

3

Quelques réflexions relatives aux effets, en droit, des arrêts de la Cour constitutionnelle

Christian BEHRENDT

chargé de cours à l'U.Lg.

docteur en droit (Paris I Panthéon-Sorbonne)

Magister Juris (Oxford), LL.M. (Yale)

SOMMAIRE

SECTION 1	
Les normes contrôlées par le juge constitutionnel belge : les différents types de saisine de la Cour constitutionnelle	121
SECTION 2	
Les normes de référence du juge constitutionnel	131
SECTION 3	
Quels effets génèrent les déclarations d'inconstitutionnalité sur renvoi préjudiciel à l'égard du Pouvoir législatif ?	137
En guise de conclusion	148

1. Le sujet des « effets » ou de la « portée » des arrêts de la Cour constitutionnelle¹ ayant fait, en 2004², l'objet d'une étude remarquable qui, au cours de ses plus de soixante pages, épuise le sujet à la perfection³, il ne nous paraît pas opportun de proposer ici au lecteur une simple composition de développements analogues : à notre estime, aucune plus-value scientifique ne découlerait d'une telle œuvre purement paraphrasée. Cette conclusion s'impose d'autant plus à notre esprit que celui-ci est marqué par la phrase d'ouverture du petit livre à couverture verte que Lucien François a fait lire à des générations d'étudiants liégeois et dont le style magistralement rigoureux et instruit ne doit plus être souligné. En guise d'avertissement à quiconque projette d'entreprendre l'écriture d'un article dans le domaine du droit, cette phrase d'ouverture relève en effet sobrement qu'« [o]n n'ose pas imaginer à combien peu une bibliothèque (...) du droit se réduirait sans les redites »⁴.

Il serait toutefois inadéquat de nous borner ici, suite à ce constat, à un simple *renvoi* à la contribution susmentionnée de Rosoux et Tulkens⁵. Nous voudrions donc emprunter une autre voie, à savoir émettre un certain nombre de développements relatifs à *un aspect spécifique* des effets des arrêts de la Cour.

2. Cet aspect spécifique concerne les *constats d'inconstitutionnalité que rend la Cour constitutionnelle dans le cadre de son contentieux préjudiciel*. Plus précisément encore, nous voudrions nous intéresser à la question de savoir si ces constats d'inconstitutionnalité génèrent, dans le chef du législateur auteur de la norme incriminée, l'obligation juridique de *modifier* sa législation, afin de la rendre compatible avec la jurisprudence du juge constitutionnel (section 3). Comme nous allons le voir, cette question appellera, dans une certaine

1. La révision constitutionnelle du 7 mai 2007 (*M.B.*, 8 mai, 3^e édition, entrée en vigueur le 8 mai), a modifié l'appellation "Cour d'arbitrage" en "Cour constitutionnelle". Dans notre contribution, nous utiliserons cette nouvelle dénomination, sauf lorsque nous nous référons en note de bas de page à un arrêt qui a été rendu avant le 8 mai 2007 ; dans ce cas, nous le ferons précéder de l'ancien sigle "C.A.", au lieu de la nouvelle abréviation "C. const."
2. Donc postérieurement à la dernière réforme de la Cour intervenue en 2003 (Loi spéciale du 9 mars 2003, *M.B.*, 11 avril ; entrée en vigueur le 21 avril).
3. G. ROSOUX et FR. TULKENS, « Considérations théoriques et pratiques sur la portée des arrêts de la Cour d'arbitrage », in *La Cour d'arbitrage : un juge comme les autres ?*, Actes du colloque organisé par le Jeune Barreau de Liège le 28 mai 2004, Liège, Éditions du Jeune Barreau de Liège, 2004, 95-160.
4. L. FRANÇOIS, *Le problème de la définition du droit*, Liège, Faculté de Droit, d'Économie et de Sciences sociales de Liège, 1978, 9.
5. Conclusion qui se justifierait certes d'un point de vue scientifique mais qui ne cadrerait que très imparfaitement avec l'intention de la manifestation de ce jour.

mesure, une réponse affirmative, mais – et l'on s'en doute – les mots “dans une certaine mesure” nécessiteront des développements assez substantiels.

Avant d'aborder cette problématique particulière des effets des *constats préjudiciels d'inconstitutionnalité à l'égard du Pouvoir législatif*, il nous paraît utile d'exposer, au cours d'une première section, les différentes *possibilités de saisine* du juge constitutionnel belge, en intégrant dans cet exposé un bref aperçu des *normes contrôlées* par la Cour, c'est-à-dire des *normes qui sont susceptibles de subir l'examen de conformité auquel procède le juge constitutionnel*. Au cours d'une deuxième section, nous allons ensuite étudier les *normes de référence*⁶ du juge constitutionnel belge, autrement dit, les dispositions par rapport auxquelles il effectue son contrôle de conformité. Très logiquement, cette deuxième section contiendra aussi un exposé des différentes *formes de décisions* qui résultent dudit contrôle (section 2).

SECTION 1

Les normes contrôlées par le juge constitutionnel belge : les différents types de saisine de la Cour constitutionnelle

3. Dans le présent chapitre, nous nous proposons de passer en revue les différentes voies d'accès au juge constitutionnel belge⁷. Dans le cadre de cette présentation, nous fournirons également quelques précisions quant aux *personnes ou organes qui sont habilités à intenter les saisines* et aux *délais* dans lesquelles celles-ci doivent être introduites.

6. Expression que l'on semble devoir au doyen Louis Favoreu (voy. notamment ses contributions : « Le principe de constitutionnalité, essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1977, 37, « L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les diverses branches du droit », in *Itinéraires, Études en l'honneur de Léo Hamon*, Paris, Economica, 1982, 238, et « La décision de constitutionnalité », *R.I.D.C.*, 1986, 616). Elle est maintenant utilisée tant en France qu'en Belgique. – Pour la Belgique, voy. notamment V. THIRY, *La Cour d'arbitrage, Compétence et procédure*, Diegem, Kluwer, 1997, 15 ; pour la France, G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, 2^e édition, Paris, PUF, 2006, 253, qui définit les normes de référence comme « les règles juridiques de valeur constitutionnelle qui forment le droit substantiel sur lequel se fonde le [juge] constitutionnel pour exercer le contrôle de constitutionnalité ».
7. Le lecteur désireux de recueillir des informations *plus générales*, y compris historiques, sur les missions et compétences du juge constitutionnel belge, consultera avec fruit : H. SIMONART, *La Cour d'arbitrage, Une étape dans le contrôle de la constitutionnalité de la loi*, thèse (Louvain-la-Neuve, 1987), Bruxelles, Story-Scientia, 1988, 304 pages, J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, Anvers, Maklu, 1990, 578 pages, P. VANDERNOOT, « La Cour d'arbitrage – compétence et procédure », *Act. Dr.*, 1991, 288-326, F. DELPÉRÉE et A. RASSON-ROLAND, *Droit public, La Cour d'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 1996, 165 pages, V. THIRY, *La Cour d'arbitrage, Compétence et procédure*, ouvrage précité (1997), 184 pages et E. CEREXHE et M.-F. RIGAUX, *Tout savoir sur la Cour d'arbitrage*, Diegem, Kluwer, 1998, 88 pages.

4. La Cour constitutionnelle belge réalise son contrôle de constitutionnalité exclusivement *a posteriori*, en vérifiant la conformité de normes *déjà promulguées*⁸. Seule l'inconstitutionnalité d'une norme *législative* peut faire l'objet d'une saisine de la Cour⁹. Au niveau des normes contrôlées, la compétence de la Cour est donc l'une des plus simples : elle est compétente pour *toutes* les normes législatives, mais *seulement* pour les normes législatives ; le juge constitutionnel belge ne peut apprécier la constitutionnalité d'une norme réglementaire¹⁰ ou d'une décision de justice. Il s'estime en revanche compétent pour identifier des "lacunes" dans la législation¹¹.

8. Sur tout ce qui suit, voy. aussi F. DELPÉRÉE, « Présentation de la Cour d'arbitrage de Belgique », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 12 (2000), 49-63. Cette contribution est cependant antérieure à la réforme intervenue en mars 2003.

9. Par "norme législative", il convient d'entendre : la loi fédérale, le décret de la Communauté française, le décret de la Communauté germanophone, le décret de la Communauté flamande (voté à 124 membres du Parlement flamand), le décret de la Région flamande (voté à 118 membres du Parlement flamand), le décret de la Région wallonne, l'ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale, l'ordonnance de la Commission communautaire commune, le décret de la Commission communautaire française, l'arrêté-loi du temps de guerre et le décret du Congrès national. Pour de plus amples développements sur ce point, et spécialement relatif au caractère législatif de l'ordonnance bruxelloise, voy. les pages 34 à 44 de notre thèse de doctorat, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif* (Bruxelles et Paris, Bruylant et L.G.D.J., 2006). Quant à la compétence de la Cour constitutionnelle de contrôler la conformité des arrêtés-lois de temps de guerre et des décrets du Congrès national, voy. par ailleurs notre étude, « Excursion à l'orée de la chasse gardée du juge constitutionnel – La Cour constitutionnelle et le contrôle de la constitutionnalité des arrêtés-lois de temps de guerre, des arrêtés-lois de pouvoirs extraordinaires et des décrets du Congrès national » (*Rev. Fac. Dr. U.Lg.*, 2007, 529-550).

10. C'est selon toute vraisemblance par simple erreur que la Cour, dans un arrêt 136/2003 du 22 octobre 2003, a accepté de vérifier la constitutionnalité d'un *arrêté-loi de pouvoirs extraordinaires*, qui est une norme réglementaire (cf. notre étude précitée « Excursion à l'orée de la chasse gardée du juge constitutionnel [...] », 543-547).

11. Pour d'élémentaires raisons de place, il ne nous est pas possible d'intégrer ce point dans la présente étude ; nous l'avons toutefois traité dans notre thèse de doctorat précitée, aux pages 414 à 421. Relativement aux lacunes législatives, on peut par ailleurs consulter : P. POPELIER, « De beoordeeling door het Arbitragehof van het ontbreken van een wettelijke regeling », *RW*, 1996-1997, 1249-1252, A. ALEN, « Ongrondwettige lacunes in de wetgeving volgens de rechtspraak van het Arbitragehof », in *Liber amicorum Roger Blanpain*, Bruges, Die Keure, 1998, 655-672, C. HOREVOETS et P. BOUCQUEY, « La détermination des normes inconstitutionnelles et les questions préjudicielles à la Cour d'arbitrage », *APT*, 1998, 42-55, spécialement 52-53, C. HOREVOETS et P. BOUCQUEY, *Les questions préjudicielles à la Cour d'arbitrage, ouvrage précité*, 283-285, S. LUST et P. POPELIER, « Rechtshandhaving door het Arbitragehof en de Raad van State door de uitoefening van de vernietigingsbevoegdheid : de positieve en negatieve bijdrage aan de rechtsvorming », *RW*, 2001-2002, 1210-1224, spécialement 1214-1217, P. VANDERNOOT, « Le mécanisme préjudiciel devant la Cour d'arbitrage : forces et faiblesses », *Rev. Dr. U.L.B.*, 25 (2002), 1-106, spécialement 55-67, G. MAES, *De afdwingbaarheid van sociale grondrechten*, thèse (Anvers, 2003), Anvers, Intersentia, 2003, 335-357, « Sancties bij een door het Arbitragehof vastgestelde

Nous voudrions consacrer quelques mots à l'identité des requérants (n^{os} 5 et 6) et aux délais dans lesquels les recours doivent être introduits (n^{os} 7 et 8).

5. Les requérants – La Cour peut être saisie de deux manières, soit par un *recours en annulation*, soit par une *question préjudicielle*.

Un *recours en annulation* peut être introduit par toute personne, physique ou morale, qui justifie d'un intérêt¹². C'est au requérant qu'il incombe de démontrer cet intérêt à agir, condition que la Cour interprète de manière différenciée en fonction de la violation alléguée. Pour le dire de manière simple : plus le droit à protéger est fondamental, plus l'intérêt à agir sera facilement admis¹³.

Un recours en annulation peut également être introduit par des requérants institutionnels qui, eux, sont dispensés de démontrer un intérêt à agir¹⁴.

ongrondwettige afwezigheid van wetgeving », *RW*, 2003-2004, 1201-1209, et « Algemene zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid voor de wetgevende macht », *Nieuw juridisch Weekblad*, 2004, 398-404, G. ROSOUX et Fr. TULKENS, « Considérations théoriques et pratiques sur la portée des arrêts de la Cour d'arbitrage », contribution précitée, 130-132, P. POPELIER, « De rechtspraak van het Arbitragehof over lacunes in de wetgeving », *T.B.P.*, 2005, 284-296, ainsi que J.-Cl. SCHOLSEM, « La Cour d'arbitrage et les « lacunes législatives » », in *Actes du symposium organisé par la Cour d'arbitrage, la Cour de cassation et le Conseil d'État le 21 octobre 2005*, Bruxelles et Bruges, La Charte, 2005, 213-237, et, du même auteur, « Les lacunes législatives : du juge ordinaire au juge constitutionnel », in *Liber amicorum Paul Delnoy*, Bruxelles, Larcier, 2005, 1099-1110.

12. Article 2, 2^o de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage du 6 janvier 1989 (*M.B.*, 7 janvier). Assez curieusement, l'intitulé de cette loi contient toujours l'ancienne appellation de la Cour, et cela nonobstant la révision constitutionnelle intervenue en mai 2007. Une intervention formelle du législateur spécial sera nécessaire pour mettre fin à cet anachronisme terminologique ; une proposition de loi spéciale a été déposée en ce sens par le sénateur Francis DELPÉRÉE (*Doc. parl.*, Sénat, session ordinaire 2007-2008, n^o 4-514/1 du 17 janvier 2008) mais n'a pas encore été adoptée.

