

Le contrôle juridictionnel des « validations législatives » en France et en Belgique : un conflit de légitimités*

par

Géraldine ROSOUX

Assistante à l'Université de Liège

Référendaire à la Cour d'arbitrage

PLAN

Introduction

Chapitre I^{er} – Les contours de la notion de « validation législative »

§ 1^{er}. La « validation » législative

§ 2. Illégalité et législateur : le pouvoir de valider

§ 3. Essai de typologie

Chapitre II – La Cour européenne des droits de l'homme : un contrôle « marginal » des ingérences législatives à l'aune du droit au procès équitable

§ 1^{er}. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

§ 2. La prééminence du procès équitable : contrôle marginal, contrôle politique, contrôle moral ?

Chapitre III – La France : convergence vers une sévérité accrue des contrôles « conventionnel » et « constitutionnel » des validations législatives

§ 1^{er}. Le Conseil d'Etat

§ 2. Le Conseil constitutionnel

Chapitre IV – La Belgique : d'un contrôle de constitutionnalité des validations législatives à un contrôle de la légalité de l'acte validé

§ 1^{er}. Le principe d'égalité, vecteur du contrôle des validations législatives

§ 2. Le but poursuivi et la justification, éléments de qualification de l'intervention législative

§ 3. L'incidence de l'intervention législative sur les contrôles juridictionnels

§ 4. L'autorité de chose jugée, la réfection de l'acte et la nature de l'illégalité

Conclusion – Le contrôle de la légitimité des validations législatives ou vers un nouveau paradigme de la séparation des pouvoirs

Introduction

1. Le législateur souverain est progressivement devenu un législateur en liberté conditionnelle – ou, plus précisément, *conditionnée*¹.

Dans la conception traditionnelle de souveraineté du législateur, il relevait de sa toute-puissance de légiférer rétroactivement, de délivrer une interprétation authentique de dispositions existantes ou encore de « valider » un acte administratif entaché d'une illégalité en vue de le mettre à l'abri d'une éventuelle censure juridictionnelle. Paré de l'aura de la

* Travail de troisième cycle effectué dans le cadre du cours de « Droit constitutionnel comparé », année académique 2002-2003, mis à jour en février 2005.

¹ Voy. F. HAMON et C. WIENER, *La loi sous surveillance*, Ed. Odile Jacob, Paris, 1999, 285 pages.

légitimité démocratique, le pouvoir législatif trônait au sommet de la hiérarchie des pouvoirs ; il ne pouvait mal faire puisque « la Loi est l'expression de la volonté générale »².

En l'absence d'un contrôle juridictionnel – constitutionnel ou conventionnel – de la loi, les cris d'alarme de la doctrine³ étaient voués à demeurer de simples vœux platoniques.

2. La souveraineté du législateur a désormais fait place à une précaire omnipotence : le prestige de la loi décline à mesure que la censure juridictionnelle de l'œuvre législative déploie ses potentialités à l'instar de pseudopodes. « De théorique, le problème est devenu pratique et de fait »⁴.

Au niveau national, l'essor d'un contrôle de constitutionnalité des lois, s'il ravive l'archaïque crainte du gouvernement des juges⁵, érige la Constitution en contrainte *effective* adressée à l'activité législative : la loi n'est l'expression de la volonté générale *que* si elle respecte la Constitution⁶.

Au niveau européen, l'impulsion de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en faveur d'une garantie accrue des droits fondamentaux élève des garde-fous de plus en plus nombreux à l'activité législative.

Telle une peau de chagrin, la marge de manœuvre du législateur s'amenuise jusqu'à voir contrôler sa *légitimité*.

3. Jouissant d'un préjugé particulièrement défavorable, les ingérences législatives dans la fonction juridictionnelle seront les premières victimes des nouveaux organes de régulation législative. Plus question de court-circuiter une procédure défavorable à l'Etat. Plus question d'intervenir dans un litige pour en dicter la solution. Plus question de corriger *a posteriori* une erreur de l'administration. Présentant de multiples visages, ces procédés législatifs sont englobés sous le terme générique de « *validations législatives* ».

Par l'atteinte qu'elles impliquent tant à la séparation des pouvoirs⁷ qu'à la sécurité juridique ou aux droits individuels, en raison de leur effet rétroactif, ces validations législatives ont toujours été fortement décriées par la doctrine. L'émergence d'un contrôle de constitutionnalité et d'un contrôle européen des droits fondamentaux garantis par la Convention européenne des droits de l'homme a progressivement transformé ces critiques incantatoires en véritables contraintes pour le législateur.

4. Dans un premier chapitre, nous tenterons de cerner globalement les contours de cette notion de « validation législative ». Nous montrerons ensuite comment, sous l'impulsion

² Article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Voy. aussi P. PACTET, « La loi, permanence et changements » in *Mélanges René Chapus – Droit administratif*, Montchrestien, Paris, 1992, pp. 503-515.

³ M. LEROY, « Tout est perdu », *J.T.*, 1983, pp. 245-249 ; Ph. QUERTAINMONT, « Le déclin de l'Etat de droit », *J.T.*, 1984, pp. 278-285 ; M. A. VANDER STICHELE, « De l'exécution des décisions juridictionnelles en matière administrative », *R.J.D.A.*, 1975, pp. 1-22, ici pp. 19-21.

⁴ M. FROMONT, « Préface » précédant B. MATHIEU, *Les « validations » législatives – Pratique législative et jurisprudence constitutionnelle*, Economica, Paris, 1987, p. I.

⁵ Voy. notamment M. TROPER, « Le bon usage des spectres – Du gouvernement des juges au gouvernement par les juges », in *Le nouveau constitutionnalisme – Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, Economica, Paris, 2001, pp. 49-65.

⁶ Décision du Conseil constitutionnel n°85-197 DC du 23 août 1985. Voy. notamment Ph. BLACHER, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, P.U.F., Paris, 2001, 246 pages.

⁷ Voy. notamment M. LESAGE, *Les interventions du législateur dans le fonctionnement de la justice*, L.G.D.J., Paris, 1960, ici pp. 14 et s. Voy. aussi A. ALEN, « Séparation ou collaboration des pouvoirs ? », *A.P.T.*, 1990, pp. 221-236, ici p. 230 ; E. LIEKENDAEL, « La séparation des pouvoirs à l'aube du troisième millénaire », Discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation du 1^{er} septembre 1997, *J.T.*, 1997, pp. 553-564, ici pp. 554-555 ; A. VANWELKENHUYZEN, « La séparation des pouvoirs, 1831-1981 » in *De Grondwet honderdvijftig jaar*, Bruylant, Bruxelles, 1981, pp. 69-93, ici pp. 75-77.

de la Cour européenne des droits de l'homme (chapitre II), l'évolution jurisprudentielle du contrôle des validations législatives en France (chapitre III) et en Belgique (chapitre IV) traduit peut-être un nouveau rapport de forces au sein de la trinité des pouvoirs.

Chapitre I^{er} – *Les contours de la notion de « validation législative »*

5. Si, définir, c'est tracer une frontière⁸, de telle sorte que l'on puisse désigner avec certitude *ce qui est et ce qui n'est pas*, ce travail de délimitation est particulièrement périlleux en ce qui concerne les validations législatives. Utilisé dans une conception tantôt générique, tantôt spécifique, le terme *doctrinal* de « validation législative » génère un flou terminologique que nous souhaiterions, si cela est possible, tenter de dissiper.

Intuitivement, tout juriste semble appréhender la notion : le législateur « valide », « avalise », « consolide »⁹ une position favorable à l'Etat, en modifiant l'état du droit. Et cette validation suppose *nécessairement* – bien que cette considération puisse paraître simpliste – le pouvoir de valider.

Adoptant une approche par étape, nous envisagerons successivement l'opération de validation en elle-même (§ 1^{er}) avant d'envisager l'auteur et l'objet de la validation (§ 2) et enfin, de présenter les différentes classifications proposées par la doctrine (§ 3).

§ 1^{er}. *La « validation » législative*

6. Prenant comme point de départ de notre tentative de définition juridique le sens usuel des mots, nous lisons dans le *Petit Larousse* : « *Valider* : rendre ou déclarer valide » ; « *Valide* : qui n'est entaché d'aucune cause de nullité ».

La validation présente donc le visage de Janus : elle peut être *déclarative* ou *constitutive*. Cette nature bicéphale implique des opérations et un pouvoir intrinsèquement différents.

7. *Déclarative*, la validation se rapproche du label, de la certification : elle ne modifie pas un état, mais ne fait que *constater* un état préexistant, en l'occurrence, le fait de n'être affecté d'aucune cause de nullité. Ce constat ne se borne cependant pas à un simple état des lieux : il implique un *contrôle de conformité* et jouit du prestige attaché au contrôleur – la personne habilitée – qui a donné son « aval », sa garantie ; la force dont cette validation jouit se confond donc avec l'*autorité* – qu'elle soit juridique, sociale ou économique – de celui qui délivre son label.

C'est le sens des expressions « valider un test » ou « valider une élection » : soit on constate la validité, soit on *in-valide*, censure, rejette.

La validation dans cette première acception suppose qu'est dénié le pouvoir de changer un état, de rendre correct ce qui ne l'est pas.

8. A l'opposé, la validation *constitutive* opère la mutation d'un état par la purge d'une illégalité. C'est dans cette acception que l'on entend communément la « validation législative » : « *toute intervention du législateur modifiant rétroactivement l'état du droit pour mettre des actes administratifs à l'abri du recours contentieux* »¹⁰.

⁸ Comme le remarquait L. FRANÇOIS à propos de la définition du droit, « si l'on nous demande de définir un objet, c'est en supposant qu'il est possible d'y relever un trait qui permet ou plusieurs traits dont l'ensemble permet de le caractériser, c'est-à-dire de donner le moyen de ne le confondre avec aucun autre », voy. L. FRANÇOIS, *Le problème de la définition du droit*, Ed. Collection scientifique de la Faculté de droit de Liège, 1978, p. 69.

⁹ Ce terme de « consolidation législative » se réfère à la thèse de D. RENDERS, *La consolidation législative de l'acte administratif unilatéral*, Bruylant, Bruxelles, L.G.D.J., Paris, 2003, 492 pages.

¹⁰ C. BERGEAL, « Les validations législatives devant le Conseil d'Etat », *Concl. sur C.E., Ass.*, 11 juillet 2001, *Ministre de la défense c. Préaud, R.F.D.A.*, 2001, pp. 1047-1055, ici p. 1047. La définition du *Vocabulaire*

Dans leur remarquable étude sur les validations législatives, H. SIMONART et J. SALMON définissaient la notion de validation comme englobant les « diverses interventions du législateur ayant pour objet et pour effet la mise entre parenthèses du contrôle juridictionnel des actes administratifs ou à tout le moins du contrôle de légalité dont sont investies les juridictions administratives, les juridictions du pouvoir judiciaire et la Cour des comptes »¹¹.

Afin de sortir sa pleine effectivité, la validation législative doit donc présenter quatre caractères : elle doit (1) émaner d'un législateur au sens large¹² ; (2) mettre les actes administratifs à l'abri du contrôle des juridictions nationales, sous la seule réserve de la Cour constitutionnelle ; (3) opérer de manière rétroactive ; et enfin, (4) « ce qui découle de sa cause objective », couvrir une illégalité « avérée, patente ou, à tout le moins, problématique ».

Si les première et quatrième caractéristiques constituent selon nous moins des critères distinctifs de la notion de validation que des éléments intrinsèques au pouvoir de valider¹³, nous souhaiterions à ce stade de l'analyse envisager brièvement les deuxième et troisième caractéristiques, qui constituent selon nous les deux questions fondamentales de la notion de « validation législative » : le rôle de la rétroactivité et la question de l'interférence dans une procédure juridictionnelle.

9. Ainsi, la « couverture » d'une illégalité *implique* selon nous le caractère *rétroactif* de la « validation législative ». Cependant, si la plupart des définitions des validations évoquent leur caractère rétroactif, nous estimons pour notre part que la rétroactivité constitue un élément davantage accessoire que distinctif d'une validation.

Cette rétroactivité n'existe pas par elle-même, n'est *pas décidée en tant que telle* : puisqu'il s'agit de couvrir l'illégalité d'un acte administratif, la disposition aura nécessairement un effet rétroactif. Si la rétroactivité va de pair avec une validation, c'est parce qu'elle en est la conséquence logique, le revers de la technique. Elle n'en constitue pas une caractéristique intrinsèque, *mais une conséquence implicite*, dérivée de l'objet même – l'illégalité à couvrir – du procédé de validation. Mais cette rétroactivité, bien qu'implicite, n'en demeure pas moins selon nous¹⁴ un élément *nécessaire* à la définition de la « validation législative ».

10. Par ailleurs, la qualification de « validation » peut être envisagée essentiellement sous deux angles différents : l'accent peut être mis tantôt sur l'illégalité couverte et l'effet

juridique (dir. G. Cornu), 6^e éd., P.U.F., Paris, 2004, V^o Validation, p. 935, retient une « intervention du législateur en forme de loi destinée, à titre rétroactif ou préventif, à valider de manière expresse, indirecte ou même implicite un acte administratif annulé ou susceptible de l'être ». Voy. aussi X. PRETOT, « Les validations législatives – De la Constitution à la Convention européenne des droits de l'homme », *R.D.P.*, 1998, pp. 11-22, ici p. 11.

¹¹ H. SIMONART et J. SALMON, « Les validations législatives et le contrôle de la Cour d'arbitrage », *J.T.*, 1994, pp. 197-208, ici p. 198.

¹² Dans la Belgique fédérale coexistent plusieurs sources législatives. Sont considérés comme normes législatives, les lois émanant du législateur fédéral, les décrets émanant des législateurs communautaires et régionaux et enfin les ordonnances du législateur de la Région de Bruxelles-Capitale. Sur la problématique d'une différence entre des lois de validation et des décrets ou ordonnances de validation, voy. *infra*, n^{os}89-90.

¹³ Éléments liés à l'auteur et à l'objet de la validation, voy. *infra*, Chapitre I, §2.

¹⁴ D. RENDERS envisage et analyse dans sa thèse un phénomène plus large de « consolidation législative d'un acte administratif unilatéral », qui peut opérer *ex nunc*, voy. D. RENDERS, *La consolidation législative de l'acte administratif unilatéral*, *op. cit.*, pp. 51 et 178-185. Cependant, cette consolidation législative non-rétroactive, d'illustrations peu nombreuses, si elle est certes susceptible de couvrir une illégalité, mais seulement pour le futur, est selon nous bancale, car elle ne remplit alors que partiellement l'*objectif* poursuivi par la validation, et partant sa *ratio*, à savoir « mettre l'acte administratif à l'abri du contrôle des juridictions nationales » : sauf à établir que la disposition contenant l'illégalité *n'a pas ou n'a pu être appliquée* par le passé, cet objectif ne peut selon nous être complètement atteint qu'au moyen d'une disposition rétroactive.

rétroactif de la validation (*la validation envisagée objectivement*), tantôt sur le contexte, l'existence d'un procès en cours, et le but de la validation (*la validation envisagée subjectivement*). Ces deux approches répondent implicitement à la question, intimement liée à celle de la rétroactivité, du statut de la caractéristique évoquée ci-dessus : « mettre les actes administratifs à l'abri du contrôle des juridictions nationales ».

11. Si l'on envisage *objectivement* la validation, le contexte procédural importe peu. Qu'il y ait ou non une procédure pendante à laquelle l'Etat est partie et que cette procédure en l'occurrence se révèle défavorable à l'Etat, la validation *existera* en raison même de l'illégalité qu'elle couvre. Le fait de mettre les actes administratifs à l'abri des juridictions nationales apparaît dès lors non comme la cause de l'intervention législative, mais comme un *effet*, incident ou implicite. Cette protection à l'égard d'un contrôle juridictionnel se confond alors avec l'objet de la validation : *une illégalité*¹⁵.

N'impliquant aucun élément d'intentionnalité, cette approche objective, conditionnée par l'existence d'une illégalité, présente l'avantage d'une qualification aisée : dès qu'il y a illégalité couverte, il y a validation. Cependant, cette approche pourrait également induire qu'une intervention « innocente » du législateur confirmant un acte administratif, se révèle *a posteriori* constituer une validation. Tributaire d'une illégalité, la qualification serait dès lors toujours en suspens¹⁶.

12. Rencontrant cette difficulté, certains lient la validation à un élément d'intentionnalité : pour « valider », le législateur doit avoir pour but d'intervenir dans un procès qui apparaît défavorable à l'Etat. Dans cette optique *subjective* qui lie la qualification de « validation » à la volonté du législateur, la validation dépend de son contexte et d'une sorte de « dol législatif », la cause de l'intervention du législateur – un procès en cours.

Mais si l'accent est mis sur l'intervention dans un procès en cours, l'élément objectif consistant en l'existence, même sous-jacente, d'une illégalité, ne peut être négligé. La validation législative implique toujours, puisqu'elle concerne nécessairement une illégalité, *deux niveaux de la hiérarchie des normes*. Cette circonstance permet de distinguer la validation législative de la rétroactivité décidée *comme telle* ou de l'interprétation authentique, qui se situent au seul et même niveau législatif¹⁷ et qui ne couvrent pas *ipso facto* l'illégalité d'un acte administratif¹⁸.

¹⁵ Cette condition a été dépassée par D. RENDERS, qui définit la « consolidation législative », comme « l'opération par laquelle le législateur favorise, voire impose l'application d'[un] acte [administratif unilatéral] ou de son contenu, nonobstant une irrégularité potentielle ou avérée. Elle neutralise, de ce fait, totalement ou partiellement, a priori ou a posteriori, le pouvoir de censure des autorités chargées du contrôle de légalité. Sa mise en œuvre est réalisée au moyen d'une disposition rétroactive, déclarative de droit, interprétative ou d'application immédiate », voy. D. RENDERS, *La consolidation législative de l'acte administratif unilatéral*, op. cit., p. 55. Nous nous limiterons quant à nous, dans cette étude plus modeste, à une approche des « validations législatives », telles que nous tentons de les définir dans ce chapitre, envisagées comme constituant une catégorie spécifique des « consolidations législatives ».

¹⁶ Il s'agira alors selon nous d'une simple confirmation ou d'une « consolidation législative », telle que définie par D. RENDERS. Lorsque l'intervention législative a lieu, « indépendamment de toute interférence avec une procédure juridictionnelle », certains auteurs parlent de « validation préventive », voy. notamment M. GUYOMAR et P. COLLIN, « Chronique générale de jurisprudence administrative française » (C.E., Ass, 11 juillet 2001, *Ministre de la défense c. Préaud*), A.J.D.A., 2001, pp. 841-847, ici p. 845. B. MATHIEU utilise quant à lui le terme « validation préventive » comme étant une validation *sensu stricto* afin de prévenir l'annulation de l'acte, voy. B. MATHIEU, *Les « validations » législatives — Pratique législative et jurisprudence constitutionnelle*, Economica, Paris, 1987, pp. 108 et s. On le voit donc : le terme « validation législative » reçoit une conception extensive de la doctrine française, puisqu'il englobe des interventions législatives de nature distincte : rétroactivité, interprétation authentique, et même la validation d'actes privés, voy. *infra*, note 21.

¹⁷ Ainsi, la rétroactivité se distingue de la « validation législative », en ce qu'elle peut être décidée *comme telle* par le législateur, sans être la conséquence implicite du procédé de validation. L'affaire *Pressos Compania Naviera S.A. et autres c. Belgique*, portée devant la Cour européenne des droits de l'homme, concerne une

13. Globalement, l'approche de la doctrine belge semble se rattacher à la première conception, accordant une importance particulière à l'effet rétroactif d'une loi. La doctrine belge évoque d'ailleurs davantage la problématique de la *rétroactivité* que celle des *lois de validation*, qui semble davantage française.

La doctrine française semble adopter par contre l'approche subjective. La conception française dépasse même ce cadre car elle entend la « validation législative » comme un terme *générique* englobant les interventions protéiformes du législateur dans un procès¹⁹ : validations *sensu stricto*, législations rétroactive ou interprétative²⁰, voire même la validation d'actes privés²¹.

14. A la croisée des optiques objective et subjective, nous proposons une définition simple de la « validation législative » : *l'intervention du législateur en vue de couvrir l'illégalité d'un acte administratif*. Nous envisageons donc une validation constitutive, à deux niveaux de la hiérarchie des normes, intervenue en connaissance de cause, c'est-à-dire dans le but d'influer sur la solution d'un litige.

Et cette validation suppose le *pouvoir* de rendre valide ce qui ne l'était pas.

§ 2. Illégalité et législateur : le pouvoir de valider

15. Le pouvoir de valider peut exister *de facto* ou *de iure*.

Cette distinction illustre combien est mince la frontière entre une validation qui ne peut être *que* déclarative et une validation constitutive. En effet, si l'on admet qu'une validation déclarative ne peut opérer qu'un constat de validité et non la mutation d'un état, contrairement à la validation constitutive, force est de constater cependant que l'erreur est humaine.

En raison de cette marge d'erreur, il se peut que *de facto*, une validation déclarative se révèle être une validation constitutive, en raison de l'*autorité* liée à la personne qui la décerne.

illustration de la rétroactivité qui induit une ingérence du législateur dans un procès en cours, mais non la couverture d'un acte administratif, voy. *infra*, n°27.

¹⁸ Nous estimons que des législations qui se présentent comme « rétroactives » ou « interprétatives » peuvent constituer des validations législatives si elles ont pour but (non avoué) de couvrir l'illégalité d'un acte administratif, voy. H. SIMONART et J. SALMON, « Les validations législatives et le contrôle de la Cour d'arbitrage », *op. cit.*, p. 201.

¹⁹ B. MATHIEU vise sous le terme générique de « validation législative » toutes les interventions du législateur qui « tendent à ce qu'un acte administratif, ou son contenu, soit préservé du contrôle juridictionnel, ou de ses effets », voy. B. MATHIEU, *Les « validations » législatives — Pratique législative et jurisprudence constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 3. Voy. aussi les définitions précitées d'H. SIMONART et J. SALMON, *supra*, n°8 et de C. BERGEAL, « Les validations législatives devant le Conseil d'Etat », *Concl. sur C.E., Ass.*, 11 juillet 2001, *Ministre de la défense c. Préaud*, *op. cit.*, p. 1047.

²⁰ En Belgique, l'interprétation des lois et des décrets par voie d'autorité n'appartient respectivement qu'aux lois et décrets, en vertu des articles 84 et 133 de la Constitution. Constatons que, formellement, compte tenu de sa place dans la Constitution, ce pouvoir ne concerne que les décrets des communautés et non des régions et que ce pouvoir n'est pas reconnu aux ordonnances de la Région de Bruxelles-Capitale.

²¹ La doctrine française parle ainsi de « loi de validation » à propos d'une loi qui, sous réserve des décisions passées en force de chose jugée, réputait réguliers les *contrats de prêt* conclus en l'absence du tableau d'amortissement requis par la jurisprudence de la Cour de cassation, voy. B. MATHIEU, « Une jurisprudence qui pêche par excès de timidité », *obs. sous Cass.*, 20 juin 2000, *R.F.D.A.*, 2000 pp. 1201-1205 ; M.-L. NIBOYET, « La conformité à la Convention EDH de la loi de validation du 12 avril 1996 : 'l'affaire du tableau d'amortissement' – Epilogue judiciaire ? », *Dalloz*, 2000, n°33, pp. 699-702 ; J. SAINTE-ROSE, « Le contrôle de la conventionnalité des validations législatives par le juge judiciaire », *Concl. sur Cass.*, 20 juin 2000, *Banque Crédit Lyonnais et M. et Mme Lecarpentier*, *R.F.D.A.*, 2000, pp. 1189-1200. Nous n'aborderons pas cette « validation » d'actes privés, qui consiste, *en l'absence d'une illégalité d'un acte administratif*, à modifier rétroactivement l'état du droit, à savoir la jurisprudence judiciaire ; la rétroactivité est décidée comme telle.

En l'absence de recours contre la situation ainsi créée, aura été engendré, *de facto*, un pouvoir de rendre valide.

Une validation constitutive implique en principe un pouvoir *de iure*. Dans l'hypothèse d'une validation législative, cette possibilité devient une nécessité : sous peine de remettre en cause l'Etat de droit, cette intervention du législateur dans une procédure judiciaire pour influencer sur le litige, cet « exercice exorbitant du pouvoir de légiférer »²², doit jouir d'un fondement juridique.

16. En France et en Belgique, le pouvoir de procéder à une validation résulte non d'un texte juridique au sens large, mais de la *hiérarchie des normes*, issue de la tradition kelsénienne. Cette hiérarchie découle, pour la France, de la lecture combinée des articles 34 et 37 de la Constitution²³ et pour la Belgique, de l'article 159 de la Constitution²⁴.

Le législateur peut opérer la validation d'un acte administratif illégal, parce que la loi se situe à un échelon supérieur de la hiérarchie des normes²⁵, parce qu'elle n'est pas, contrairement à l'acte administratif²⁶, soumise au juge administratif ou judiciaire.

Parce qu'elle est « loi », elle peut déroger au principe de légalité ; elle peut opérer un changement de la légalité, *avec effet rétroactif*. Sous réserve des garde-fous élaborés par la jurisprudence et par le droit international²⁷, le pouvoir de déroger au principe selon lequel « la loi ne dispose que pour l'avenir »²⁸ est un privilège du pouvoir législatif²⁹. La validation reste donc « l'apanage de l'organe titulaire du pouvoir législatif, c'est-à-dire normalement le Parlement »³⁰. Le pouvoir législatif dispose par conséquent du *choix*³¹ de soutenir ou non l'action du pouvoir exécutif. La validation trouve donc son origine dans la collaboration des pouvoirs exécutif et législatif dans l'élaboration de la loi³².

²² D. PERROT, « Validation législative et actes administratifs unilatéraux – Observations à la lumière de la jurisprudence récente », *R.D.P.*, 1983, pp. 983-1012, ici p. 984.

²³ Ces deux articles se situent dans le titre V « Des rapports entre le Gouvernement et le Parlement » de la Constitution. Les articles 34 et 37 déterminent respectivement le domaine de la loi et celui du règlement. Voy. notamment O. GOHIN, « Le Conseil d'Etat et le contrôle de la constitutionnalité de la loi », *R.F.D.A.*, 2000, pp. 1175-1188, spéc. p. 1180 ; L. HAMON et J. VAUDIAUX, « Chronique constitutionnelle et parlementaire française – Vie et droit parlementaires », *R.D.P.*, 1968, pp. 364-374, spéc. pp. 368-369.

²⁴ En vertu de l'article 159 de la Constitution, « les cours et tribunaux n'appliqueront les arrêtés et règlements généraux, provinciaux et locaux, qu'autant qu'ils seront conformes aux lois ».

²⁵ Voy. D. RENDERS, « La subsidiarité au regard de la pratique des validations législatives » in F. DELPEREE (dir.), *Le principe de subsidiarité*, L.G.D.J., Paris, Bruylant, Bruxelles, 2002, pp. 285-289, ici p. 287. L'auteur parle de subsidiarité « hiérarchique » ou « organique ».

²⁶ B. MATHIEU, *Les « validations » législatives — Pratique législative et jurisprudence constitutionnelle*, op. cit., pp. 27-31.

²⁷ Ainsi, le principe de non-rétroactivité des lois pénales d'incrimination s'impose au législateur, en vertu de l'article 7, §1^{er}, de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article 15.1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

²⁸ En vertu de l'article 2 du Code civil : « La loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif ». Il peut donc être dérogé par la loi au principe *légal* de non-rétroactivité des lois contenu dans cet article.

²⁹ Voy. A. WERNER, « Contribution à l'étude de l'application de la loi dans le temps en droit public », *R.D.P.*, 1982, pp. 737-771, ici p. 744. Ce privilège sera confirmé par le Conseil constitutionnel dans sa décision n°2002-458 DC du 7 février 2002, qui considère que « le législateur peut, *comme lui seul est habilité à le faire*, valider un acte administratif dans un but d'intérêt général suffisant (...) » (C'est nous qui soulignons) ; sur cette décision, voy. *infra*, n°55 et note 139.

³⁰ D. PERROT, « Validation législative et actes administratifs unilatéraux – Observations à la lumière de la jurisprudence récente », op. cit., p. 987.

³¹ La loi de validation peut ainsi être issue d'une initiative du Gouvernement, ou de manière plus exceptionnelle, du Parlement.

