivent être claires et accessibles. Peut-on réellement considérer, en l'espèce, que cette prévisibilité était compromise *in concreto* par l'illégalité formelle à l'origine du recours en annulation et le maintien d'effet(s) qui s'en est suivi ? Si tel n'est pas le cas, l'exigence

de l'article 12, alinéa 2, de la Constitution nous semble rencontrée.

Or, en l'espèce, l'illégalité justifiant l'annulation touchait à une question de forme dans l'élaboration de la règle sans qu'il puisse être établi si le doute à ce sujet, *in tempore non suspecto*, ait compromis ou non la prévisibilité subjective de celle-ci, c'est-à-dire si l'acte a été commis « en connaissance de cause » au motif de l'illégalité de l'arrêté concerné.

Dans l'espèce concernée, un chasseur avait été acquitté de la prévention de ne pas avoir tiré la quantité minimale de gibier fixée par les plans de tir durant les saisons cynégétiques 2014-2015, 2015-2016, 2016-2017 et 2017-2018 « à défaut de base réglementaire déterminant les années cynégétiques » dans la mesure où l'arrêté¹² dont c'était précisément l'objet avait été adopté sur avis du Conseil supérieur de la chasse, illégalement constitué en son temps en l'absence de consultation de la section de législation du Conseil d'État. L'annulation et le maintien d'effets étaient postérieurs aux infractions commises et le maintien justifié pour éviter « d'interdire *de facto* la chasse jusqu'à l'adoption d'un nouvel arrêté » alors que la pratique de la chasse participe au maintien d'un équilibre entre les différentes espèces ainsi qu'entre la faune et la flore, et donc à un environnement sain.

6. Le degré de conviction constaté : une valse d'hésitations. La faible portée du maintien d'effet(s) en matière pénale, décrétée par la Cour de cassation dans l'arrêt commenté, n'était, semble-t-il, pas évidente, si l'on en croit le changement d'avis de l'avocat général D. Vandermeersch dans ses conclusions conformes, sous la forme d'un ajout, à la suite du dépôt par le défendeur d'une note en réponse. Initialement, l'éminent pénaliste s'était incliné en faveur de la longue portée du maintien d'effet(s) en matière pénale mais après avoir formulé deux objections substantielles qui montraient son hésitation : l'illégalité de l'acte, tout de même persistante malgré l'annulation de celui-ci, d'une part, et, d'autre part, le caractère discriminatoire qui en résulte selon qu'un arrêté ait été annulé ou non par le Conseil d'État avec maintien d'effet(s). La « conclusion finale » renoue avec le réflexe disciplinaire de l'autonomie du droit pénal en considérant que la condamnation sur la base d'un arrêté jugé illégal mais dont les effets sont maintenus contrevient par principe et de façon flagrante à l'article 12 de la Constitution. Après

¹² De même que les arrêts antérieurs.

tout, la Cour constitutionnelle ne s'est jamais prononcée jusqu'ici sur le maintien d'effet(s) en matière pénale et encore moins au regard du principe de légalité des incriminations et des peines.

Il reste que la Cour de cassation ne s'est pas prononcée sur la compatibilité de l'article 14^{ter} des lois coordonnées par rapport à l'article 159 de la Constitution. Certes, elle ne réfère nullement à l'article 160 de la Constitution. Mais implicitement, elle semble juger suffisant, eu égard à la hiérarchie des normes, que l'article 14^{ter} soit fondé sur le principe à valeur constitutionnelle qu'est la sécurité juridique, sans lui donner une valeur supranationale, alors qu'un principe général ne peut en principe déroger à une règle écrite de même niveau.

7. Conclusion provisoire : une arme à courte portée. La seule certitude que l'on puisse tirer de l'arrêt commenté concerne la portée d'un arrêt du Conseil d'État qui maintient les effets d'un acte annulé : celle-ci est trop courte pour atteindre la matière pénale, située en zone protégée par l'article 12, alinéa 2, de la Constitution en ce qui concerne la légalité des incriminations et par la sécurité juridique, nonobstant l'article 160 de la Constitution.