13. À cet égard, on lira avec intérêt les arrêts 5/92 du 5 février 1992, 17/97 du 25 mars 1997 et 106/2004 du 16 juin 2004. Dans ces trois décisions, la Cour estime que l'intérêt à agir du requérant est reconnu *per se*, c'est-à-dire est à suffisance démontré par la seule circonstance que le requérant existe. C'est ainsi que dans l'arrêt 5/92 du 5 février 1992, la Cour déclare que « l'*habeas corpus* est aspect à ce point essentiel de la liberté du citoyen, en toute circonstance, que toute personne physique se trouvant sur le territoire belge possède un intérêt permanent à ce que les règles relatives à la prise de corps et à la mise à disposition de la justice répressive garantissent la liberté individuelle » (considérant B.2.).

Dans son arrêt 17/97 du 25 mars 1997, elle relève dans la même veine que « [p]our faire usage du droit fondamental garanti à l'article 32 de la Constitution [droit d'accès aux documents administratifs], il ne faut pas, en principe, démontrer un intérêt particulier. Il suffit d'être concerné en tant que citoyen » (considérant B.2.3.).

Sur près de 2500 affaires jugées à ce jour, il nous semble que la Cour n'ait appliqué ce raisonnement que trois fois, à savoir dans les trois arrêts que nous venons d'indiquer.

14. Voy. notamment J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, ouvrage précité, 268, et F. DELPÉRÉE, « Présentation de la Cour d'arbitrage de Belgique », contribution précitée, 59.

Cette catégorie comprend d'une part les gouvernements de l'autorité fédérale et des entités fédérées¹⁵ et d'autre part les assemblées parlementaires fédérales et fédérées. Ces dernières peuvent saisir la Cour, par l'intermédiaire de leur président, à la demande de deux tiers de leurs membres¹⁶ ; elles font cependant rarement usage de cette prérogative¹⁷.

Le recours, qui doit être introduit par lettre recommandée à la poste¹⁸, a nécessairement pour objet l'inconstitutionnalité¹⁹ d'une norme législative. La Cour peut soit le rejeter, soit l'accueillir. Dans le premier cas, elle se bornera à énoncer dans le dispositif qu'elle « rejette le recours »²⁰. Dans le second, elle précisera les articles de la loi, du décret ou de l'ordonnance qu'elle annule. Même si cela est exceptionnel, l'annulation peut porter sur l'intégralité d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance²¹.

Le requérant qui introduit un recours en annulation peut par ailleurs demander la *suspension* de la norme contre laquelle son recours est dirigé. Les conditions pour l'obtenir sont cependant sévères²² et l'écrasante majorité des demandes est rejetée²³.

6. Pour ce qui est de l'autre voie de saisine, la *question préjudicielle*, il faut distinguer selon que la question *doit* ou *peut* être posée à la Cour.

15. Article 2, 1° de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage.
16. Article 2, 3° de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage.
17. Pour un cas d'application, voy. C.A., arrêt 4/91 du 21 mars 1991 (recours en annulation introduit par le président du Conseil de la Communauté germanophone).
18. Article 82, alinéa 1^{er}, de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage.
19. Sous réserve de ce que nous dirons *infra* (n° 10), quand nous étudierons les *normes de référence* de la juridiction constitutionnelle belge.
20. Plusieurs centaines de décisions pourraient être citées. Voy. par exemple le dispositif de l'arrêt 11 du 25 février 1986, qui est le premier de la sorte.
21. Voy. par exemple C.A., arrêts 110/99 du 14 octobre 1999, dit « Suyckerbuyk » (annulation totale d'un décret de la Communauté flamande), 36/2001 du 13 mars 2001 (annulation totale d'un décret de la Région wallonne) et 100/2003 du 17 juillet 2003 (annulation totale d'une loi fédérale).
22. Article 20 de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage qui formule deux hypothèses dans lesquelles une demande en suspension peut être formulée ; l'utilisation de la seconde est rare (voy. par exemple les arrêts 15/92 du 27 février 1992 et 68/93 du 29 septembre 1993).
23. Voy. le relevé effectué par G. ROSOUX, « Leçons de l'éphémère. La Cour d'arbitrage et le "renouveau" électoral – La Cour d'arbitrage et la suspension », *R.B.D.C.*, 2003, 34, notes 104 et 105 : l'auteur dénombre, au 15 avril 2003, onze arrêts seulement qui ont effectivement suspendu l'application d'une norme législative. Depuis cette date et jusqu'à ce jour (21 avril 2008), six décisions doivent être ajoutées à cette liste (162/2004 du 20 octobre 2004, 193/2004 du 24 novembre 2004, 90/2006 du 24 mai 2006, 100/2006 du 14 juin 2006, 156/2006 du 18 octobre 2006 et 106/2007 du 19 juillet 2007), ce qui porte le total des suspensions effectivement prononcées par la Cour depuis son premier arrêt en avril 1985 à 17 décisions seulement.

6.1. Énonçons d'abord le principe : aux termes de l'article 26, § 2, de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage, toutes les juridictions, judiciaires et administratives, sont *obligées* de poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle lorsqu'elles s'appêtent à appliquer une norme législative susceptible de contenir une inconstitutionnalité.

6.2. À l'obligation de poser une question préjudicielle, il y a cependant un certain nombre d'exceptions. Elles sont conçues de manière assez large, de sorte que les juridictions ne sont dans la majorité des cas *pas obligées* de poser une question préjudicielle à la Cour. C'est en raison de ce *renversement numérique entre principe et exception* que beaucoup de juristes ont tendance à affirmer – même si cela est inexact – que les juridictions ne sont en principe *pas obligées* de poser une question préjudicielle à la Cour. Mais il échet de ne pas confondre principe juridique et probabilité statistique : la règle est bien celle que toute juridiction doit, sauf exceptions, poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle lorsqu'est mise en doute la constitutionnalité de la norme législative dont elle souhaite faire application pour trancher le litige qui est pendant devant elle.

Quels sont les cas dans lesquels cette obligation est absente ? La réponse est fournie par les paragraphes 2 et 3 de l'article 26 de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage, dispositions modifiées par la réforme de 2003 et qui ne se prêtent pas à une lecture aisée. Dans un souci de clarté, nous proposons de distinguer les décisions juridictionnelles qui *peuvent encore faire l'objet d'un recours*²⁴ (b) de celles qui *n'en sont plus susceptibles* (a).

- a) Lorsque le problème de l'éventuelle inconstitutionnalité d'une norme législative naît devant un juge *dont la décision ne pourra plus faire l'objet d'un recours*, celui-ci ne dispose que de quatre exceptions pour échapper à l'obligation de saisir la Cour constitutionnelle. Il n'est pas tenu de lui soumettre une question préjudicielle lorsque
- « l'affaire ne peut être examinée par ladite juridiction pour des motifs d'incompétence ou de non-recevabilité »²⁵,
 - « la Cour d'arbitrage a déjà statué sur une question ou un recours [en annulation] ayant un objet identique »²⁶,

24. Recours ordinaire et extraordinaire. Sont ainsi visés les jugements qui peuvent encore faire l'objet d'un appel, d'une opposition, d'un pourvoi en cassation ou d'un recours en annulation au Conseil d'État.

25. Article 26, § 2, alinéa 2, 1^o, de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage, modifié par la loi spéciale du 9 mars 2003.

26. Article 26, § 2, alinéa 2, 2^o, de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage, inséré par la loi spéciale du 9 mars 2003.

- « la demande est urgente et (...) le prononcé au sujet de cette demande n'a qu'un caractère provisoire »²⁷, et
- lorsque la demande de poser une question préjudicielle est formulée « au cours d'une procédure d'appréciation du maintien de la détention préventive »²⁸.

La portée de ces exceptions est assez réduite, avant tout parce que la première, la troisième et la quatrième *contiennent elles-mêmes des exceptions* dans lesquelles on retourne au principe, c'est-à-dire à l'obligation de saisir la Cour²⁹.

- b) Pour ce qui est des décisions qui *sont encore susceptibles d'un recours*³⁰ – et qui constituent l'écrasante majorité des décisions juridictionnelles rendues en Belgique – il existe deux exceptions supplémentaires. Outre les quatre hypothèses que nous venons de mentionner, une juridiction n'est pas tenue de saisir la Cour constitutionnelle
- lorsqu'elle est d'avis que la norme législative « *ne viole manifestement pas* »³¹ la Constitution et
 - lorsqu'elle « estime que la réponse à la question préjudicielle *n'est pas indispensable pour rendre sa décision* »³². C'est surtout cette dernière exception qui revêt un grand intérêt pratique.

-
27. Article 26, § 3, de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage, inséré par la loi spéciale du 9 mars 2003.
28. Article 26, § 3, de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage, inséré par la loi spéciale du 9 mars 2003.
29. Ainsi, la première exception ne peut être appliquée lorsque les motifs d'incompétence ou de non-recevabilité « sont tirés de normes faisant elles-mêmes l'objet de la demande de question préjudicielle » (article 26, § 2, alinéa 2, 1^o). Les troisième et quatrième exceptions ne peuvent quant à elles être mises en œuvre lorsqu'il existe un doute sérieux quant à la compatibilité de la norme législative avec la Constitution (article 26, § 3), *sauf si* la Cour est déjà saisie d'une question préjudicielle ou d'un recours en annulation ayant le même objet (cette dernière hypothèse constitue donc une exception à l'exception relative à une exception – vive la simplicité ! – de sorte que le juge n'est pas obligé de soumettre la question à la Cour. Sur ce cas, voy. aussi P. vanden HEEDE et G. GOEDERTIER, « Eindelijk een volwaardig Grondwettelijk Hof? Een commentaar op de Bijzondere Wet van 9 maart 2003 op het Arbitragehof », *T.B.P.*, 2003, 472, note 98).
30. Catégorie dans laquelle il convient à notre sens aussi de ranger les décisions du Conseil d'État, *dans la mesure où* elles peuvent faire l'objet d'une opposition (articles 30, alinéa 2, et 35 des lois coordonnées sur le Conseil d'État et articles 40 à 46 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948) ou d'un pourvoi en cassation (article 33 des mêmes lois). Nous soulignons cependant les mots « dans la mesure où ».
31. Article 26, § 2, alinéa 3, de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage, modifié par la loi spéciale du 9 mars 2003. C'est nous qui soulignons. L'on remarquera que cette exception confère aux juridictions judiciaires et administratives dont les décisions peuvent faire l'objet d'un recours le pouvoir – certes fortement limité – d'apprécier la constitutionnalité des normes législatives qu'elles s'appêtent à appliquer.
32. Même disposition. C'est nous qui soulignons.

En ce qui concerne la première des deux dérogations supplémentaires, il convient de s'interroger sur la pertinence de l'interprétation qu'en font Christine Horevoets et Pascal Boucquey dans un ouvrage consacré au contentieux préjudiciel devant la Cour. Selon ces auteurs, les termes « ne viole manifestement pas » visent « également implicitement la possibilité (...) de ne pas poser la question préjudicielle lorsque celle-ci porte sur une disposition constitutionnelle que la Cour d'arbitrage n'est pas appelée à préserver, ou encore, d'une manière plus générale, lorsque le juge constitutionnel n'est pas compétent pour répondre à la question »³³.

À notre sens, une telle lecture ne peut que difficilement être admise ; elle repose sur un fondement très fragile et génère des difficultés sur le plan théorique.

Sur le plan du fondement, il faut relever que cette interprétation extensive n'est corroborée ni par les travaux préparatoires de la loi ordinaire de 1983, ni par ceux de la loi spéciale de 1989³⁴. Ce manque de base textuelle est d'autant plus problématique qu'il s'agit d'une *exception*, par essence de stricte interprétation. On peut d'ailleurs penser que si le législateur avait vraiment voulu octroyer une telle compétence aux juridictions du fond, il aurait profité de la réforme de 2003 pour prévoir une telle exception supplémentaire à l'article 26 *en des termes exprès*.

Au niveau théorique, on peut relever qu'il peut être critiquable, voire dangereux, de reconnaître au juge *de renvoi* une compétence de déterminer *a priori* les compétences du juge *constitutionnel*. Un grief d'inconstitutionnalité peut être mal expliqué et néanmoins s'avérer fondé : serait-il acceptable qu'il ne soit pas soumis à la Cour constitutionnelle uniquement parce qu'un juge du fond peu familiarisé avec la jurisprudence de la Cour aurait estimé qu'elle soit incompétente pour en connaître ?

6.3. En exposant le mécanisme de la question préjudicielle, il convient aussi de faire état d'un problème que le législateur ne semble pas avoir aperçu lors de la création de la Cour d'arbitrage en 1983. En effet, à partir du moment que l'on admet que la question préjudicielle peut porter sur n'importe quelle norme législative – quel qu'en soit l'objet – la Cour consti-

33. Chr. HOREVOETS et P. BOUCQUEY, *Les questions préjudicielles à la Cour d'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2001, 86 (c'est nous qui soulignons). Cette hypothèse, qui permettrait de ne pas poser une question préjudicielle en cas d'incompétence *du juge constitutionnel*, ne doit pas être confondue avec la première exception qui autorise de ne pas opérer un renvoi lorsqu'il y a incompétence *du juge du fond*.

34. Les auteurs ne fournissent d'ailleurs aucune référence textuelle à l'appui de leur allégation.

tionnelle a compétence pour se prononcer, dans le cadre d'un renvoi préjudiciel, sur la constitutionnalité des normes législatives par lesquelles un traité international reçoit assentiment. Ceci lui confère *de facto* le pouvoir d'apprécier la constitutionnalité des traités. La Cour constitutionnelle s'est ainsi prononcée sur une série de normes d'assentiment et notamment sur la loi qui approuve l'adhésion de la Belgique à la Convention européenne des droits de l'homme³⁵. Ce qui rend l'utilisation de la procédure préjudicielle à l'encontre de normes législatives d'assentiment particulièrement délicate, c'est que cette technique est susceptible d'aboutir *très tard*, parfois plusieurs décennies après le vote de la loi, à un constat d'inconstitutionnalité. Ceci est hautement problématique à l'égard de normes d'assentiment aussi fondamentales que celles qui approuvent la C.E.D.H.³⁶, le traité de Rome³⁷ ou le traité de Maastricht³⁸ (n'oublions pas que ce dernier constitue la base juridique de la monnaie unique). Si la Cour constitutionnelle était amenée à déclarer contraires à la Constitution des telles normes, le Royaume serait exposé à de sérieuses difficultés sur le plan international.