³² D. PERROT, « Validation législative et actes administratifs unilatéraux – Observations à la lumière de la jurisprudence récente », op. cit., pp. 986-1001.

17. En vertu de la hiérarchie des normes, le législateur peut donc déroger aux règles législatives qui s'imposent aux actes administratifs, *sans* pouvoir cependant déroger aux règles qui s'imposent au législateur lui-même : il ne pourrait donc en principe³³ couvrir une inconstitutionnalité ou une inconstitutionnalité d'un acte administratif.

18. La souveraineté traditionnellement reconnue au législateur lui conférait ainsi le pouvoir de déroger au principe de légalité. Ce *pouvoir* de valider reposait essentiellement sur la marge de manœuvre du législateur, sur sa liberté d'action : ce pouvoir était par conséquent *implicitement* lié à la nature de l'acte législatif³⁴.

Son intervention était « l'arme suprême »³⁵ pour couvrir une illégalité. Avant l'instauration d'un contrôle de constitutionnalité ou de conventionnalité des lois, les objections d'atteinte à la séparation des pouvoirs apparaissaient comme des vœux pieux ou des incantations. Avant l'instauration d'un contrôle de la loi, il existait bel et bien, quoiqu'implicite, un pouvoir de valider.

Le développement des jurisprudences constitutionnelle et conventionnelle a transformé ce pouvoir absolu en un *pouvoir relatif*. Pour être exact, il n'y a plus de pouvoir de valider : il y a une *capacité à valider*.

§ 3. Essai de typologie

19. La doctrine avide de rationalisation apprécie particulièrement les typologies. Ainsi, la doctrine a élaboré une classification des protéiformes « validations législatives » en *quatre* catégories³⁶ : la validation par habilitation, la validation par substitution, la validation par ratification et la validation *sensu stricto*.

Cette typologie permet de découvrir les effets différents des multiples visages des validations, le choix de l'une ou l'autre formule influant directement sur la nature ou l'efficacité d'un contrôle juridictionnel.

20. La *validation par habilitation*³⁷ consiste à conférer une autorisation expresse du législateur à l'administration de prendre certaines mesures³⁸. Cette habilitation peut prendre deux formes : soit une autorisation conférée à l'administration d'adopter des mesures rétroactives, autorisant par exemple la réfection rétroactive de l'acte annulé par

³³ Voy. cependant, en ce qui concerne la jurisprudence du Conseil constitutionnel français, *infra*, n°51-53.

³⁴ La loi de validation n'a par ailleurs pas de contenu matériel ; elle est une loi *purement formelle*. Selon J.-M. AUBY, la loi de validation « n'est pas une loi au sens de l'article 34 de la Constitution mais un acte en forme législative », voy. J.-M. AUBY, « Sur une validation législative (C.E., 24 octobre 1973, *Secrétaire d'Etat auprès du Premier Ministre chargé de la Jeunesse, des Sports et Loisirs*) », Note de jurisprudence, *R.D.P.*, 1974, pp. 1498-1508, ici pp. 1507-1508.

³⁵ M. A. FLAMME, « Pour un contrôle juridictionnel plus efficace de l'administration », *J.T.*, 1972, pp. 417-423 et 439-443, ici p. 442.

³⁶ Nous opérons essentiellement une synthèse de l'article d'H. SIMONART et J. SALMON, « Les validations législatives et le contrôle de la Cour d'arbitrage », *précité*, et du livre de B. MATHIEU, *Les « validations » législatives — Pratique législative et jurisprudence constitutionnelle, précité*. Voy. aussi P. POPELIER, « Legislatieve 'validatie' : een kwestie van wetgevingstechniek » in M. ADAMS et L. J. WINTGENS (éds.), *Wetgeving in theorie en praktijk*, Maklu, Anvers, 1994, pp. 77-94, ici pp. 80-81.

³⁷ B. MATHIEU, *Les « validations » législatives — Pratique législative et jurisprudence constitutionnelle, op. cit.*, p. 39 et s. ; H. SIMONART et J. SALMON, « Les validations législatives et le contrôle de la Cour d'arbitrage », *op. cit.*, p. 201.

³⁸ M. MELCHIOR, « La Cour d'arbitrage et les droits fondamentaux » in *Le point sur les droits de l'homme*, C.U.P., vol. 39, mai 2000, pp. 7-30, ici pp. 24-30, où l'auteur distingue la confirmation législative, l'abrogation rétroactive et la modification rétroactive du contenu du droit. Nous assimilons pour notre part ces deux derniers procédés, pour autant que les caractéristiques d'une validation soient présentes, à des validations *par habilitation*.

l'administration³⁹ ; soit une autorisation délivrée dans une législation à effet rétroactif conférant *a posteriori* un fondement matériel à des actes administratifs.

Ces deux formes d'habilitation se distinguent essentiellement par l'auteur de la correction : la première hypothèse nécessite un acte supplémentaire à la seule habilitation du législateur, puisque c'est l'administration elle-même qui opère la réfection ; dans la seconde hypothèse, le seul effet rétroactif de la loi d'habilitation suffit.

La technique ne peut s'analyser comme le maintien formel d'un acte administratif illégal : *c'est un soutien du législateur à un acte administratif qui conserve son régime juridique et contentieux initial*. L'acte validé reste donc soumis au contrôle juridictionnel des actes administratifs, mais les moyens invoqués à son rencontre se trouveront privés d'effets.

C'est – pour utiliser une image empruntée à la médecine – la « *guérison* » de l'acte administratif.

21. Par une *validation par substitution*⁴⁰, le législateur reproduit le contenu de l'acte administratif illégal dans une disposition législative identique à effet rétroactif⁴¹.

La même disposition matérielle mène donc une double vie à deux niveaux de la hiérarchie des normes ; elle dispose alors de deux destins parallèles. L'acte administratif en cause restera soumis au contrôle juridictionnel qui lui est propre. Les critiques qui lui sont adressées conservent leur pertinence, mais l'annulation éventuelle de l'acte administratif n'empêchera pas la survie, *sous une forme législative*, du contenu matériel de l'acte administratif annulé.

C'est le « *dédoulement sous forme législative* » de l'acte administratif.

22. Alors que les deux premières interventions du législateur visent à sauvegarder le contenu de l'acte administratif, la *validation par ratification*⁴² tend à maintenir en vigueur l'acte administratif lui-même en modifiant sa nature juridique.

Le législateur s'approprie le contenu de l'acte, l'assume, en conférant à l'acte administratif *force de loi*. Il en résulte une modification importante du régime contentieux : puisque l'acte administratif ainsi ratifié perd sa nature « administrative », le contrôle juridictionnel des actes administratifs cèdera sa place au contrôle de constitutionnalité des lois.

Il s'agit donc d'une « *réincarnation* » de l'acte administratif.

³⁹ Nous estimons qu'une habilitation donnée à l'administration de prendre des mesures rétroactives *alors que ces mesures ne sont pas encore prises* ne peut *prima facie* s'analyser comme une validation, voy. *contra* B. MATHIEU, *Les « validations » législatives — Pratique législative et jurisprudence constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 40.

⁴⁰ B. MATHIEU, *Les « validations » législatives — Pratique législative et jurisprudence constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 43 et s. ; H. SIMONART et J. SALMON, « Les validations législatives et le contrôle de la Cour d'arbitrage », *op. cit.*, p. 200.

⁴¹ En l'absence d'effet rétroactif, la nouvelle disposition législative produisant des effets pour l'avenir ne peut s'analyser comme une validation, mais comme une correction, une régularisation du droit. Voy. *contra*, B. MATHIEU, *Les « validations » législatives — Pratique législative et jurisprudence constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 44-45. Sur la notion de régularisation, voy. B. MATHIEU, *Les « validations » législatives — Pratique législative et jurisprudence constitutionnelle*, *op. cit.*, pp. 16 et s.

⁴² B. MATHIEU, *Les « validations » législatives — Pratique législative et jurisprudence constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 57 et s. ; H. SIMONART et J. SALMON, « Les validations législatives et le contrôle de la Cour d'arbitrage », *op. cit.*, pp. 199-200. Il se peut que la « ratification » soit elle-même prévue par la Constitution. Ainsi, l'article 38 de la Constitution française de 1958 prévoit la ratification d'ordonnances : en l'absence d'illégalité couverte, cette ratification est à distinguer d'une validation. Voy. C. MAUGÛE, « La portée de la ratification des ordonnances au regard de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme », *Concl. sur C.E.*, 8 décembre 2000, *Hoffer et autres, R.F.D.A.*, 2001, pp. 454-458. Nous utiliserons dans la suite de cet article le vocable de « confirmation » pour désigner la transformation d'un acte administratif en un acte législatif, lorsqu'il n'y a pas couverture d'une illégalité.

23. La validation par modification du régime contentieux ou validation *sensu stricto*⁴³ n'essaie même pas de supprimer l'illégalité de l'acte administratif, elle « relève » seulement l'acte de son illégalité : *l'illégalité demeure, mais ne peut empêcher l'application de l'acte*. Cette validation constitue l'exemple-type d'une ingérence dans le procès puisqu'elle tend expressément à empêcher le contrôle juridictionnel de l'acte ou la mise en œuvre d'une décision de justice.

C'est l'« *absolution* » ou la « *résurrection* » de l'acte administratif – selon que l'acte a ou non été annulé.

* * *

24. Le législateur dispose donc d'un arsenal de validations à géométrie variable. Mais ces multiples « remèdes » à l'illégalité d'un acte administratif vont progressivement se heurter à l'émergence des contrôles juridictionnels de la loi, qui vont réagir aux atteintes aux droits subjectifs des individus que ces interventions législatives impliquent. Le droit au procès équitable va ainsi permettre à la Cour européenne des droits de l'homme de contourner les interventions législatives en cours de procédure.

Chapitre II – La Cour européenne des droits de l'homme : un contrôle « marginal » des ingérences législatives à l'aune du droit au procès équitable

25. Par le prisme du *droit au procès équitable* garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme⁴⁴, la Cour européenne des droits de l'homme a développé une jurisprudence qui appréhende de manière globale les ingérences législatives dans un procès en cours⁴⁵ – et non seulement les validations – sous l'angle de *l'égalité des armes*.

Cette égalité des armes, qui implique l'obligation « d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire »⁴⁶, s'oppose donc à une législation dont le seul but serait d'influer sur un litige en cours. Si leur angle d'attaque diffère, on peut cependant se demander si les optiques interne et européenne ne forment pas les deux faces d'une même médaille : *le droit à un procès équitable ne constitue-t-il pas la conception européenne de la séparation des pouvoirs ?*

Après une présentation succincte de cette jurisprudence d'« enserrement » des interventions législatives en cours de procédure (§ 1^{er}), nous tâcherons d'en tirer quelques enseignements (§ 2).

§ 1^{er}. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

26. Dans l'arrêt *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis* de 1994, la Cour censure pour la première fois une ingérence du législateur grec opérée via une *loi*

⁴³ B. MATHIEU, *Les « validations » législatives — Pratique législative et jurisprudence constitutionnelle*, op. cit., p. 105 et s. ; H. SIMONART et J. SALMON, « Les validations législatives et le contrôle de la Cour d'arbitrage », op. cit., pp. 198-199.

⁴⁴ L'article 6, §1^{er}, de la Convention européenne des droits de l'homme garantit que « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle ».

⁴⁵ Voy. notamment, pour un aperçu général, X. PRETOT, « Les validations législatives et le droit au procès équitable », *R.D.P.*, 2001, pp. 23-36 ; C. SANDRAS, « Les lois de validation, le procès en cours et l'article 6, §1^{er} de la Convention européenne des droits de l'homme », *R.T.D.H.*, 2002, pp. 627-657 ; L. SERMET, « Rétroactivité et Convention européenne des droits de l'homme », *R.F.D.A.*, 1998, pp. 990-999 ; H. SIMONART, « Droit à un procès équitable et intervention législative en cours de procédure » in *Mélanges offerts à Silvio Marcus Helmons*, Bruylant, Bruxelles, 2003, pp. 297-307.

⁴⁶ Arrêt de la Cour E.D.H. *Dombo Beheer B.V. c. Pays-Bas* du 27 octobre 1993, A-274, point 33.

interprétative – par nature rétroactive – qui intervenait manifestement pour contrecarrer une sentence arbitrale en défaveur de l'Etat grec⁴⁷.

En ce qui concerne l'article 6 de la Convention, si la Cour ne remet pas en cause le souci du peuple grec de restaurer un régime démocratique, elle ne peut cependant perdre de vue *ni le calendrier ni les modalités de l'adoption* de cette disposition dite interprétative : « *force est de constater que l'intervention du législateur en l'espèce eut lieu à un moment où une instance judiciaire à laquelle l'Etat était partie se trouvait pendante* »⁴⁸. Cette considération semble instaurer une sorte de présomption de mauvaise foi du législateur.

La Cour pose ensuite les jalons d'une liberté surveillée pour le législateur, la phrase qui allait devenir son leitmotiv : « *Le principe de la prééminence du droit et la notion de procès équitable consacrés par l'article 6 s'opposent à toute ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice dans le but d'influer sur le dénouement judiciaire d'un litige* ». La censure de la Cour s'explique donc essentiellement par l'objectif poursuivi par le législateur : le « dol législatif » est désormais banni.

En ce qui concerne le droit de propriété garanti par l'article 1^{er} du Premier Protocole additionnel à la Convention⁴⁹, la Cour a estimé que la sentence arbitrale conférait aux requérants un droit aux sommes accordées, droit qui constitue un « bien » au sens de la Convention. La disposition législative, en rendant impossible l'exécution de la sentence arbitrale, constituait donc, *outre une violation du droit au procès équitable*, une ingérence disproportionnée de l'Etat dans le droit de propriété des requérants.

27. Dans l'arrêt *Pressos Compania Naviera S.A. et autres c. Belgique* de 1995, concernant une loi rétroactive⁵⁰, la Cour, après un constat de la violation du « droit au respect

⁴⁷ Arrêt de la Cour E.D.H. *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c. Grèce* du 9 décembre 1994, A-301-B. Voy. J.-F. FLAUS, « Actualité de la CEDH », *A.J.D.A.*, 1994, p. 26. Sous le régime militaire, un contrat avait été conclu entre l'Etat et Monsieur Andreadis en vue de la construction de raffineries, mais n'avait cependant pas été exécuté par l'Etat. Après le rétablissement de la démocratie, le Gouvernement estima ce contrat « préjudiciable à l'économie », sur la base d'une loi « unique » de 1975 prise en application de la Constitution et jouissant donc d'une valeur supralégislative. Le requérant attaqua cette décision devant le tribunal de grande instance, qui lui accorda des dommages-intérêts. Le Gouvernement réagit en invoquant la clause d'arbitrage contenue dans le contrat résilié. Face à une sentence arbitrale accordant une indemnisation au requérant, l'Etat changea de stratégie en adoptant dans une loi « relative à la participation obligatoire de l'Etat aux entreprises privées (...) et au rachat de parts » un article précisant *l'interprétation authentique* de la loi de 1975 : la résiliation des contrats conclus durant le régime militaire entraîne l'annulation de plein droit des clauses d'arbitrage, les sentences arbitrales ne sont plus valides ni exécutoires et toute prétention sur base desdits contrats est prescrite. L'assemblée plénière de la Cour de cassation estima cette disposition constitutionnelle. Cette technique d'interprétation authentique, qui a certes pour vocation d'entériner une position favorable à l'Etat, mais non de consolider un acte administratif, ne constitue donc pas une « validation législative » telle que nous l'avons définie *supra*, n°14.

⁴⁸ Point 47 de l'arrêt *Raffineries grecques* précité.

⁴⁹ L'article 1^{er} du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme dispose : « *Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit dont disposent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou amendes.* »

⁵⁰ Arrêt de la Cour E.D.H. *Pressos Compania Naviera S.A. et autres c. Belgique* du 20 novembre 1995, A-332. Voy. Ch. PETTITI, obs. sous l'arrêt précité, *Gaz. Pal.*, 12 octobre 1996, p. 538. Les requérants, propriétaires de navires et armateurs, avaient attaqué l'Etat en responsabilité pour les fautes du pilote ayant causé des accidents dans les eaux territoriales belges. Suite à une jurisprudence défavorable à l'Etat, le législateur belge adopta une loi de 1988 « modifiant la loi du 3 novembre 1967 sur le pilotage des bâtiments de mer », qui instaurait avec un *effet rétroactif de trente ans* (en raison de la prescription trentenaire de l'époque), une exonération de la responsabilité de l'Etat pour les accidents de pilotage dans les eaux belges. Voy. sur cette loi, A. VAN OEVELEN, « De wet van 30 augustus 1988 tot wijziging van de wet van 3 november 1967 betreffende het loodsen van zeevaartuigen : te verregaande aansprakelijkheidsvrijstellingen en een ongehoord verre retroactiviteit », *R.W.*,

des biens » garanti par l'article 1^{er} du Premier Protocole additionnel à la Convention, a estimé que les griefs de violation de l'article 6 de la Convention *se confondaient* avec ceux de l'article 1^{er} du Premier Protocole et n'impliquaient dès lors pas d'examen séparé⁵¹.

Si des considérations budgétaires et le souci d'harmonisation du droit belge pouvaient justifier un régime particulier de responsabilité, « *ils ne pouvaient pas légitimer une rétroactivité dont le but et l'effet étaient de priver les requérants de leurs créances en indemnisation* »⁵². Le législateur ne peut donc réécrire son passé.

Par la référence à l'effet de la rétroactivité de la législation, la Cour semble introduire un élément « objectif » d'appréciation de l'intervention en cours de procédure.

28. Dans l'affaire *Papageorgiou c. Grèce* de 1997, la Cour de Strasbourg censure un nouveau « dol » commis par le législateur grec, intervenu pour déclarer prescrite toute prétention relative à des cotisations de sécurité sociale et annuler toute procédure y afférente devant quelque juridiction que ce soit⁵³.

La Cour considère qu'« *en principe, le pouvoir législatif n'est pas empêché de réglementer, par de nouvelles dispositions, des droits découlant de lois antérieurement en vigueur* »⁵⁴. Autrement dit, le procès équitable ne peut générer une paralysie de l'activité législative. Cependant, après avoir rappelé la prééminence du droit et de la notion de procès équitable, la Cour procède à un examen de la législation grecque au regard d'un *triptyque* de contrôle : l'effet produit par le contenu de la disposition législative, combiné avec la *méthode* et le *moment* de son adoption⁵⁵.

Or, par l'effet de l'article en cause, les prétentions des requérants étaient prescrites et toute procédure en cours annulée : la disposition en cause adoptée à un moment si crucial de la procédure devant la Cour de cassation réglait en réalité le fond du litige et rendait vaine la continuation de celle-ci, et partant, constituait une violation du droit au procès équitable.

1988-1989, pp. 946-959. La Cour d'arbitrage, dans ses arrêts n^{os}25/90 du 5 juillet 1990 et 36/90 du 22 novembre 1990, considéra que si la rétroactivité portait atteinte au principe fondamental de sécurité juridique, cette atteinte n'était pas disproportionnée à l'objectif du législateur et qu'il n'y avait donc pas de discrimination entre les litiges terminés (qui échappaient à l'application de la loi de 1988) et ceux qui ne l'étaient pas (C.A., n^o25/90, 8.B.7.1 à 8.B.7.3). Voy. X. DELGRANGE et L. HARDY DE BEAULIEU, « Responsabilité des pouvoirs publics et rétroactivité de la loi – Le cas du pilotage des bâtiments de mer », *R.G.A.R.*, 1991, n^o 11.756, pp. 1-7. Suite à l'arrêt de la Cour de Strasbourg, le législateur a supprimé cet effet rétroactif de trente ans par une loi du 26 juin 2002 « portant modification de l'article 3bis de la loi du 3 novembre 1987 sur le pilotage des bâtiments de mer, modifiée par la loi du 30 août 1988 », *Moniteur belge* du 1^{er} octobre 2002. Comme nous l'avons déjà signalé, la rétroactivité d'une loi interprétative ne constitue pas en soi une validation législative.

⁵¹ Contrairement à la Commission européenne des droits de l'homme, qui suggérait un examen distinct des griefs, à l'instar de l'arrêt *Raffineries grecques* précité.

⁵² Point 43 de l'arrêt *Pressos Compania Naviera* précité.

⁵³ Arrêt de la Cour E.D.H. *Papageorgiou c. Grèce* du 22 octobre 1997. Des contestations avaient surgi à propos des retenues opérées par l'Entreprise publique d'électricité en vue de verser des cotisations à l'Organisme pour l'emploi de la main d'œuvre. Après des décisions favorables aux requérants devant les juridictions de fond et alors même que la procédure était pendante devant la Cour de cassation, l'Etat adopta une disposition législative qui déclarait prescrite toute prétention relative aux cotisations en cause et annulait toute procédure y afférente devant quelque juridiction que ce soit. En raison de cette intervention législative, la Cour de cassation cassa l'arrêt, considérant notamment qu'« *il résulte du principe de la séparation des pouvoirs (...) que le pouvoir législatif n'est pas empêché de supprimer en se fondant sur de nouvelles règles de droit – par voie de prescription – des droits qui ont été acquis conformément à des règles juridiques en vigueur dans le passé, même si ces droits ont été reconnus par des décisions judiciaires définitives* ». Dans la mesure où il n'y a pas d'acte administratif illégal, cette ingérence législative ne constitue pas une hypothèse de « validation » telle que nous l'avons définie.

⁵⁴ Point 37 de l'arrêt *Papageorgiou* précité.

⁵⁵ Point 38. Elle rappellera cette trilogie dans l'arrêt *Zielinski*, point 58, en la consacrant ainsi comme l'aune de son contrôle de l'ingérence législative au regard du droit à un procès équitable.

29. L'arrêt *National & Provincial Building society, Leeds permanent Building society et Yorkshire Building society c. Royaume-Uni* de 1997⁵⁶ est sans doute la première et unique décision strasbourgeoise à ce jour qui concerne une « validation législative »⁵⁷, telle que nous avons tenté de la définir.

Cependant, si le Gouvernement anglais avait admis que le *but* du législateur était de contrecarrer les procédures en cours, la validation des règlements adoptés en vue d'instaurer un nouveau régime de taxation des « building societies » correspondait à *ce qui était l'intention initiale du Parlement* : cette considération va constituer la *clé de voûte* de l'examen de la Cour.

Tout d'abord, en ce qui concerne la violation de l'article 1^{er} du Premier Protocole additionnel, la Cour constate que bien que l'intervention législative ait eu pour *effet* d'éteindre les créances des requérantes, sa *finalité* ultime n'était pas dépourvue de base raisonnable, puisque le législateur entendait rétablir et réaffirmer son intention initiale⁵⁸. Il était d'un « *intérêt général évident et impérieux* »⁵⁹ d'éviter qu'un changement de régime de taxation ne prive le fisc de recettes en raison de simples failles de la législation. En conséquence, la Cour estime qu'il n'y a pas eu violation de l'article 1^{er} du Premier Protocole.

Ensuite, en ce qui concerne la violation de l'article 6 de la Convention, la Cour rappelle que le droit à un tribunal n'est pas absolu, que les Etats jouissent en la matière « *d'une certaine marge d'appréciation* »⁶⁰. Cependant, une limitation du droit d'accès à un tribunal « *ne se concilie avec l'article 6§1 que si elle tend à un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé* »⁶¹.

La Cour examine ensuite les intentions respectives des parties en présence. Elle constate que si la législation avait pour but de vouer à l'échec toute tentative des requérantes de poursuivre leurs actions en justice, les procédures engagées constituaient toutefois une stratégie délibérée « en vue de pervertir l'intention initiale du Parlement »⁶². Il était *prévisible* que l'on ne renoncerait pas aisément aux considérations d'intérêt général qui justifiaient une validation législative, de telle sorte que les requérantes ne peuvent *légitimement*⁶³ se plaindre d'une violation de l'article 6, §1^{er}, de la Convention.

30. En 1999, la Cour de Strasbourg rend l'arrêt de principe *Zielinski et Pradal et Gonzalez et autres c. France*⁶⁴, qui semble constituer le point d'orgue de la jurisprudence

⁵⁶ Arrêt de la Cour E.D.H. *National & Provincial Building society, Leeds permanent Building society et Yorkshire Building society c. Royaume-Uni* du 23 octobre 1997. Voy. J.-F. FLAUSS, « Actualité de la CEDH », *A.J.D.A.*, 1998, pp. 989-990 ; L. SERMET, « Rétroactivité et Convention européenne des droits de l'homme », *précité*. La modification du régime de taxation des « building societies » (qui avaient en droit anglais le statut de « caisses mutuelles de dépôt ») a entraîné une *période de décalage* résultant du passage d'un système dit « d'avance » à un système « sur base réelle ». Selon l'intention du Parlement, le nouveau régime visait une neutralité fiscale. Cependant, les « building societies » alléguèrent devant les juridictions une double imposition. Suite au succès de l'une d'elles, le législateur anglais valida par deux fois le règlement qui instaurait ce nouveau régime et permettait la taxation des intérêts perçus pendant la période de décalage, sous réserve cependant de la décision définitive obtenue par une des « building societies ». La Cour de Strasbourg va constater qu'il était de l'intention du législateur de prendre en compte les intérêts versés durant la période transitoire et que cette prise en compte n'entraînait, contrairement à ce qu'alléguaient les requérants, aucune double imposition.

⁵⁷ Il s'agit d'une hypothèse de *validation par ratification*, voy. *supra*, n°22.

⁵⁸ Point 81 de l'arrêt *Building societies* précité.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ Point 105 de l'arrêt *Building societies* précité.

⁶¹ *Ibid.*

⁶² Point 111 de l'arrêt *Building societies* précité.

⁶³ Point 113 de l'arrêt *Building societies* précité.

⁶⁴ Arrêt de la Cour E.D.H. *Zielinski et Pradal et Gonzalez et autres c. France* du 28 octobre 1999. Voy. S. BOLLE, « L'inconventionnalité d'une validation législative conforme à la Constitution : l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 28 octobre 1999, *Zielinski et Pradal et Gonzalez et autres c/ France* »,

strasbourgeoise en matière de rétroactivité et d'intervention législative dans l'œuvre de justice⁶⁵ et qui, à l'instar de l'arrêt *Pressos Compania Naviera S.A. c. Belgique*, remet en cause la jurisprudence de la Cour constitutionnelle nationale⁶⁶.