Pour le reste, il est trop tôt pour évaluer si la même conclusion peut être tirée en dehors du champ pénal et anticiper ce que la Cour fera à l'avenir en présence d'un maintien d'effet(s) décidé par un autre juge. Jusqu'ici, la Cour ne trouvait rien à redire lorsque la Cour constitutionnelle décidait de maintenir les effets d'un acte législatif au sens strict, y compris en matière pénale, mais un tel acte échappe en grande partie à sa compétence. Et si un jour le juge judiciaire – ou le Conseil d'État à titre incident ou même une autorité de tutelle – décide lui-même de maintenir des effets d'un acte administratif pourtant jugé illégal – sans l'annuler par définition –, même si ni le Code judiciaire ni les lois coordonnées ni les textes organisant le contrôle interne ne le prévoient à ce stade et si l'article 159 de la Constitution, à l'inverse, paraît contraignant lorsqu'il prévoit que les cours et tribunaux n'appliqueront les actes administratifs illégaux¹³, il est

probable que la Cour de cassation suive le même raisonnement qu'en matière pénale, en invoquant au surplus l'autorité relative de la chose jugée de la plupart des décisions judiciaires ou de l'autorité de la chose décidée. Mais le fera-t-elle dans les autres matières et si ledit maintien est décidé par le juge pénal, par exemple, dont les décisions sont revêtues de l'autorité absolue de la chose jugée ?

Avec le recul, il est permis de se demander si le maintien d'effet(s) n'est pas une question incidente – comme celle de la légalité – qui mérite d'être tranchée par chaque juge dans le cadre du contentieux pendant devant lui, en tenant compte des considérations retenues par une autre juridiction pour décider d'un maintien préalable, le cas échéant, mais également des enjeux et circonstances propres au litige à résoudre concrètement, telles la prévisibilité en matière pénale¹⁴ ? Une telle conception relative du maintien d'effet(s) remédierait en tous cas à l'incongruité de décisions générales prises à l'occasion de cas particuliers, en cercle limité et sans contradiction suffisante, y compris lorsque le maintien d'effet(s) intervient devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État en ce qui concerne les règlements. Le cas échéant, en effet, tous les citoyens potentiellement concernés n'ont pas l'occasion de se défendre ou de s'exprimer.

Car en fin de compte, que ce soit l'article 159 de la Constitution, l'article 12, alinéa 2, de la Constitution ou même l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'État, il « ne constitue qu'une application particulière du principe du droit plus général selon lequel le juge ne peut appliquer une décision, à savoir une norme, violant une disposition supérieure »¹⁵, que ce soit en refusant de l'appliquer, en refusant de condamner ou en annulant celle-ci. Le maintien d'effet(s) n'est que le geste barrière permettant d'éviter ces sanctions lorsque la sécurité juridique le nécessite. Qui mieux que le juge compétent peut apprécier cette nécessité *in concreto* ?

¹³ L'article 14 des lois coordonnées relatives au Conseil d'État prévoit, quant à lui, que « la section [du contentieux administratif] statue par voie d'arrêts sur les recours en annulation pour violation des formes soit substantielles, soit prescrites à peine de nullité, excès ou détournement de pouvoir, formés contre les actes et règlements (...) des diverses autorités administratives (...) » et assimilés. Il s'inscrit toutefois dans la lignée des dispositions qui consacrent et garantissent le principe de légalité et la conséquence qui doit en résulter, que ce soit la privation d'effet ou d'existence.

¹⁴ N'est-ce pas en définitive ce qu'a fait la Cour de cassation dans son arrêt du 20 décembre 2007 déjà cité par extrait note 7 ? Selon elle, il appartiendrait au pouvoir judiciaire de « fixer dans le temps les effets de la violation de la Constitution à laquelle conclut la Cour constitutionnelle dans une réponse à une question préjudicielle » en tenant compte de la légalité et de la sécurité juridique (notamment de la date à laquelle l'arrêt de la Cour constitutionnelle est publié), ce qui relèverait de l'interprétation de la loi ?

¹⁵ Cass., 8 avril 2003, *Pas.*, 2003, p. 761.