C'est pour conjurer ce risque³⁹ que le législateur spécial est intervenu en 2003 et a soustrait à la compétence *préjudicielle* de la Cour toutes les normes législatives « par lequel[le]s un traité constituant de l'Union européenne ou la Convention européenne (...) des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou un protocole additionnel à cette convention reçoit assentiment »⁴⁰.

Désormais, le régime juridique des normes contrôlées est donc le suivant : en principe, toute norme législative pourra toujours faire l'objet d'un recours en annulation *et* d'une question préjudicielle. Cependant, pour

35. C.A., arrêt 33/94 du 26 avril 1994.

36. Loi du 13 mai 1955 approuvant la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950 (M.B., 19 août 1955).

37. Loi du 2 décembre 1957 approuvant le Traité instituant la Communauté européenne et actes annexes, signés à Rome le 25 mars 1957 (M.B., 25 décembre). Elle n'a cependant jamais fait l'objet d'une question préjudicielle.

38. Loi du 26 novembre 1992 approuvant le Traité sur l'Union européenne, ses 17 protocoles et l'acte final avec 33 déclarations, faits à Maastricht le 7 février 1992 (M.B., 30 octobre 1993).

39. Nous disons bien « risque » et non « jurisprudence », car jusqu'à présent, le juge constitutionnel belge n'a jamais déclaré une norme d'assentiment contraire à la Constitution (ni sur question préjudicielle, ni sur recours en annulation).

40. Article 26, § 1^{er} bis de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage, inséré par la loi spéciale du 9 mars 2003 (M.B., 11 avril). Sur cette disposition, voy. notamment J.-T. DEBRY, « Les questions préjudicielles après la loi spéciale du 9 mars 2003 », in *La Cour d'arbitrage : un juge comme les autres ?*, Actes du Colloque organisé par le Jeune Barreau de Liège le 28 mai 2004, Liège, Éditions du Jeune Barreau de Liège, 2004, 53-94, spécialement 58-67.

contrôler la constitutionnalité des normes législatives qui portent assentiment aux traités fondateurs de l'Union européenne, à la C.E.D.H. et à ses protocoles additionnels, seul le recours en annulation demeure ouvert.

Cette nouvelle réglementation apporte une solution doublement nuancée au problème que la Belgique pourrait, en raison de sa jurisprudence constitutionnelle interne, se trouver subitement dans l'impossibilité d'exécuter des obligations internationales essentielles. D'une part, toute norme d'assentiment pourra toujours – nous venons de le dire – faire l'objet d'un *recours en annulation* (même si les délais d'action sont réduits pour ce genre de normes, voy. ci-après). D'autre part, l'impossibilité de saisir la Cour constitutionnelle sur la base d'un renvoi préjudiciel n'est pas *généralisée* mais concerne les seules lois d'assentiment qui ont trait à l'*Union européenne* et à la *C.E.D.H.* ; il demeure donc parfaitement possible d'interroger la Cour sur la constitutionnalité des lois qui donnent notamment assentiment à la Charte des Nations unies⁴¹, au Pacte O.N.U.⁴², au traité O.T.A.N.⁴³ ou à la Cour pénale internationale⁴⁴.

7. Les délais pour l'introduction de la saisine – Les recours en annulation doivent être envoyés à la Cour dans les six mois à compter de la publication au *Moniteur belge* de la norme contre laquelle ils sont dirigés⁴⁵ ; un délai plus réduit de soixante jours vaut pour les normes qui portent assentiment à un traité international⁴⁶. Ils peuvent avoir pour objet des dispositions législatives non encore entrées en vigueur⁴⁷ ; par contre, il n'est pas possible de diriger un recours en annulation directement contre un refus du législateur d'édicter une norme déterminée⁴⁸.

41. Loi du 14 décembre 1945 approuvant la Charte des Nations unies signée à San Francisco le 26 juin 1945 (*M.B.*, 1^{er} janvier 1946).

42. Loi du 15 mai 1981 approuvant le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, fait à New York le 19 décembre 1966 (*M.B.*, 6 juillet 1983). Cette loi a fait l'objet d'une question préjudicielle à la Cour d'arbitrage (C.A., arrêt 117/98 du 18 novembre 1998).

43. Loi du 2 juin 1949 approuvant le Traité de l'Atlantique-Nord, signé à Washington le 2 juin 1949 (*M.B.* des 1^{er} et 2 août).

44. Loi du 25 mai 2000 portant assentiment au Statut de la Cour pénale internationale, fait à Rome le 17 juillet 1998 (*M.B.*, 1^{er} décembre 2000, *addendum M.B.*, 24 octobre 2002, *corrigendum, M.B.*, 7 octobre 2003).

45. Article 3, § 1^{er}, de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage.

46. Article 3, § 2, de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage.

47. Faute de quoi toute norme qui entrerait en vigueur plus tard que six mois après sa publication serait *de facto* soustraite au contrôle de la Cour. Il suffirait alors d'une poignée de juristes avertis au Parlement pour faire tarir complètement la voie du recours en annulation en fixant systématiquement l'entrée en vigueur des nouvelles lois à six mois plus un jour.

48. Faute de norme annulable. Voy. notamment C.A., arrêt 158/2001 du 11 décembre 2001.

Aucune condition de délai n'existe au niveau des questions préjudicielles. La Cour s'est ainsi prononcée sur la constitutionnalité de dispositions établies par des décrets napoléoniens qui, inchangées depuis leur entrée en vigueur, font partie du droit positif belge⁴⁹.

8. Lorsque la Cour constitutionnelle, saisie sur question préjudicielle, conclut à l'inconstitutionnalité de la norme législative qui lui est soumise, un nouveau délai de six mois⁵⁰ s'ouvre pour l'introduction d'un recours en annulation⁵¹. Dans ce cas particulier, le délai ne court pas à partir de la publication de la norme, mais à partir de la parution au *Moniteur belge* de l'arrêt qui statue sur la question préjudicielle⁵². Cette ouverture particulière de délai permet d'intenter un recours en annulation contre des normes législatives très anciennes, et l'on ne peut exclure que la Cour soit un jour invitée à annuler

49. Voy. notamment C.A., arrêt 96/2003 du 2 juillet 2003 en tant qu'il a trait à l'article 1134 du Code civil, établi par décret du 7 février 1804, et les arrêts 75/99 du 30 juin 1999 et 51/2002 du 13 mars 2002 relatifs aux articles 67 et 64, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle, établis par décret du 17 novembre 1808. — Plus généralement, on peut relever que le législateur belge fait preuve d'un grand respect devant les dispositions des Codes napoléoniens et ne les change qu'en dernière instance ; ceci est particulièrement vrai pour le Code civil où le texte original de Napoléon 1^{er} demeure applicable dans bon nombre de domaines où des modifications sont déjà intervenues en France. Quel meilleur exemple pour cette attitude presque immobiliste du législateur belge que la réforme du Code civil belge en 1949, au cours de laquelle le Parlement s'est enfin résolu, cent vingt ans après l'Indépendance du pays en 1830, à modifier les dispositions du Code napoléon, en remplaçant le substantif de nationalité « Français » par celui de « Belge ». Avant l'intervention de la loi du 15 décembre 1949, l'article 15 du Code civil belge stipulait en effet toujours qu'« Un Français pourra être traduit devant un tribunal de France, pour des obligations par lui contractées en pays étranger, même avec un étranger » (depuis la réforme, la disposition porte qu'« Un Belge pourra être traduit devant un tribunal de Belgique, pour des obligations par lui contractées en pays étranger, même avec un étranger »). Si nous relatons cet épisode, c'est parce que l'ancienne version de l'article 15 constitue une lumineuse illustration de la différence fondamentale entre énoncé textuel et signification normative : le texte disait certes « Français » mais la signification en était bien « Belge ». Il convient aussi de noter l'intéressante altération de signification du terme « en pays étranger » au moment de l'Indépendance de la Belgique, *alors que le texte n'a pas changé*.

50. Délai qui est toujours de six mois, même lorsqu'il s'agit de normes législatives portant assentiment à un traité international.

51. Depuis le 21 avril 2003, date de l'entrée en vigueur de la loi spéciale du 9 mars 2003 modifiant la loi spéciale du 6 janvier 1989, ce nouveau délai est ouvert aux mêmes requérants que ceux mentionnés plus haut. Avant cette réforme, il était réservé aux seuls requérants institutionnels et ne fut, à notre connaissance, utilisé que trois fois : voy. C.A., arrêts 1/91 du 7 février 1991, 56/92 du 9 juillet 1992 et 139/98 du 16 décembre 1998. Pour la première utilisation du nouveau délai par un particulier, voy. C.A., arrêt 28/2004 du 11 février 2004.

52. Pour les particuliers (article 4 de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage, modifié par la loi spéciale du 9 mars 2003). Pour les requérants institutionnels, le délai court à partir de la notification de l'arrêt (même disposition).

une disposition du Code civil de 1804, avec tous les problèmes théoriques que cela poserait⁵³.

SECTION 2

Les normes de référence du juge constitutionnel

3

9. Après avoir présenté les différentes voies par lesquelles le juge constitutionnel belge peut être saisi, il convient, dans une seconde étape, de déterminer ses normes de référence.

À cet égard, il n'est pas vain de relever que, lorsqu'une juridiction constitutionnelle vérifie, dans un ordre juridique donné, la constitutionnalité d'une norme législative, elle n'en apprécie pas nécessairement la conformité par rapport à toute la Constitution de cet ordre juridique⁵⁴ ; il est en effet possible que les normes qui déterminent sa compétence l'habilitent à assurer le respect de certaines normes de la Constitution seulement, laissant d'autres sans contrôle juridictionnel⁵⁵.

53. Une telle annulation semble en effet difficilement conciliable avec l'article 188 de la Constitution qui stipule – depuis 1831 – que toutes les normes qui ont été édictées avant l'entrée en vigueur de la Constitution (au 25 février 1831) sont abrogées de plein droit si elles sont contraires à celle-ci. Or, on ne peut annuler ce qui est déjà abrogé. – On doit cependant se demander quel sens peut encore avoir l'article 188 pour l'appréciation de la constitutionnalité des normes législatives : cette disposition constitutionnelle permet en effet à tout juge, c'est-à-dire à toutes les juridictions de l'ordre judiciaire et à toutes les juridictions administratives, d'apprécier la constitutionnalité d'une norme législative (voy. sur ce point K. RIMANQUE, *De grondwet toegelicht, gewikt en gewogen*, Anvers, Intersentia, 1999, 367), sans passer par la Cour d'arbitrage, alors que l'article 142 de la Constitution réserve cette prérogative à cette dernière. Lorsqu'une juridiction est saisie de la question de savoir si une norme législative, antérieure à 1831 et non modifiée depuis, est conforme à la Constitution, l'article 188 de la Constitution, prise à la lettre, lui donnerait encore aujourd'hui le droit de statuer elle-même sur sa constitutionnalité, sans saisir la Cour d'arbitrage. Or, une telle affirmation paraît intenable : pour ce qui est du contrôle de la constitutionnalité des normes législatives antérieures à 1831, il faut postuler que l'article 188 est implicitement abrogé depuis l'insertion dans la Constitution de l'article 142. L'applicabilité de l'article 188 ne semble en revanche pas compromise pour l'appréciation de la constitutionnalité de normes réglementaires, puisque pour de telles normes, un mécanisme identique existe grâce à l'article 159 de la Constitution.

54. M. PROUZET, *Le contrôle de la constitutionnalité*, thèse (Paris I, 1970), non publiée, 448. Nous saisissons l'occasion pour déplorer le profond oubli dans lequel semble tombé cet ouvrage ; absentes des bibliographies de la presque totalité des thèses récentes consacrées au contentieux constitutionnel, les recherches de PROUZET, menées sous la direction du président François LUCHAIRE, mériteraient pourtant que l'on ne les passe pas complètement sous silence.

55. Ce point a été clairement mis en exergue par Joseph Pini (J. PINI, *Recherches sur le contentieux de constitutionnalité*, thèse [Aix-Marseille III, 1997], non publiée, 142-146).

Or, dès lors que toute norme constitutionnelle n'est pas nécessairement une norme de référence par rapport à laquelle le contrôle de constitutionnalité est effectué, il importe de déterminer quelles normes constitutionnelles font partie de cette catégorie et quelles ne le font pas. La réponse à cette question est susceptible de différer non seulement d'un pays à l'autre mais aussi à l'intérieur d'un même ordre juridique étatique, en fonction de la *voie de saisine* du juge constitutionnel : ainsi par exemple, en République fédérale d'Allemagne, le contrôle de conformité s'opère, dans certaines voies de saisine, par rapport à l'intégralité du texte constitutionnel, et dans d'autres voies, par rapport à certaines dispositions de la Constitution seulement⁵⁶.

10. La situation est différente en Belgique, où le contrôle de conformité à la Constitution auquel procède le juge constitutionnel est *toujours partiel* ; la juridiction de la Place royale constitue, aux termes de sa propre jurisprudence, « une cour constitutionnelle à compétence limitée »⁵⁷. Conformément au second alinéa de l'article 142 de la Constitution, les normes de référence de la juridiction constitutionnelle belge ne comprennent en effet que trois groupes de dispositions :

- les dispositions qui opèrent une répartition de compétences entre l'Autorité fédérale⁵⁸, les Communautés et les Régions⁵⁹,

56. Sur ce point, voy. les pages 90 à 92 de notre thèse de doctorat précitée.

57. C.A., arrêt 32 du 29 janvier 1987, considérant B.b.8.1., notamment cité par A. ALEN et F. MEERSCHAUT, « Het Arbitragehof, (nog steeds) een grondwettelijk hof in wording. Een commentaar op de bijzondere wet van 6 januari 1989 », *T.B.P.*, 1989, 213, note 19.