La Cour européenne des droits de l'homme réaffirme et précise sa position concernant les rapports du législateur et du juge : « *si, en principe, le pouvoir législatif n'est pas empêché de réglementer en matière civile, par de nouvelles dispositions à portée rétroactive, des droits découlant de lois en vigueur, le principe de la prééminence du droit et la notion de procès équitable consacrés par l'article 6 s'opposent, sauf pour d'impérieux motifs d'intérêt général, à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice dans le but d'influer sur le dénouement judiciaire du litige. Or, en l'espèce (...), la Cour ne peut pas perdre de vue*

R.F.D.A., 2000, pp. 1253-1268 ; J.-F. FLAUS, « Actualité de la CEDH », *A.J.D.A.*, 2000, pp. 533-534 ; P. LEMMENS, obs. sous l'arrêt précité, *R.W.*, 2001-2002, pp. 1005-1006 ; B. MATHIEU, « Les validations législatives devant le juge de Strasbourg : une réaction rapide du Conseil constitutionnel mais une décision lourde de menaces pour l'avenir de la juridiction constitutionnelle – A propos des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme du 28 octobre 1999 et du Conseil constitutionnel 99-422 DC et 99-425 DC », *R.F.D.A.*, 2000, pp. 289-299 ; E. MELLA, « Les validations législatives au regard du droit à un procès équitable », *R.T.D.H.*, 2000, pp. 796-818 ; Ch. PETTITI, obs. sous l'arrêt précité, *Gaz. Pal.*, mai-juin 2000, pp. 1069-1070 ; X. PRETOT, « Le Conseil constitutionnel, la Cour européenne de Strasbourg et les validations législatives – A constitutionnalisme, conventionnalisme et demi... » in *Le nouveau constitutionnalisme – Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, Economica, Paris, 2001, pp. 219-233. Dans cette affaire, un amendement à une loi « relative à la santé publique et à la protection sociale », présenté par le Gouvernement et adopté dans un délai particulièrement bref, visait à mettre fin à des jurisprudences divergentes relatives à l'application d'un protocole d'accord, signé entre des caisses de la sécurité sociale de la région de Strasbourg et leur personnel en vue d'attribuer à ce dernier une « indemnité de difficultés particulières » (IDP). Le protocole d'accord signé en 1953 prévoyait que cette indemnité particulière, justifiée par la complexité de l'application de la législation sociale dans les départements de Haut-Rhin, Bas-Rhin et Moselle, serait égale à douze fois la valeur du point, fixée par convention nationale du personnel des organismes sociaux. Après agrément du ministre, cet accord fut appliqué jusqu'en 1963 où l'on fixa la valeur de l'IDP à 6 points, puis à 3,95 points en 1974. De nombreuses actions furent intentées en vue d'obtenir l'application du protocole tel qu'il fut signé en 1953 et obtenir par conséquent des rappels de salaires. Une jurisprudence divergente en résulta, tant au niveau des conseils de prud'homme que des cours d'appel. En 1993, la Cour d'appel de Besançon, statuant après cassation partielle et renvoi après cassation, a décidé que l'accord de 1953 n'était pas devenu caduc, qu'aucun usage n'était né et que, par conséquent, le montant de l'IDP devait être calculé sur douze points au 1^{er} janvier 1953. Quinze jours après cet arrêt, le Gouvernement a proposé l'amendement en question, qui allait devenir l'article 85 de la loi n°94-43 du 18 janvier 1994 et qui prévoyait que « *Sous réserve des décisions de justice devenues définitives, le montant de la prime dite de difficultés particulières (...), nonobstant toutes stipulations collectives et individuelles contraires en vigueur à la date de la publication de la présente loi, est fixé, à compter du 1^{er} décembre 1983 et à chaque période de versement, à 3,95 fois la valeur du point découlant des accords salariaux(...)* ». La date du 1^{er} décembre 1983 correspond à la date au-delà de laquelle les requérants ne pouvaient réclamer le rappel des salaires en raison de la prescription quinquennale. Suite à la déclaration de constitutionnalité du Conseil constitutionnel, la Cour de cassation annula en 1995 l'arrêt de la Cour d'appel de Besançon, en ce qu'il adoptait un mode de calcul de l'IDP différent de celui fixé par l'article 85 de la loi du 18 janvier 1994.

⁶⁵ Il est ainsi extrêmement intéressant de constater que l'arrêt *Zielinski* ne concernait pas une validation législative telle que nous l'entendons. S'il y avait validation, ce n'était pas d'un acte administratif ; l'intervention du législateur ne concernait pas deux niveaux de la hiérarchie des normes étatiques, mais consistait à substituer rétroactivement une norme de valeur législative à une norme d'origine contractuelle au sens large.

⁶⁶ Saisi par des députés qui estimaient l'amendement contraire à la séparation des pouvoirs et étranger à l'objet de la loi, le Conseil constitutionnel considéra dans sa décision n°93-332 DC du 13 janvier 1994 que celui-ci visait à mettre fin à des divergences de jurisprudence et que le législateur a « *d'une part, réservé expressément la situation des personnes à l'égard desquelles une décision de justice est devenue définitive ; que, d'autre part, rien dans le texte de la loi ne permet d'inférer que le législateur a dérogé au principe de non-rétroactivité des textes à caractère répressif ; qu'enfin il lui était loisible, sous réserve des principes susvisés, d'user, comme lui seul pouvait le faire en l'espèce, de son pouvoir de prendre des décisions rétroactives afin de régler pour des raisons d'intérêt général les situations nées de divergences de jurisprudence ci-dessus évoquées ; que, dans ces conditions, les dispositions critiquées ne sont contraires à aucune règle, non plus qu'à aucun principe de valeur constitutionnelle* ».

l'effet produit par le contenu de l'article 85 de la loi n°94-43 du 18 janvier 1994, combiné avec la méthode et le moment de son adoption »⁶⁷.

Prenant ainsi en considération « l'effet, le moment et la méthode » d'adoption de la loi, la Cour constate que, sous réserve des décisions définitives, l'article fixe définitivement les termes du débat soumis aux juridictions, en entérinant la position de l'Etat ; l'article a de plus été adopté dans le cadre d'un amendement. Elle rejette ensuite les deux justifications avancées par le Gouvernement français : *d'une part*, il est inhérent à un système judiciaire décentralisé comme en France qu'il y ait des divergences de jurisprudence, la Cour de cassation étant chargée de régler d'éventuelles contradictions⁶⁸ ; *d'autre part*, le risque financier allégué « ne saurait permettre, en soi, que le législateur se substitue, tant aux parties à la convention collective, qu'aux juges pour régler le litige »⁶⁹. L'article 85 réglait en réalité le fond du litige. Par ailleurs, « la Cour estime que la décision du Conseil constitutionnel ne suffit pas à établir la conformité de l'article 85 de la loi n°94-43 du 18 janvier 1994 avec les dispositions de la Convention »⁷⁰.

La Cour conclut donc à la violation de l'article 6 en ce qui concerne le droit à un procès équitable et à un dépassement du délai raisonnable de la procédure.

31. Dans les arrêts *Antonakopoulos, Vortsela et Antonakopoulou c. Grèce* de 1999 et d'autres arrêts subséquents à l'encontre de la Grèce⁷¹, la Cour applique les exigences de l'article 6 de la Convention et de l'article 1^{er} du Premier Protocole additionnel à une loi qui avait pour but d'empêcher l'*exécution* d'une décision défavorable à l'Etat, confirmant ainsi une conception large de la notion de « procès en cours »⁷².

32. Dans l'arrêt *Agoudimos et Cefallonian Sky Shipping co c. Grèce* de 2001⁷³, la Cour a l'occasion d'appliquer le triptyque « effet-méthode-moment d'adoption » posé dans l'arrêt

⁶⁷ Points 57 et 58 de l'arrêt *Zielinski* précité.

⁶⁸ Comme le développe le juge Bacquet dans son opinion concordante, il est peu probable qu'une divergence de jurisprudence puisse être admise comme motif d'intérêt général justifiant une validation législative dans un système judiciaire où une juridiction telle que la Cour de cassation assure l'unité de la jurisprudence.

⁶⁹ Point 59 de l'arrêt *Zielinski* précité.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ Arrêt de la Cour E.D.H. *Antonakopoulos, Vortsela et Antonakopoulou c. Grèce* du 14 décembre 1999. La comptabilité générale de l'Etat grec refusait d'exécuter une décision de la Cour des comptes octroyant aux requérants le paiement d'une pension de retraite. Dans ce contexte, une loi a annulé les procédures judiciaires pendantes, a déclaré prescrites les revendications et imposé la récupération des sommes versées. Et même après une décision de la Cour des comptes déclarant cette loi contraire à la Constitution grecque et à la Convention européenne des droits de l'homme, les requérants n'avaient toujours pas reçu les sommes dues. La Cour a considéré que l'exécution d'un jugement faisait partie intégrante du « procès » au sens de l'article 6 de la Convention ; rien ne pouvait donc justifier le refus des autorités d'exécuter le jugement à partir du moment où la loi de validation avait été déclarée inconstitutionnelle. Par ailleurs, le refus de verser la somme due avant l'adoption de la loi contestée constituait une ingérence dans le droit de propriété des requérants. Ce refus persistant constitue une nouvelle ingérence à partir du moment où la loi a été déclarée inconstitutionnelle. L'arrêt de la Cour E.D.H. *Dimitrios Georgiadis c. Grèce* du 28 mars 2000 concerne un cas identique à celui de l'arrêt *Antonakopoulos et autres*. Il en va de même pour l'arrêt *Anagnostopoulos et autres c. Grèce* du 7 novembre 2000, mais au regard du seul article 6 de la Convention, la Cour concluant par ailleurs à un dépassement du délai raisonnable. Pour deux cas analogues, mais au regard du seul article 6, §1^{er}, de la Convention, voy. les arrêts de la Cour E.D.H. *Adamogiannis c. Grèce* du 14 mars 2002 et *Vasilopoulou c. Grèce* du 21 mars 2002. Une telle hypothèse ne concerne pas un cas de validation législative, puisqu'il n'y a pas d'acte administratif illégal.

⁷² Cette conception sera par ailleurs confirmée dans l'arrêt *Ogis-Institut Stanislas, OGEC St. Pie X et Blanche de Castille et autres c. France* du 27 mai 2004, dans lequel la Cour considère qu'une procédure *pré-contentieuse* relève de l'article 6 de la convention, lorsqu'elle constitue un préalable obligatoire à la procédure contentieuse, voy. *infra*, n°33.

⁷³ Arrêt de la C.E.D.H. *Agoudimos et Cefallonian Sky Shipping co. c. Grèce* du 28 juin 2001. En raison d'une disposition d'un décret présidentiel qui refusait l'enregistrement d'un transfert de propriété de navire en l'absence de certificat établissant que le navire ne faisait plus l'objet de dettes dues au fonds de la sécurité

Zielinski, pour considérer qu'une *interprétation authentique par voie législative* intervenant en cours de procédure viole l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, car elle a pour effet de fixer une fois pour toutes *et rétroactivement* les termes du litige pendant devant les juridictions ordinaires.

33. Dans l'arrêt *Ogis-Institut Stanislas, OGEC St. Pie X et Blanche de Castille et autres c. France*⁷⁴ de 2004, la Cour va préciser la jurisprudence *Building societies*.

Afin d'analyser si l'intervention rétroactive du législateur constitue une violation du principe d'égalité des armes, la Cour tient compte de « *toutes les circonstances de la cause* »⁷⁵. Constatant que la disposition en cause ne remet pas en cause le principe même du remboursement, mais seulement son taux, la Cour estime devoir examiner préalablement si, à l'origine, « les requérants pouvaient *légitimement* prétendre au remboursement intégral des cotisations »⁷⁶.

La Cour constate que le législateur n'est intervenu que pour mettre fin à une « faille technique », en vue d'assurer le respect de la volonté initiale du législateur : les requérants, comme dans l'affaire *Building societies*, ne peuvent se prévaloir d'un « droit », mais ont seulement tenté de bénéficier de l'effet d'aubaine dû à la carence du pouvoir réglementaire, de telle sorte qu'ils ne pouvaient *légitimement* prétendre au remboursement intégral de la cotisation.

Comme dans l'affaire *Building societies*, l'intervention du législateur répondait à une « *évidente et impérieuse justification d'intérêt général* »⁷⁷ et les requérants ne pouvaient légitimement se plaindre d'une atteinte au principe d'égalité des armes. Pour les mêmes raisons, il n'y a pas eu de violation de l'article 1^{er} du Premier Protocole additionnel à la Convention.

§ 2. La prééminence du procès équitable : contrôle marginal, contrôle politique, contrôle moral ?

34. Législations rétroactive, interprétative, ou de validation, les différentes facettes que peuvent prendre les interventions du législateur national dans les procédures juridictionnelles ont interpellé la Cour européenne des droits de l'homme.

sociale des navigateurs (NAT), l'administration grecque avait refusé d'enregistrer la cession à une compagnie étrangère d'un navire grec acquis en vente publique après saisie des créanciers suite à une faillite. Après une décision judiciaire estimant, comme la plupart des juridictions, que ce certificat n'était pas nécessaire car la personne qui avait acquis un navire en vente publique ne pouvait être responsable des dettes des anciens propriétaires, une loi interprétative a précisé que cette disposition ne s'appliquait pas en cas de vente publique, mais excluait un remboursement dans les affaires ayant, au moment de la publication de la loi interprétative, déjà fait l'objet d'un jugement. Cette affaire ne concerne pas un cas de validation législative, puisqu'il n'y a pas d'acte administratif illégal à « couvrir », mais plutôt une jurisprudence défavorable à contrecarrer.

⁷⁴ Arrêt de la Cour E.D.H. *Ogis-Institut Stanislas, OGEC St. Pie X et Blanche de Castille et autres c. France* du 27 mai 2004. Sur cette affaire, voy. aussi l'avis du Conseil d'Etat français du 5 décembre 1997, *infra*, n°41. Suite à la loi « Guerneur » de 1977 posant le « principe de l'égalisation des situations » entre les enseignants des instituts privés et publics, l'Etat s'engagea à accorder des prestations de prévoyance aux enseignants privés, ce qui conduisit ceux-ci à demander le remboursement de l'intégralité (au taux de 1,5%) de la cotisation de prévoyance complémentaire à laquelle ils étaient soumis. Suite à un arrêt du Conseil d'Etat estimant en 1992 *qu'en l'absence de toute réglementation limitant le remboursement de l'Etat*, l'Etat devrait rembourser l'intégralité de la cotisation, en raison du principe d'égalisation, les requérants introduisirent des demandes de remboursement intégral des cotisations sociales. Face aux conséquences financières de cette décision, une loi de 1995 a décidé que pour la période antérieure au 1^{er} janvier 1995, le taux du remboursement applicable aux procédures non définitivement jugées serait fixé par décret, ce qu'un décret du 16 juillet 1996 fixa au taux de 0,062%. Il s'agit donc d'une hypothèse de législation rétroactive et non d'une validation.

⁷⁵ Point 63 de l'arrêt *Ogis-Institut Stanislas*.

⁷⁶ Point 65 de l'arrêt *Ogis-Institut Stanislas*. C'est nous qui soulignons.

⁷⁷ Point 72 de l'arrêt *Ogis-Institut Stanislas*.

A l'instar de l'ensemble du droit en mutation constante sous l'impulsion de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, les validations législatives connaissent de nouvelles limitations édictées par la Cour européenne des droits de l'homme sous l'angle, préhensible pour elle, du *droit à un procès équitable*.

En effet, s'il est vrai que la Cour de Strasbourg envisage parfois les interventions législatives dans la justice sous l'angle du droit de propriété, cet aspect ne constitue selon nous qu'*une facette* du droit à un procès équitable⁷⁸. Ce parallélisme s'explique notamment par la circonstance que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a toujours concerné des interventions législatives *dans une procédure juridictionnelle* et a par conséquent toujours censuré les deux aspects d'une validation : leur portée rétroactive – la privation d'un « bien » – et l'ingérence dans un procès en cours.

Si l'ingérence dans le droit de propriété est considérée comme disproportionnée par la Cour, c'est parce qu'elle fixe définitivement en faveur de l'Etat l'issue d'un litige, *parce qu'elle constitue une violation du droit à un procès équitable*⁷⁹. Le droit au procès équitable constitue ainsi selon nous la véritable aune du contrôle des validations législatives, dont le droit de propriété ne constitue que l'accessoire.

Cette *prééminence du droit à un procès équitable* se traduit par un raisonnement à plusieurs strates.

35. *Primo*, préalablement à l'analyse effective de l'intervention législative, se confirme une sorte d'*a priori* négatif, de préjugé défavorable à l'égard des interventions législatives en cours de procédure : les risques inhérents à l'emploi de législations qui influent sur un litige en cours justifient un examen « *particulièrement* »⁸⁰ approfondi de la Cour.

L'« égalité des armes » garantie par le droit au procès équitable s'impose donc à un litige opposant des *intérêts privés à des intérêts étatiques* : l'égalité se situe donc entre les parties à la cause, le justiciable particulier et l'Etat.

Le principe d'égalité des armes contenu dans la notion de procès équitable ne peut cependant empêcher *toute* ingérence du législateur dans une procédure juridictionnelle⁸¹. Le législateur doit donc conserver une *marge d'appréciation* sur l'opportunité d'une intervention.

Précisant et nuanciant l'absolutisme de sa jurisprudence *Raffineries grecques*, la Cour élabore ainsi une jurisprudence d'équilibre dans l'arrêt *Building societies*, qu'elle rappellera dans l'arrêt *Ogis-Institut Stanislas*.

36. *Secundo*, la marge de manœuvre reconnue au législateur se traduit par l'exigence d'une « *impérieuse justification d'intérêt général* » dans les arrêts *Building societies* et *Ogis-Institut Stanislas* et dans l'arrêt *Zielinski*, par d'« *impérieux motifs d'intérêt général* » pour justifier une ingérence du législateur dans l'administration de la justice. Prenant en considération « *toutes les circonstances de la cause* »⁸², la Cour de Strasbourg contrôle ainsi, du point de vue de Sirius, l'ensemble du contexte de l'adoption d'une loi et l'intérêt général *national* d'une intervention législative.

⁷⁸ Dans l'arrêt *Pressos Compania Naviera*, la Cour n'a pas jugé utile d'examiner la violation de l'article 6 de la Convention parce que les griefs se confondaient avec ceux relatifs à l'article 1^{er} du Premier Protocole additionnel. Les mêmes motivations apparaissent tant pour l'article 1^{er} du Premier Protocole additionnel que pour l'article 6 de la Convention, soit pour censurer la validation dans les arrêts *Raffineries grecques*, *Agoudimos* ou encore *Antonakopoulos*, soit pour admettre le motif d'intérêt général dans l'arrêt *Building societies*.

⁷⁹ En ce qui concerne l'application, pour l'article 1^{er} du Premier Protocole additionnel, de l'exigence d'« *impérieux motifs d'intérêt général* » dégagée pour l'article 6 de la Convention, voy. C. BERGEAL, « Les validations législatives devant le Conseil d'Etat », Concl. sur C.E., Ass., *Ministre de la défense c. Préaud* du 11 juillet 2001, *op. cit.*, p. 1052.

⁸⁰ Arrêt *Building societies* précité, point 112.

⁸¹ Arrêt *Building societies* précité, point 112.

⁸² Point 63 de l'arrêt *Ogis-Institut Stanislas*.

Entre un contrôle qui s'affirme « *marginal* » – puisque sous réserve de la marge d'appréciation reconnue au législateur –, mais qui se révèle parfois très circonstancié, des *impérieux* motifs d'intérêt général, et un contrôle *politique* d'opportunité, il n'y a qu'un pas.

37. *Tertio*, si la Cour avait laissé croire dans l'arrêt *Pressos Compania Naviera* qu'elle pourrait prendre en compte l'*effet* – élément objectif – au même titre que le but – élément subjectif – d'une intervention du législateur dans la justice, nous pensons que l'élément déterminant est le *but* de cette intervention. L'effet à proprement parler de la législation n'apparaît que comme *un des trois éléments révélateurs de ce but*⁸³.

Par le biais du procès équitable, la Cour européenne des droits de l'homme développe ainsi une *jurisprudence d'intentionnalité* : seules sont sanctionnées les interventions du législateur qui trahissent mauvaise foi ou dol.

Dans les affaires *Building societies* et *Ogis-Institut Stanislas*, ce but n'apparaissait pas dolosif puisque la correction législative visait à accomplir ce qui était l'objectif initial du Parlement. Par ailleurs, la Cour a pris en compte l'intention des requérants, qui était de « pervertir » la volonté initiale du Parlement : il n'y avait donc aucune atteinte à leur « confiance légitime ». Les conditions d'enserrement des validations législatives traduisent ainsi une certaine conception de la loi, dans laquelle des notions essentiellement morales comme la prévisibilité du droit, la « confiance légitime », ou la sécurité juridique⁸⁴ sont peut-être en voie d'acquérir une réelle juridicité en raison de leur application jurisprudentielle.

Entre le contrôle *politique* du « motif impérieux d'intérêt général » et le jugement *moral* de la « légitimité de la loi », il n'y a également qu'un pas.

38. D'un contrôle « marginal » à un contrôle politique de l'intérêt général national, et de ce contrôle politique à un contrôle moral de la légitimité de la loi, il semble donc que la casuistique jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de l'homme ait franchi différents pas, par le prisme de la prééminence du droit à un procès équitable.

Le développement du contrôle juridictionnel européen des droits de l'homme illustre une évolution générale de la conception des validations législatives : *les validations législatives sont moins considérées comme des ingérences du législateur dans le pouvoir judiciaire que comme des atteintes à un droit du citoyen*. Cette mutation va se traduire également au niveau du contrôle juridictionnel interne des lois.

Chapitre III – La France : convergence vers une sévérité accrue des contrôles « conventionnel » et « constitutionnel » des validations législatives

39. En matière de validations législatives, il n'existe pas une jurisprudence française, mais une *pluralité de jurisprudences*, résultant d'une pluralité d'ordres juridictionnels.

Cette pluralité s'explique notamment par une répartition « stricte » des compétences entre le contrôle de conventionnalité des traités internationaux et le contrôle de constitutionnalité : le Conseil constitutionnel⁸⁵ a en effet toujours refusé d'insérer dans le

⁸³ A savoir l'effet, la méthode et le moment de l'adoption de la législation (arrêt *Papageorgeou* précité, point 38 ; arrêt *Zielinski* précité, point 58 ; arrêt *Agoudimos* précité, point 31).

⁸⁴ Sur cette notion « volatile », voy. L. FRANÇOIS « La fiabilité du droit, dite *sécurité juridique* » in *La sécurité juridique*, Actes du colloque du 14 mai 1993, Ed. Jeune Barreau de Liège, 1993, pp. 7-20 et P. MARTENS, « La sécurité juridique : rapport de synthèse » in *La sécurité juridique*, *op. cit.*, pp. 255-265. Voy. aussi P. LAMBERT, « Le principe général de la sécurité juridique et les validations législatives » in *Sécurité juridique et fiscalité*, Actes de la journée d'études du 5 novembre 2002, Bruylant, Bruxelles, 2003, pp. 5-13 ; P. POPELIER, *De wet juridisch bekeken*, die Keure, Bruges, 2004, pp. 284-288 ; D. J.M. SOULAS DE RUSSEL et Ph. RAIMBAULT, « Nature et racines du principe de sécurité juridique : une mise au point », *R.I.D.C.*, 2003, pp. 85-103.

⁸⁵ Par la décision dite « *I.V.G.* » n°74-54 DC du 15 janvier 1975, voy. *infra*, note 112.

« bloc de constitutionnalité » les traités internationaux, dont la suprématie sur la loi est assurée par l'article 55 de la Constitution⁸⁶.

Dans la rigueur des principes, le Conseil constitutionnel garantit donc la *constitutionnalité* des lois de validation alors que la Cour de cassation⁸⁷ – et les juridictions judiciaires – ainsi que le Conseil d'Etat⁸⁸ – et les juridictions administratives – veillent à la *conventionnalité*⁸⁹ des lois de validation, notamment au regard de l'exigence de procès équitable garanti par la Convention européenne des droits de l'homme.

Nous analyserons respectivement la jurisprudence du Conseil d'Etat (§ 1^{er}) et du Conseil constitutionnel (§ 2)^{90/91} et montrerons comment l'arrêt *Zielinski* a ouvert une

⁸⁶ L'article 55 de la Constitution française de 1958 dispose : « *Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie* ». Voy. notamment O. CAYLA, « Lire l'article 55 : Comment comprendre un texte établissant une hiérarchie des normes comme étant le texte d'une norme ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1999, n°7, pp. 77-86.

⁸⁷ Voy. l'arrêt Cass., 24 mai 1975, *Jacques Vabre*, dans lequel la Cour de cassation s'est reconnue le pouvoir d'écarter l'application d'une loi contraire à un accord international.

⁸⁸ Voy. l'arrêt C.E., Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, dans lequel le Conseil d'Etat, opérant un revirement de jurisprudence, a accepté de contrôler la loi au regard de la conventionnalité des engagements internationaux de la France.

⁸⁹ Ce contrôle de conventionnalité de la loi est fondé sur l'article 55 de la Constitution française de 1958. Voy. notamment J.-F. FLAUSS, « Contrôle de conventionnalité et contrôle de constitutionnalité devant le juge administratif (C.E., Ass., 30 octobre 1998, *MM. Sarran et Levacher et autres*) », Note de jurisprudence, *R.D.P.*, 1999, pp. 919-945, ici p. 933 ; B. GENEVOIS, « Le Conseil d'Etat n'est pas le censeur de la loi au regard de la Constitution », *R.F.D.A.*, 2000, pp. 715-724, ici p. 723 ; O. GOHIN, « La Constitution française et le droit d'origine externe », *R.F.D.A.*, 1999, pp. 77-87, ici p. 77 ; O. GOHIN, « Le Conseil d'Etat et le contrôle de la constitutionnalité de la loi », *op. cit.*, p. 1186. Sur la répartition des « compétences » entre le contrôle de conventionnalité et le contrôle de constitutionnalité de la loi, voy. notamment D. DE BECHILLON, « De quelques incidences du contrôle de la conventionnalité internationale des lois par le juge ordinaire (*Malaise dans la Constitution*) », *R.F.D.A.*, 1998, pp. 225-242 ; B. DE LAMY, « Les principes constitutionnels dans la jurisprudence judiciaire – Le juge judiciaire, juge constitutionnel ? », *R.D.P.*, 2002, pp. 781-820 ; I. MONTEILLET, « L'influence à l'égard des juridictions ordinaires des réserves d'interprétation formulées par le Conseil constitutionnel dans ses décisions », *Gaz. Pal.*, 31 mai-1^{er} juin 2002, pp. 3-8.

⁹⁰ Nous n'aborderons pas la jurisprudence de la *Cour de cassation* relative aux lois de validation, au regard de la Convention européenne des droits de l'homme. Sur ce point, voy. notamment, intervenant dans la genèse de l'arrêt *Zielinski*, Cass., Ch. Soc., 15 février 1995, *Préfet de la région Lorraine et autres c. M. Grinwald*, avec obs. X. PRETOT, *A.J.D.A.*, 1995, pp. 579-582 et X. PRETOT, « Les validations législatives – De la Constitution à la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 17. Par ailleurs, s'inspirant de la jurisprudence *Zielinski*, la Cour de cassation a écarté une loi de validation pour contrariété avec le principe de prééminence du droit et de la notion de procès équitable découlant de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, voy. J.-Y. FROUIN et B. MATHIEU, obs. sous Cass., Ch. soc., 24 avril 2001, *Association Etre enfant au Chesnay c. Terki*, *R.F.D.A.*, 2001, pp. 1055-1062 ; J. KIBALO ADOM, « Les validations législatives et le contrôle judiciaire de l'opportunité de la loi », obs. sous Cass., Ch. soc., 24 avril 2001, *Association Etre enfant au Chesnay c. Terki*, *Dalloz*, 2001, pp. 2445-2448 ; I. MONTEILLET, « L'influence à l'égard des juridictions ordinaires des réserves d'interprétation formulées par le Conseil constitutionnel dans ses décisions », *op. cit.*, p. 7. La Cour de cassation a même décidé d'écarter une loi de validation pour contrariété à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme *alors même que cette loi avait été déclarée conforme par le Conseil constitutionnel dans sa décision n°99-425 DC du 29 décembre 1999*, voy. J. LAMARQUE, « Validation et Convention européenne des droits de l'homme : la bonne aubaine », obs. sous Cass., Ch. comm., 20 novembre 2001, *SARL Civa*, *R.F.D.A.*, 2002, pp. 791-797. Voy. également, sur un arrêt de la Cour de cassation qui estime qu'il existe d'impérieux motifs d'intérêt général – en l'espèce la « pérennité du service public » – justifiant une intervention législative, J. MERLIN, « Heures d'équivalence, loi de validation et motifs impérieux d'intérêt général », Rapport sur Cass., Ass. Plén., 24 janvier 2003, *Mme Anger et autres c. Association Promotion des Handicapés dans le Loiret*, *D.S.*, 2003, pp. 373-387 ; S. PARICARD-PIOUX, « Loi de validation : l'Assemblée plénière se prononce... et ne convainc pas », obs. sous l'arrêt précité, *Dalloz*, 2003, pp. 1648-1654. Ce dernier arrêt semble se situer « à contre-courant de l'encadrement strict des validations législatives », voy. S. PARICARD-PIOUX, « Loi de validation : l'Assemblée plénière se prononce... et ne convainc pas », *op. cit.*, p. 1650. Un autre arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a par contre écarté l'application rétroactive d'une loi

nouvelle ère en cristallisant la différence de conception entre Strasbourg et le Palais-Royal : l' « après Zielinski » témoigne en effet d'une convergence vers une sévérité accrue des contrôles « conventionnel » et « constitutionnel » des validations législatives.

§ 1^{er}. *Le Conseil d'Etat*

40. N'étant « pas le censeur de la loi au regard de la Constitution »⁹², le Conseil d'Etat ne pouvait que s'incliner⁹³ devant une loi de validation qui déciderait de remettre en cause l'autorité de chose jugée.

Le développement d'un contrôle de conventionnalité va cependant permettre au Conseil d'Etat d'écarter une loi de validation contraire aux traités internationaux.