58. Nous voudrions à cet égard insister sur la différence qui existe entre les notions d'« Autorité fédérale » et d'« État fédéral », qui nous semble insuffisamment perçue en droit constitutionnel belge. En effet, l'*État fédéral*, tel qu'il est mentionné à l'article 1^{er} de la Constitution, désigne l'État belge dans son ensemble, tel qu'il est reconnu comme sujet de droit international. L'*Autorité fédérale* ne désigne en revanche qu'une *partie* de cet ensemble, à savoir le segment de l'État fédéral qui n'est pas dévolu aux entités fédérées. Si la doctrine parle fréquemment d'un accord de coopération « entre l'État fédéral et les Communautés » ou d'un transfert de compétences de « l'État fédéral au profit des Régions », elle vise, en réalité, la seule autorité fédérale. La confusion prend sa source dans le libellé même de la Constitution : au lieu d'écrire, comme il aurait fallu le faire, que « La Belgique est un État fédéral, composé de l'autorité fédérale, des communautés et des régions », l'article 1^{er} porte, d'une manière incomplète, que « La Belgique est un État fédéral, composé des communautés et des régions ». Si l'on prenait ce texte à la lettre (ce qu'il ne faut de toute évidence pas faire), cette disposition mettrait fin à l'existence de l'autorité fédérale. D'autres Constitutions, notamment la Constitution allemande, contiennent des formulations plus attentives et respectent mieux la théorie du fédéralisme.

59. Article 142, alinéa 2, 1^o, de la Constitution. – Il convient de noter que ces « règles répartitrices de compétences » (pour utiliser la terminologie belge) ne sont pas nécessairement de rang *constitutionnel* ; elles peuvent tout aussi bien être *législatives*, voire *réglementaires* (C.A., arrêts 8/90 du 7 février 1990, considérant B.2.4., et 92/2003 du 24 juin 2003, considérant B.3.3.). Pour ce qui est

- les articles 10, 11 et 24 de la Constitution⁶⁰, et
- les articles de la Constitution qu'une loi adoptée à la majorité spéciale peut désigner⁶¹. Une telle loi est intervenue en 2003⁶² et a attribué à la Cour la compétence de statuer sur la violation des dispositions du Titre II (articles 8 à 32) et des articles 170, 172 et 191 de la Constitution^{63 64}.

des règles répartitrices de compétences *de rang constitutionnel*, il faut avouer que leur identification précise, parmi l'intégralité des dispositions de la Constitution, est assez malaisée et dépend, du moins partiellement, de l'interprétation qu'en donne la Cour constitutionnelle elle-même. L'arrêt 35/2003 du 25 mars 2003 (note H. DUMONT *et alii*, *J.T.*, 2003, 521-537, spéc. 525-528) en constitue une illustration patente. Sans vouloir rentrer dans les méandres de cette jurisprudence constitutionnelle particulièrement complexe, il nous semble que l'on puisse probablement classer les articles 4, 8, 9, 24, 74, 77, 84, 89, 127-130, 133, 145, 146, 175, 176, 177, 178, 195 et 198 dans cette catégorie ; la liste n'est cependant pas exhaustive et la prudence reste de mise.

60. Article 142, alinéa 2, 2^o, de la Constitution.
61. Article 142, alinéa 2, 3^o, de la Constitution.
62. Loi spéciale du 9 mars 2003 (*M.B.*, 11 avril, entrée en vigueur le 21 avril). – Pour un commentaire de celle-ci, voy. P. VANDEN HEEDE et G. GOEDERTIER, « Eindelijk een volwaardig Grondwettelijk Hof? Een commentaar op de Bijzondere Wet van 9 maart 2003 op het Arbitragehof », *T.B.P.*, 2003, 458-479, F. [François] TULKENS, « La loi du 9 mars 2003 modifiant la loi sur la Cour d'arbitrage : changements de fond ou améliorations de façade ? », *R.B.D.C.*, 2003, 251-269, J. VELAERS, « Het Arbitragehof "derde fase" : de bijzondere wet van 9 maart 2003 », *RW*, 2003-2004, 1401-1416, et B. RENAULD, « La Cour d'arbitrage depuis 2003 : confirmation de compétences, nouveautés de procédure », in *La Cour d'arbitrage : un juge comme les autres ?*, Actes du colloque organisé par le Jeune Barreau de Liège le 28 mai 2004, Liège, Éditions du Jeune Barreau de Liège, 2004, 27-51.
63. Article 2 de la loi. Le législateur (spécial) commet cependant la maladresse rédactionnelle de ne pas exclure du champ d'application de la loi les articles 10, 11 et 24 de la Constitution, dispositions qui relèvent du Titre II mais pour lesquelles la Cour est de toute manière compétente en vertu de l'article 142, alinéa 2, 2^o de la Constitution. La loi, en tant qu'elle attribue à la Cour une compétence que celle-ci possède déjà en vertu d'une norme hiérarchiquement supérieure, est dès lors dépourvue d'effet juridique.
64. Ne constituent en revanche pas des applications du 3^o du second alinéa de l'article 142 de la Constitution, les dispositions des lois spéciales du 13 juillet 2001 (*M.B.*, 3 août) qui attribuent à la Cour constitutionnelle la compétence d'apprécier la conformité de certaines normes législatives par rapport à certaines dispositions de la loi spéciale. Le 3^o dudit alinéa ne vise en effet que l'hypothèse où la Cour reçoit une compétence de contrôler des normes législatives par rapport à « des articles de la Constitution » (nous soulignons) et non par rapport à des dispositions de la loi spéciale. On est donc conduit à s'interroger sur la constitutionnalité de la loi spéciale de juillet 2001, en tant qu'elle attribue des nouvelles compétences à la Cour ; le second alinéa de l'article 142 de la Constitution, avec les trois hypothèses limitatives qu'il contient (le 1^o, le 2^o et le 3^o) ne semble pas lui procurer une assise juridique suffisante. Si deux auteurs néerlandophones tentent de "raccrocher" ladite loi au 2^o (voy. P. VANDEN HEEDE et G. GOEDERTIER, contribution précitée, 460), leur position nous semble inconciliable avec le texte même de l'article 142 : pas plus qu'il ne faut fermer les yeux devant une inconstitutionnalité réalisée à la majorité ordinaire, il ne convient d'en avaliser une votée à la majorité spéciale. La Cour constitutionnelle, qui n'a pas encore été saisie de la question, aura sans doute un jour l'occasion de trancher ce débat, très sensible en termes politiques.

11. Les décisions du juge constitutionnel – Si nous exceptons les décisions qui statuent sur les recours en suspension⁶⁵ et les arrêts atypiques (tels que ceux qui déclarent une question préjudicielle sans objet ou posent à leur tour une question préjudicielle à la Cour de justice des Communautés européennes⁶⁶), la Cour constitutionnelle statue de la manière suivante sur les affaires portées devant elle.

11.1. Lorsqu'elle est saisie d'un recours en annulation, la Cour peut soit *rejeter*, soit *accueillir* le recours (pourvu naturellement que celui-ci soit déclaré recevable). Lorsqu'elle déclare la demande fondée, elle invalide *nécessairement* la disposition incriminée⁶⁷. Afin d'éviter les inconvénients d'une rétroactivité trop radicale (qui peut porter atteinte à la sécurité juridique), l'article 8, alinéa 2, de sa loi organique lui permet de *maintenir* les effets de la disposition invalidée pendant le délai qu'elle détermine⁶⁸. La place nous manque pour approfondir ce point dans le cadre du présent exposé, mais nous y avons consacré un certain nombre de développements ailleurs⁶⁹.

11.2. Lorsqu'elle est saisie d'une question préjudicielle, posée par une autre juridiction de droit interne, la Cour ne dispose – à la différence notable de son homologue allemand⁷⁰ – pas de la possibilité d'invalider la norme concernée mais peut seulement en constater l'inconstitutionnalité. Ce point mérite d'être souligné, car il a pour conséquence que des normes législatives peuvent *continuer à subsister dans l'ordre juridique belge et a y dégager des effets, alors que leur contrariété à la Constitution a été constatée par une décision du juge constitutionnel*. Comme le soulignent Géraldine Rosoux et François Tulkens, « l'autorité d'un arrêt préjudiciel est [donc] doublement relative : d'une part, l'arrêt préjudiciel est dépourvu d'effet *erga omnes* et ne vaut qu'*inter partes* puisque seules la juridiction qui a posé la question préjudicielle et les autres juridictions appelées à statuer dans la même affaire, sont tenues de se conformer à l'arrêt rendu par la Cour d'arbitrage ; d'autre part, un arrêt préjudiciel ne s'impose qu'à des juridictions, *et non* aux autorités administratives ou aux particuliers. (...) [L]'obligation relative de se "conformer" à un éventuel constat d'inconstitutionnalité délivré dans son arrêt préjudiciel paralyse donc

65. Articles 19 à 25 de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage.

66. Voy. notamment C.A., arrêts 6/97 du 19 février 1997 et 139/2003 du 29 octobre 2003.

67. Cette obligation est exprimée à l'article 8, alinéa 1^{er}, de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage.

68. Cet alinéa porte : « Si 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 ».

69. Voy. les pages 309 à 322 de notre thèse de doctorat précitée.

70. Voy. les pages 93 et 94 de notre thèse de doctorat précitée.

son applicabilité au litige dans lequel la question a été soulevée *mais laisse subsister la norme dans l'ordre juridique, fût-elle inconstitutionnelle*. Ce n'est donc qu'à l'occasion d'un litige ultérieur porté devant une juridiction que le grief d'inconstitutionnalité pourra être invoqué afin d'obtenir la non-application *in casu* de la disposition. Il en résulte ainsi que *les autorités administratives doivent en principe continuer à appliquer la loi inconstitutionnelle* »⁷¹.

Si le manque de portée *erga omnes* des arrêts rendus sur question préjudicielle a été dénoncé par certains auteurs⁷², des plumes tout aussi éminentes y ont vu un mécanisme qui, précisément en raison de son absence de généralité, « peut (...) s'avérer fort utile »⁷³.

En effet, « [s]aisie d'une nouvelle question préjudicielle, la Cour peut (...), si elle l'estime nécessaire, préciser, affiner, voire nuancer les termes d'un arrêt antérieur »⁷⁴.

Cette remarque est pertinente dans la mesure où, à la différence de la procédure d'annulation (qui constitue un recours direct et abstrait), le renvoi préjudiciel à la Cour constitutionnelle représente un recours concret et indirect⁷⁵. 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.

Quelle que soit en définitive l'évaluation du mécanisme actuel de renvoi préjudiciel devant la Cour constitutionnelle belge⁷⁶, on doit en tout cas reconnaître qu'il a donné lieu à un important débat doctrinal⁷⁷.

71. G. ROSOUX et Fr. TULKENS, « Considérations théoriques et pratiques sur la portée des arrêts de la Cour d'arbitrage », *contribution précitée*, ici 116-117. C'est nous qui soulignons.

72. Voy. notamment H. SIMONART, « Le contrôle exercé par la Cour d'arbitrage », in : *La Cour d'arbitrage, Actualités et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 1988, 121-210, ici 189.

73. J. VAN COMPERNOLLE, « La Cour d'arbitrage et le juge judiciaire », in : *Regards croisés sur la Cour d'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 1995, 203.

74. *Ibidem*.

75. F. DELPÉRÉE, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles et Paris, Bruylant et L.G.D.J., 2000, 113.

76. Nous donnerons notre appréciation personnelle *infra*, n° 21.

77. Voy. notamment les contributions suivantes, classées par ordre chronologique (pour plus de facilité, cette liste reprend également les contributions déjà précitées) : E. KRINGS, « Propos sur les effets des arrêts rendus par la Cour d'arbitrage », *Mercuriale* tenue à l'occasion de la rentrée solennelle de la Cour de Cassation le 2 septembre 1985, *J.T.*, 1985, 577-591, spécialement 586-

* * *

12. Après avoir ainsi présenté les normes contrôlées et les voies d'accès au juge constitutionnel (chapitre 1^{er}), ainsi que ses normes de référence et la forme que prennent ses décisions (chapitre 2), nous nous proposons maintenant d'examiner un *aspect précis* de la problématique des effets des décisions rendues par la Cour ⁷⁸.

588, E. GILLET, *Recours et questions préjudicielles à la Cour d'arbitrage*, Bruxelles, Nemesis, 1985, 188 pages, M. BECKERS, *L'autorité et les effets des arrêts de la Cour d'arbitrage*, Bruxelles, Story-Scientia, 1987, 49-50 et 54-56, H. SIMONART, *La Cour d'arbitrage, Une étape dans le contrôle de la constitutionnalité de la loi*, thèse (Louvain-la-Neuve, 1987), Bruxelles, Story-Scientia, 1988, 252-267, et « Le contrôle exercé par la Cour d'arbitrage », in *La Cour d'arbitrage, Actualités et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 1988, 121-210, J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, Anvers, Maklu, 1990, 404-406, P. VANDERNOOT, « La Cour d'arbitrage – compétence et procédure », *Act. Dr.*, 1991, 288-326, spécialement 315-316, A. RASSON-ROLAND, « La question préjudicielle », in *Le recours des particuliers devant le juge constitutionnel*, Actes de la Journée d'études tenue à Louvain-la-Neuve le 9 février 1990, Bruxelles et Paris, Bruylant et Economica, 1991, 37-53, L.P. SUETENS et R. LEYSEN, « Les questions préjudicielles : cause d'insécurité juridique ? », in *La sécurité juridique*, Actes du colloque organisé par le Jeune Barreau de Liège le 14 mai 1993, Liège, Éditions du Jeune Barreau de Liège, 1993, 35-68, M. MELCHIOR, « De quelques aspects des questions préjudicielles à la Cour d'arbitrage », allocution tenue le 28 octobre 1994 à l'occasion de la célébration du dixième anniversaire de la Cour d'arbitrage, *R.B.D.C.*, 1995, 61-69, et en version néerlandaise *R.W.*, 1994-1995, 1180-1183, J. VAN COMPERNOLLE, « La Cour d'arbitrage et le juge judiciaire », in *Regards croisés sur la Cour d'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 1995, 191-203, F. DELPÉRÉE et A. RASSON-ROLAND, *Droit public, La Cour d'arbitrage*, Bruxelles, Larcier, 1996, 108, B. LOMBAERT, « Les techniques d'arrêt de la Cour d'arbitrage », *R.B.D.C.*, 1996, 317-355, spécialement 346-353, V. THIRY, *La Cour d'arbitrage, Compétence et procédure*, Diegem, Kluwer, 1997, 148-151, P. VANDERNOOT, « Le principe d'égalité dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage », *A.P.T.*, 1997, 89-113, spécialement 106-107, M. VERDUSSEN, « Les atouts et les limites du renvoi préjudiciel à la Cour d'arbitrage », in *La saisine du juge constitutionnel, Aspects de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1998, 175-195, E. CEREXHE et M.-F. RIGAUX, *Tout savoir sur la Cour d'arbitrage*, Diegem, Kluwer, 1998, 76-78, Chr. HOREVOETS et P. BOUCQUEY, « La détermination des normes inconstitutionnelles et les questions préjudicielles à la Cour d'arbitrage », *A.P.T.*, 1998, 42-55, 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 », *J.T.*, 2000, 297-304, G. BAETEMAN, « De transpositie van de arresten van het Arbitragehof », *T.P.R.*, 2000, 1285-1291, F. RIGAUX, « Le contentieux des questions préjudicielles devant la Cour d'arbitrage », *Information et Documentation juridique*, 2000/7, 71-72, Chr. HOREVOETS et P. BOUCQUEY, *Les questions préjudicielles à la Cour d'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2001, 367 pages, P. VANDERNOOT, « Le mécanisme préjudiciel devant la Cour d'arbitrage : forces et faiblesses », *Rev. Dr. U.L.B.*, 25 (2002), 1-106, J. VAN COMPERNOLLE et M. VERDUSSEN, « La réception des décisions d'une cour constitutionnelle sur renvoi préjudiciel, L'exemple de la Cour d'arbitrage de Belgique », *C.C.C.*, 14 (2003), 87-89, J.-T. DEBRY, « Les questions préjudicielles après la loi spéciale du 9 mars 2003 », in *La Cour d'arbitrage : un juge comme les autres ?*, Actes du colloque organisé par le Jeune Barreau de Liège le 28 mai 2004, Liège, Éditions du Jeune Barreau de Liège, 2004, 53-94, et G. ROSOUX et Fr. TULKENS, « Considérations théoriques et pratiques sur la portée des arrêts de la Cour d'arbitrage », in même ouvrage, 95-160.