Parallèlement au Conseil constitutionnel, le Conseil d'Etat a ainsi été amené à contrôler des lois de validation au regard des exigences de la Convention européenne des droits de l'homme. Gardiens de normes distinctes, les deux voisins du Palais-Royal deviennent donc les censeurs complémentaires (ou concurrents ?) des lois de validation. Une convergence n'est cependant pas à exclure dans leurs critères de contrôle, *formellement* différents.

41. Le 5 décembre 1997, dans l'avis⁹⁴ *Ministre de l'éducation nationale, de la Recherche et de la Technologie c. Organisme de gestion du collège privé de l'Abbaye de Saint-Sauveur-le-Vicomte*⁹⁵, confirmé dans un arrêt du 8 avril 1998⁹⁶, le Conseil d'Etat a été pour la première fois amené à juger de la compatibilité d'une loi de validation au regard de

qu'elle estime ne pas être justifiée par un motif impérieux d'intérêt général, voy. B. MATHIEU, « La Cour de cassation et le législateur : ou comment avoir le dernier mot – A propos de l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 23 janvier 2004 », *R.F.D.A.*, 2004, pp. 224-229.

⁹¹ Nous n'aborderons pas davantage la jurisprudence *des juridictions administratives* autres que le Conseil d'Etat, voy. notamment, J.-C. DUCHON-DORIS, « La portée des lois de validation en matière fiscale au regard du principe communautaire de sécurité juridique et de la Convention européenne des droits de l'homme », *Concl. sur Cour administrative d'appel de Marseille*, 1^{er} juillet 1999, *M. Colombeau*, *R.F.D.A.*, 2001, pp. 488-500 ; M. GROS, « Note de jurisprudence administrative » (Cour administrative d'appel de Douai, 30 décembre 1999, *Ministre du Travail et des Affaires sociales c. Cliniques Ambroise Paré et autres*), *R.D.P.*, 2000, pp. 1559-1580 ; « La lettre de la Cour administrative d'appel de Paris » (Cour administrative d'appel de Paris, 15 juin 2000, *Ministre de l'Équipement, des Transports et du Logement c. S.A. Cise et Erimo*), *R.F.D.A.*, 2001, pp. 213-215.

⁹² B. GENEVOIS, « Le Conseil d'Etat n'est pas le censeur de la loi au regard de la Constitution », *précité*.

⁹³ Voy. notamment C.E., 7 mars 1980, *Association de défense des intérêts des étudiants de l'université de Paris XIII*. Cependant, la loi de validation était d'interprétation restrictive et de nature à engager la responsabilité de l'Etat, voy. C.E., Ass., 1^{er} décembre 1961, *Lacombe* ; J. M. AUBY, « Sur une validation législative (C.E., 24 octobre 1973, *Secrétaire d'Etat auprès du Premier Ministre chargé de la Jeunesse, des Sports et Loisirs*) », *précité*.

⁹⁴ Le Conseil d'Etat français exerce, à côté de sa mission juridictionnelle, un rôle consultatif sur les ordonnances et projets de lois, voy. les articles 38 et 39 de la Constitution française de 1958.

⁹⁵ Cet avis concernait la prise en charge par l'Etat d'un régime de prévoyance dans un établissement d'enseignement privé en vue d'une égalisation avec le régime des établissements d'enseignement public. Le Conseil d'Etat s'est prononcé sur l'article 6 de la Convention, mais non sur l'article 1^{er} du Premier Protocole car il a considéré que le litige ne concernait pas un « bien » au sens de la Convention, voy. *A.J.D.A.*, 1998, pp. 167-168 ; T.-X. GIRARDOT et F. RAYNAUD, « Chronique générale de jurisprudence administrative française » (C.E., Ass., 5 décembre 1997, *Madame Lambert – Avis C.E., Ass., 5 décembre 1997, Ministre de l'Éducation nationale, de la Recherche et de la Technologie c. Organisme de gestion du collège privé de l'Abbaye de Saint-Sauveur-le-vicomte*), *A.J.D.A.*, 1998, pp. 97-102 ; X. PRETOT, « Les validations législatives – De la Constitution à la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, pp. 15-19 ; L. TOUVET, « Valeur et portée des validations législatives - Devant le juge administratif », *R.F.D.A.*, 1998, pp. 160-173 ; *J.C.P.*, mars 1998, pp. 25-26, note L. T.

⁹⁶ Cette affaire donnera lieu à l'arrêt de la Cour E.D.H. *Ogis-Institut Stanislas, OGEC St-Pie X et Blanche de Castille et autres c. France* du 27 mai 2004, voy. *supra*, n°33.

l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme⁹⁷. Il a rappelé les principes dégagés par la jurisprudence strasbourgeoise dans l'arrêt *Building societies* : « (...) l'Etat ne peut, sans les méconnaître, porter atteinte au droit de toute personne à un procès équitable en prenant des mesures législatives à portée rétroactive dont la conséquence est une modification des règles que le juge doit appliquer pour statuer sur des litiges dans lesquels l'Etat est partie sauf lorsque l'intervention de ces mesures est justifiée par des motifs d'intérêt général ».

Il a ensuite considéré que la disposition législative n'avait pas pour objet de réduire rétroactivement les obligations financières de l'Etat, mais de réaffirmer leur étendue, sans priver les établissements d'enseignement privé de la faculté d'introduire contre l'Etat une demande d'indemnisation en raison du retard pris pour l'exécution de la loi de 1977 prévoyant la parité dans le traitement des maîtres de l'enseignement privé et de l'enseignement public.

En effectuant un contrôle du *contexte* qui entoure la validation, le Conseil d'Etat développe ainsi une conception de l' « intérêt général » – critère dégagé à la fois par la Cour de Strasbourg et par le Conseil constitutionnel – qui apparaît non point formelle, mais concrète. Le Conseil d'Etat pose ainsi les jalons d'un contrôle de conventionnalité qui se veut le complément – pour ne pas dire l'*alter ego* – et non le concurrent du contrôle de constitutionnalité des lois de validation.

42. L'arrêt *Madame Lambert*⁹⁸, rendu le même jour, confirme cette approche de la conventionnalité sous un angle « constitutionnel », le Conseil d'Etat considérant que la loi en cause avait été édictée dans un « but d'intérêt général », et ne saurait dès lors être regardée comme portant atteinte au droit à un procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention.

S'inspirant formellement de la jurisprudence strasbourgeoise, le Conseil d'Etat semble cependant se situer dans le sillage direct du Conseil constitutionnel : il existe en effet une dichotomie entre le contrôle *in casu* du « but d'intérêt général » auquel se livre le Conseil d'Etat, qui semble être assez sommaire, pour ne pas dire « accommodant » et les principes rigoureusement affirmés, directement inspirés de la jurisprudence strasbourgeoise.

43. Après l'arrêt *Zielinski* qui a censuré le Conseil constitutionnel, le Conseil d'Etat va, dans l'arrêt du 28 juillet 2000, *M. Tête, Association du collectif pour la gratuité contre le racket*⁹⁹, opter pour un compromis à la croisée de la jurisprudence *Zielinski* et de la jurisprudence antérieure du Conseil constitutionnel, et écarter pour la première fois une loi de validation pour violation de l'article 6, §1^{er}, de la Convention européenne des droits de l'homme. Il considère ainsi que « l'intérêt général auquel ont entendu répondre les dispositions de l'article 67 de la loi du 12 juillet 1999 ne constitue pas un intérêt général

⁹⁷ Le Conseil d'Etat avait déjà été amené à contrôler une loi de validation, mais au regard du *droit communautaire*. L'arrêt du Conseil d'Etat *Ministre de l'Équipement, des Transports et du Tourisme c. SARL DER* du 5 mai 1995 concernait la validation de circulaires déterminant la puissance administrative de véhicules importés. Cette puissance administrative supérieure à celle de « produits similaires » a été jugée contraire à l'ancien article 95 du Traité de Rome instituant la Communauté économique européenne, voy. *A.J.D.A.*, 1995, pp. 936-939, obs. T. HAMONIAUX.

⁹⁸ La loi de validation intervenait dans un litige relatif aux pensions de militaires en vue d'interdire le cumul d'avantages familiaux liés à l'indemnité pour charges militaires, voy. C.E., Ass., 5 décembre 1997, *Madame Lambert*, avec Concl. C. BERGEAL, *A.J.D.A.*, 1998, pp. 149-157 ; T.-X. GIRARDOT et F. RAYNAUD, « Chronique générale de jurisprudence administrative française » (C.E., Ass., 5 décembre 1997, *Madame Lambert* – Avis C.E., Ass., 5 décembre 1997, *Ministre de l'Éducation nationale, de la Recherche et de la Technologie c. Organisme de gestion du collège privé de l'Abbaye de Saint-Sauveur-le-vicomte*), précité.

⁹⁹ L'arrêt concernait la validation du décret autorisant la perception d'un péage sur le périphérique de Lyon, voy. *A.J.D.A.*, 2000, p. 854. Voy. aussi M. GUYOMAR et P. COLLIN, « Chronique générale de jurisprudence administrative française » (C.E., 28 juillet 2000, *M. Tête, Association du collectif pour la gratuité contre le racket*), *A.J.D.A.*, 2000, pp. 796-800.

*suffisant*¹⁰⁰ pour justifier une validation ». Le Conseil d'Etat remarque ensuite que l'article résultait d'un amendement et avait été adopté alors que la procédure était pendante et avait pour objet de la contrecarrer directement.

Ainsi, si le Conseil d'Etat se refuse à utiliser *formellement* l'expression de « motif *impérieux* d'intérêt général » dégagée par l'arrêt *Zielinski*, préférant conserver l'« intérêt général *suffisant* » dégagé par le Conseil constitutionnel, il semble adopter par contre les trois critères strasbourgeois d'« effet-méthode-moment » de l'adoption de la loi de validation afin de contrôler concrètement le but poursuivi par la norme en cause.

Le fait que les décisions du Conseil constitutionnel s'imposent au Conseil d'Etat en vertu de l'article 62 de la Constitution¹⁰¹ pourrait expliquer que le Conseil d'Etat préfère se situer – à tout le moins formellement – dans la lignée de la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

44. Symboliquement ou psychologiquement, le Conseil d'Etat opte pour une filiation avec le contrôle de constitutionnalité. D'aucuns ne manquent d'ailleurs pas d'affirmer que le Conseil d'Etat exerce un contrôle *de facto*¹⁰² – ou déguisé – de constitutionnalité, puisqu'il contrôle le respect de dispositions au contenu identique à celles figurant dans le Préambule de la Constitution. Il opère de la sorte ce que certains appellent une « renationalisation »¹⁰³ du contrôle de conventionnalité : il continue à utiliser un critère « national » de constitutionnalité, mais en l'interprétant à la lumière des principes dégagés par Strasbourg.

45. Dans l'arrêt *Ministre de la défense c. Préaud*¹⁰⁴ du 11 juillet 2001, le Conseil d'Etat se prononce pour la première fois sur le respect par une loi de validation de l'article 1^{er} du Premier Protocole additionnel à la Convention. S'il constate que le tribunal administratif a commis une erreur de droit en appliquant l'article 6 de la Convention au cas d'espèce¹⁰⁵, il

¹⁰⁰ C'est nous qui soulignons.

¹⁰¹ L'article 62 de la Constitution française de 1958 prévoit : « Une disposition déclarée inconstitutionnelle ne peut être promulguée ni mise en application. Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles ».

¹⁰² B. GENEVOIS, « Le Conseil d'Etat n'est pas le censeur de la loi au regard de la Constitution », *précité* ; O. GOHIN, « Le Conseil d'Etat et le contrôle de la constitutionnalité de la loi », *op. cit.*, p. 1183 ; M. GUYOMAR et P. COLLIN, « Chronique générale de jurisprudence administrative française » (C.E., 28 juillet 2000, *M. Tête, Association du collectif pour la gratuité contre le racket*), *op. cit.*, p. 799.

¹⁰³ J.-F. FLAUSS ne manquait pas de remarquer que « le Conseil d'Etat est amené à s'inspirer de la jurisprudence constitutionnelle pour appliquer l'article 6-1 de la Convention. Bel exemple de contrôle de constitutionnalité au travers d'un contrôle de conventionnalité ! Belle illustration d'une 'renationalisation' du contrôle de conventionnalité grâce à l'appui qu'offre la jurisprudence constitutionnelle. », voy. J.-F. FLAUSS, « Actualité de la CEDH », *A.J.D.A.*, 1998, pp. 989-990, ici p. 989. C. SANDRAS parle de « germe de contrôle de constitutionnalité à travers le contrôle de conventionnalité », voy. C. SANDRAS, « Les lois de validation, le procès en cours et l'article 6, §1^{er} de la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 654.

¹⁰⁴ La loi de validation visait à éviter que les militaires conservent le bénéfice de la prime de qualification quand ils étaient affectés l'étranger, voy. C. BERGEAL, « Les validations législatives devant le Conseil d'Etat », *Concl. sur C.E., Ass., 11 juillet 2001, Ministre de la défense c. Préaud, précité* ; M. GUYOMAR et P. COLLIN, « Chronique générale de jurisprudence administrative française » (C.E., Ass., 11 juillet 2001, *Ministre de la défense c. Préaud*), *précité*. Voy. aussi E. COËNT-BOCHARD, *Concl. précédant Cour administrative d'appel de Nantes, 30 décembre 1999, Ministre de la Défense c. Jalabert et Préaud, A.J.D.A.*, 2000, pp. 646-652.

¹⁰⁵ Les faits à l'origine de l'arrêt sont très proches de ceux de l'arrêt *Madame Lambert* de 1997, dans lequel le Conseil d'Etat avait appliqué l'article 6 de la Convention. Si, dans le cas d'espèce, le Conseil d'Etat a dû considérer que l'article 6 ne s'appliquait pas aux primes des militaires, c'est en raison de l'évolution du champ d'application de la jurisprudence strasbourgeoise relative à la notion de « droit et obligation de caractère civil » et du nouveau critère fonctionnel initié par l'arrêt de la Cour E.D.H. *Pellegrin c. France* du 8 décembre 1999, qui exclut du champ de l'article 6, §1, de la Convention européenne des droits de l'homme « les litiges des agents publics dont l'emploi est caractéristique des activités spécifiques de l'administration publique dans la

confirme par contre la décision du tribunal administratif qui avait écarté la loi de validation pour incompatibilité avec l'article 1^{er} du Premier Protocole additionnel à la Convention.

Il écarte ainsi les trois motifs avancés par le Ministre de la défense en considérant que « ni la volonté d'éviter que les personnels militaires affectés à l'étranger conservent le bénéfice des avantages en cause pendant la période transitoire précédant la publication du décret du 2 décembre 1994, ni l'objectif d'éviter que des discriminations puissent naître de ce fait entre fonctionnaires civils et militaires de l'Etat ou entre militaires ayant introduit un recours et ceux ne l'ayant pas fait, ni le souci de prévenir les conséquences financières de la décision précitée du Conseil d'Etat, *ne constituent des motifs d'intérêt général* de nature à justifier l'atteinte que la privation rétroactive des primes de qualification et de service que M. Préaud devait légalement percevoir pendant ses séjours à l'étranger porte aux biens de ce dernier »¹⁰⁶.

46. Par son application de l'article 1^{er} du Premier Protocole additionnel à la Convention au contrôle des lois de validation, le Conseil d'Etat français « dépasse »¹⁰⁷ doublement la jurisprudence *Zielinski*.

Primo, le Conseil d'Etat semble appliquer *par analogie* pour l'article 1^{er} du Premier Protocole additionnel à la Convention, les exigences rigoureuses d'intérêt général dégagées pour l'article 6 de la Convention.

Secundo, il illustre également les potentialités du recours à l'article 1^{er} du Premier Protocole additionnel à la Convention. D'une part, la notion de « bien » dépasse parfois celle de « droit et obligation de caractère civil » ; d'autre part, *indépendamment de l'ingérence dans un procès en cours*, elle pourrait également permettre de censurer une « validation purement préventive »¹⁰⁸, en condamnant la rétroactivité *comme telle*, en raison de l'atteinte à la notion de « bien » et en l'absence d'une procédure juridictionnelle en cours¹⁰⁹.

47. Ainsi, « le développement de la jurisprudence conventionnelle a replacé le Conseil d'Etat au centre du débat juridique, obligeant le Conseil constitutionnel à aligner sa jurisprudence sur celle de la Cour de Strasbourg et affaiblissant sa position sur l'échiquier juridictionnel national »¹¹⁰.

Nous allons maintenant montrer comment le Conseil constitutionnel participe au « consensus »¹¹¹ en faveur d'un contingentement des lois de validation.

§ 2 . *Le Conseil constitutionnel*

mesure où celle-ci agit comme détentrice de la puissance publique chargée de la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat ou des autres collectivités publiques ».

¹⁰⁶ C'est nous qui soulignons.

¹⁰⁷ Sur cette application « très dynamique » de la jurisprudence strasbourgeoise et l'« audace » du Conseil d'Etat, voy. notamment F. SUDRE, « A propos du 'dialogue des juges' et du contrôle de conventionnalité » in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle – Etudes en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Ed. Pédone, Paris, 2004, pp. 207-224, ici pp. 219-221.

¹⁰⁸ Sur cette notion, voy. *supra*, note 16.

¹⁰⁹ M. GUYOMAR et P. COLLIN remarquent cependant les limites du droit de propriété au sens de la Convention : l'article 1^{er} du Premier Protocole prévoit expressément qu'une loi peut porter atteinte au droit au respect de ses biens, pour les supprimer pour « cause d'utilité publique » ou pour les réglementer « conformément à l'intérêt général » ; de plus, la rétroactivité des lois n'est expressément prohibée qu'en matière pénale, voy. M. GUYOMAR et P. COLLIN, « Chronique générale de jurisprudence administrative française » (C.E., Ass, 11 juillet 2001, *Ministre de la défense c. Préaud*), *op. cit.*, p. 845. Concernant la première limite relevée par ces auteurs, nous estimons, comme en témoigne d'ailleurs l'arrêt du Conseil d'Etat, que la rigueur affichée à l'égard des validations législatives pourrait prévaloir sur l'exception de « cause d'utilité publique ».

¹¹⁰ B. MATHIEU, « Une jurisprudence qui pêche par excès de timidité », obs. sous Cass., 20 juin 2000, *op. cit.*, p. 1201.

¹¹¹ C. SANDRAS, « Les lois de validation, le procès en cours et l'article 6, §1^{er} de la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 645.

48. Depuis la décision « I.V.G. » de 1975¹¹², le Conseil constitutionnel a toujours refusé d'insérer dans le « bloc de constitutionnalité » les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme. Invoquant la différence de nature entre les contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité¹¹³, le Conseil constitutionnel développe une lecture littérale du texte de l'article 61 de la Constitution : il se limite à un contrôle *a priori* des lois au regard de la Constitution, de son Préambule et des textes auxquels celui-ci fait référence¹¹⁴.

Dans la rigueur de ces principes, les contraintes adressées aux validations législatives par le Conseil constitutionnel sont donc « purement » nationales et inspirées par la seule Constitution.

49. Dans l'affaire *Zielinski* de 1999 devant la Cour européenne des droits de l'homme, le Gouvernement français se défendait en invoquant les garde-fous jurisprudentiels dégagés par le Conseil constitutionnel en 1980¹¹⁵ dans sa première décision relative à une loi de validation : *primo*, la validation doit respecter les décisions de justice passées en force de chose jugée, ce qui découle de la séparation des pouvoirs¹¹⁶ ; *secundo*, la validation ne peut méconnaître le principe de non-rétroactivité de la loi pénale d'incrimination plus sévère¹¹⁷ ; *tertio*, le législateur ne peut intervenir que pour des motifs suffisants d'intérêt général.

50. Le caractère flexible de cette troisième exigence de « motifs suffisants d'intérêt général » permet au Conseil constitutionnel d'opérer un contrôle de proportionnalité aussi exigeant ou aussi lâche qu'il le souhaite, dont il est difficile de dégager des lignes de force : l'application *in concreto* de certains principes affirmés haut et fort demeure

¹¹² Déc. n°74-54 DC du 15 janvier 1975. Voy. notamment G. CARCASSONNE, « Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision n°74-54 DC du 15 janvier 1975 ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1999, n°7, pp. 93-100 ; O. CAYLA, « Lire l'article 55 : Comment comprendre un texte établissant une hiérarchie des normes comme étant le texte d'une norme ? », *précité* ; L. FAVOREU et L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 12^e éd., Dalloz, Paris, 2003, pp. 299-326 ; B. GENEVOIS, « Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision n°74-54 DC du 15 janvier 1975 ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1999, n°7, pp. 101-108 ; B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, L.G.D.J., Paris, 2002, pp. 289-299 ; J. RIVERO, obs. sous décision n°74-54 du 15 janvier 1975, *A.J.D.A.*, 1975, pp. 134-138.

¹¹³ On peut lire dans la décision n°74-54 DC : « Considérant qu'une loi contraire à un traité ne serait pas, pour autant, contraire à la Constitution ; considérant qu'ainsi le contrôle du respect du principe énoncé à l'article 55 de la Constitution ne saurait s'exercer dans le cadre de l'examen prévu à l'article 61, en raison de la différence de nature entre ces deux contrôles ; considérant que, dans ces conditions, il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, lorsqu'il est saisi en application de l'article 61 de la Constitution, d'examiner la conformité d'une loi aux stipulations d'un traité ou d'un accord international ».

¹¹⁴ Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, Préambule de 1946, ainsi que les « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » découlant de la décision du 16 juillet 1971, voy. J. RIVERO, obs. sous décision n°74-54 du 15 janvier 1975, *op. cit.*, p. 137.

¹¹⁵ Déc. n°80-119 DC du 22 juillet 1980. Sur cette décision, voy. notamment L. FAVOREU, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel en 1980 », *R.D.P.*, 1980, pp. 1658-1666 ; L. FAVOREU et L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, pp. 410-425 ; B. MATHIEU, *Les « validations » législatives — Pratique législative et jurisprudence constitutionnelle*, *op. cit.*, pp. 94-98 ; D. PERROT, « Validation législative et actes administratifs unilatéraux — Observations à la lumière de la jurisprudence récente », *précité*.

¹¹⁶ Précisant la jurisprudence de 1980, le Conseil constitutionnel a ainsi notamment jugé que le législateur ne peut remettre en cause une décision du Conseil d'Etat, voy. déc. n°84-186 DC du 29 décembre 1984 ; déc. n°85-192 DC du 24 juillet 1985.

¹¹⁷ Cette exigence découle de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 qui prévoit que « la Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une Loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée ». Elle a pour corollaire d'interdire de faire renaître des prescriptions acquises, voy. déc. n°82-155 DC du 30 décembre 1982 et n°88-250 DC du 29 décembre 1988. Sur cette dernière décision, voy. B. MATHIEU, « La constitutionnalité des validations législatives : certitudes et incertitudes (à propos de la décision n°88-250 DC du 29 décembre 1988) », *R.F.D.A.*, 1989, pp. 862-867.

fondamentalement *conjoncturelle* et à géométrie variable et traduit une « mansuétude certaine à l'égard des lois de validation »¹¹⁸.

L'« intérêt général suffisant » recouvre essentiellement deux considérations intimement liées : l'intérêt financier et des divergences de jurisprudence.

Il a ainsi considéré que l'intérêt financier ne constituait pas par lui-même « *un motif d'intérêt général autorisant le législateur à faire obstacle aux effets d'une décision de justice déjà intervenue et le cas échéant d'autres à intervenir* »¹¹⁹. Cette décision n'excluait donc pas par principe toute validation pour motif financier¹²⁰ : le motif financier ne sera donc « suffisant » que s'il revêt un caractère exceptionnel, comme la mise en péril de l'équilibre financier¹²¹.

Dans sa décision du 13 janvier 1994¹²² relative à la validation du taux de l'IDP, il a admis comme suffisant le motif de « *mettre fin à des divergences de jurisprudence et éviter par là-même le développement de contestations dont l'aboutissement aurait pu entraîner des conséquences financières préjudiciables à l'équilibre des régimes sociaux en cause* ».

L'arrêt *Zielinski* de la Cour européenne des droits de l'homme censurera expressément cette décision, considérant qu'il n'appartient pas au législateur d'assurer l'unité de la jurisprudence en raison du rôle de la Cour de cassation¹²³ : l'organisation du système

¹¹⁸ X. PRETOT, « Les validations législatives et le droit au procès équitable », *op. cit.*, p. 24.

¹¹⁹ Déc. n°95-369 DC du 28 décembre 1995. Cette décision est une des rares à avoir censuré une loi de validation. Voy. O. SCHRAMECK, « Décisions du Conseil constitutionnel – Les validations législatives », *A.J.D.A.*, 1996, pp. 369-371.

¹²⁰ M. GUYOMAR et P. COLLIN, « Chronique générale de jurisprudence administrative » (C.E., 28 juillet 2000, *M. Tête, Association du collectif pour la gratuité contre le racket*), *op. cit.*, p. 797.

¹²¹ Dans sa décision n°96-375 DC du 9 avril 1996, le Conseil constitutionnel a admis le risque d'atteinte à la stabilité économique pour une validation qui avait pour objet d'éviter la multiplication d'un contentieux qui aurait entraîné des risques considérables pour « l'équilibre financier du système bancaire dans son ensemble, et partant pour l'activité économique générale ». Sur la décision n°96-375 DC du 9 avril 1996, voy. O. SCHRAMECK, « Décisions du Conseil constitutionnel – Les validations législatives », *précité*. Dans la décision n°97-390 DC du 19 novembre 1997 à propos de la validation de quatre contributions perçues en Polynésie française, il a considéré comme suffisant le but du législateur qui entendait « prévenir le développement de contentieux dont l'aboutissement aurait pu entraîner de graves perturbations administratives et mettre en péril la continuité des services publics communaux en compromettant l'équilibre financier des budgets de ces collectivités ». Sur la décision n°97-390 DC du 19 novembre 1997, voy. J.-P. CAMBY, « Validations législatives : des strates jurisprudentielles de plus en plus nombreuses », *R.D.P.*, 2000, pp. 611-616 ; F. LUCHAIRE, « Le Conseil constitutionnel et les lois de validation », *R.D.P.*, 1998, pp. 23-36 ; B. MATHIEU, « Valeur et portée des validations législatives – Devant le juge constitutionnel : un nouvel équilibre entre les considérations liées à l'intérêt général et celles relatives à la garantie des droits ? (A propos des décisions 97-390 DC du 19 novembre 1997 et 97-393 DC du 18 décembre 1997) », *R.F.D.A.*, 1998, pp. 148-157. Dans sa décision n°97-393 DC du 18 décembre 1997, le Conseil constitutionnel a admis une validation du taux de revalorisation des allocations familiales qui avait pour objet d'éviter une dépense de trois milliards de francs qui aurait mis en péril « l'exigence constitutionnelle qui s'attache à l'équilibre financier de la sécurité sociale ». Il a admis dans la même décision, concernant la validation d'actes de scanographie, l'objectif de « prévenir le développement de nombreuses contestations dont l'aboutissement aurait sensiblement aggravé le déséquilibre de la branche santé ». Sur la décision n°97-393 DC du 18 décembre 1997, voy. notamment J.-P. CAMBY, « Validations législatives : des strates jurisprudentielles de plus en plus nombreuses », *précité* ; B. MATHIEU, « Valeur et portée des validations législatives – Devant le juge constitutionnel : un nouvel équilibre entre les considérations liées à l'intérêt général et celles relatives à la garantie des droits ? (A propos des décisions 97-390 DC du 19 novembre 1997 et 97-393 DC du 18 décembre 1997) », *précité* ; X. PRETOT, « Les validations législatives – De la Constitution à la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, pp. 12-15.

¹²² Déc. n°93-329 DC du 13 janvier 1994.

¹²³ Dans son rapport relatif à l'affaire *Zielinski*, la Commission européenne des droits de l'homme estimait que « le fait que le Conseil constitutionnel prenne en compte un certain nombre de principes généraux, à l'instar du respect des droits de la défense, comme le font d'ailleurs les juridictions judiciaires, ne permet pas de décerner, à sa décision, un certificat de conformité avec les dispositions de la Convention susceptible de lier les organes de Strasbourg » (point 58). Cette position sera adoptée par la Cour, qui estime que « la décision du Conseil

juridictionnel, qui constitue la base du raisonnement de Strasbourg, semble exclure à jamais que l'objectif de mettre fin à des divergences de jurisprudence puisse constituer un « motif impérieux d'intérêt général » au sens de la Convention. Par ailleurs, l'objectif financier n'a pas été considéré *in casu* comme impérieux.

En censurant directement la déclaration de constitutionnalité du Conseil constitutionnel sur la loi relative à la santé publique et à la protection sociale, la Cour de Strasbourg a infligé un camouflet au Conseil constitutionnel français ; elle a mis fin à l'option de « constitutionnalité de principe »¹²⁴ des validations législatives, apparemment adoptée par le Conseil constitutionnel.

51. De la confrontation de la décision du Conseil constitutionnel de 1994 et de l'arrêt *Zielinski* semble se déduire une hiérarchie des niveaux d'exigences entre Paris et Strasbourg, entre le motif « suffisant » et le motif « impérieux ».

La jurisprudence « tolérante »¹²⁵ du Palais-Royal a cependant beaucoup évolué depuis 1994, « rattrapant » celle de Strasbourg, posant des exigences différentes, mais qui aboutissent au même résultat : ces « strates jurisprudentielles » se développent en parallèle¹²⁶.

Ainsi, avant même l'arrêt *Zielinski*, le Conseil constitutionnel avait affiné son contrôle de constitutionnalité des lois de validation en faisant porter son contrôle *sur l'acte validé lui-même*. En 1995, il avait posé les jalons d'un tel contrôle en décidant que les conditions dans lesquelles les actes administratifs validés ont été élaborés « ne sont pas *en elles-mêmes* de nature à entacher la loi d'inconstitutionnalité »¹²⁷.

Dans la décision n°97-390 DC du 19 novembre 1997, le Conseil constitutionnel a expressément inséré dans ses exigences qu'« *en outre, l'acte validé ne doit contrevenir à aucune règle, ni à aucun principe de valeur constitutionnelle, sauf à ce que le but d'intérêt général visé par la validation soit lui-même de valeur constitutionnelle* »¹²⁸.

52. Commentant cette décision, J.-E. SCHOETTL écrit : « le Conseil constitutionnel donne à entendre que certaines contraintes inhérentes à l'acte validé sont inexpiables alors que d'autres peuvent être contrebalancées par un suffisant intérêt général »¹²⁹.

Dire que le Conseil constitutionnel fait preuve de plus ou moins de sévérité en fonction de fautes plus ou moins graves est une évidence. Cette évidence découle en toute logique de la hiérarchie des normes : il y a des fautes qui ne peuvent recevoir l'absolution du législateur, parce que le législateur ne peut les valider.

Ce qui est par contre particulièrement étonnant, c'est que le Conseil constitutionnel semble admettre que le législateur puisse accorder, sous réserve d'un intérêt général suffisant, l'absolution à une violation de la Constitution. Elle semble admettre que par l'invocation d'un intérêt général de valeur constitutionnelle, le législateur puisse valider *un acte administratif* non plus illégal, mais *inconstitutionnel* !

constitutionnel ne suffit pas à établir la conformité de l'article 85 de la loi du 18 janvier 1994 avec les dispositions de la Convention » (point 59).

¹²⁴ E. MELLA, « Les validations législatives au regard du droit à un procès équitable », *op. cit.*, p. 798.

¹²⁵ P. LEWALLE, « Le contrôle de l'administration : l'effectivité du contrôle de la légalité », *Revue administrative*, n° spécial n°3, 2000, pp. 132-176, ici p. 171.

¹²⁶ J.-P. CAMBY, « Validations législatives : des strates jurisprudentielles de plus en plus nombreuses », *précité*.

¹²⁷ Déc. n°94-357 DC du 25 janvier 1995 concernant la validation de l'arrêté approuvant la convention nationale des médecins (C'est nous qui soulignons). Les requérants faisaient valoir que les actes validés seraient eux-mêmes entachés d'inconstitutionnalité, à savoir une rupture d'égalité. Voy. notamment J.-P. CAMBY, « Coup d'arrêt aux validations législatives : limites constitutionnelles ou limites jurisprudentielles ? », *R.D.P.*, 1996, pp. 323-328, ici p. 327 ; B. MATHIEU, « Les validations législatives devant le juge constitutionnel – Bilan d'une jurisprudence récente », *R.F.D.A.*, 1995, pp. 780-792.

¹²⁸ Déc. n°97-390 DC du 19 novembre 1997. Voy. *supra*, note 121.

¹²⁹ J.-E. SCHOETTL, *A.J.D.A.*, 1997, pp. 963 et s., ici p. 968.

53. Cet *obiter dictum* implique une mutation de la conception même de la notion de validation. Cette extension de la notion de « validation » nous semble contraire à la hiérarchie des normes, « contraire à la conception habituelle de la validation qui voit dans celle-ci un changement de la légalité avec effet rétroactif »¹³⁰.

On peut admettre avec B. MATHIEU que « l'inconstitutionnalité de l'acte validé n'entraîne pas nécessairement l'inconstitutionnalité de la loi de validation » : ce constat résulte de la simple hiérarchie des normes. Ce qui est par contre contestable, c'est que la « validation » ait pu opérer *comme telle* : si le législateur peut « couvrir » une illégalité, il n'a par contre pas la compétence de modifier la *constitutionnalité*¹³¹.

Et il est extrêmement dangereux, voire juridiquement difficilement concevable, de tirer d'un intérêt général de valeur constitutionnelle – concept on ne peut plus flou, qui résulterait d'une lecture inductive de la Constitution – une habilitation délivrée au législateur par la Constitution pour déroger à la constitutionnalité.

54. Indépendamment de cette formulation pourtant reprise dans des décisions plus récentes¹³², le Conseil constitutionnel étend moins le spectre de son contrôle qu'il n'y paraît : le contrôle sur l'acte validé demeure marginal, incident, il constitue le revers du contrôle de *l'intensité de la validation*, qui apparaît elle-même comme le prélude d'un contrôle de *proportionnalité*.

Ce contrôle de proportionnalité met en balance, d'une part, l'atteinte à la séparation des pouvoirs et, d'autre part, l'objectif poursuivi qui ne peut se justifier qu'« en considération de motifs d'intérêt général ou liés à des exigences constitutionnelles »¹³³. Or, il découle précisément de la loi constitutionnelle du 22 février 1996 que l'équilibre financier de la sécurité sociale est un principe de valeur constitutionnelle¹³⁴.

Dans son contrôle des lois de validation, le Conseil constitutionnel analyse donc le poids respectif d'un principe de valeur constitutionnelle¹³⁵ (la garantie des droits ou la séparation des pouvoirs), auquel il est porté atteinte, et d'un intérêt général ou d'une exigence

¹³⁰ F. LUCHAIRE, « Le Conseil constitutionnel et les lois de validation », *op. cit.*, p. 27.

¹³¹ Sur cette question, voy. notamment B. MATHIEU, *Les « validations » législatives — Pratique législative et jurisprudence constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 162 ; X. PRETOT, « Les validations législatives et le droit au procès équitable », *op. cit.*, p. 24.

¹³² Voy. notamment déc. n°99-425 DC du 29 décembre 1999 et sur cette décision, J. LAMARQUE, « La rétroactivité de la loi fiscale : une nécessité en matière de procédures » in *Territoires & liberté – Mélanges en hommage au Doyen Yves Madiot*, Bruylant, Bruxelles, 2000, pp. 331-356 ; B. MATHIEU, « Les validations législatives devant le juge de Strasbourg : une réaction rapide du Conseil constitutionnel mais une décision lourde de menaces pour l'avenir de la juridiction constitutionnelle – A propos des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme du 28 octobre 1999 et du Conseil constitutionnel 99-422 DC et 99-425 DC », *précité* ; B. MATHIEU et M. VERPEAUX, « Jurisprudence constitutionnelle », *J.C.P.*, 2000, pp. 1800-1810, ici p. 1808 ; B. MATHIEU et M. VERPEAUX, « Jurisprudence constitutionnelle 1999 – France », *R.E.D.P.*, vol. 13, n°2, été 2001, pp. 913-973, ici pp. 966-967 ; L. PHILIP, « Chronique de jurisprudence du Conseil constitutionnel (1^{er} octobre – 31 décembre 1999) », *R.F.D.C.*, 2000, pp. 137-138 ; J.-E. SCHOETTL, « Loi de finances rectificative pour 1999 », *A.J.D.A.*, 2000, pp. 43-47. Après cette décision de conformité du Conseil constitutionnel, la Cour de cassation va considérer la loi en cause contraire à la Convention européenne des droits de l'homme, voy. *supra*, note 90.

¹³³ Déc. n°97-393 DC du 18 décembre 1997 (C'est nous qui soulignons). Voy. *supra*, note 121.

¹³⁴ La loi constitutionnelle n°96-138 DC du 22 février 1996 a introduit dans l'article 34 de la Constitution un nouvel alinéa, qui stipule « Les lois de financement de la sécurité sociale déterminent les conditions de son équilibre financier et, compte tenu de leurs prévisions de recettes, fixent ses objectifs de dépenses, dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique ».

¹³⁵ Le Conseil constitutionnel a par contre toujours refusé de reconnaître au principe de confiance légitime une valeur constitutionnelle. Sur la notion de « principes » ou « objectifs de valeur constitutionnelle », authentiques créations du Conseil constitutionnel révélant son « dynamisme interprétatif », voy P. MBONGO, « Constitution française et libertés – Dits, non-dits, clairs-obscurs et idées reçues », *Revue administrative*, 2002, n°330, pp. 594-610, spéc. pp. 601-602.

de même valeur, qui autoriserait cette atteinte. Cette opération de pesée implique que, dans la rigueur de la hiérarchie des normes, l'intérêt général « suffisant » dégagé par le Conseil constitutionnel impose un degré d'exigence au moins aussi élevé que l'intérêt général « impérieux » posé par la Cour européenne des droits de l'homme, puisqu'il doit permettre de porter atteinte à un principe de valeur constitutionnelle.

Puisqu'il permet de déroger à un principe de valeur constitutionnelle, cet intérêt général que contrôle le Conseil constitutionnel est nécessairement élevé *au rang hiérarchique de la Constitution*. Autrement dit, cet intérêt général suffisant doit constituer, *implicitement*¹³⁶, un principe de valeur constitutionnelle¹³⁷.

De iure, le Conseil constitutionnel effectue donc un contrôle de proportionnalité de la conciliation opérée par le législateur entre des exigences constitutionnelles¹³⁸. *De facto*, il opère une *balance d'intérêts* (l'intérêt – individuel – des personnes lésées par la validation et un intérêt – collectif – général) proche d'un contrôle d'opportunité.

55. Dans le cadre de cette balance d'intérêts ou de ce contrôle de proportionnalité entre l'intérêt général poursuivi et l'atteinte portée au principe de la séparation des pouvoirs, le Conseil constitutionnel va élaborer, dans la décision n°2002-458 DC du 7 février 2002¹³⁹ concernant la validation de l'impôt foncier sur les propriétés bâties en Polynésie française, « une – trop ? – subtile distinction »¹⁴⁰ entre une irrégularité *de pure forme* et une *irrégularité*

¹³⁶ L'on pourrait considérer que cet intérêt général est d'une valeur *au moins* constitutionnelle. Cependant, cette considération, nonobstant la problématique sous-jacente d'une éventuelle suprématie de normes « d'une autre nature » (pour reprendre les termes du Conseil constitutionnel dans sa décision n°74-54 DC du 15 janvier 1975 précitée) sur la Constitution, reviendrait à conclure que le Conseil constitutionnel intègre dans son bloc de constitutionnalité d'autres normes que la Constitution, ce qu'il a toujours refusé de faire.

¹³⁷ Voy. B. MATHIEU, « Valeur et portée des validations législatives – Devant le juge constitutionnel : un nouvel équilibre entre les considérations liées à l'intérêt général et celles relatives à la garantie des droits ? (A propos des décisions 97-390 DC du 19 novembre 1997 et 97-393 DC du 18 décembre 1997) », *op. cit.*, p. 153 : « [L]es interventions législatives dans le contentieux juridictionnel des actes administratifs portent, par elles-mêmes, atteinte à des principes de nature constitutionnelle. (...) [L]'on comprend mal les motifs qui conduiraient à ce que l'invocation de simples raisons d'intérêt général justifient les atteintes ainsi portées à des droits fondamentaux ». Selon l'auteur, la *sécurité juridique*, déduite de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, pourrait constituer le principe constitutionnel à l'aune duquel la validation serait admise ou refusée : la sécurité juridique permettrait à la fois de limiter, mais aussi de justifier, des lois de validation.

¹³⁸ On peut se demander s'il relève du pouvoir législatif de faire prévaloir, au nom d'un intérêt général supérieur, suffisant ou autre, une exigence constitutionnelle sur un principe constitutionnel : la conciliation d'exigences constitutionnelles relève-t-elle du législateur ? C'est bien ce qui semble découler de la jurisprudence du Conseil constitutionnel : « Le Législateur voit le champ de ses compétences s'élargir, car il doit mettre en œuvre les 'principes à valeur constitutionnelle' que le Conseil constitutionnel consacre et même opérer une conciliation satisfaisante entre des principes contradictoires d'égale valeur juridique », voy. D. PERROT, « Validation législative et actes administratifs unilatéraux – Observations à la lumière de la jurisprudence récente », *op. cit.*, pp. 999-1000.

¹³⁹ A propos de la décision n°2002-458 DC du 7 février 2002, voy. L. GAY, « Droit constitutionnel jurisprudentiel », *Daloz*, 2003, pp. 1069-1070 ; B. MATHIEU, « De quelques exemples récents de l'influence des droits européens sur le juge constitutionnel français – A propos des décisions 2002-458 DC et 2001-455 DC », *Daloz*, 2002, pp. 1539-1441 ; D. ROUSSEAU, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle 2000-2001 », *R.D.P.*, 2002, n°3, pp. 635-674, ici p. 656.

¹⁴⁰ D. ROUSSEAU, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle 2000-2001 », *op. cit.*, p. 656. Le Conseil constitutionnel a ainsi admis le caractère « suffisant » de l'intérêt général pour la validation de l'impôt perçu pour les années 2000 et 2001 (illégalité de forme) et l'a rejeté, *notamment au regard des règles de forclusion*, pour les années 1992 à 1999 (illégalité de fond). Autrement dit, « opérant un jugement de Salomon », le Conseil constitutionnel admet ainsi une validation qui couvre effectivement une illégalité, mais censure une autre validation dépourvue *in casu* d'effet pratique. La jurisprudence de la Cour d'arbitrage belge utilise aussi, implicitement, cette distinction entre illégalité de forme et illégalité de fond, mais en lui conférant un contenu effectif, voy. *infra*, n°95-97.

de fond, en prenant en considération les *effets potentiels de la validation*¹⁴¹ et, faisant écho à la jurisprudence strasbourgeoise des *Building societies*, les exigences liées au principe de *confiance légitime*¹⁴².

56. La décision n°99-422 du 21 décembre 1999 offre une autre illustration de l'imbrication de ces strates jurisprudentielles.

Peu de temps après l'arrêt *Zielinski*, le Conseil constitutionnel a en effet rendu une décision qui traduit l'influence de la jurisprudence européenne et qui impose expressément¹⁴³ une nouvelle contrainte aux lois de validation : *la limitation stricte de l'objet de la validation*. Il a en effet considéré que « *si le législateur peut, dans un but d'intérêt général suffisant, valider un acte dont le juge administratif est saisi, afin de prévenir les difficultés qui pourraient naître de son annulation, c'est à la condition de définir strictement la portée de cette validation, eu égard à ses effets sur le contrôle de la juridiction saisie* »¹⁴⁴.

Certains auteurs estiment que le Conseil constitutionnel empêche dès lors de conférer à l'acte administratif une complète immunité juridictionnelle : le législateur ne pourrait valider un acte administratif « qu'en tant que sa légalité serait contestée par tel ou tel moyen précisément identifié »¹⁴⁵.

La validation législative ne se concevrait dès lors plus qu'en raison de *son but* : une *ingérence* – limitée au maximum – dans l'administration de la justice.

Cette conception subjective de la validation, poussée à son paroxysme, aurait pour conséquence paradoxale d'interdire de 'simples' confirmations législatives à portée générale, des interventions « préventives » du législateur : seules les validations « dolosives » seraient admises, mais le dol devrait être limité.

Cette nouvelle contrainte adressée aux validations semble dépasser les exigences de l'arrêt *Zielinski*. Elle induit peut-être une modification des techniques de validation, voire de la notion même de validation : la constitutionnalité de la validation dépendrait de la limitation de sa portée au risque d'une annulation de l'acte par le juge. Les validations à portée générale seraient dès lors proscrites, seules seraient constitutionnelles des validations *limitées, modalisées*. Reste à voir quelle application future le Conseil constitutionnel réservera à cette nouvelle exigence.

57. La motivation retenue de la décision de 1999 présente un autre caractère novateur. Elle s'est fondée sur « *le principe de séparation des pouvoirs et de droit à un recours juridictionnel effectif, qui découle de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* ».

¹⁴¹ Voy. B. MATHIEU, « De quelques exemples récents de l'influence des droits européens sur le juge constitutionnel français – A propos des décisions 2002-458 DC et 2001-455 DC », *op. cit.*, p. 1440.

¹⁴² Le Conseil constitutionnel a ainsi considéré qu'à défaut de validation, « *la restitution aux intéressés d'impositions dont ils sont redevables en vertu des règles de fond de la loi fiscale pourrait constituer un enrichissement injustifié* ».

¹⁴³ Cette contrainte se trouvait peut-être déjà en germe dans la décision n°97-390 DC du 19 novembre 1997, citée *supra*, note 121, qui énonçait dans une sorte d'*obiter dictum* que l'article « *n'a d'ailleurs pas pour portée de purger les impositions en cause d'autres vices que celui tenant à leur défaut de base légale* ». Voy. F. LUCHAIRE, « Le Conseil constitutionnel et les lois de validation », *op. cit.*, p. 31 et s. Voy. aussi déc. n°2002-458 DC du 7 février 2002.

¹⁴⁴ Déc. n°99-422 DC du 21 décembre 1999 et sur cette décision, voy. notamment B. MATHIEU, « Les validations législatives devant le juge de Strasbourg : une réaction rapide du Conseil constitutionnel mais une décision lourde de menaces pour l'avenir de la juridiction constitutionnelle – A propos des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme du 28 octobre 1999 et du Conseil constitutionnel 99-422 DC et 99-425 DC », *précité* ; B. MATHIEU et M. VERPEAUX, « Jurisprudence constitutionnelle », *précité* ; D. RIBES, « Chronique de jurisprudence du Conseil constitutionnel (1^{er} octobre – 31 décembre 1999) », *R.F.D.C.*, 2000, pp. 130-132.

¹⁴⁵ M. GUYOMAR et P. COLLIN, « Chronique générale de jurisprudence administrative » (C.E., 28 juillet 2000, *M. Tête, Association du collectif pour la gratuité contre le racket*), *op. cit.*, p. 797.

Le Conseil constitutionnel avait jusqu'ici basé son contrôle sur le principe de la séparation des pouvoirs¹⁴⁶, contenu dans l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen¹⁴⁷, mais sans mentionner expressément ce texte. En se référant *expressément* à l'article 16 de la Déclaration de 1789 comme fondement de limitations des validations, le Conseil constitutionnel érige celui-ci en norme pleinement juridique, aux potentialités de plus en plus *calquées* sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme : l'article 16 de la Déclaration de 1789 devient ainsi la « clef du contrôle de constitutionnalité des validations »¹⁴⁸. En contrepartie de ce rattachement direct à l'article 16 de la Déclaration de 1789, la séparation des pouvoirs « devient une règle constitutionnelle de plus en plus affirmée »¹⁴⁹.

Pour la première fois également, le Conseil constitutionnel consacre un « droit à un recours juridictionnel effectif »¹⁵⁰. Faisant écho à l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme, le Conseil constitutionnel révélerait ainsi sa volonté de faire entrer dans le « bloc de constitutionnalité », via la Déclaration de 1789, des droits contenus dans la Convention européenne des droits de l'homme¹⁵¹. Cette technique de « constitutionnalisation » indirecte de la Convention pourrait s'expliquer par le refus du Conseil constitutionnel d'opérer un contrôle de conventionnalité et par un certain souci de conserver un contrôle *national* de constitutionnalité, fût-il inspiré.

Si la Convention européenne des droits de l'homme n'est pas une norme de référence du Conseil constitutionnel, elle en constitue, avec certitude, une « norme d'influence »¹⁵².

* * *

¹⁴⁶ Voy. F. LUCHAIRE, « Le droit de l'homme à la séparation des pouvoirs d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel français » in *Présence du droit public et des droits de l'homme – Mélanges offerts à Jacques Velu*, tome I^{er}, Bruylant, Bruxelles, 1992, pp. 441-451.

¹⁴⁷ Selon l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, « Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ».

¹⁴⁸ B. MATHIEU, « Les validations législatives devant le juge de Strasbourg : une réaction rapide du Conseil constitutionnel mais une décision lourde de menaces pour l'avenir de la juridiction constitutionnelle – A propos des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme du 28 octobre 1999 et du Conseil constitutionnel 99-422 DC et 99-425 DC », *op. cit.*, p. 293

¹⁴⁹ J.-P. CAMBY, « Validations législatives : des strates jurisprudentielles de plus en plus nombreuses », *op. cit.*, p. 616.

¹⁵⁰ Le principe de sécurité juridique, par contre, n'a jamais été expressément reconnu de valeur constitutionnelle par le Conseil constitutionnel, même si celui-ci veille au respect d'un certain nombre d'exigences qui en sont le corollaire, voy. notamment B. MATHIEU, « Rétroactivité des lois fiscales et sécurité juridique : l'application concrète d'un principe implicite – Observations à propos de la décision 98-404 DC du 18 décembre 1998 du Conseil constitutionnel », *R.F.D.A.*, 1999, pp. 90-95.

¹⁵¹ M. GUYOMAR et P. COLLIN, « Chronique générale de jurisprudence administrative » (C.E., 28 juillet 2000, *M. Tête, Association du collectif pour la gratuité contre le racket*), *op. cit.*, p. 797 ; M. GUYOMAR et P. COLLIN, « Chronique générale de jurisprudence administrative française » (C.E., Ass, 11 juillet 2001, *Ministre de la défense c. Préaud*), *op. cit.*, p. 845. Les auteurs évoquent une autre illustration de ce phénomène : dans une décision n°95-360 DC du 2 février 1995, le Conseil constitutionnel a ainsi décidé que le principe fondamental reconnu par les lois de la République du respect des droits de la défense impliquait « en matière pénale, l'existence d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties », ce qui fait écho à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Une autre hypothèse de cette intégration pourrait concerner l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qui dispose que « la propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité », qui constitue le pendant de l'article 1^{er} du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme.

¹⁵² Voy. E. SAILLANT, « Conseil constitutionnel, Cour européenne des Droits de l'Homme et protection des droits et libertés : sur la prétendue rivalité de systèmes complémentaires », *R.D.P.*, 2004, pp. 1497-1546, ici p. 1539.

58. Sous l'impulsion de la Cour européenne des droits de l'homme, les exigences *constitutionnelles* édictées par le Conseil constitutionnel se trouvent synthétisées dans un considérant de la décision n°99-425 DC du 29 décembre 1999¹⁵³, appelé à devenir récurrent¹⁵⁴ : « *Considérant que si le législateur peut valider un acte administratif dans un but d'intérêt général suffisant, c'est sous réserve du respect des décisions de justice ayant force de chose jugée et du principe de non-rétroactivité des sanctions ; que l'acte validé ne doit méconnaître aucune règle, ni aucun principe de valeur constitutionnelle sauf à ce que le but visé par la validation soit lui-même de valeur constitutionnelle ; qu'en outre, la portée de la validation doit être strictement définie, sous peine de méconnaître l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ; que c'est à la lumière de l'ensemble de ces principes que doit être appréciée la conformité à la Constitution des dispositions soumises à l'examen du Conseil constitutionnel ; (...)* ».

Le Conseil constitutionnel a donc opté pour un alignement sur Strasbourg en créant de nouvelles contraintes aux validations et en exerçant un contrôle qui transforme des exigences qui n'étaient que formelles en exigences désormais effectives. Cette sévérité accrue est le résultat du « 'dialogue des juges', qui n'est cependant pas dénué d'ambiguïtés et d'enjeux de pouvoir »¹⁵⁵. L'intégration de la Convention européenne des droits de l'homme dans le bloc de constitutionnalité semble ainsi s'opérer de manière implicite et volontaire¹⁵⁶.

A certains égards même, le Conseil constitutionnel dépasse les exigences de Strasbourg. Ainsi, les nouvelles exigences posées par le Conseil constitutionnel en matière d'intérêt général ne le limitent plus à une notion purement politique – fût-elle impérieuse – mais l'élèvent au rang de principe hautement juridique – constitutionnel¹⁵⁷.

Chapitre IV – La Belgique : d'un contrôle de constitutionnalité des validations législatives à un contrôle de la légalité de l'acte validé

59. Contrairement au Conseil constitutionnel français, qui refuse d'intégrer la Convention européenne des droits de l'homme dans son « bloc de constitutionnalité », la Cour d'arbitrage s'est très vite déclarée compétente pour contrôler, par le biais du principe de non-discrimination, le respect de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁵⁸.

¹⁵³ Déc. n°99-425 DC du 29 décembre 1999, voy. *supra*, note 132.

¹⁵⁴ On le retrouve notamment légèrement modifié dans la décision n°2002-458 DC du 7 février 2002, qui confirme le privilège du pouvoir législatif de valider un acte administratif en considérant que « si le législateur peut, *comme lui seul est habilité à le faire*, valider un acte administratif dans un but d'intérêt général suffisant (...) » (C'est nous qui soulignons).

¹⁵⁵ B. MATHIEU, « De quelques exemples récents de l'influence des droits européens sur le juge constitutionnel français – A propos des décisions 2002-458 DC et 2001-455 DC », *op. cit.*, p. 1439. Voy. aussi F. SUDRE, « A propos du 'dialogue des juges' et du contrôle de conventionnalité », *précité*.

¹⁵⁶ Certains auteurs français plaident notamment pour l'intégration expresse de la Convention européenne des droits de l'homme dans le bloc de constitutionnalité en vue de lui conférer une valeur constitutionnelle, voy. B. MATHIEU, « Les validations législatives devant le juge de Strasbourg : une réaction rapide du Conseil constitutionnel mais une décision lourde de menaces pour l'avenir de la juridiction constitutionnelle – A propos des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme du 28 octobre 1999 et du Conseil constitutionnel 99-422 DC et 99-425 DC », *op. cit.*, p. 299 ; C. SANDRAS, « Les lois de validation, le procès en cours et l'article 6, §1^{er} de la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 652. Voy. aussi *contra*, X. PRETOT, « Le Conseil constitutionnel, la Cour européenne de Strasbourg et les validations législatives – A constitutionnalisme, conventionnalisme et demi... », *op. cit.*, p. 232. Ce procédé de « constitutionnalisation » de la Convention européenne des droits de l'homme est assimilable au projet – avorté – d'inscrire un article 32*bis* dans la Constitution belge, voy. *Doc. parl.*, Sénat, 2000-2001, DOC 2-575.

¹⁵⁷ Voy. L. SERMET, « Rétroactivité et Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 998.

¹⁵⁸ Dans l'arrêt n°18/90 du 23 mai 1990, la Cour a ainsi considéré que parmi les droits et libertés garantis aux Belges par l'article 11 de la Constitution figurent les droits et libertés garantis par les dispositions internationales ayant effet direct qui lient la Belgique (B.11.3). Voy. notamment M. MELCHIOR et L. DE GREVE, « Protection constitutionnelle et internationale des droits de l'homme : concurrence ou complémentarité ? Rapport de la Cour

La Cour d'arbitrage a ainsi été amenée à se prononcer sur la compatibilité des lois de validation avec le principe d'égalité et de non-discrimination, seul ou combiné avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

La distinction – bien qu'elle semble s'atténuer – entre le contrôle de conventionnalité et le contrôle de constitutionnalité, n'existe dès lors pas en Belgique comme en France : le contrôle des lois de validation converge donc vers la Cour d'arbitrage, les requérants préférant souvent abandonner un contrôle diffus de conventionnalité au profit d'un contrôle concentré d'égalité combiné avec la Convention européenne des droits de l'homme.

Il semble ainsi qu'il y ait en Belgique, contrairement à la France, une *unicité* du contrôle des lois de validation ; et ce contrôle est exercé par la Cour d'arbitrage. Pour cette raison, nous n'aborderons que la jurisprudence de la Cour d'arbitrage.