78. Tout en rappelant que cette sélectivité de notre exposé est tout à fait délibérée : voy. *supra*, n° 1.

SECTION 3

Quels effets génèrent les déclarations d'inconstitutionnalité sur renvoi préjudiciel à l'égard du Pouvoir législatif ?

13. La question centrale qui retiendra notre attention au sein de cette section sera celle de savoir quels effets juridiques les *constats d'inconstitutionnalité sur question préjudicielle* émis par la Cour constitutionnelle sont susceptibles de générer à l'égard du Pouvoir législatif.

14. Lorsque le juge constitutionnel belge est saisi par une autre juridiction du Royaume de la question de savoir si une norme législative est conforme aux règles dont il a la garde, il peut soit conclure à la *conformité* de la norme (le cas échéant sous réserves⁷⁹), soit en constater la *contrariété* à la Constitution. C'est cette dernière variante qui nous intéresse ici.

15. Les constats d'inconstitutionnalité qu'émet la Cour constitutionnelle peuvent faire l'objet d'une *typologie*. Celle-ci nous permettra de constater qu'un grand nombre de déclarations d'inconstitutionnalité ne génèrent *aucune* obligation de produire une norme législative nouvelle afin de faire disparaître l'inconstitutionnalité constatée. En éliminant ces déclarations, nous allons progressivement nous rapprocher du cœur du problème, à savoir des décisions qui *feraient* au contraire naître une telle obligation et mériteraient l'appellation d'« injonction de légiférer » (nos 17-21).

15.1. La première catégorie des décisions qui ne peuvent être retenues au titre des injonctions de légiférer est constituée par les arrêts "à double dispositif"⁸⁰, qui constituent une originalité belge⁸¹. Soucieuse des prérogatives des juridictions de renvoi, la Cour constitutionnelle a en effet élaboré une structure de dispositif qui lui permet de déclarer la norme en cause conforme aux normes de référence dans *une* interprétation, tout en la déclarant con-

79. Pour des exemples de *décisions de conformité sous réserve*, voy. notamment C.A., arrêts 27/93 du 1^{er} avril 1993, 59/94 du 14 juillet 1994, 83/94 du 1^{er} décembre 1994, 4/96 du 9 janvier 1996, 72/96 du 11 décembre 1996, 73/97 du 25 novembre 1997 (2^e point du dispositif), 66/2001 du 17 mai 2001, 97/2001 du 12 juillet 2001, 132/2001 du 30 octobre 2001, 96/2002 du 12 juin 2002, 131/2002 du 18 septembre 2002, 141/2002 du 9 octobre 2002, 23/2003 du 12 février 2003 (1^{er} point du dispositif), 97/2003 du 2 juillet 2003, 109/2003 du 22 juillet 2003, 119/2003 du 24 septembre 2003, 122/2003 du 24 septembre 2003, 125/2003 du 24 septembre 2003, 168/2003 du 17 décembre 2003 et 63/2005 du 23 mars 2005.

80. Le professeur Marc Verdussen préfère l'expression "arrêts bipolaires" (M. VERDUSSEN, *Les douze juges, La légitimité de la Cour constitutionnelle*, Bruxelles, Labor, 2004, 73). En néerlandais, on parle simplement de "streepjesarresten" ("arrêts à tirets").

81. Le premier cas d'application en est l'arrêt 64/93 du 15 juillet 1993.

traire dans une *autre*⁸². Pour original que ce procédé puisse être, il importe, pour les fins du présent exposé, de relever que la Cour établit expressément la *conformité* de la disposition contrôlée. Ce constat de constitutionnalité ne vaut certes que *pour une interprétation donnée*, mais son existence, *en tant que partie intégrante du dispositif*, nous conduit à penser que les décisions de ce type ne peuvent être considérées comme des injonctions de légiférer⁸³.

15.2. Il échet dans un second temps d'écarter les arrêts dans lesquels le juge constitutionnel déclare une disposition *contraire* à la Constitution mais fait expressément observer que ce constat d'inconstitutionnalité ne vaut que pour la règle *telle qu'elle est interprétée par la juridiction de renvoi*⁸⁴. En se prononçant sur cette *lecture particulière* de la disposition, le juge constitutionnel

82. L'objectif de cette technique est avant tout de ne pas empiéter sur la compétence des juridictions de renvoi de déterminer elles-mêmes – sans être sur ce point soumises à un contrôle de la Cour d'arbitrage – l'interprétation de la norme qui fait l'objet de la question. On signalera cependant que dans un arrêt récent, la Cour d'arbitrage semble s'être brusquement écartée de cette position de principe, en jugeant qu'« [é]tant donné que la Constitution ne permet pas que la disposition litigieuse soit interprétée comme il est indiqué dans la question préjudicielle, celle-ci est sans objet et n'appelle pas de réponse. » (C.A., arrêt 166/2004 du 28 octobre 2004, considérant B.7. ; c'est nous qui soulignons).

Sans qu'il soit ici besoin d'approfondir le débat, l'on voudra simplement signaler que la question de savoir de quelles compétences la Cour d'arbitrage dispose dans l'interprétation des normes soumises à son contrôle fait depuis longtemps l'objet d'une importante controverse en doctrine. Sur ce point, voy. avant tout P. VANDERNOOT, « La Cour d'arbitrage et l'interprétation des normes soumises à son contrôle », in *Présence du droit public et des droits de l'homme, Mélanges offerts à Jacques Velu*, tome 1^{er}, Bruxelles, Bruylant, 1992, 357-384, et « Le mécanisme préjudiciel devant la Cour d'arbitrage : forces et faiblesses », *Rev. Dr. U.L.B.*, 25 (2002), 1-106, spécialement 92-102, ainsi que M. MELCHIOR, « De quelques aspects des questions préjudicielles à la Cour d'arbitrage », allocution tenue le 28 octobre 1994 à l'occasion de la célébration du dixième anniversaire de la Cour d'arbitrage, *R.B.D.C.*, 1995, 61-69, et en version néerlandaise *R.W.*, 1994-1995, 1180-1183. L'on consultera par ailleurs J. VAN COMPERNOLLE, « La Cour d'arbitrage et le juge judiciaire », in *Regards croisés sur la Cour d'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 1995, 191-203, B. LOMBAERT, « Les techniques d'arrêt de la Cour d'arbitrage », *R.B.D.C.*, 1996, 317-355, M. VERDUSSEN, « Les atouts et les limites du renvoi préjudiciel à la Cour d'arbitrage », in *La saisine du juge constitutionnel, Aspects de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1998, 175-195, 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 », *J.T.*, 2000, 297-304, ainsi que Chr. HOREVOETS et P. BOUCQUEY, *Les questions préjudicielles à la Cour d'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2001, spécialement 26-30. On signalera enfin que la contribution de VANDERNOOT de 1992 contient à la note 371 un relevé bibliographique plus étendu.

83. Un relevé exhaustif de ce type de décisions peut être trouvé dans notre thèse de doctorat, à la page 398, note subpaginale 73. Le premier arrêt de ce type a été l'arrêt 64/93 du 15 juillet 1993.

84. Un relevé exhaustif de ce type de décisions peut être trouvé dans notre thèse de doctorat, à la page 399, note subpaginale 74. Le premier arrêt de ce type a été l'arrêt 65/93 du 15 juillet 1993 (considérant B.2.2. et dispositif).

n'exclut pas que d'autres interprétations du même texte – sans doute conformes à la Constitution – demeurent possibles. C'est ainsi que la Cour d'arbitrage a pu constater l'inconstitutionnalité d'une disposition législative, en précisant que cette dernière « est susceptible de plusieurs interprétations »⁸⁵.

Le constat qu'une norme législative est contraire à la Constitution dans une interprétation donnée n'établit donc pas que la disposition est inconciliable avec la Constitution en toute hypothèse : elle peut être contraire à la Constitution dans l'interprétation fournie par la juridiction de renvoi tout en étant conforme dans une autre⁸⁶. Il semble dès lors excessif d'affirmer que nous avons affaire à une injonction de légiférer : l'inconstitutionnalité de la règle n'est pas établie d'une manière générale, mais concerne seulement une interprétation particulière (« l'article x viole la Constitution lorsqu'il est interprété comme signifiant... »).

15.3. Il importe troisièmement de faire abstraction de l'hypothèse où le juge constitutionnel belge constate l'inconstitutionnalité d'une norme mais relève que la disposition n'est sans doute pas applicable au litige du fond⁸⁷ : il paraît déraisonnable de conclure à une injonction de légiférer lorsque l'applicabilité même de la norme litigieuse n'est pas établie⁸⁸.

15.4. Enfin, il convient d'exclure les arrêts dits “de réponse immédiate” (rendus en application de l'article 72 de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage) qui se fondent expressément sur un arrêt que nous avons déjà écarté au cours des trois stades précédents : si la décision originale a déjà été exclue de nos investigations, il doit en aller de même pour tout arrêt subséquent qui n'en constitue qu'une simple reproduction⁸⁹.

16. Après avoir opéré ces quatre éliminations successives, il nous reste les décisions qui déclarent purement et simplement une norme législative contraire aux normes dont la Cour a la garde. Mais même au sein de cet ensemble de décisions, des restrictions doivent encore être opérées. Trois catégories d'arrêts ne peuvent en effet être prises en considération.

85. C.A., arrêts 65/93 du 15 juillet 1993 (considérant B.2.2.), 86/93 du 16 décembre 1993 (considérant B.2.) et 7/94 du 20 janvier 1994 (considérant B.2.2.).

86. Voy. notamment C.A., arrêt 54/2002 du 13 mars 2002, considérant B.3.3., alinéa 2.

87. Pour l'heure, ce cas de figure ne semble avoir reçu qu'une seule application, à savoir l'arrêt 110/2002 du 26 juin 2002 (considéranrs B.1.1.-B.1.4. et dispositif).

88. Rappelons que le mécanisme préjudiciel suppose par essence que la norme soumise au juge constitutionnel soit applicable au litige du fond.

89. Voy. par exemple 47/99 du 20 avril 1999 qui répète le constat d'inconstitutionnalité effectué dans l'arrêt 65/93 du 15 juillet 1993, déjà exclu *supra*. Un relevé exhaustif de ce type de décisions peut être trouvé dans notre thèse de doctorat, à la page 400, à la note subpaginale 79.

16.1. La première d'entre elles vise un scénario qui est, à notre connaissance, apparu pour la première fois en 1992⁹⁰ et qui peut à première vue surprendre : le juge constitutionnel belge déclare contraire à la Constitution une norme législative qui, au jour du prononcé de l'arrêt, a *déjà été abrogée ou modifiée*⁹¹.

Comment une telle constellation peut-elle se produire ? Un certain nombre d'éléments matériels, tels que la longueur de l'instruction de l'affaire, l'arriéré judiciaire ou l'exercice de voies de recours, peuvent considérablement retarder le jugement d'un litige devant les juridictions du fond. Ces éléments peuvent faire en sorte que le droit applicable au litige devant le juge *a quo*⁹² ne soit plus *en vigueur* au moment où la Cour d'arbitrage statue sur la question préjudicielle. L'inconstitutionnalité est donc établie à un moment où la norme *n'existe plus*. Or, il nous semble que les décisions de ce type ne peuvent être tenues pour des injonctions de légiférer puisque l'ordre juridique *est déjà purgé* de l'inconstitutionnalité que la Cour d'arbitrage relève dans son arrêt^{93 94}.

90. C.A., arrêt 36/92 du 7 mai 1992 (considérants B.1. et B.2., *in fine*, et dispositif). En l'occurrence, la loi sur laquelle porte la question préjudicielle n'est plus applicable depuis qu'une nouvelle loi est entrée en vigueur le 22 juillet 1985.

91. Voy. par exemple l'arrêt 36/92 du 7 mai 1992 (considérants B.1. et B.2., *in fine*, et dispositif). Un relevé exhaustif de ce type de décisions peut être trouvé dans notre thèse de doctorat, à la page 401, à la note subpaginale 81.

92. Par "juge *a quo*" il faut entendre le juge *de renvoi*. Ce latinisme est propre à la doctrine *francophone* de Belgique ; en néerlandais, on parle du "verwijzende rechter" (juge de renvoi).