60. Les deux premiers arrêts de la Cour d'arbitrage relatifs aux « validations législatives » semblent cristalliser une approche fondamentalement différente à l'égard de deux procédés de validation : *la ratification* et *la substitution*. Ces deux arrêts fondateurs – que nous présenterons succinctement, avant de tenter d'en tirer quelques leçons – semblent induire un degré de sévérité différent en fonction de *l'illégalité couverte*, matérielle ou « simplement » formelle.

61. Dans l'arrêt n°16/91 du 13 juin 1991, la Cour d'arbitrage est saisie d'un recours en annulation¹⁵⁹, introduit par l'a.s.b.l. « Association des femmes au foyer » et par l'a.s.b.l. « Thuiswerkende ouder, gezin, samenleving ».

La Cour constate que la première disposition attaquée, qui « confirmait »¹⁶⁰ notamment deux arrêtés royaux relatifs au précompte professionnel, dont l'un avait été annulé¹⁶¹ et l'autre suspendu¹⁶² par le Conseil d'Etat, avait pour objet « *de relever de son*

d'arbitrage de Belgique », *R.U.D.H.*, 1995, pp. 217-247 ; J.-Cl. SCHOLSEM, « La Cour d'arbitrage », *Rev. dr. U.L.B.*, 1999, pp. 205-237 ; J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, Maklu, Anvers-Apeldoorn, 1990, pp. 168-171 ; M. VERDUSSEN, « La Convention européenne des droits de l'homme et le juge constitutionnel » in *La mise en œuvre interne de la Convention européenne des droits de l'homme*, Actes du colloque du 20 janvier 1994, Ed. Jeune Barreau de Bruxelles, pp. 17-88.

¹⁵⁹ Recours dirigé contre les articles 23 et 29 de la loi du 20 juillet 1990 portant des dispositions fiscales et autres. Dans son arrêt n°37/90 du 22 novembre 1990, la Cour avait rejeté la demande de suspension de l'a.s.b.l. « Femmes au foyer ». Suite à l'arrêt d'annulation n°16/91 du 13 juin 1991, l'arrêt n°11/92 du 13 février 1992 a estimé que la question préjudicielle relative à l'article 29 de la loi du 20 juillet 1990 était sans objet. Sur l'arrêt n°16/91, voy. R. ERGEC, « De l' 'invalidation' des 'validations' législatives à l'égalité en matière fiscale », *J.T.*, 1991, pp. 837-839 ; P. POPELIER, « Legislatieve 'validatie' : een kwestie van wetgevingstechniek », *op. cit.*, pp. 89-92. Sur la suite donnée à l'arrêt n°16/91 par le Conseil d'Etat, voy. P. MARTENS, « Quand Pénélope se fâche » obs. sous C.E., n°39.200 du 9 avril 1992, *a.s.b.l. Femmes au foyer c. Etat belge, Ministre des finances, J.L.M.B.*, 1992, pp. 922-924. D'autres recours relatifs au calcul du précompte professionnel, introduits par l'a.s.b.l. Association des femmes au foyer, ont été rejetés, voy. C.A., n°34/93 du 6 mai 1993 et 73/93 du 21 octobre 1993.

¹⁶⁰ Cette disposition opérait, selon nous, à la fois une ratification, en conférant force de loi aux arrêtés royaux, et une validation *sensu stricto*, en relevant les arrêtés de la nullité qui les affectait et qui avait conduit respectivement à une annulation et à une suspension.

¹⁶¹ C.E., n°35.013 du 23 mai 1990, *a.s.b.l. Association des femmes au foyer c. Etat belge*. L'arrêt a annulé l'arrêté royal du 27 février 1989 « en tant que le barème II qui y est annexé aboutit à prélever, à charge des seuls ménages qui ne bénéficient que d'un revenu professionnel, un précompte professionnel supérieur à l'impôt afférent aux revenus professionnels sur lesquels le précompte est retenu ».

¹⁶² C.E., n°34.814 du 25 avril 1990, *a.s.b.l. Association des femmes au foyer c. Etat belge*. L'arrêt a suspendu l'exécution de l'arrêté royal du 18 décembre 1989 « en tant que les barèmes qui y sont annexés aboutissent à prélever, à charge des seuls ménages qui ne bénéficient que d'un revenu professionnel ou dont le second revenu est inférieur au quotient conjugal, un précompte professionnel supérieur à l'impôt afférent aux revenus professionnels sur lesquels le précompte est retenu ».

irrégularité¹⁶³ un arrêté royal après que cette irrégularité a été établie par une décision du Conseil d'Etat d'une part et, d'autre part, d'empêcher le Conseil d'Etat de se prononcer sur l'irrégularité éventuelle d'un arrêté royal dont il a suspendu l'exécution ».

« Les parties requérantes ainsi que l'ensemble de la catégorie des citoyens auxquels s'appliquaient les dispositions annulées de l'arrêté royal du 27 février 1989 et les dispositions suspendues de l'arrêté royal du 18 décembre 1989 se voient ainsi privés par le législateur d'une garantie juridictionnelle essentielle, s'appliquant à tous les citoyens »¹⁶⁴, à savoir la possibilité d'introduire un recours en annulation devant le Conseil d'Etat.

La seconde disposition entreprise déléguait au Roi la compétence de déterminer le précompte professionnel sur la base de barèmes forfaitaires pour autant que les arrêtés royaux établissant ces barèmes soient confirmés par les Chambres législatives¹⁶⁵. Cette procédure de confirmation législative « ne contrevient pas aux articles 6 et 6bis de la Constitution en ce qu'elle renforce le contrôle par le législateur sur l'exercice de pouvoirs qu'il consent au Roi dans les §§1^{er} et 2 de la même disposition et en ce qu'elle ne soustrait pas sans justification certains actes du pouvoir exécutif au contrôle juridictionnel de légalité »¹⁶⁶.

La Cour a dès lors annulé la première disposition, et rejeté le recours pour le surplus.

62. L'arrêt n°67/92 du 12 novembre 1992 concerne la validation par substitution de l'établissement et la perception de centimes additionnels au précompte immobilier de la province du Brabant pour l'année 1988. Suite à l'annulation par le Conseil d'Etat¹⁶⁷, pour vice de forme, de la délibération du Conseil provincial établissant ces additionnels, la province du Brabant se trouvait dans l'impossibilité d'opérer la réfection de l'acte en raison du principe d'annualité et de non-rétroactivité de l'impôt.

La Cour considère que l'objectif poursuivi par le législateur de « remédier aux difficultés financières et administratives » de la province du Brabant « n'est pas illégitime »¹⁶⁸. Si, pour réaliser cet objectif, le législateur disposait du choix entre trois techniques – la validation par confirmation pure et simple, la validation par substitution et la validation par habilitation expresse¹⁶⁹ – et si, en l'occurrence, il a opté pour la validation par substitution, « [i]l n'appartient pas à la Cour de statuer sur l'opportunité du procédé retenu par le législateur »¹⁷⁰. L'intervention du législateur dans une matière qui relève normalement de l'autonomie provinciale a été justifiée par la Cour par la lecture combinée des articles 162, §2, 6°, et 170, §3, alinéa 2, de la Constitution.

En ce qui concerne l'autorité de chose jugée de l'arrêt du Conseil d'Etat, la Cour constate que « [l]'autorité de chose jugée ne signifie pas que la matière réglée par un acte annulé ne pourrait plus faire à nouveau l'objet d'une décision ou d'un règlement. Au

¹⁶³ La Cour a pris en compte l'intention affirmée dans les travaux préparatoires de relever de la nullité qui l'affecte le susdit arrêté royal (C.A., n°16/91 du 13 juin 1991, 4.B.5).

¹⁶⁴ C.A., n°16/91 du 13 juin 1991, 4.B.6.

¹⁶⁵ La section de législation du Conseil d'Etat avait émis un avis négatif sur ce procédé de confirmation, inutile au regard de l'article 170 de la Constitution – puisque le précompte ne constitue pas un impôt, mais une modalité de son prélèvement –, voire illégal, voy. *Doc. parl.*, Chambre, s.o. 1989-1990, n°1218/1, pp. 36-37.

¹⁶⁶ C.A., n°16/91 du 13 juin 1991, 6.B.3.

¹⁶⁷ C.E., n°35.680 du 17 octobre 1990, *Mergam c. Etat belge*.

¹⁶⁸ C.A., n°67/92 du 12 novembre 1992, B.6. Constatons la double négation de la formule, qui semble indiquer une présomption d'illégitimité d'une validation.

¹⁶⁹ La Cour ne distingue pas la ratification et la validation *sensu stricto*, « englobant les deux techniques sous l'équivoque expression de 'confirmation' » (H. SIMONART et J. SALMON, « Les validations législatives et le contrôle de la Cour d'arbitrage », *op. cit.*, p. 204). Cependant, les effets de la ratification et de la validation *sensu stricto* diffèrent totalement : l'une confère à l'acte validé force de loi, tandis que l'autre ne modifie pas la nature administrative de l'acte validé, voy. *supra*, n°22-23.

¹⁷⁰ C.A., n°67/92 du 12 novembre 1992, B.7.2. Si l'opportunité du choix de la méthode relève du législateur, constatons cependant que les effets du procédé choisi diffèrent et entraîneront d'ailleurs un niveau de sévérité différent, voy. *infra*, n°85-86.

contraire, les exigences du bon fonctionnement des services publics impliquent bien souvent la réfection de l'acte annulé (...) »¹⁷¹.

63. Ces deux arrêts fondateurs permettent de dégager quelques lignes directrices, qui peuvent certes sembler sinueuses – et qui le sont peut-être – du contrôle des validations législatives par la Cour d'arbitrage.

Analysant le raisonnement suivi par la Cour d'arbitrage par étapes successives – le principe d'égalité et la comparabilité (§ 1^{er}), la justification et le but poursuivi (§ 2), l'effet sur les contrôles juridictionnels (§ 3), l'autorité de chose jugée, la réfection de l'acte et la nature de l'illégalité (§ 4) –, nous tenterons de montrer comment la jurisprudence ultérieure s'inscrit dans la lignée des principes dégagés par ces deux arrêts initiaux.

§ 1^{er}. *Le principe d'égalité, vecteur du contrôle des validations législatives*

64. Avant l'extension de ses compétences au titre II de la Constitution, et aux articles 170, 172 et 191 de la Constitution, par la loi spéciale du 9 mars 2003¹⁷², la Cour d'arbitrage était chargée par la loi spéciale du 6 janvier 1989 de veiller au respect, par les normes législatives, des règles répartitrices de compétences et des « seuls » articles 10, 11 et 24 de la Constitution.

Le contrôle des validations législatives¹⁷³ s'est donc développé à l'aune du principe d'égalité – garanti par les articles 10 et 11 de la Constitution – *dans* les droits fondamentaux. Que l'on invoque des principes généraux comme l'autorité de la chose jugée, la sécurité juridique, la séparation des pouvoirs, l'indépendance du pouvoir judiciaire¹⁷⁴, ou l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, il s'agira donc toujours de les combiner avec le principe d'égalité et de non-discrimination¹⁷⁵. Et l'extension des compétences de la Cour d'arbitrage, qui deviendra peut-être la « Cour constitutionnelle belge »¹⁷⁶, ne semble pas avoir entraîné une modification fondamentale des normes de référence dans l'exercice par la Cour de son contrôle.

¹⁷¹ C.A., n°67/92 du 12 novembre 1992, B.11.1.

¹⁷² Sur cette « extension » de compétences par la loi du 9 mars 2003 modifiant la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, *M.B.* 11 avril 2003, voy. notamment R. ERGEC, « Une Cour de plus en plus constitutionnelle : propos sur la loi spéciale du 9 mars 2003 sur la Cour d'arbitrage », *C.D.P.K.*, 2003/4, pp. 622-632 ; A. RASSON-ROLAND, D. RENDERS et M. VERDUSSEN (dirs.), *La Cour d'arbitrage vingt ans après – Analyse des dernières réformes*, Bruylant, Bruxelles, 2004, 446 p. ; 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 du 28 mai 2004, Ed. Jeune Barreau de Liège, 2004, pp. 27-51 ; M.-Fr. RIGAUX, « La loi spéciale du 9 mars 2003 modifiant la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage », *R.R.D.*, 2003/109, pp. 392-403 ; J. THEUNIS, « Het Arbitragehof – Bevoegdheidsuitbreiding en andere wijzigingen ingevolge de bijzondere wet van 9 maart 2003 », *N.j.W.*, 2003/42, pp. 954-960 ; F. 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.*, 2003/3, pp. 251-269 ; 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, pp. 458-479 ; J. VELAERS, « Het Arbitragehof 'Derde fase' : de bijzondere wet van 9 maart 2003 », *R.W.*, 2003-2004, pp. 1401-1416.

¹⁷³ Voy. notamment P. POPELIER, *Toepassing van de wet in de tijd*, Story-Scientia, Bruxelles, 1999, pp. 134-144.

¹⁷⁴ Dans l'arrêt n°67/92 du 12 novembre 1992, en B.2.2, la Cour constate qu'elle n'est pas compétente pour examiner les moyens si aucune violation du principe d'égalité n'est alléguée.

¹⁷⁵ En l'absence de combinaison avec le principe d'égalité et de non-discrimination, la Cour rappelle qu'elle « n'est pas compétente pour contrôler *directement* les dispositions attaquées au regard d'un principe de sécurité juridique » (C.A., n°100/2003 du 17 juillet 2003, B.10.2 – C'est nous qui soulignons). Voy. de même, C.A., n°147/2004 du 15 septembre 2004, B.6.2.

¹⁷⁶ Voy. la proposition de révision de l'article 142, alinéa 1^{er}, de la Constitution, *Doc. parl.*, Sénat, 2004-2005, DOC 3-1052/1.

65. Cette conception de l'égalité¹⁷⁷, à « portée générale »¹⁷⁸ et implicitement contenue dans les droits fondamentaux¹⁷⁹, conduit à une intégration dans le bloc de constitutionnalité de différentes garanties jugées fondamentales.

Ainsi, dans les nombreux arrêts¹⁸⁰ où est invoquée la violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, en combinaison avec les articles 10 et 11 de la Constitution, la Cour d'arbitrage n'examine pas le grief de violation de la Convention : « *En ce qui concerne enfin la référence faite, par la première branche du premier moyen, à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour constate, sans qu'il soit besoin d'examiner si cette disposition est applicable à l'espèce en cause, que les parties requérantes n'en tirent aucun argument distinct de ceux qu'elles tirent des dispositions constitutionnelles qu'elles invoquent* »¹⁸¹.

Autrement dit, le principe d'égalité belge tel qu'élaboré par la Cour d'arbitrage serait *autosuffisant*, comprenant lui-même les garanties du droit au procès équitable prévues par l'article 6 de la Convention.

66. Afin de contrôler le respect du principe d'égalité, le raisonnement de la Cour doit établir l'existence de catégories *comparables* de personnes.

En ce qui concerne les lois de validation, puisque le droit d'introduire un recours en annulation devant le Conseil d'Etat, prévu par l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, ainsi que les articles 144, 145 et 159 de la Constitution¹⁸², constituent des garanties

¹⁷⁷ Dans son antienne récurrente, la Cour d'arbitrage définit comme suit le principe d'égalité : « *Les règles constitutionnelles d'égalité et de non-discrimination n'excluent pas qu'une différence de traitement soit établie entre certaines catégories de personnes pour autant que le critère de différenciation soit susceptible de justification objective et raisonnable.*

L'existence d'une telle justification doit s'apprécier en tenant compte du but et des effets de la mesure critiquée ainsi que de la nature des principes en cause ; le principe d'égalité est violé quand il est établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé ».

¹⁷⁸ C.A., n°16/91 du 13 juin 1991, 4.B.1 ; n°24/96 du 27 mars 1996, B.4.2.

¹⁷⁹ M. MELCHIOR, « La Cour d'arbitrage et les droits fondamentaux » in *Le point sur les droits de l'homme, op. cit.*, p. 13. Ce mode de raisonnement est à la base de l'extension *prétorienne* des compétences de la Cour – bien avant la loi spéciale du 9 mars 2003 – à tous les droits fondamentaux, initiée dès le premier arrêt de la Cour en matière d'égalité, voy. notamment X. DELGRANGE, « Quand la Cour d'arbitrage s'inspire de la Cour de Strasbourg », obs. sous C.A., n°21/89 du 13 octobre 1989, *R.R.D.*, 1989, pp. 619-622 ; X. DELGRANGE, « Les articles 6 [10] et 6bis [11] de la Constitution, des dispositions longue portée », *R.R.D.*, 1990, pp. 422-434 ; D. LAGASSE, obs. sous C.A., n°21/89 du 13 octobre 1989, *J.T.*, 1990, pp. 7-10 ; J.-Cl. SCHOLSEM, « L'égalité devant la Cour d'arbitrage » in *Liber Americorum Prof. Em. E. Krings*, Story-Scientia, Bruxelles, 1991, pp. 773-787 ; M. UYTENDAELE, « La Cour d'arbitrage depuis 1989 : une Cour constitutionnelle à vocation limitée ? », *J.T.*, 1991, pp. 265-269 ; P. VANDERNOOT, « Le principe d'égalité dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage », *A.P.T.*, 1997, pp. 87-113.

¹⁸⁰ Les arrêts n°84/93 du 7 décembre 1993 et 5/94 du 20 janvier 1994, relatifs aux prestations de biologie clinique, sont les premiers dans lesquels a été invoquée, à l'encontre d'une « validation » législative, une violation des articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec des dispositions internationales – en l'espèce, les articles 6, 13 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

¹⁸¹ C.A., n°86/98 du 15 juillet 1998, B.12.7 et n°49/2002 du 13 mars 2002, B.18, relatifs à la cotisation de solidarité sur les pensions. La Cour se dispense de la sorte de devoir examiner la *nature* de la retenue opérée : une cotisation de sécurité sociale – à laquelle l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme est applicable – ou une « cotisation » relevant du droit fiscal – à laquelle l'article 6 de la Convention n'est pas applicable. Voy. aussi C.A., n°53/2003 du 30 avril 2003, B.5, dans lequel la Cour estime que le contrôle des dispositions en cause au regard du principe d'égalité combiné notamment avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme « ne saurait conduire en l'espèce à d'autres conclusions que celles qui résultent du contrôle de ces dispositions au regard du principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination considéré isolément ». Voy. aussi C.A., n°55/99 du 26 mai 1999, B.7 ; n°30/2004 du 3 mars 2004, B.9.

¹⁸² C.A., n°84/93 du 7 décembre 1993, B.4 et n°5/94 du 20 janvier 1994, B.6. La Cour n'a toutefois pas considéré ces garanties juridictionnelles comme « essentielles ».

accordées à tous les citoyens¹⁸³, la privation *injustifiée* de ces garanties considérées comme fondamentales constituera *de plano* une atteinte au principe d'égalité.

La comparabilité se situe donc entre les citoyens qui sont privés par l'effet de la loi de validation d'un recours juridictionnel et la catégorie résiduaire de *tous* les autres citoyens qui, *potentiellement*, disposent de cette garantie. Alors que le principe d'égalité, au niveau de la Cour européenne des droits de l'homme, se situe entre le requérant *et l'Etat*, il se situe, en droit belge, entre le requérant *et d'autres requérants potentiels* qui jouissent de toutes les garanties du droit au procès équitable.

Cette notion de comparabilité conçue *in abstracto* apparaît comme le corollaire de la conception de l'égalité implicitement contenue dans les droits fondamentaux, et illustre combien l'égalité, « clef du contentieux constitutionnel »¹⁸⁴ de la Cour d'arbitrage, est une notion « passe-partout », voire inconsistante.

67. Dans l'hypothèse où une matière est en principe¹⁸⁵ réglementée par le pouvoir exécutif, une validation par substitution soulève la question d'une différence de traitement, « en ce qui concerne la garantie juridictionnelle accordée par l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat »¹⁸⁶, entre deux catégories de personnes davantage définies : les personnes soumises à une loi et celles soumises à une norme de valeur inférieure.

Par ailleurs, dans le cas où des personnes ont obtenu le bénéfice d'une décision juridictionnelle, la comparabilité peut alors se concevoir de manière moins formelle et se situer non plus entre tous les citoyens et les citoyens jouissant potentiellement des garanties juridictionnelles à l'encontre de l'acte validé, mais entre tous les citoyens et ceux qui ont *effectivement* bénéficié d'une décision juridictionnelle. Cette différence dans la conception de la comparabilité ne semble cependant pas conduire à un contrôle différent.

68. Si la Cour contrôle souvent une éventuelle discrimination générée par *la loi de validation* en tant que telle, au regard des garanties juridictionnelles considérées comme fondamentales, elle est aussi parfois appelée à contrôler une éventuelle discrimination, générée par *le contenu même de l'acte réglementaire validé*¹⁸⁷.

¹⁸³ C.A., n°16/91 du 13 juin 1991, 4.B.6. Constatons que par rapport aux moyens des requérants, la Cour n'avait *pas* considéré que l'article 159 de la Constitution constituait une garantie essentielle.

¹⁸⁴ Voy. N. BANNEUX, « L'égalité : clef du contentieux constitutionnel ? », in *L'égalité : nouvelle(s) clé(s) du droit ?*, C.U.P., vol. 73, Bruxelles, Larcier, octobre 2004, pp. 8-74.

¹⁸⁵ Voy. notamment C.A., n°67/92 du 12 novembre 1992 et 99/2004 du 2 juin 2004. Cependant, *lorsque l'intervention législative est justifiée*, les différences existant entre les contrôles des normes législatives et des normes réglementaires constituent un « choix du Constituant », que la Cour ne peut censurer, voy. *infra*, n°70.

¹⁸⁶ Voy. C.A., n°99/2004 du 2 juin 2004, B.6.3, concernant la « retenue » sur la prime Copernic. Une disposition législative reproduisait le contenu de l'arrêté royal établissant cette retenue, attaqué devant le Conseil d'Etat pour violation de l'article 170 de la Constitution, en ce qu'il établirait un « impôt ». Puisque la matière – le statut des fonctionnaires – relève de la compétence du Roi, la Cour estime qu'il *n'est pas nécessaire* de prévoir une base légale pour la « retenue » en cause, que cette base légale est « superflue », et annule par conséquent la disposition législative entreprise (C.A., n°99/2004, B.6.2).

¹⁸⁷ C.A., n°34/93 du 6 mai 1993, B.3 et n°73/93 du 21 octobre 1993, B.5 : concernant les règles de calcul du précompte professionnel établies par l'arrêté confirmé, la Cour a estimé que la distinction entre ménages à deux revenus et ménages à un seul revenu reposait sur un critère objectif, ces deux catégories de ménages n'étant pas *comparables*. Voy. aussi les arrêts C.A., n°84/93 du 7 décembre 1993, 5/94 du 20 janvier 1994 et 87/95 du 21 décembre 1995, qui concernent également des hypothèses de validation par substitution, et dans lesquels la Cour examine le contenu de la loi, par hypothèse identique au contenu de l'arrêté validé. Voy. aussi C.A., n°99/2004 du 2 juin 2004 dans lequel la Cour, analysant la nature de la « retenue » sur la prime Copernic, estime qu'elle n'est pas un impôt (B.2.3) : saisie de la *disposition législative* qui reproduit le contenu de l'arrêté royal établissant cette retenue, elle se prononce donc implicitement sur une éventuelle violation, *par cet arrêté royal*, de l'article 170 de la Constitution, élément dont le Conseil d'Etat était saisi en ce qui concerne l'arrêté royal.

Il semble ainsi que la *matière* faisant l'objet de la validation conduit à un contrôle différent en ce qui concerne la comparabilité des situations, comme en témoigne notamment le *self-restraint* assez inhabituel de la Cour en matière de droit fiscal¹⁸⁸.

69. Une différence de traitement qui ne trouve pas sa source dans la loi n'oblige pas le législateur à y mettre fin. Ainsi, quand une différence de traitement résulte « de la combinaison de différentes décisions prises par des autorités différentes : les arrêtés royaux antérieurs à la loi, leur exécution et les décisions judiciaires en sens contraire à propos de ces arrêtés »¹⁸⁹, il n'appartient pas à la loi de mettre fin à ces distinctions qui trouvent leur source non dans la loi nouvelle, mais dans un régime antérieur.

« *Il ne résulte pas des règles d'égalité et de non-discrimination que le législateur soit tenu de prendre des mesures pour corriger une inégalité entre des personnes, qui découle de difficultés administratives et judiciaires causées par l'absence de mesures légales antérieures* ».

70. En réalité, la violation du principe d'égalité se confond avec la justification de la loi de validation. En effet, une fois passé le cap du contrôle de la justification de l'intervention législative, les considérations de la Cour deviennent apparemment superfétatoires : « *Par ailleurs, la circonstance que les citoyens ne disposeront pas, en l'espèce, à l'égard de l'acte de réfection des mêmes garanties juridictionnelles que celles dont ils ont bénéficié à l'égard de l'acte annulé est objectivement justifiée ; elle tient à la différence que le Constituant a établie en matière de contrôle de validité des normes entre les actes législatifs et les actes de nature administrative* »¹⁹⁰.

« *Il n'appartient pas à la Cour de se prononcer sur un choix effectué par le Constituant* »¹⁹¹.

Lorsque l'intervention législative est justifiée, les seules différences entre les contrôles des normes législatives et réglementaires sont *de plano* justifiées par un « choix du Constituant ». L'effet d'une validation est ainsi admis lorsque sa *cause* bénéficie d'une justification.

§ 2 . *Le but poursuivi et la justification, éléments de qualification de l'intervention législative*

¹⁸⁸ Le contrôle de la Cour d'arbitrage semble rester en la matière *assez marginal*. Ainsi, en ce qui concerne le calcul du précompte professionnel, après avoir estimé que « [l]es règles de calcul des précomptes doivent être le plus proche possible des règles de calcul de l'impôt », la Cour considère qu'elle « ne pourrait cependant censurer une différence dans ces règles de calcul *que si elle apparaît manifeste*. Elle doit en effet prendre en considération les difficultés propres au droit fiscal qui ne peut tenir compte de la grande diversité des situations individuelles pour des raisons d'efficacité et de coût » (C.A., n°34/93 du 6 mai 1993, B.4 et n°73/93 du 21 octobre 1993, B.6 – C'est nous qui soulignons). La disproportion entre l'impôt et le précompte n'a pas été jugée telle que la Cour puisse la critiquer. Voy. aussi C.A., n°84/93 du 7 décembre 1993, B.23 et n°5/94 du 20 janvier 1994, B.25 : « La Cour, *ne constatant pas en l'espèce de disproportion manifeste*, ne pourrait critiquer les choix du législateur sans porter un jugement de pure opportunité » (C'est nous qui soulignons).

¹⁸⁹ C.A., n°84/93 du 7 décembre 1993, B.9. La loi décrétait acquis les montants perçus sur la base des arrêtés antérieurs dont la légalité avait été contestée. Le système de récupération mis en place par arrêté royal avait cependant fait l'objet d'une décision de la Cour du travail de Bruxelles (face cependant à des jurisprudences divergentes) le jugeant illégal car discriminatoire. Puisque l'allégation d'une discrimination se situe désormais dans la loi, la Cour d'arbitrage va procéder à un nouvel examen de la disposition contestée qui a, en raison même du procédé de substitution choisi, le *même contenu* que l'arrêté jugé discriminatoire : le grief de discrimination sera rejeté au niveau de la Cour d'arbitrage.

¹⁹⁰ C.A., n°67/92 du 12 novembre 1992, B.11.2 ; nous soulignons le « Par ailleurs ». Voy. aussi C.A., n°84/93 du 7 décembre 1993, B.6, *in fine* et n°5/94 du 20 janvier 1994, B.8, *in fine*.

¹⁹¹ Cette considération a été ajoutée dans les arrêts C.A., n°55/99 du 26 mai 1999, B.6.2, n°97/99 du 15 septembre 1999, B.12 et n°103/2000 du 11 octobre 2000, B.5.

71. La confirmation législative d'un acte administratif ne peut *en soi* être considérée comme une violation du principe d'égalité¹⁹² : elle ne viole en fait le principe d'égalité *qu'en l'absence de justification*.