93. Ce point mérite une importante précision. On pourrait en effet soutenir qu'une obligation de légiférer existerait *néanmoins* en ce que le législateur serait tenu de faire *retroactivement* disparaître l'inconstitutionnalité *pour le laps de temps au cours duquel la norme déclarée inconstitutionnelle a été applicable*. Pour cartésienne qu'une telle position soit, elle mettrait le Pouvoir législatif dans les pires difficultés : à chaque déclaration d'inconstitutionnalité d'une disposition originale du Code civil, le législateur serait obligé d'édicter une loi qui prendrait comme date d'entrée en vigueur *l'année 1804* (ou au plus tard l'année 1831, moment auquel la Constitution belge est entrée en vigueur) *et qui préciserait par ailleurs sa propre date d'abrogation* (puisque, par hypothèse, l'inconstitutionnalité que cette loi devrait faire disparaître n'existe plus). Or, *cette théorie de la réparation ab initio semble rejetée par la Cour d'arbitrage. Ainsi, la Cour a précisé dans deux arrêts récents que le Pouvoir législatif n'est pas tenu de réparer des inconstitutionnalités déjà disparues* (voy. en ce sens C.A., arrêts 143/2003 du 5 novembre 2003, considérant B.17., et 32/2004 du 10 mars 2004, considérant B.12.). – Un autre problème, connexe à celui que nous venons d'évoquer, est celui d'une *suite*, dans le temps, de plusieurs normes législatives distinctes (l'une remplaçant l'autre) qui sont *toutes entachées du même vice d'inconstitutionnalité*. Dans un tel cas, le législateur qui décide de remédier à l'inconstitutionnalité contenue dans la norme la plus récente, est-il tenu de remplacer toutes les normes antérieures qui contiennent le même vice ? Sur cette question, la position de la Cour d'arbitrage cadre parfaitement avec ce que nous venons de dire : le législateur *n'est pas obligé* de remédier à l'inconstitutionnalité de normes déjà abrogées (C.A., arrêt 40/2004 du 17 mars 2004, considérants B.3.4. et B. 3.5.).

94. Lorsque la norme disparaît par une *modification* de son libellé (et non par une *abrogation* pure et simple), cela ne signifie naturellement pas que le *nouveau* libellé soit conforme à la Constitution. Mais ceci est un autre problème.

16.2. La deuxième catégorie de décisions qui contiennent un constat d'inconstitutionnalité pur et simple et qui ne peuvent être prises en compte au titre des injonctions de légiférer est constituée par les arrêts qui établissent au dispositif la non-conformité de la norme contrôlée mais qui signalent dans les motifs de la décision que la norme est entre-temps devenue *conforme* aux règles de référence. Ce cas de figure représente en quelque sorte l'inverse de l'hypothèse précédente (n° 16.1) ; ce n'est pas la norme *contrôlée* qui subit un changement mais ce sont les normes *de référence* qui sont modifiées entre le moment de l'édiction de la norme contrôlée et sa vérification par la Cour d'arbitrage. Ces changements sont avant tout dus aux multiples réformes institutionnelles que la Belgique connaît depuis les années septante⁹⁵ et qui accordent, par des « vagues fédéralistes »⁹⁶ successives, de plus en plus de compétences aux législateurs communautaires et régionaux.

On observera que les arrêts de la Cour constitutionnelle qui semblent pouvoir être mentionnés à cet égard⁹⁷ concernent à chaque fois des normes législatives de la Communauté flamande qui transgressent, *au moment de leur édicition*, les compétences de cette Communauté, mais qui ne les dépassent plus *au moment où la Cour procède à leur contrôle* : c'est qu'entre-temps, un *nouveau* transfert de compétences de l'Autorité centrale vers les entités fédérées est intervenu. La circonstance que la Cour d'arbitrage conclue néanmoins à la *non-conformité* de ces dispositions s'explique par le fait que le juge constitutionnel belge apprécie la conformité d'une norme législative en fonction des règles de référence telles qu'elles sont en vigueur *au moment de l'édiction* de cette norme, sans tenir compte de leurs modifications ultérieures⁹⁸. Or, dès lors que la norme contrôlée *n'est plus* contraire aux règles de référence *au moment où le juge constitutionnel se prononce*, aucun devoir de production nor-

95. On compte actuellement cinq réformes de l'État, à savoir celles de 1970 (première réforme), 1980 (seconde réforme), 1988 (troisième réforme), 1993 (quatrième réforme) et 2001 (cinquième réforme). Une sixième réforme est actuellement pendante au Parlement fédéral : voy. la proposition de loi spéciale « portant des mesures institutionnelles » du 5 mars 2008, *Doc. parl.*, Sénat, session ordinaire 2007-2008, n° 4-602/1.

96. F. DELPÉRÉE, « Belgique. La nouvelle vague fédéraliste », *R.F.D.C.*, 2001, 675-686, ici 686.

97. Voy. notamment l'arrêt 25/97 du 30 avril 1997 (considérants B.2.-B.6. et B.9. et dispositif). Pour un relevé exhaustif de ce type de décisions, voy. notre thèse de doctorat, page 403, note 87.

98. Le considérant de principe étant contenu dans l'arrêt 25/97 du 30 avril 1997 : « [L]es dispositions [décrétales soumises à la Cour] doivent être contrôlées au regard des règles établies par la Constitution (...) *telles qu'elles étaient d'application au moment de l'adoption* du décret précité. » (considérant B.2 ; c'est nous qui soulignons).

Dans le même sens, voy. notamment C.A., arrêts 168/2002 du 27 novembre 2002 (considérant B.3., alinéa 2), 33/2003 du 12 mars 2003 (considérant B.4.3., alinéa 2), 65/2003 du 14 mai 2003 (considérant B.6.3.) et 168/2004 du 28 octobre 2004 (considérant B.2., alinéa 2).

mative ne peut, selon nous, être déduit de telles décisions : le législateur n'est point tenu de modifier une situation qui est conforme à la Constitution⁹⁹.

16.3. Enfin, il convient d'écarter deux décisions atypiques pour des raisons que nous développons, en raison de leur faible importance, en note¹⁰⁰.

*
* * *

17. Après ces restrictions successives, nous nous trouvons en présence de ce que l'on pourrait appeler les "véritables" constats d'inconstitutionnalité, c'est-à-dire des arrêts dans lesquels la Cour d'arbitrage déclare une norme législative *purement et simplement*¹⁰¹ *contraire*¹⁰² *à ses normes de référence*¹⁰³, *étant entendu qu'au moment du prononcé de l'arrêt, la norme est toujours en vigueur*¹⁰⁴ *et son inconstitutionnalité toujours présente*¹⁰⁵. Le relevé précis de ce type de décisions, qui constituent de véritables *injonctions de légiférer*¹⁰⁶, peut être trouvé ailleurs¹⁰⁷.

-
99. Précisons encore que nous réfutons, pour des raisons analogues à celles invoquées à la note 93, la thèse selon laquelle le législateur serait tenu de faire *retroactivement* disparaître l'inconstitutionnalité *pour le laps de temps au cours duquel la norme contrôlée était contraire aux normes de référence*.
100. Il s'agit des arrêts 18/91 du 4 juillet 1991 et 83/93 du 1^{er} décembre 1993. La première décision doit être exclue parce qu'elle détermine – à titre tout à fait exceptionnel – *elle-même* la règle législative qui doit être appliquée en lieu et place de la règle déclarée inconstitutionnelle (voy. le considérant B.12. de la décision) ; pour faire cesser la violation de la Constitution, une nouvelle intervention du législateur n'est donc plus nécessaire. La seconde décision (83/93) constitue une copie conforme de la première, de sorte qu'elle doit être écartée pour les mêmes raisons. Les deux décisions sont notamment commentées par B. LOMBAERT, « Le maintien des effets des normes censurées par la Cour d'arbitrage – Recours en annulation et questions préjudicielles », *A.P.T.*, 1998, 174-189, ici 186-187.
101. Et donc non dans la seule interprétation fournie par le juge *a quo*, ni par le biais d'un arrêt à double dispositif.
102. Et non conforme *sous réserve*.
103. Voy. *supra*, n° 10.
104. Voy. *supra*, n° 16.1.
105. Voy. *supra*, n° 16.2.
106. Précisons que ces injonctions *cessent d'exister* lorsque les normes qui sont visées par ces constats d'inconstitutionnalité sont annulées par application de l'article 4 de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage (sur cette disposition, voy. *supra*, n° 8, et *infra*, n° 20.1). L'on trouvera une liste d'arrêts qui ont à ce jour fait application de l'article 4, mentionnés *infra*, aux notes 111 et 115.
107. Pour un relevé exhaustif, voy. la version publiée de notre thèse de doctorat, à la page 405, note 98. À titre de simple illustration, et pour nous limiter aux quinze premières années d'existence de la Cour (1984-1998), on peut relever les arrêts suivants : arrêts 44 du 23 décembre 1987, 46 du 11 février 1988, 56 du 2 juin 1988, 57 du 2 juin 1988, 19/89 du 5 juillet 1989, 39/90 du 21 décembre 1990, 41/90 du 21 décembre 1990, 41/91 du 19 décembre 1991, 13/92 du 27 février 1992, 38/92 du 7 mai 1992, 63/92 du 8 octobre 1992, 77/92 du 17 décembre 1992, 33/93 du 22 avril 1993, 38/93 du 19 mai 1993, 39/93 du 19 mai 1993, 49/93 du 24 juin 1993, 57/93 du 8 juillet 1993, 6/94 du 20 janvier 1994, 9/94 du 27 janvier 1994, 25/94 du 22 mars 1994, 27/94 du 22 mars 1994, 42/1994 du 19 mai 1994, 62/94 du 14 juillet 1994, 82/94 du 1^{er} décembre 1994, 19/95 du 2 mars 1995, 22/95 du 2 mars 1995, 25/95 du 21 mars 1995 27/

Dans la suite, nous voudrions consacrer quelques développements au caractère *injonctif* de ces décisions.

18. Lorsqu'on se demande si les constats d'inconstitutionnalité sur question préjudicielle peuvent ou non être considérés comme des injonctions de légiférer, la question fondamentale est de savoir si le législateur est ou non *juridiquement tenu* de mettre fin à l'existence d'une norme législative dont la contrariété à la Constitution a été relevée par le juge constitutionnel.

19. Malgré son importance à la fois théorique et pratique (il suffit de songer à l'éventualité d'une action en responsabilité contre l'État, fondée sur l'omission du Pouvoir législatif d'abroger une norme législative contraire à la Constitution), cette question n'a été que peu – trop peu – abordée en doctrine : il n'existe à notre connaissance que deux sources qui la traitent explicitement et y apportent une réponse positive. Dans leur *Compendium van het Belgisch Staatsrecht*, le professeur André Alen et le référendaire Koen Muylle affirment que « lorsque la Cour [d'arbitrage] a constaté dans un arrêt rendu par voie préjudicielle l'inconstitutionnalité d'une norme législative, il appartient au législateur compétent d'y mettre fin »¹⁰⁸.

Le professeur François Tulkens et la référendaire Géraldine Rosoux considèrent pour leur part qu'un arrêt d'inconstitutionnalité rendu sur question préjudicielle « appelle une *correction législative* en vue de mettre fin à l'inconstitutionnalité »¹⁰⁹.

95 du 21 mars 1995, 74/95 du 9 novembre 1995, 83/95 du 14 décembre 1995, 38/96 du 27 juin 1996, 39/96 du 27 juin 1996, 51/96 du 12 juillet 1996, 65/96 du 13 novembre 1996, 77/96 du 18 décembre 1996, 7/97 du 19 février 1997, 10/97 du 5 mars 1997, 11/97 du 5 mars 1997, 15/97 du 18 mars 1997, 31/97 du 21 mai 1997, 35/97 du 12 juin 1997, 36/97 du 19 juin 1997, 40/97 du 14 juillet 1997, 45/97 du 14 juillet 1997, 48/97 du 14 juillet 1997, 54/97 du 18 juillet 1997, 61/97 du 14 octobre 1997, 62/97 du 28 octobre 1997, 64/97 du 6 novembre 1997, 66/97 du 6 novembre 1997, 3/98 du 14 janvier 1998, 5/98 du 21 janvier 1998, 14/98 du 11 février 1998, 20/98 du 18 février 1998, 21/98 du 18 février 1998, 31/98 du 18 mars 1998, 53/98 du 20 mai 1998, 55/98 du 20 mai 1998, 57/98 du 27 mai 1998, 72/98 du 17 juin 1998, 80/98 du 7 juillet 1998, 81/98 du 7 juillet 1998, 82/98 du 7 juillet 1998, 87/98 du 15 juillet 1998, 89/98 du 15 juillet 1998, 92/98 du 15 juillet 1998, 97/98 du 24 septembre 1998, 122/98 du 3 décembre 1998, et 132/98 du 9 décembre 1998.

108. A. ALÉN et K. MUYLLE, *Compendium van het Belgisch Staatsrecht*, 2^e édition, tome 1B, Malines, Kluwer, 2003, 461-462. Ce sont les auteurs qui soulignent. Texte original :

[« Wanneer het Hof in een prejudicieel arrest de ongrondwettigheid van een wetgevende norm heeft vastgesteld, komt het de bevoegde wetgever toe daaraan een einde te maken. »]

109. G. ROSOUX et Fr. TULKENS, « Considérations théoriques et pratiques sur la portée des arrêts de la Cour d'arbitrage », contribution précitée, 144. Ce sont les auteurs qui soulignent.

20. Cette position – qui est aussi la nôtre – doit cependant affronter un certain nombre de difficultés. Nous voudrions en présenter deux (n^{os} 20.1 et 20.2).

20.1. La première objection tient dans le *silence de la loi* : rien dans les lois ordinaire et spéciale de 1983 et 1989, ni dans leurs travaux préparatoires, ne permet d'affirmer que le législateur organique ait voulu *juridiquement obliger* les parlements fédéral et fédérés à modifier une norme législative dès lors que son inconstitutionnalité est constatée par la Cour constitutionnelle. Cette absence de texte mérite d'être relevée, car elle ne conforte pas – c'est un euphémisme – notre position : lorsqu'on se demande si une obligation existe, le fait qu'aucune source formelle ne la consacre explicitement conduit généralement à une réponse négative.