Analysant de manière approfondie le but poursuivi par le législateur et la justification de son intervention, la Cour d'arbitrage développe, à l'instar de la Cour européenne des droits de l'homme et du Conseil constitutionnel français, une *jurisprudence d'intentionnalité*¹⁹³, censurant essentiellement le « dol législatif », se référant expressément à la jurisprudence *Zielinski*¹⁹⁴, et utilisant même le vocable strasbourgeois¹⁹⁵.

72. Les contrôles du but poursuivi et de la justification apparaissent très étroitement liés. Ainsi, après avoir écarté de manière assez sommaire les justifications avancées par le Conseil des ministres dans l'arrêt n°33/93, la Cour conclut que la ratification législative « a donc pour seul objet d'empêcher le Conseil d'Etat de se prononcer sur l'irrégularité éventuelle d'un arrêté royal déféré à sa censure »¹⁹⁶.

Si l'intervention du législateur dans une procédure juridictionnelle a donc *pour but exclusif* d'en annuler ou d'en prévenir les effets, elle sera *ipso facto* considérée comme inconstitutionnelle. S'il existe par contre une *justification conçue comme la traduction d'un autre but* que l'intervention dans une procédure en cours, la Cour développera un contrôle de proportionnalité entre l'atteinte à une garantie considérée comme essentielle et cette justification.

Une justification particulière sera donc admise si elle permet de conclure que l'intervention dans une procédure juridictionnelle en cours n'était pas *le seul but* du législateur : les conséquences indirectes du procédé de confirmation ne peuvent donc être censurées *ipso facto*. C'est ce qui découlait des arrêts n°16/91 et 67/92 et qui sera confirmé par après, notamment dans l'arrêt n°34/93¹⁹⁷, dont « il peut être déduit que la ratification

¹⁹² C.A., n°16/91 du 13 juin 1991, 6.B.1 : « Cette disposition n'entraîne pas, en soi, une inégalité non justifiée entre des catégories de contribuables ». Concernant la confirmation, expressément prévue, d'arrêtés royaux instaurant des mesures de modération salariale à l'égard du personnel des services publics, la Cour constate tout d'abord que rien n'empêchait le Roi d'intervenir dans ce secteur. Ensuite, elle considère que « la confirmation effective – qui renforce le pouvoir du législateur sur l'exercice des pouvoirs qu'il consent au Roi – ne peut en soi être considérée comme contraire au principe constitutionnel de l'égalité et de la non-discrimination. Rien ne fait apparaître que le législateur ait voulu, par cette confirmation, soustraire l'arrêté royal au contrôle juridictionnel de légalité » (C.A., n°68/2001 du 17 mai 2001, B.6.2).

¹⁹³ P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, 2^e éd., Collection de la Faculté de droit de l'Université de Liège, Larcier, Bruxelles, 2002, p. 799 : « Cette jurisprudence donne à penser que la constitutionnalité de la loi de validation dépend principalement du **but poursuivi par le législateur** ».

¹⁹⁴ Voy. C.A., n°98/2001 du 13 juillet 2001, B.10.1 ; n°159/2001 du 19 décembre 2001, B.15.1 ; n°73/2004 du 5 mai 2004, B.9.2.

¹⁹⁵ Ainsi, faisant écho à la jurisprudence strasbourgeoise, la Cour estime que les motifs ayant déterminé l'intervention du législateur sont « des considérations *impérieuses* d'intérêt général » (C.A., n°159/2001 du 19 décembre 2001, B.15.2 ; n°73/2004 du 5 mai 2004, B.9.3 – C'est nous qui soulignons), ou considère qu'elle « n'aperçoit pas d'autres motifs *impérieux* d'intérêt général de nature à justifier, en l'espèce, l'intervention du législateur dans un litige pendant » (C.A., n°99/2004 du 2 juin 2004, B.6.3 *in fine* – C'est nous qui soulignons).

¹⁹⁶ C.A., n°33/93 du 22 avril 1993, B.2. Suite à l'annulation par le Conseil d'Etat de l'arrêté royal relatif au financement de l'Institut d'expertise vétérinaire, un arrêté au contenu identique a été adopté. Alors qu'un recours était pendant devant le Conseil d'Etat, ce deuxième arrêté royal a fait l'objet d'une ratification législative. Ce procédé a été jugé contraire au principe d'égalité et de non-discrimination. Sur cet arrêt, voy. P. POPELIER, « Over een onregelmatig bestuur, een toedekkende wetgever en de rechtspraak van het Arbitragehof », obs. sous C.A., n°33/93, R.W., 1993-1994, pp. 296-300. Voy. aussi, sur les conséquences de l'arrêt n°33/93 devant le Conseil d'Etat, C.E., n°49.432 du 5 octobre 1994, S.A. *Petitjean et frères et consorts c. Etat belge*. Sur les interventions législatives relatives au financement de l'Institut d'expertise vétérinaire, voy. aussi les arrêts C.A., n°87/95 du 21 décembre 1995, 49/98 du 20 mai 1998, 32/2000 du 21 mars 2000 et 53/2003 du 30 avril 2003.

¹⁹⁷ C.A., n°34/93 du 6 mai 1993. Dans le prolongement de l'arrêt n°16/91, ce nouveau recours introduit par l'a.s.b.l. « Association des femmes au foyer » concerne un arrêté royal confirmé en vertu de l'article 23 de la loi du 20 juillet 1990. Puisque le mécanisme de confirmation *avait été expressément prévu*, nonobstant un recours

intervenant à la suite de l'obligation faite en ce sens dans une loi d'habilitation ne constitue pas en soi une technique de validation »¹⁹⁸.

73. L'exclusivité ou la primauté de l'objectif poursuivi par le législateur permet non seulement, en l'absence de justification, de conclure à l'inconstitutionnalité, mais aussi de *qualifier* l'intervention du législateur en « validation » : la Cour constate ainsi, à propos d'une substitution législative, que le législateur « n'a pas entendu *valider* ledit arrêté : les dispositions attaquées n'ont pas eu pour *objectif unique ou principal* de faire échec à l'action du Conseil d'Etat (...) »¹⁹⁹. La qualification de « validation », acte à censurer, est donc tributaire de l'objectif poursuivi par le législateur : ne constitue au fond une validation que l'acte que la Cour décide de censurer.

Certains procédés qui pourraient, en raison de leur caractère rétroactif, dissimuler des validations, font dès lors l'objet d'une analyse approfondie de la part de la Cour.

74. Ainsi en va-t-il de la publication d'un *erratum* au *Moniteur belge*, conférant un effet rétroactif à la disposition en cause. Dans l'arrêt n°30/97 du 21 mai 1997, rendu sur demandes de suspension, la Cour constate que l'*erratum* visait à réparer une erreur incontestable et n'a donc pas modifié la situation des requérants : « *Cet errata ne saurait dès lors être considéré comme un acte créant une insécurité juridique, ou visant à empêcher le Conseil d'Etat de censurer un acte attaqué devant lui* »²⁰⁰.

Autrement dit, il est vraisemblable qu'un *erratum* faisant rétroagir la date d'entrée en vigueur d'une disposition *et* qui aurait pour but d'empêcher le Conseil d'Etat de censurer un acte, serait annulé par la Cour au titre de validation – par habilitation.

Pareil raisonnement peut être tenu pour une loi qui se borne à confirmer une simple coordination – *sans aucune modification de contenu* – opérée par arrêté royal²⁰¹.

pendant devant le Conseil d'Etat, la disposition attaquée « ne peut être considérée comme ayant pour objet de paralyser le contrôle de légalité institué par l'article 107 de la Constitution » (B.9). Il n'y a donc pas de violation des articles 10 et 11 de la Constitution.

¹⁹⁸ H. SIMONART et J. SALMON, « Les validations législatives et le contrôle de la Cour d'arbitrage », *op. cit.*, p. 205.

¹⁹⁹ C.A., n°87/95 du 21 décembre 1995, B.2.6 (C'est nous qui soulignons). Voy. aussi, concernant la prolongation par la Région wallonne des effets dans le temps de « schémas directeurs » en matière d'urbanisme, C.A., n°63/2000 du 30 mai 2000, B.7.2 : « Il n'y a aucune raison objective et il ne résulte d'ailleurs d'aucun élément des travaux préparatoires que le législateur wallon aurait poursuivi un autre objectif que celui d'assurer la sécurité juridique, *en particulier qu'il aurait voulu valider des schémas directeurs illégaux* » (C'est nous qui soulignons).

²⁰⁰ C.A., n°30/97 du 21 mai 1997, B.3.4. Dès l'examen en suspension, ce moyen a donc été jugé comme n'étant pas sérieux. Le recours concernait une disposition d'un décret de la Communauté flamande conférant à la direction d'un Institut supérieur artistique la compétence d'attribuer « l'ample réputation artistique » permettant la concordance du titre de chargé de cours. Alors que l'entrée en vigueur de cette disposition était fixée au 1^{er} septembre 1996, un *erratum* publié au *Moniteur belge* a rétabli cette entrée en vigueur au 1^{er} janvier 1996. Des arrêts du Conseil d'Etat avaient suspendu des décisions de refus de cette concordance. Dans l'arrêt en annulation n°80/97 du 17 décembre 1997, la Cour a considéré qu'en laissant aux directions des Instituts supérieurs d'enseignement artistique le soin d'attribuer et d'apprécier cette « ample réputation artistique », le législateur décretaal avait délégué, en violation de l'article 24, §5, de la Constitution, le soin de déterminer un élément essentiel du statut (B.11). Puisque ce moyen était fondé, le grief tiré de l'atteinte à la compétence du Conseil d'Etat n'a pas dû être examiné, ne pouvant conduire à une annulation plus ample (B.13). Par contre, l'article déterminant la date d'entrée en vigueur de la disposition contestée (ainsi que l'*erratum* y attaché), a été considéré comme indissolublement lié à cette disposition et, compte tenu de son inconstitutionnalité, a dû être annulé par voie de conséquence. Des questions préjudicielles portant sur ces dispositions annulées ont été considérées comme « sans objet », voy. C.A., n°23/98 du 10 mars 1998 et 52/98 du 20 mai 1998. Ultérieurement, la « confirmation » – que nous assimilons à une validation au sens strict – à dater du 1^{er} janvier 1996 des décisions de nomination par concordance a été annulée par la Cour d'arbitrage dans l'arrêt n°89/2000 du 13 juillet 2000.

²⁰¹ Voy. C.A., n°31/93 du 1^{er} avril 1993, point 4, et n°81/93 du 1^{er} décembre 1993, B.3.3 et B.3.4. Puisque la loi se bornait à confirmer une simple coordination du Code des impôts sur les revenus 1992, opérée par arrêté royal,

75. Une loi interprétative peut, de la même manière, en raison de sa rétroactivité inhérente, dissimuler une validation législative. Contrairement au Conseil d'Etat qui semble manifester une plus grande tolérance à l'égard du procédé de loi interprétative, par rapport à la loi rétroactive²⁰², la Cour d'arbitrage ne témoigne d'aucun préjugé favorable à l'égard de la qualification²⁰³ d'interprétation « authentique »²⁰⁴.

Que la loi se présente formellement comme interprétative ou rétroactive, c'est bien le but poursuivi qui va constituer l'aune de la censure au titre de validation. Ainsi, la garantie de sécurité juridique, qui « exige que le contenu du droit soit prévisible et accessible, de sorte que chacun puisse prévoir, à un degré raisonnable, les conséquences d'un acte déterminé au moment où cet acte se réalise », « ne pourrait être éludée par le seul fait qu'une loi ayant un effet rétroactif serait présentée comme une loi interprétative »²⁰⁵.

« le recours était donc dirigé, en réalité, contre des dispositions légales de différentes dates, qui ont été publiées au *Moniteur belge* plus de six mois, en tout cas, avant l'introduction de l'actuel recours en annulation », le recours a été considéré comme manifestement irrecevable.

²⁰² Ainsi, dans son avis sur la loi relative au pilotage des bâtiments de mer – qui ne concernait pas une validation législative telle que nous l'avons définie, puisqu'il n'y avait pas d'acte administratif illégal –, le Conseil d'Etat a estimé que « l'effet recherché par le gouvernement aurait pu être atteint si celui-ci avait donné à la loi le caractère d'une loi interprétative », voy. X. DELGRANGE et L. HARDY DE BEAULIEU, « Responsabilité des pouvoirs publics et rétroactivité de la loi – Le cas du pilotage des bâtiments de mer », *op. cit.*, p. 7, note 113.

²⁰³ Il nous semble que la Cour n'opère pas de distinction entre la loi interprétative et la loi rétroactive, en ce qui concerne la recherche du but poursuivi, pour la qualification de l'opération de validation.

²⁰⁴ Sur l'interprétation « authentique », voy. notamment G. CLOSSET-MARCHAL, *L'application dans le temps des lois de droit judiciaire civil*, Bruylant, Bruxelles, 1983, pp. 41-50 ; H. DE PAGE, *De l'interprétation des lois*, Tomes I et II, Ed. A. Vandeveld, Bruxelles, 1925, 198 et 336 pages ; F. DELPEREE, « Au nom de la loi », *J.T.*, 1975, pp. 489-496, ici pp. 491 et s. ; J. LECLERCQ, « L'interprétation des lois par voie d'autorité », obs. sous Cass., 4 novembre 1996, *A.P.T.*, 1996, pp. 220-228 ; P. POPELIER, *Toepassing van de wet in de tijd*, *op. cit.*, pp. 97-106 ; P. POPELIER, *De wet juridisch bekeken*, *op. cit.*, pp. 325-328 ; P. ROUBIER, *Le droit transitoire – Les conflits de lois dans le temps*, Sirey, Paris, 1929, pp. 463-509 ; J. VAN NIEUWENHOVE, « Interpretatieve wetten en behoorlijk regelgeving », *T.v.W.*, 1999/4, pp. 127-136 ; J. VELAERS, *De Grondwet en de Raad van State, Afdeling wetgeving*, Maklu, Anvers, 1999, pp. 323-330 ; J. VELU, *Droit public – Tome I: Le statut des Gouvernants*, Bruylant, Bruxelles, 1987, pp. 586-602.

²⁰⁵ C.A., n°189/2002 du 19 décembre 2002, B.12.2 ; n°193/2004 du 24 novembre 2004, B.8.2 ; n°25/2005 du 2 février 2005, B.8.2. L'arrêt n°189/2002 concerne l'enseignement en Communauté flamande. Dans un arrêt n°36/2000 du 29 mars 2000, la Cour avait considéré, concernant l'effet rétroactif de règles relatives à la prescription de l'action en recouvrement par la Communauté flamande de sommes indûment payées, que rien ne venait étayer la thèse selon laquelle les dispositions seraient interprétatives, que des dispositions interprétatives ont « de par leur nature, sans qu'il soit besoin de l'exprimer, effet rétroactif » (B.4 – C'est nous qui soulignons). Puisqu'il n'y avait aucune justification à cette rétroactivité, la Cour avait annulé la disposition qui prévoyait un effet rétroactif. Suite à cet arrêt d'annulation, le législateur décrétal a adopté une disposition « interprétative » : en reprenant dans une autre disposition « une mesure qui a les mêmes effets que celle que la Cour a annulée par son arrêt n°36/2000, mais en la qualifiant cette fois d'interprétative, le législateur décrétal a pris une mesure qui n'était pas davantage compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution » (C.A., n°189/2002, B.16 – C'est nous qui soulignons). Sur l'arrêt n°189/2002, voy. F. JUDO, « Interpretatieve wet is geen noodoplossing », *Juristenkrant*, 29 janvier 2003, n°62, p. 11 ; K. MUYLLE et J. VAN NIEUWENHOVE, « Interpretatieve wetsbepalingen en het rechtszekerheidsbeginsel : een gespannen verhouding », *C.D.P.K.*, 2003, pp. 323-331 ; P. POPELIER, « Interpretatieve wetten moeten interpreteren », *R.W.*, 2002-2003, pp. 1460-1463 ; R. VERSTEGEN, « Die goede oude scheiding der machten. Over terugvorderingen en verjaring, retroactiviteit en rechtszekerheid, scheiding der machten, impliciete bevoegdheden, interpretatieve wetten en goede legistiek », *T.O.R.B.*, 2002-2003, pp. 482-490. Les arrêts n°193/2004 et 25/2005 concernent quant à eux le système de certificats d'électricité écologique en Région flamande et portent sur une disposition qui interprétait les mots « sans préjudice du » comme « à l'exclusion du ». Déjà au stade de la suspension, la Cour a considéré que le moyen était sérieux : la disposition ne pouvait être considérée comme interprétative et n'était justifiée par aucune circonstance exceptionnelle. Elle a par conséquent décidé de suspendre la disposition entreprise dans l'arrêt n°193/2004 et confirmé cette analyse dans l'arrêt d'annulation partielle n°25/2005. Sur l'arrêt n°193/2004, voy. G. GEUDENS, « Arbitragehof schorst verkapt retroactieve wetgeving », *Juristenkrant*, 15 décembre 2004, n°100, p. 7.

La Cour s'estime ainsi compétente pour contrôler la *qualification*²⁰⁶ de loi interprétative : « Une disposition est interprétative lorsqu'elle explicite et clarifie, avec effet rétroactif, une autre disposition législative »²⁰⁷.

« Abstraction faite du droit répressif, l'effet rétroactif qui s'attache à une disposition législative interprétative est justifié lorsque la disposition interprétée ne pouvait, dès l'origine, être raisonnablement comprise autrement que de la manière indiquée dans la disposition interprétative »²⁰⁸.

Si la disposition qualifiée d'« interprétative » n'interprète en réalité pas la norme « interprétée », mais la modifie, « la disposition dite interprétative est en réalité une disposition rétroactive pure et simple »²⁰⁹, à laquelle s'appliqueront les exigences propres aux règles rétroactives²¹⁰.

Si, par contre, la qualification de loi purement interprétative est admise, l'effet rétroactif inhérent à la loi interprétative²¹¹ ne devra pas être justifié par l'existence de circonstances « particulières » ou « exceptionnelles » : « Abstraction faite du cas où une loi peut être considérée comme interprétative, la rétroactivité ne peut se justifier que lorsqu'elle est indispensable pour réaliser un objectif d'intérêt général, tel que le bon fonctionnement ou la continuité du service public »²¹². Autrement dit, la détermination de la qualification de la loi – interprétative ou rétroactive pure et simple – entraînera un contrôle différent quant à la justification de l'intervention législative.

76. De même, si le procédé des « pouvoirs spéciaux »²¹³ peut révéler une validation, il ne peut cependant *en soi* être considéré comme une validation.

²⁰⁶ Ainsi, la Cour a rejeté la qualification de loi « interprétative » dans les arrêts n^{os}37/93 du 19 mai 1993, 189/2002 du 19 décembre 2002, 193/2004 du 24 novembre 2004 et 25/2005 du 2 février 2005. Elle a, par contre, dans l'arrêt n^o160/2003 du 10 décembre 2003 concernant le droit d'émission de la Banque nationale de Belgique, considéré que la disposition « est réellement interprétative puisque la disposition qu'elle interprète ne pouvait raisonnablement être comprise autrement, dès son adoption » (C.A., n^o160/2003, B.8.7.2) et que « [p]our cette raison, il ne peut être soutenu que le législateur ait voulu influencer le déroulement d'une procédure pendante, puisque la disposition attaquée, de par son caractère purement interprétatif, ne modifie en rien la réglementation existante » (B.8.7.3 – C'est nous qui soulignons).

²⁰⁷ C.A., n^o37/93 du 19 mai 1993, B.3.2.

²⁰⁸ C.A., n^o189/2002 du 19 décembre 2002, B.12.3 ; n^o193/2004 du 24 novembre 2004, B.8.3 ; n^o25/2005 du 2 février 2005, B.8.3.

²⁰⁹ C.A., n^o189/2002 du 19 décembre 2002, B.12.4 ; n^o193/2004 du 24 novembre 2004, B.8.4 ; n^o25/2005 du 2 février 2005, B.8.4.

²¹⁰ Voy. *infra*, n^{os}79-80.

²¹¹ Voy. C.A., n^o36/2000 du 29 mars 2000, B.4, selon lequel les dispositions interprétatives « ont, de par leur nature, sans qu'il soit besoin de l'exprimer, effet rétroactif ». Voy. de même, C.A., n^o28/2001 du 1^{er} mars 2001, B.3 : « (...) c'est le propre d'une loi interprétative de *rétroagir* à la date d'entrée en vigueur des dispositions législatives interprétées » (C'est nous qui soulignons). Voy. enfin les arrêts C.A., n^o189/2002 du 19 décembre 2002, B.12.1 ; n^o193/2004 du 24 novembre 2004, B.8.1 ; n^o25/2005 du 2 février 2005, B.8.1 : « C'est le propre d'une loi interprétative de *sortir ses effets* à la date d'entrée en vigueur des dispositions législatives qu'elle interprète. Une loi interprétative est, en effet, celle qui donne à une disposition législative le sens que, selon le législateur, elle aurait dû avoir dès son adoption » (C'est nous qui soulignons).

²¹² C.A., n^o6/2003 du 22 janvier 2003, B.8. C'est nous qui soulignons.

²¹³ Voy. notamment A. ALEN, « De 'bijzondere machten' : een nieuwe 'besluitenregering' in België ? », *T.B.P.*, 1986, pp. 199-213 ; A. ALEN et K. MUYLLE, *Compendium van het Belgisch Staatsrecht*, Deel 2, 2^e éd., Kluwer, Mechelen, 2003, pp. 612-620 ; F. DEHOUSSE, « Pouvoirs spéciaux et changement de régime : Les nouvelles perspectives ouvertes par les lois de 1982 et 1983 », *J.T.*, 1984, pp. 353-364 ; F. DEHOUSSE, « Pouvoirs spéciaux et changement de régime : L'insertion des pouvoirs spéciaux dans l'évolution du régime parlementaire belge », *J.T.*, 1985, pp. 65-72 et 81-90 ; F. DEHOUSSE, « La nécessité des pouvoirs spéciaux – Bilan des cinq dernières années », *Ann. dr. Liège*, 1987, pp. 442-452 ; J. GESNOT, *Les pouvoirs spéciaux : historique et analyse*, La Chartre, Bruxelles, 1990, 182 pages ; A. VANWELKENHUIZEN, « L'attribution de pouvoirs spéciaux et le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois – A propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 3 mai 1974 », *J.T.*, 1974, pp. 577-584 et 597-607.

La Cour d'arbitrage a ainsi développé des exigences relatives à ce procédé intrinsèquement *inégalitaire* : la loi d'habilitation, en autorisant le pouvoir exécutif à intervenir dans un domaine réservé au législateur – par exemple, en autorisant le pouvoir exécutif à prélever des impôts qui, au regard des articles 170 et 172 de la Constitution, ne peuvent être perçus que par le législateur –, introduit une différence de traitement entre les citoyens, « qui n'est en principe pas justifiable »²¹⁴.

Cette différence de traitement peut cependant, comme dans le cadre du financement de l'Institut d'expertise vétérinaire²¹⁵, être *justifiée* par des circonstances particulières, comme la nécessité de s'adapter rapidement aux directives européennes, circonstances qui doivent exister « au moment où la délégation est accordée »²¹⁶. En outre, différentes *garanties* doivent entourer le recours au procédé de pouvoirs spéciaux : un délai relativement court pour la confirmation législative des arrêtés royaux²¹⁷, leur abrogation rétroactive en l'absence de cette confirmation²¹⁸, ainsi que la consultation préalable des secteurs intéressés²¹⁹.

Un raisonnement analogue vaut pour les cotisations établies à charge de l'industrie pharmaceutique sur le chiffre d'affaires de produits pharmaceutiques en vue d'un financement alternatif de la sécurité sociale²²⁰. Dans les deux cas, les requérants invoquaient des irrégularités *formelles* qui affectaient les arrêtés confirmés.

²¹⁴ C.A., n°32/2000 du 21 mars 2000, B.7.6 ; n°60/2002 du 28 mars 2002, B.2.3 ; n°53/2003 du 30 avril 2003, B.3.3. Voy. aussi, C.A., n°100/2003 du 17 juillet 2003, B.11.1 (habilitation à lever une cotisation en vue de l'indemnisation des entreprises victimes de la dioxine) et n°88/2004 du 19 mai 2004, B.7.1 (habilitation à lever une cotisation imposée aux fabricants et opérateurs du secteur de l'alimentation animale) : « toute délégation qui porte sur la détermination d'un des éléments essentiels de l'impôt est, en principe, inconstitutionnelle ».

²¹⁵ C.A., n°32/2000 du 21 mars 2000 et 53/2003 du 30 avril 2003 relatifs au financement de l'Institut d'expertise vétérinaire. Vu la nécessité d'adapter le financement des inspections et contrôles vétérinaires aux exigences portées par les directives européennes, le législateur avait habilité le Roi, après consultation des milieux intéressés, à fixer les droits relatifs au financement de l'Institut d'expertise vétérinaire.

²¹⁶ C.A., n°88/2004 du 19 mai 2004, B.7.6.

²¹⁷ Dans C.A., n°60/2002 du 28 mars 2002, la Cour a cependant estimé *qu'une confirmation tardive* ne constituait pas une violation du principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination, vu que le Roi se bornait à transposer des directives européennes en étant – « comme cela aurait du reste aussi été le cas pour le législateur lui-même » (B.2.5) – dans une large mesure lié par le contenu de celles-ci.

²¹⁸ Concernant la compétence fiscale déléguée au Roi sur la base de pouvoirs spéciaux, la Cour a censuré, dans l'arrêt n°18/98 du 18 février 1998, parce que discriminatoire, *l'absence d'abrogation rétroactive* des arrêtés non confirmés, « dans la mesure où elle permet que des arrêtés qui ne sont pas confirmés dans les délais prévus (...), continuent de sortir leurs effets pour la période séparant leur entrée en vigueur de la date ultime à laquelle ils auraient dû être confirmés » (B.9).

²¹⁹ C.A., n°32/2000 du 21 mars 2000, B.7.7 et B.7.8 ; n°53/2003 du 30 avril 2003, B.3.4 et B.3.5.

²²⁰ C.A., n°9/99 du 28 janvier 1999 et 36/99 du 17 mars 1999 (à propos des cotisations pour l'année 1997). Considérant que le Roi n'avait pas dépassé son habilitation, la Cour a estimé que la confirmation « explicitement prévue » « n'a pas pour objet ni pour effet de valider un arrêté royal dépourvu de base légale » (C'est nous qui soulignons). Elle ne peut donc être considérée comme violant les articles 10 et 11 de la Constitution, même si elle a un effet rétroactif et même si elle a rendu le Conseil d'Etat incompétent pour statuer sur un recours contre l'arrêté royal confirmé (C.A., n°9/99, B.4.9). Sur la « saga – cotisation pharmaceutique », voy. aussi C.A., n°97/99 du 15 septembre 1999, 103/2000 du 11 octobre 2000, 98/2001 du 13 juillet 2001, 159/2001 du 19 décembre 2001, 40/2003 du 9 avril 2003, 73/2004 du 5 mai 2004 et 121/2004 du 7 juillet 2004 : les lois en cause prorogeaient le régime des cotisations pharmaceutiques pour 1998, 1999, 2000, 2001 et 2002 en *reproduisant* le contenu de lois antérieures (faisant ainsi perdre l'intérêt à agir en annulation contre ces dernières) et *se substituaient* à des arrêtés royaux établissant les cotisations de 1995 et 1996 ; elles ne constituaient des « validations » que dans cette mesure, dont l'objet était les irrégularités *formelles* des arrêtés royaux attaqués devant le Conseil d'Etat. Même si la Cour considère que le procédé « devenu annuel » de reproduction législative « ne répond à aucune exigence de nature légistique » (C.A., n°73/2004 du 5 mai 2004, B.3.2), elle a par contre chaque fois rejeté les recours. Sur les conséquences de cette « saga » devant le Conseil d'Etat, voy. P. NIHOUL, « Les lois de validation et le Conseil d'Etat : quand le législateur et la Cour d'arbitrage interfèrent dans le contentieux administratif... », Rapport complémentaire sur C.E., n°105.837 du 24 avril 2002, *a.s.b.l. AGIM et autres c. Etat belge, A.P.T.*, 2004, n°2, pp. 73-94 : en raison du procédé même de *substitution législative*, le Conseil d'Etat a rejeté les recours pour défaut d'intérêt.