Dans ce contexte, il faut toutefois observer que le législateur organique a dès 1983 perçu la *nécessité d'éliminer les normes déclarées inconstitutionnelles de l'ordre juridique*, puisqu'il a prévu que toute déclaration d'incompatibilité rendue sur question préjudicielle donne naissance à un nouveau délai de six mois dans lequel la règle inconstitutionnelle peut faire l'objet d'un recours en annulation. Le refus d'accorder aux arrêts préjudiciels une portée *erga omnes* est donc *tempéré* par un mécanisme qui permet d'assurer que des normes déclarées contraires à la Constitution *ne demeurent pas indéfiniment en vigueur* au sein de l'ordre juridique belge.

En pratique, ce mécanisme s'est avéré insuffisant : en dix-huit ans ¹¹⁰, il n'a donné lieu qu'à trois utilisations ¹¹¹, chiffre qu'il faut mettre en relation avec 147 constats d'inconstitutionnalité émis au cours de la même période ¹¹². La technique de la réouverture des délais a dès lors été revue par la loi spéciale du 9 mars 2003 ¹¹³, qui a considérablement élargi le cercle des requérants potentiels ¹¹⁴. Cette réforme, entrée en vigueur au 21 avril 2003, n'a cependant pas (encore) conduit à une utilisation plus fréquente du mécanisme ¹¹⁵.

Le premier argument, qui s'appuie sur le *silence de la loi* pour conclure à l'inexistence d'une obligation juridique dans le chef du législateur, peut donc être neutralisé dans la mesure où l'existence de la réouverture du délai en annulation démontre que le législateur a lui-même estimé, *dans un texte légis-*

110. Du 1^{er} octobre 1985, date d'installation de la Cour, au 20 avril 2003, dernier jour avant l'entrée en vigueur de la loi spéciale du 9 mars 2003.

111. C.A., arrêts 1/91 du 7 février 1991, 56/92 du 9 juillet 1992 et 139/98 du 16 décembre 1998.

112. Le relevé exact de ces décisions peut être trouvé dans notre thèse de doctorat, à la page 409, note 107.

113. M.B., 11 avril.

114. Voy. *supra*, n^o 8.

115. Pour la première utilisation du nouveau délai par un *particulier*, voy. C.A., arrêt 28/2004 du 11 février 2004.

*latif explicite*¹¹⁶, que la survivance de règles législatives déclarées inconstitutionnelles *pouvait donner lieu à des difficultés*. Cette même préoccupation l'a ensuite conduit à *élargir* les voies d'accès à ce mode particulier de recours.

Après avoir surmonté la première difficulté, nous devons faire face à la seconde, qui entretient avec elle des liens étroits de connexité.

20.2. Celle-ci tient en ce que le législateur de 1983 (de même que les législateurs spéciaux de 1989 et de 2003) a voulu que la réponse donnée par le juge constitutionnel belge à une question préjudicielle ne soit pas dotée d'un effet *erga omnes* mais laisse *en toute hypothèse* subsister la norme dans l'ordre juridique belge : la disposition – fût-elle déclarée contraire à la Constitution – continue donc à dégager des effets, en liant notamment les autorités administratives qui demeurent obligées à en faire application¹¹⁷. Le législateur organique et le constituant¹¹⁸ ont ainsi mis en place un système qui, au lieu d'invalider la norme déclarée inconstitutionnelle, en *confirme* justement l'existence en tant que règle de droit positif. En contraste avec la situation en République fédérale d'Allemagne, où la Cour constitutionnelle fédérale dispose du pouvoir d'*annuler* une norme inconstitutionnelle sur question préjudicielle¹¹⁹, la solution belge semble avant tout inspirée du mécanisme préjudiciel au niveau européen¹²⁰, où un

116. Article 2, paragraphe 3, de la loi ordinaire du 28 juin 1983, devenu ensuite l'article 4, 2°, de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage du 6 janvier 1989 ; depuis la réforme de mars 2003, cette règle se trouve inscrite au *dernier alinéa* de l'article 4 de la loi.

117. G. ROSOUX et Fr. TULKENS, « Considérations théoriques et pratiques sur la portée des arrêts de la Cour d'arbitrage », contribution précitée, 117. Voy. aussi *supra*, n° 11.2.

118. Le *constituant* a inséré une référence expresse à la loi du 28 juin 1983 dans l'article 107ter, § 2, de la Constitution, révisé le 15 juillet 1988 (*M.B.*, 19 juillet). En mentionnant cette loi, et en la désignant comme *applicable*, le constituant atteste sans contestation possible de la *conformité de ce texte à la Constitution*. Cette conclusion est de la plus haute importance car le constituant, en confirmant la constitutionnalité de la loi du 28 juin 1983, établit aussi, plus spécifiquement, la conformité de ses articles 15 à 20, qui prévoient qu'une norme déclarée inconstitutionnelle sur question préjudicielle demeure applicable en tant que règle de droit positif belge. Les dispositions de la loi de 1983 ayant, sur ce point, été *textuellement reprises* dans la loi spéciale du 6 janvier 1989, ce brevet de constitutionnalité vaut donc toujours à l'heure actuelle.

119. Voy. le paragraphe 82, alinéa 1^{er}, de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale, en tant qu'il rend applicable à la procédure du contrôle *concret* de normes le paragraphe 78 de la même loi, qui attribue à la Cour un pouvoir d'annulation dans le cadre du contrôle *abstrait* de normes. Voy. également *supra*, n° 65.2, et H. SIMONART, thèse précitée, 254-255.

120. En ce sens, A. RASSON-ROLAND, « La question préjudicielle », in *Le recours des particuliers devant le juge constitutionnel*, Actes de la Journée d'études tenue à Louvain-la-Neuve le 9 février 1990, Bruxelles et Paris, Bruylant et Economica, 1991, 37, A. ALÉN, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Deurne, Kluwer, 1995, 291, et G. ROSOUX et Fr. TULKENS, « Considérations théoriques et pratiques sur la portée des arrêts de la Cour d'arbitrage », in *La Cour d'arbitrage : un juge comme les autres ?*, Actes du colloque organisé par le Jeune Barreau de Liège le 28 mai 2004, Liège, Éditions du Jeune Barreau de Liège, 2004, 116.

pouvoir d'annulation du juge fait défaut¹²¹. Comme le relève le doyen Henri Simonart, « [l]e législateur [belge] s'est en fait contenté de transposer en droit interne les solutions acquises dans le droit des Communautés européennes »¹²², tout en étant assez mal informé : « Il est permis de douter que ce soit le résultat d'un choix éclairé. Quiconque examine attentivement les travaux préparatoires de la loi du 28 juin 1983 peut difficilement contester que le modèle de base européen paraissait sinon complètement ignoré, à tout le moins très mal connu aussi bien des auteurs du projet que des parlementaires »¹²³.

Mais quel que soit le degré de connaissance du droit européen par le législateur organique belge, il est en tout cas certain que ce dernier avait la ferme volonté de laisser *subsister* la norme déclarée inconstitutionnelle. Or, ce point constitue un obstacle majeur pour notre position : comment affirmer que le législateur est *tenu* d'abroger ou de modifier une norme déclarée contraire à la Constitution si la survivance de cette disposition est le résultat *normal* de la procédure du renvoi préjudiciel¹²⁴ ? Ne faut-il dès lors pas conclure que le législateur est *en droit* de rester inactif ? Les constats d'inconstitutionnalité auraient certes un "effet persuasif" en termes *politiques*¹²⁵ – effet qui pourrait conduire le Parlement à ne pas laisser subsister la norme déclarée inconstitutionnelle pendant un laps de temps très étendu – mais seraient dépourvus de force contraignante en droit.

121. Ainsi, le professeur van Raepenbusch relève qu'un arrêt préjudiciel rendu par la Cour de Justice des Communautés européennes « n'entraîne pas l'annulation de l'acte en cause, les juridictions conservant la compétence d'apprécier l'existence d'un intérêt à soulever à nouveau une question déjà tranchée par la Cour » (S. VAN RAEPENBUSCH, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 4^e édition, Bruxelles, Larcier, 2005, 579-580 ; c'est nous qui soulignons.).

122. H. SIMONART, thèse précitée, 253.

123. *Ibidem*.

124. Comme le notent très pertinemment A. ALEN et K. MUYLLE : « Contrairement à un arrêt d'annulation, un arrêt rendu sur question préjudicielle dans lequel la Cour d'arbitrage constate une violation [des normes de référence] n'a pas de portée *erga omnes* et ne fait pas disparaître de l'ordre juridique la norme législative sur laquelle porte la question ».

Texte original :

[« In tegenstelling to een vernietigingsarrest, geldt een prejudicieel arrest waarbij het Arbitragehof een schending vaststelt, niet *erga omnes* en doet evenmin de wetgevende norm die er het onderwerp van is uit de rechtsorde verdwijnen. »] (A. ALEN et K. MUYLLE, *Compendium van het Belgisch Staatsrecht*, 2^e édition, tome 1B, 2003, 461 ; c'est nous qui soulignons.).

125. Sur cette influence politique, voy. la très bonne contribution du Président de la Chambre des Représentants de Belgique, Herman DE CROO, « De invloed van de arresten van het Arbitragehof op het parlementaire werk », *R.W.*, 2001-2002, 257-271. Voy. également la brochure intitulée *L'influence des arrêts de la Cour d'arbitrage sur le travail parlementaire*, éditée par le Service juridique de la Chambre des représentants (Bruxelles, Imprimerie centrale, 2001, 60 pages).

21. Malgré ces objections, il nous semble que la thèse selon laquelle le législateur ne serait destinataire d'aucune obligation juridique de réagir après un constat d'inconstitutionnalité sur question préjudicielle doit être rejetée.

Il est certes exact qu'à ce jour, aucun arrêt de la Cour n'a explicitement confirmé l'existence d'une telle obligation à charge du législateur. Mais ce devoir peut être déduit d'un raisonnement *a fortiori* : dans au moins deux décisions rendues sur question préjudicielle, à savoir les arrêts 121/2000 et 75/2003¹²⁶, la Cour a précisé que le législateur était obligé de mettre fin à une inconstitutionnalité dans un délai raisonnable (ou du moins dans un délai qui n'est pas manifestement déraisonnable)¹²⁷. Ce qui est essentiel dans les deux affaires, c'est que la Cour se prononce pour la première fois sur la constitutionnalité de la norme en question ; il n'existe aucune décision antérieure qui aurait déjà constaté l'inconstitutionnalité de la disposition en cause. En d'autres termes, le délai raisonnable dont le législateur dispose pour mettre fin à l'inconstitutionnalité de la norme n'est pas calculé à partir du moment où sa contrariété à la Constitution est formellement constatée par la Cour constitutionnelle, mais prend cours au moment où l'inconstitutionnalité naît¹²⁸. Ainsi, la Cour constate dans l'affaire 121/2000 que la norme soumise est contraire à la Constitution et relève dès cette première décision que le législateur a excédé le délai raisonnable pour la modifier¹²⁹.

126. Dans la première affaire, qui concerne une discrimination entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale, la Cour relève que le législateur dispose d'un « délai raisonnable pour procéder aux modifications qui s'imposent », et dans la seconde, elle affirme qu'il « appartient (...) au législateur de déterminer le délai nécessaire à la réalisation d'une égalité de traitement », sous réserve toutefois d'une « appréciation manifestement déraisonnable » (C.A., arrêts 121/2000 du 29 novembre 2000 [considérant B.7.] et 75/2003 du 28 mai 2003 [considérant B.9., alinéa 2]).

127. Une telle solution était déjà acquise depuis longtemps dans le cadre du contentieux en annulation. Voy. C.A., arrêts 35/93 du 6 mai 1993 (considérant B.5.2., alinéa 4) et 53/1993 du 1^{er} juillet 1993 (considérant B.2.).

128. Dès 1993, la Cour précise dans un arrêt rendu sur question préjudicielle que « [l]orsque le législateur met fin à une discrimination qui est apparue à la suite d'une évolution économique et sociale, il lui appartient de le faire dès que la distinction qui avait motivé à l'origine un traitement différent n'est plus justifiée ». (C.A., arrêt 53/93 du 1^{er} juillet 1993, considérant B.2. ; c'est nous qui soulignons).

129. La Cour énonce en effet au considérant B.7. : « Il ne peut davantage être tenu compte de ce que l'organisation d'un régime compatible avec le principe d'égalité entre hommes et femmes nécessiterait un réaménagement fondamental de ce système et de son financement. Si ces considérations justifient que le législateur ait pu disposer d'un délai raisonnable pour procéder aux modifications qui s'imposent, elles ne peuvent justifier que ce régime fût encore en vigueur en 1996 ». En d'autres termes, le délai dans lequel le législateur était obligé de légiférer a expiré avant même que l'inconstitutionnalité ne fût formellement constatée par la Cour d'arbitrage ; l'obligation de légiférer existait donc dès la naissance de l'inconstitutionnalité et non seulement dès l'arrêt de violation rendu sur question préjudicielle (C.A., arrêt 121/2000 du 29 novembre 2000 ; c'est nous qui soulignons).

Or, au vu de cette jurisprudence, on ne voit pas comment on pourrait contester que la déclaration d'inconstitutionnalité sur question préjudicielle oblige le législateur à réagir : si le Pouvoir législatif est déjà tenu d'intervenir *du simple fait de la naissance d'une inconstitutionnalité*, il l'est *a fortiori* lorsque cette contrariété à la Constitution est formellement confirmée par une décision du juge constitutionnel.

* * *

Les développements qui précèdent pèchent sans doute par leur caractère imparfait, mais il nous a semblé important d'au moins esquisser le cheminement de notre pensée. Au vu de la complexité de la matière qui, tout en n'offrant qu'un choix de réponse strictement binaire¹³⁰, ne permet que *difficilement* des prises de position claires, le problème mériterait donc d'être analysé au cours d'un travail de recherche plus approfondi. Sans anticiper sur cette étude, les développements qui précèdent nous semblent en tout cas démontrer un point : le mécanisme préjudiciel en Belgique contient un "*défaut de construction*" majeur. Celui-ci tient en l'absence d'effet *erga omnes* des arrêts rendus sur question préjudicielle. Comme le signalait déjà le doyen Henri Simonart il y a plus de quinze ans, le législateur aurait en effet pu éviter un grand nombre de « complications inutiles en consacrant la règle – qui paraît plus logique – qui veut qu'un arrêt rendu au contentieux des questions préjudicielles possède un caractère obligatoire *erga omnes* (...). Il ne l'a point voulu. *C'est une erreur* »¹³¹.

En guise de conclusion

22. Sur la base des développements qui précèdent, nous voudrions brièvement conclure ; et nous souhaitons le faire en plaçant la problématique des effets des décisions du juge constitutionnel dans un contexte plus large, à savoir celui de *l'évolution de la justice constitutionnelle*.

23. Aujourd'hui en effet, il est devenu banal de lire dans la presse ou dans des écrits juridiques plus spécialisés que l'on assiste à une « montée en puissance »¹³² du juge constitutionnel, à « l'ascension du juge constitutionnel »¹³³

130. Soit : le législateur *est* ou *n'est pas* obligé de réagir après un constat d'inconstitutionnalité sur question préjudicielle.

131. H. SIMONART, *thèse précitée*, 264. C'est nous qui soulignons.

132. P. AVRIL et J. GICQUEL, *Le conseil constitutionnel*, 4^e édition, Paris, Montchrestien, 1998, 54 et 118.

133. J.-M. GARRIGOU-LAGRANGE, « Les partenaires du Conseil constitutionnel ou De la fonction interpellatrice des juges », *R.D.P.*, 1986, 651.

ou à « [l']Excelsior du Palais Royal »¹³⁴. L'influence de la justice constitutionnelle sur la vie juridique est de plus en plus perceptible : on assiste non seulement à « une « juridicisation » de la vie politique »¹³⁵ mais plus généralement à une « constitutionnalisation »¹³⁶ du droit.

Cette « coloration progressive des branches du droit par le “Constitutionnel” »¹³⁷ a des raisons beaucoup plus profondes que le simple désir des constitutionnalistes de gagner en influence : l'affirmation selon laquelle « ce que ces constitutionnalistes dénomment « constitutionnalisation du droit » n'est en fait pas autre chose qu'une vaste opération d'« enrôlement » des professionnels des autres branches du droit, dans le but d'étendre au sein du champ juridique la validité juridique et pratique de leur savoir »¹³⁸ paraît inexacte, de même qu'il semble excessif de soutenir que « l'objectif de ces constitutionnalistes était bien d'inverser la hiérarchie disciplinaire (indissociablement symbolique et pratique) entre les différentes branches du droit (...) »¹³⁹.

134. J.-F. AUBERT, « L'Excelsior du Palais Royal, ou l'imprévisible ascension du Conseil constitutionnel français », in *Im Dienst an der Gemeinschaft, Festschrift für Dietrich Schindler zum 65. Geburtstag*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Helbing & Lichtenhahn, 1989, 655-672.
135. B. FRANÇOIS, « Le Conseil constitutionnel et la Cinquième République, Réflexions sur l'émergence et les effets du contrôle de constitutionnalité en France », *R.F.S.P.*, 1997, 394.
136. Voy. notamment L. FAVOREU, « La constitutionnalisation de l'ordre juridique. Considérations générales », *R.B.D.C.*, 1998, 233-243. Si la paternité de cette expression aujourd'hui fréquemment utilisée est généralement attribuée à cet auteur, il semble que l'écrivit le plus ancien qui l'emploie de manière expresse soit, du moins à notre connaissance, une contribution du professeur Adolpho Posada, doyen de la Faculté de droit de Madrid, de 1935 ; le terme figure également dans une contribution du professeur Denis Lévy de 1974 (voy. A. POSADA, « Socialisation et Constitutionnalisation du Droit politique, Vers une théorie politique et sociale de l'État », *Revue de droit constitutionnel français et étranger*, 1935, 15, et D. LÉVY, « Le rôle de la coutume et de la jurisprudence dans l'élaboration du droit constitutionnel », *Mélanges offerts à Marcel Waline*, tome 1, Paris, L.G.D.J., 1974, 39).
137. Pour utiliser l'expression de L. FAVOREU, « L'apport du Conseil constitutionnel au droit public », *Pouvoirs*, 13 (1980), 18, ou celle de N. MOLFESSIS qui parle de « l'irrigation du droit » par les décisions du juge constitutionnel (*Pouvoirs*, 105 [2003], 89). Du premier auteur l'on signalera aussi la contribution « L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les diverses branches du droit », in *Itinéraires, Études en l'honneur de Léo Hamon*, Paris, Economica, 1982, 235-244. On relèvera enfin les actes de l'atelier du 3^e Congrès de l'A.F.C. tenu à Dijon en juin 1996, parus sous la direction de B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *La constitutionnalisation des branches du droit*, Paris et Aix-en-Provence, Economica et PUAM, 1998, 204 pages.
138. B. FRANÇOIS, « Le Conseil constitutionnel et la Cinquième République, Réflexions sur l'émergence et les effets du contrôle de constitutionnalité en France », contribution précitée, 381.
139. *Idem*, 380. L'on n'omettra pas de relever qu'après avoir dénoncé la stratégie des constitutionnalistes qui veulent « inverser la hiérarchie entre les différentes branches du droit » (citée en haut), l'auteur, qui est politologue et s'intéresse notamment à la sociologie des institutions, déplore que l'on « assiste aujourd'hui

L'évolution qui est intervenue n'obéit en effet pas à une *stratégie* au service de certains intérêts *subjectifs* mais découle directement d'un *constat objectif* : il est désormais reconnu que la norme législative *peut mal faire* ¹⁴⁰.

C'est l'abandon de l'absolutisme de la loi ¹⁴¹ qui est à la base de la "constitutionnalisation du droit". En reconnaissant les erreurs de la conception rousseauiste de la loi ¹⁴² et en créant des *organes juridictionnels chargés de contrôler les écarts de la norme législative*, le texte constitutionnel se voit reconnaître une *efficacité juridique* qui se démarque de la position purement politique qu'il

dans le champ des études constitutionnelles à un abandon presque complet de l'analyse *politique* des phénomènes institutionnels au profit du discours exclusif de la technique *juridique* » (382) alors que les juristes sont à l'origine d'une « histoire mythologique » (*ibidem*) du contrôle de constitutionnalité. L'auteur estime par ailleurs que « [p]our comprendre la transformation des fonctions prêtées au contrôle de constitutionnalité (...), il faudrait alors proposer (...) une analyse *sociologique* des transformations pratiques et cognitives des conceptions de l'État » (388) puisqu'il « n'est (...) possible de rendre compte, de façon *réaliste* [sic !], des transformations de [la juridiction constitutionnelle] et de son image qu'à la condition de *rompre* avec certains *présupposés* [sic !] de l'analyse *juridique* des institutions » (383) (C'est nous qui soulignons). Nous est-il permis de demander à l'auteur, politologue et sociologue, si son analyse est elle-même exempte de présupposés ?

140. Ainsi, le doyen Louis Favoreu note : « La célèbre formule selon laquelle « le législateur ne peut mal faire » (qui avait succédé à la formule : « le Roi ne peut mal faire ») est à réviser. Le Parlement peut être oppresseur ; le Parlement peut porter atteinte aux libertés. (...) [I]l faut désormais se protéger non seulement contre l'exécutif mais aussi contre le législatif » (L. FAVOREU, Rapport sur les pays d'Europe occidentale, in : *Le contrôle juridictionnel des lois, Légitimité, effectivité et développements récents*, Actes du Colloque de l'Association internationale des Sciences juridiques tenu à Upsalla les 26-28 juin 1984, Paris et Aix-en-Provence, Economica et PUAM, 1986, 43. C'est nous qui soulignons.). Voy. aussi M. CAPPELLETTI, Rapport général, même ouvrage, 294.

141. J. RIVERO, « Fin d'un absolutisme », *Pouvoirs*, 13 (réédition 1991), 5-16.

142. J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social ou Principes du droit politique*, édition de 1762, spécialement les chapitres II, III, VI et VII du livre II, et le chapitre I^{er} du livre IV (reproduction Paris, Flammarion, 1992). La célèbre affirmation selon laquelle la loi est l'expression de la volonté générale se trouve au 7^e paragraphe du chapitre VI du livre II :

« Sur cette idée on voit à l'instant qu'il ne faut plus demander à qui il appartient de faire des lois, puisqu'elles sont des actes de la volonté générale ; ni si le Prince est au-dessus des lois, puisqu'il est membre de l'État ; ni si la loi peut être injuste, puisque nul n'est injuste envers lui-même ; ni comment on est libre et soumis aux lois, puisqu'elles ne sont que des registres de nos volontés ».

Avant cela, ROUSSEAU avait déjà affirmé que « la volonté générale est toujours droite et tend toujours à l'utilité publique » ; il admet cependant qu'il y a une « différence entre la volonté de tous et la volonté générale » (chapitre III du livre II, paragraphes 1^{er} et 2). – Sur la conception rousseauiste de la loi, voy. par ailleurs P. BASTID, *L'idée de Constitution*, Notes du cours dispensé à la Faculté de droit de Paris au cours de l'année universitaire 1962-1963 (reproduction Paris, Economica, 1985, 117-134, spécialement 129-131), et D. BOUTET, *Réflexion sur l'apparition de l'État de droit en France et sa protection par le Conseil constitutionnel*, thèse (Tours, 1987), non publiée, 250-262.

occupait auparavant¹⁴³. Comme l'observait déjà Charles Eisenmann dans sa célèbre thèse de doctorat en 1928, « Seule elle [la justice constitutionnelle] fait des règles constitutionnelles des normes juridiquement obligatoires, de véritables règles de droit en y attachant une sanction ; sans elle, la Constitution n'est qu'un programme, à la rigueur obligatoire moralement, un recueil de bons conseils à l'usage du législateur, mais dont il est juridiquement libre de tenir compte ou de ne pas tenir compte, puisque ces actes, même faits en violation de ces préceptes, seront en tout état de cause valables. La justice constitutionnelle transforme donc en normes véritablement juridiques ce qui seulement se voulait tel. La Constitution devient ainsi et ainsi seulement la règle de droit suprême, principe de toute validité juridique »¹⁴⁴.

C'est donc en ces termes – et non comme imaginaire stratagème de quelques constitutionnalistes¹⁴⁵ – que se pose la « question centrale de la justice constitutionnelle »¹⁴⁶ : le pouvoir de *censurer l'œuvre du législateur*.

Si ce point est admis, le débat relatif à la justice constitutionnelle en général et relatif aux *effets de ses décisions* en particulier aura déjà substantiellement gagné en clarté – et, oserions-nous ajouter, en sérénité.

143. Pour un bon résumé de cette évolution, voy.

- en Belgique, la remarquable contribution du doyen H. DUMONT, « Le contrôle de la constitutionnalité des lois et des décrets en Belgique : fonction juridictionnelle ou politique ? », in *Fonction de juger et pouvoir judiciaire*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1983, 71-174, ainsi que J. FALYS, F. LEURQUIN et H. SIMONART, « Le contrôle juridictionnel des lois, État de la question, La doctrine 1831-1940 », in *Actualité du contrôle juridictionnel des lois, Travaux des Sixièmes Journées d'études juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, 1973, 323-339, et P. ORIANNE, « Le contrôle juridictionnel des lois, État de la question, La doctrine 1940-1971 », in *Actualité du contrôle juridictionnel des lois, ouvrage précité*, 1973, 339-349,

- et en France, G. TOULEMONDE, *Le déclin du Parlement sous la V^e République, Mythes et réalités*, thèse (Lille II, 1998), non publiée, spécialement 408-419, ainsi que Ch. EISENMANN, « Le contrôle juridictionnel des lois en France », in *Actualité du contrôle juridictionnel des lois, Travaux des Sixièmes Journées d'études juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, 1973, 71-95, spécialement 75-80, S. PUGEAULT, *Le Conseil constitutionnel et les principes-normes du contrôle de constitutionnalité des lois ordinaires*, thèse (Reims, 1984), non publiée, spécialement la section intitulée « L'hostilité à la mise en place d'un contrôle de la constitutionnalité des lois », 13-21, S. CAPORAL, *Le contrôle de constitutionnalité en France de 1789 à 1870*, mémoire de DEA (Aix-en-Provence, 1987), non publié, 159 pages dactylographiées, M. BORGETTO, « La genèse du contrôle de constitutionnalité en France (1789-1958) », *Adm.*, 177 (1997), 19-27.

144. Ch. EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, thèse (Paris, 1928), Paris, L.G.D.J., 1928, 22.

145. Hypothèse d'autant moins probable que le phénomène s'est déclaré dans une multitude d'États différents : supposer que les constitutionnalistes disposent du pouvoir, après s'être concertés au niveau international, de mettre leur « prise d'influence » en œuvre dans plusieurs ordres juridiques différents est sans doute flateur mais passablement irréaliste.

146. L. FAVOREU, « La notion de Cour constitutionnelle », in *De la Constitution, Études en l'honneur de Jean-François Aubert*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Helbing et Lichtenhahn, 1996, 21.

Commission Université-Palais
Université de Liège

**L'EFFET DE LA DÉCISION
DE JUSTICE:
CONTENTIEUX EUROPÉENS,
CONSTITUTIONNEL, CIVIL
ET PÉNAL**

Sous la direction de

Georges de Leval

Frédéric Georges

L'ouvrage contient des contributions de

François Balot

Christian Behrendt

Daisy Chichoyan

Alexandre Defossez

Jean-François van Drooghenbroeck

Frédéric Krenc

Nicolas Petit



ANTHEMIS

Découvrez toutes nos publications
sur **www.anthemis.be**

© 2008, Anthemis s.a., Liège
Tél. 32 (0)10 39 00 70 - info@anthemis.be - www.anthemis.be

Toutes reproductions ou adaptations totales ou partielles de ce livre,
par quelque procédé que ce soit et notamment par photocopie, réservées pour tous pays.

Dépôt légal D/2008/10.622/11
ISBN ; 978-2-87-455-086-7

Mise en page : Frame scri
Impression : Snel