Par contre, dans le cadre du statut des militaires²²¹, l'analyse de la Cour conduit à une censure en raison du défaut d'habilitation *expresse et non ambiguë*²²² de régler, sur la base de pouvoirs spéciaux, une matière réservée à la loi. L'arrêté royal est donc dépourvu de *tout fondement légal* et ne peut, par conséquent, être confirmé par le législateur sans porter « une atteinte discriminatoire à la garantie constitutionnelle accordée à tous les militaires en vertu de laquelle ils ne peuvent être soumis à des obligations sans que celles-ci aient été fixées par une assemblée démocratiquement élue »²²³. L'annulation de la loi de confirmation²²⁴ se justifie donc par *l'illégalité de fond* qui affecte l'arrêté royal confirmé²²⁵. Une loi de substitution rétroactive par contre ne peut aucunement s'approprier ce grief – l'absence d'habilitation – lié au procédé même des pouvoirs spéciaux²²⁶.

La tentative de couverture de la *caducité* de l'arrêté royal, par une prolongation *rétroactive* d'un délai de confirmation²²⁷, a également été jugée contraire au principe d'égalité et de non-discrimination.

²²¹ Les aménagements de carrière des militaires (semaine de quatre jours, départ anticipé à mi-temps, interruption de carrière, mise en disponibilité) sur la base de pouvoirs spéciaux ont conduit à une autre véritable « saga », voy. C.A., n°32/98 du 18 mars 1998, 39/98 du 1^{er} avril 1998, 28/99 du 3 mars 1999, 52/99 du 26 mai 1999, 68/99 du 17 juin 1999, 37/2001 du 13 mars 2001, 38/2001 du 13 mars 2001, 130/2001 du 23 octobre 2001, 72/2002 du 23 avril 2002, 106/2002 du 26 juin 2002 et 3/2003 du 14 janvier 2003.

²²² C.A., n°52/99 du 26 mai 1999, B.3.5 ; n°68/99 du 17 juin 1999, B.5.5. L'arrêt C.A., n°88/2004 du 19 mai 2004 parle d'« habilitation explicite et non équivoque » (C.A., n°88/2004, B.7.5).

²²³ C.A., n°52/99 du 26 mai 1999, B.4.2 ; n°68/99 du 17 juin 1999, B.6.2.

²²⁴ Dans les arrêts n°52/99 du 26 mai 1999 et 68/99 du 17 juin 1999, la Cour d'arbitrage annule *uniquement* la loi de confirmation, et non les dispositions des arrêtés confirmés *en plus* de la loi de confirmation, comme elle l'avait fait dans les arrêts n°58 du 8 juin 1988, 71 du 21 décembre 1988 et 2/89 du 2 février 1989. Selon nous, l'annulation des arrêtés confirmés n'a pas lieu d'être. La loi de confirmation, au sens de ratification législative, pourrait ainsi être considérée comme un procédé assimilable à une loi formelle d'assentiment à un traité international, en l'espèce une *loi formelle* qui opère réception d'un acte entre deux niveaux de la hiérarchie des normes. Autrement dit, le contrôle demeure un contrôle de constitutionnalité de la loi de ratification : si la Cour peut opérer un contrôle *indirect* des dispositions de l'arrêté, elle ne peut *que paralyser l'effet de la loi de ratification*, c'est-à-dire la transmutation de l'arrêté, qui demeure dès lors un acte de nature administrative. Par contre, l'analogie avec les traités doit être abandonnée lorsque la loi de confirmation n'est *plus susceptible* de recours en annulation : contrairement à la loi d'assentiment, la loi de ratification opère *une transmutation* de l'acte, qui acquiert alors pleinement *force de loi*. Par conséquent, une fois qu'il est *admis* que l'arrêté est confirmé, c'est-à-dire lorsque le délai de recours en annulation contre la loi de confirmation est écoulé, c'est *l'arrêté confirmé* lui-même qui doit faire l'objet de la question préjudicielle, voy. *infra*, note 228.

²²⁵ Suite à ces deux arrêts d'annulation, le législateur a décidé d'abroger rétroactivement les arrêtés en cause et de les remplacer par trois lois de substitution, qui « reconforment » le contenu des arrêtés abrogés. Ce « remplacement » entraîne la perte d'objet du recours en annulation devant le Conseil d'Etat, ainsi que des questions préjudicielles soulevées, voy. C.A., n°37/2001 du 13 mars 2001 et 130/2001 du 23 octobre 2001.

²²⁶ Dans l'arrêt n°38/2001 du 13 mars 2001, rendu sur demande de suspension, la Cour va considérer qu'en abrogeant rétroactivement les arrêtés royaux qui dépassaient leur habilitation et en reproduisant dans des lois de substitution le contenu de ces arrêtés, le législateur avait, loin de porter atteinte à l'autorité de chose jugée, entendu mettre fin à l'insécurité juridique en tirant les conséquences des arrêts d'annulation de la Cour d'arbitrage n°52/99 et 68/99. Cette solution, certes problématique au regard de la légistique, nous semble tout à fait compatible avec l'idée que l'illégalité des arrêtés royaux sur la base des « pouvoirs spéciaux » tenait à l'absence d'habilitation expresse dans une matière réservée au législateur. « *Il ne peut être reproché au législateur de régler lui-même une matière, réservée par la Constitution à la loi, dans laquelle précisément, il a été critiqué pour n'être pas intervenu lui-même ou, à tout le moins, pour n'avoir pas expressément habilité le Roi à régler cette matière* » (C.A., n°38/2001, B.7). Constatons un examen très approfondi du moyen sérieux, au stade même de la suspension, examen que la Cour confirmera dans l'arrêt n°72/2002 du 23 avril 2002.

²²⁷ Voy. C.A., n°100/2003 du 17 juillet 2003 concernant les cotisations obligatoires pour le « Fonds pour l'indemnisation d'entreprises agricoles touchées par la crise de la dioxine ». Le législateur avait, compte tenu de la crise de la dioxine, habilité le Roi à prélever des cotisations pour indemniser les entreprises victimes de cette crise, en prévoyant que les arrêtés adoptés sur la base de cette habilitation, *assimilable au procédé de pouvoirs spéciaux*, devaient faire l'objet d'une confirmation dans un délai de six mois, et, à défaut de cette confirmation, deviendraient caducs. Ce délai étant expiré, le législateur a cependant confirmé l'arrêté royal devenu caduc et, « pour couvrir cette confirmation tardive » (B.11.5), a remplacé *rétroactivement* le délai de confirmation de six

77. Ainsi, la notion juridique de « confirmation » a « pour objet et pour effet de donner valeur législative à (...) l'arrêté royal à la date de l'entrée en vigueur de celui-ci »²²⁸ : la confirmation législative a par conséquent une portée intrinsèquement rétroactive et le législateur, en confirmant un arrêté, « s'approprie les règles qu'il contient »²²⁹. Cependant, lorsque la confirmation législative est « *expressément prévue par le législateur* »²³⁰ – qu'elle soit intrinsèquement liée au régime des pouvoirs spéciaux ou non²³¹ –, voire lorsqu'elle est prévue par *une disposition constitutionnelle elle-même*²³², elle ne peut être *de plano* considérée comme une « validation »²³³.

mois, initialement prévu, par un délai de douze mois : ainsi, « il permettait que ce nouveau délai se substitue rétroactivement au délai initial, faisant ainsi revivre l'arrêté royal du 15 octobre 2000 afin de pouvoir le confirmer ». La Cour a estimé que, si la crise de la dioxine justifiait la délégation au Roi de la compétence de lever ces cotisations, elle ne pouvait justifier que « cette mesure fût confirmée en violation du délai que le législateur avait lui-même fixé, sous peine de caducité, et au mépris du principe de la non-rétroactivité des lois » (B.11.6). La Cour a par conséquent annulé la loi de confirmation.

²²⁸ C.A., n°102/2003 du 22 juillet 2003, B.16.5.2. Cette transmutation implique que l'arrêté royal confirmé devient « une norme législative dès la date de son entrée en vigueur » (C.A., n°61/99 du 9 juin 1999, B.3.2 ; n°37/2002 du 28 mars 2002, B.4.4) et est susceptible de faire l'objet d'une question préjudicielle devant la Cour d'arbitrage, voy. notamment C.A., n°59/99 du 26 mai 1999 (voy. particulièrement la différence entre la formulation de la question préjudicielle « en cause » et la question préjudicielle formulée par la juridiction *a quo*), 97/2001 du 12 juillet 2001, 15/2003 du 28 janvier 2003 et 176/2004 du 3 novembre 2004. En l'absence de confirmation, l'arrêté royal de pouvoirs spéciaux reste soumis à l'article 159 de la Constitution et au contrôle du Conseil d'Etat, de sorte que la Cour d'arbitrage est incompétente pour se prononcer sur cet arrêté, voy. C.A., n°178/2002 du 5 décembre 2002, B.3.

²²⁹ C.A., n°100/2003 du 17 juillet 2003, B.3.2. Voy. aussi C.A., n°58 du 8 juin 1988, 3.B.1.b ; n°71 du 21 décembre 1988, 1.B.5 ; n°2/89 du 2 février 1989, 1.B.5. De la sorte, le délai de recours en annulation devant la Cour d'arbitrage « prend cours à la date de la publication de la loi de confirmation, tant en ce qui concerne cette dernière qu'en ce qui concerne l'arrêté confirmé » (C.A., n°71 du 21 décembre 1988, 1.B.5 ; n°2/89 du 2 février 1989, 1.B.5 ; n°100/2003, B.3.2).

²³⁰ C.A., n°124/2002 du 10 juillet 2002, B.4.3 ; n°53/2003 du 30 avril 2003, B.4.2.

²³¹ Ainsi, les recours contre le décret de la Région flamande *habilitant* le Gouvernement flamand, en vue de la construction du « *Deurganckdok* », à délivrer des permis d'urbanisme dérogatoires aux plans d'aménagement, moyennant leur confirmation à bref délai, et contre le décret *confirmant* ces permis ont été rejetés par la Cour d'arbitrage, voy. les arrêts, rendus respectivement en suspension et en annulation, n°116/2002 du 26 juin 2002 et 94/2003 du 2 juillet 2003 (sur le décret d'habilitation) et n°174/2002 du 27 novembre 2002 et 151/2003 du 26 novembre 2003 (sur le décret de confirmation). Ce simple procédé d'habilitation et de confirmation subséquente, justifié par « l'intérêt général et stratégique exceptionnel » des travaux, ne semble pas pouvoir être considéré comme une « validation ». L'existence d'une *habilitation ne suffit cependant pas* à conclure à l'absence de violation du principe d'égalité et de non-discrimination, comme le confirme l'arrêt n°100/2003 du 17 juillet 2003 relatif aux cotisations obligatoires pour le Fonds d'indemnisation des entreprises victimes de la crise de la dioxine : « Le fait que les dispositions attaquées ne sont que la mise en œuvre d'une habilitation ne signifie pas que ces dispositions ne puissent violer les règles constitutionnelles de l'égalité et de la non-discrimination » (C.A., n°100/2003, B.10.4).

²³² Voy. C.A., n°102/2003 du 22 juillet 2003, relatif au statut des membres du personnel du service de police intégré. Analysant l'ancien article 184 de la Constitution, qui réservait à la loi le soin de déterminer l'organisation et les attributions de la gendarmerie, la Cour d'arbitrage avait, dans son arrêt n°134/99 du 22 décembre 1999, estimé que cette réserve de compétence concernait les éléments essentiels, mais « n'exclu[ait] toutefois pas que soit laissé un pouvoir limité d'exécution au Roi » (C.A., n°134/99, B.6.1). Le nouvel article 184 de la Constitution, inséré par la disposition constitutionnelle du 30 mars 2001, relatif au service de police intégré, prévoyait une disposition transitoire : « *Le Roi peut toutefois fixer et exécuter les éléments essentiels du statut des membres du personnel du service de police intégré, structuré à deux niveaux, pour autant que cet arrêté soit confirmé, quant à ces éléments, par la loi avant le 30 avril 2002* ». La Cour estime que la confirmation opérée dans la loi attaquée est conforme à la disposition transitoire du nouvel article 184 de la Constitution et, que même si certaines des dispositions confirmées pouvaient ne pas être considérées comme des « éléments essentiels », la partie XII de l'arrêté royal confirmé « constitue un tout » (C.A., n°102/2003, B.16.6) et la confirmation de l'ensemble de ces dispositions « a renforcé le contrôle du législateur » (*ibid.*). L'effet de la confirmation sur les procédures introduites par les requérants, qui *savaient* que l'arrêté royal devait faire l'objet d'une confirmation législative, n'est pas considéré comme affectant la protection juridictionnelle des requérants

Si l'effet – et non le but – de l'intervention législative sur des litiges en cours ne conduit *pas* à une censure, il nous semble que c'est *moins parce qu'il existe une justification d'intérêt général* – ce qui sera vraisemblablement le cas dans l'hypothèse de recours aux pouvoirs spéciaux²³⁴ – que parce que la confirmation se borne à lever une éventuelle incertitude²³⁵ ou à couvrir une illégalité *formelle*²³⁶. Il y aura par contre censure en cas d'illégalité *matérielle*. Le mécanisme de « simple » confirmation législative se mue ainsi en « validation » (par ratification), en raison même de l'existence de cette illégalité de fond.

78. L'opération de qualification implicite de « validation », et la censure de la Cour qui en découle, suppose donc l'existence d'une illégalité *matérielle* ; cette illégalité constitue la *ratio* et la mesure de son constat d'inconstitutionnalité.

Cette ligne directrice fondamentale de la jurisprudence en matière de validations législatives résulte notamment d'une lecture attentive de l'arrêt n°86/98 du 15 juillet 1998 relatif à la « cotisation de solidarité sur les pensions »²³⁷ adoptée sur la base de pouvoirs spéciaux, et que la Cour, faisant œuvre de pédagogie, a dû expliciter dans l'arrêt n°49/2002 du 13 mars 2002²³⁸, rendu en séance plénière. La circonstance qu'une illégalité matérielle

(C.A., n°102/2003, B.16.7). Cette solution a été confirmée dans les arrêts n°105/2003 du 22 juillet 2003 et 111/2003 du 17 septembre 2003 (rendus sur question préjudicielle), ainsi que dans l'arrêt n°2/2004 du 14 janvier 2004.

²³³ Voy. notamment C.A., n°9/99 du 28 janvier 1999, B.4.9 ; n°61/99 du 9 juin 1999, B.4.2 ; n°37/2002 du 13 février 2002, B.3.2 ; n°14/99 du 10 février 1999, B.7.2 : « La confirmation de ces dispositions (...) n'a *ni pour objet ni pour effet de valider* un arrêt royal dépourvu de base légale » (C'est nous qui soulignons). Voy. aussi C.A., n°124/2002 du 10 juillet 2002, B.4.3.

²³⁴ C.A., n°52/99 du 26 mai 1999, B.3.3 et n°68/99 du 17 juin 1999, B.5.3 : il faut « des circonstances qui peuvent justifier le recours aux pouvoirs spéciaux ».

²³⁵ C.A., n°102/2003 du 22 juillet 2003, B.16.5.2 ; n°105/2003 du 22 juillet 2003, B.5.2 ; n°111/2003 du 17 septembre 2003, B.6.2.

²³⁶ Sur la distinction entre illégalités matérielles et illégalités formelles, voy. *infra*, n°96-97.

²³⁷ Pour comprendre cette « saga – cotisation de solidarité », il est nécessaire de comprendre l'évolution de son contexte juridique. L'article 68 de la loi du 30 mars 1994 « portant des dispositions sociales » a instauré à *partir du 1^{er} janvier 1995* une « cotisation de solidarité » sur les pensions. En application de cette loi, un arrêté royal du 28 octobre 1994 a établi les modalités de ce prélèvement, prévoyant notamment, pour le calcul de cette cotisation, un système de conversion d'un capital en rente fictive *mais sans préciser que ce capital devait avoir été payé à partir du 1^{er} janvier 1995*. Cet arrêté a fait l'objet d'un recours devant le Conseil d'Etat. Deux lois du 26 juillet 1996 ont habilité le Roi à modifier la législation en matière de pension, sous réserve d'une confirmation législative. En application de cette habilitation, un arrêté royal du 16 décembre 1996 a réécrit l'article 68 de la loi de 1994 et a déclaré « valablement opérées » les retenues effectuées entre le 11 août 1996 et le 31 décembre 1996. La loi du 13 juin 1997 confirme les arrêtés royaux, conformément au mécanisme prévu par les deux lois du 26 juillet 1996, et déclare « valablement opérées » les retenues effectuées entre le 1^{er} janvier 1995 et le 10 août 1996. Un recours en annulation devant le Conseil d'Etat – celui-ci ayant décidé de surseoir à statuer en l'attente de l'issue du recours porté devant la Cour d'arbitrage – ainsi que de nombreuses actions en répétition de l'indu devant les juridictions du travail étaient pendantes. Le procédé de confirmation des retenues opérées en 1995 et 1996 s'est ainsi mué en validation *sensu stricto*, mais uniquement en ce qui concerne les cotisations « *perçues à tort, en particulier en tenant compte de rentes fictives correspondant à des capitaux et avantages payés avant le 1^{er} janvier 1995* » (C.A., n°86/98 du 15 juillet 1998, B.12.3) Cette considération, *loin d'être « surabondante »* – terme utilisé malencontreusement par la Cour (B.12.3) – constitue un *motif décisif* – l'aune de la censure de la Cour, la *ratio* et la mesure de son annulation. La présence de cette considération *dans le dispositif* aurait illustré l'importance de cette remarque et aurait peut-être évité que la Cour doive préciser la portée de son arrêt n°86/98 dans un arrêt ultérieur n°49/2002 du 13 mars 2002. Sur la « cotisation de solidarité », voy. notamment, E. LEHMANN, « La cotisation progressive de solidarité sur les pensions », *J.T.T.*, 1996, pp. 349-457 ; B. MARISCAL, « Cotisation de solidarité sur les pensions – La Cour d'arbitrage entre dans la danse », *Act. fisc.*, 1998, n°29, pp. 1-2 ; O. VANDEMEULEBROEKE, « La cotisation de solidarité à charge des préretraités et retraités – Remous autour de la loi du 30 mars 1994 », *J.T.T.*, 2000, pp. 433-438. Deux requêtes sont actuellement pendantes devant la Cour européenne des droits de l'homme.

²³⁸ Suite à l'arrêt n°86/98 de la Cour d'arbitrage, certains ont voulu voir dans cet arrêt une victoire beaucoup plus étendue qu'elle ne l'était, et ont réclamé le remboursement de *toutes* les retenues opérées en 1995 et 1996. Or,

conditionne la qualification de « validation législative » a également été confirmée dans un récent arrêt de 2004²³⁹.

79. Une fois admise la qualification de l'opération, l'examen de la justification de l'intervention législative est étroitement lié au contrôle de la *rétroactivité* inhérente à la validation :

« La rétroactivité de dispositions législatives, qui est de nature à créer de l'insécurité juridique, ne peut se justifier que par des circonstances particulières, notamment lorsqu'elle est indispensable au bon fonctionnement ou à la continuité du service public.

S'il s'avère en outre que la rétroactivité d'une norme législative a pour effet d'influencer dans un sens déterminé l'issue d'une ou de plusieurs procédures judiciaires ou d'empêcher les juridictions de se prononcer sur une question de droit déterminée, la nature du principe en cause exige que des circonstances exceptionnelles justifient cette intervention du législateur qui porte atteinte, au détriment d'une catégorie de citoyens, aux garanties juridictionnelles offertes à tous.

En l'espèce, la rétroactivité a pour effet, d'ailleurs voulu, d'influencer dans un sens déterminé l'issue d'actions en justice pendantes. La Cour n'aperçoit pas – et les travaux préparatoires n'indiquent pas – quelles circonstances exceptionnelles justifieraient la rétroactivité critiquée. Celle-ci porte donc atteinte, sans justification admissible, aux garanties juridictionnelles de ceux qui seraient engagés dans des procédures »^{240/241}.

suite à cet arrêt, le gouvernement avait décidé de procéder au remboursement volontaire des seules cotisations *litigieuses*, à savoir celles concernant un capital versé avant le 1^{er} janvier 1995. Il était donc nécessaire de fournir une base juridique aux autres retenues opérées en 1995 et 1996, ce qu'a fait une loi du 12 août 2000, qui modifie l'article 68 de la loi du 30 juin 1994 en prévoyant que cette modification produit ses effets du 1^{er} janvier 1995 au 31 décembre 1996. Cette législation apparaît donc comme une validation par habilitation rétroactive. La Cour, se référant au B.12.3 de l'arrêt n°86/98, rappelle – *mais elle ne l'avait pas dit explicitement* – qu'elle a annulé les dispositions attaquées « en tant qu'elles disposent que les retenues effectuées entre le 1^{er} janvier 1995 et le 31 décembre 1996 ont été valablement opérées ». Elle va préciser l'étendue de l'inconstitutionnalité : « *La violation des articles 10 et 11 de la Constitution constatée par la Cour est due, d'une part, à la validation des retenues opérées entre le 1^{er} janvier 1995 et le 31 décembre 1996 qui portent sur les capitaux payés avant le 1^{er} janvier 1995, pour lesquels l'article 68 ne fournissait pas de fondement légal et, d'autre part, à la validation des retenues qui auraient été effectuées au cours de cette période par une application inexacte des dispositions en vigueur* » (C.A., n°49/2002 du 13 mars 2002, B.6). La Cour n'avait donc censuré que la validation des retenues *matériellement* illégales.

²³⁹ Voy. C.A., n°143/2003 du 5 novembre 2003, relatif à l'abrogation de l'exemption fiscale de Belgacom. Selon les requérants – la province de Hainaut et deux communes –, l'exemption fiscale au profit de Belgacom aurait manqué de fondement légal depuis la loi du 21 mars 1991 transformant l'ancienne Régie des télégraphes et des téléphones en entreprise publique autonome, puisque la disposition prévoyant cette exemption fiscale – l'article 25 de la loi du 19 juillet 1930 – aurait été abrogée implicitement par les articles 87 et 88 du Traité instituant la Communauté européenne, qui prohibent les aides d'Etat. Les requérants estiment donc que l'abrogation de cette exemption, à partir de 2002, conférerait *a posteriori* un fondement légal à l'exemption et constituerait donc une « validation législative », qui influencerait les litiges en cours. La Cour rejette cette interprétation des requérants : « Il résulte de ce qui précède que l'article 25 de la loi du 19 juillet 1930 a été en vigueur dans l'ordre juridique belge jusqu'à son abrogation expresse par l'entrée en vigueur de l'article 79 de la loi-programme du 30 décembre 2001. *L'exemption fiscale litigieuse n'a donc, à aucun moment, manqué de fondement légal. Les dispositions attaquées ne sauraient dès lors être qualifiées de 'validation législative'* » (C.A., n°143/2003, B.7 – C'est nous qui soulignons). Ce considérant montre bien *le lien de causalité* (« dès lors ») entre la qualification de validation législative et l'existence d'une illégalité matérielle (en l'espèce, le défaut de fondement légal).

²⁴⁰ C.A., n°64/97 du 6 novembre 1997, B.5 et 3/98 du 14 janvier 1998, B.7 (C'est nous qui soulignons). Suite à une jurisprudence du Conseil d'Etat interprétant une disposition législative de 1970 comme figeant la structure, le classement et la réglementation en matière d'enseignement artistique supérieur dans l'attente d'un décret, un décret de la Communauté française de 1994 a « abrogé » la disposition légale en vue de permettre des nominations ou mutations dans l'enseignement artistique supérieur. En raison de recours pendants devant le Conseil d'Etat, un décret de 1995 a remplacé le terme « abrogé » par celui de « rapporté » en vue de conférer un effet rétroactif à cette abrogation, consolidant de la sorte toutes les nominations, mutations et autres décisions intervenues entre 1970 et 1994. Ce procédé a été considéré par la Cour d'arbitrage comme contraire au principe

80. La Cour envisage ainsi globalement ce qui ne constitue, selon nous, qu'un effet d'une validation : la rétroactivité. En raison de ses *effets* et notamment l'atteinte à la sécurité juridique, la rétroactivité²⁴² jouit, de manière générale, d'un préjugé négatif : elle doit se justifier par des *circonstances particulières*²⁴³. Quand par ailleurs existe *l'effet* – et non seulement le but – d'influence sur un litige en cours, la rétroactivité doit alors se justifier par des *circonstances exceptionnelles*.

La Cour pose ainsi deux niveaux d'exigences formellement distincts – circonstances particulières ou circonstances exceptionnelles – quant à la justification de la rétroactivité.

La rétroactivité qui influe sur des litiges doit donc se justifier par des circonstances exceptionnelles, qu'elle constitue *ou non* l'effet d'une validation. Comme le démontrent particulièrement des considérations identiques relatives à la rétroactivité d'un *arrêté royal*²⁴⁴, la Cour élabore ainsi sa propre conception de la signification de l'article 2 du Code civil :

d'égalité et de non-discrimination. Dans ces arrêts, la Cour a l'air d'envisager une abrogation rétroactive par décret sous le seul angle de la rétroactivité, mais dont l'effet *incident* est une influence sur un litige en cours. Or, cette abrogation avait manifestement été adoptée en vue de contourner les effets d'une jurisprudence du Conseil d'Etat : elle s'analyse dans cette mesure moins au regard de la rétroactivité décidée comme telle que comme une validation par habilitation – celle-ci consistant en la *suppression* d'une disposition légale interprétée comme *interdisant* les mesures d'exécution adoptées. Pour un autre cas d'abrogation rétroactive, mais admis cette fois par la Cour, voy. C.A., n°30/95 du 4 avril 1995.

²⁴¹ Voy. aussi les formulations parfois légèrement différentes des arrêts C.A., n°49/98 du 20 mai 1998, B.4 ; n°97/99 du 15 septembre 1999, B.23 ; n°17/2000 du 9 février 2000, B.4 ; n°36/2000 du 29 mars 2000, B.5 ; n°38/2001 du 13 mars 2001, B.14.1 ; n°98/2001 du 13 juillet 2001, B.8.1 ; n°159/2001 du 19 décembre 2001, B.13.1 ; n°49/2002 du 13 mars 2002, B.13 ; n°72/2002 du 23 avril 2002, B.11.1 ; n°106/2002 du 26 juin 2002, B.2.7 ; n°189/2002 du 19 décembre 2002, B.12.2 ; n°3/2003 du 14 janvier 2003, B.2.7 ; n°6/2003 du 22 janvier 2003, B.8 ; n°40/2003 du 9 avril 2003, B.7.1 ; n°164/2003 du 17 décembre 2003, B.3 ; n°30/2004 du 3 mars 2004, B.5 ; n°73/2004 du 5 mai 2004, B.6.1.

²⁴² Sur la rétroactivité des lois, voy. notamment F. BLANCQUAERT, « Het fenomeen retroactiviteit : een 'gevaarlijke' fictie die nog steeds tot onze werkelijkheid behoort ?! », *Jura. Falc.*, 1996-1997, pp. 11-64 ; D. DEGREEF, « Retroactiviteit van wetsbepalingen in conflict met de jurisdictionele waarborgen van de rechtzoekende : een toepassing inzake milieurecht », *R.W.*, 1999-2000, pp. 605-607 ; F. DELPEREE, « Le principe de non rétroactivité des lois – Belgique », *A.I.J.C.*, vol. VI, 1990, pp. 333-342 ; Ch. HOREVOETS, « Les principes qui régissent la promulgation et la publication des lois, arrêtés et règlements, et leurs effets », *C.D.P.K.*, 1998, pp. 407-423 ; P. LEWALLE, *Contribution à l'étude de l'application des actes administratifs unilatéraux dans le temps*, Ed. Collection scientifique de la Faculté de droit de Liège, 1975, pp. 147 et s. ; P. VAN ORSHOVEN, « De kraai en de puit – De retroactieve wet in het licht van de beginselen van behoorlijke wetgeving », *A.J.T.*, 1998-1999, pp. 25-32 ; A. VANWELKENHUIZEN, « Le principe de la non-rétroactivité de la loi et le fonctionnement des services publics », obs. sous Cass., 22 octobre 1970, *R.C.J.B.*, 1972, pp. 290-319.

²⁴³ Ainsi, en ce qui concerne l'examen de la justification de la rétroactivité de dispositions *fiscales*, voy. notamment C.A., n°109/2004, 110/2004 et 111/2004 du 23 juin 2004 (bonis de liquidation). Voy. aussi O. BERTIN, « Les lois rétroactives en matière d'impôt sur les revenus », *J.D.F.*, 2001, pp. 193-225 ; R. ERGEC, « La rétroactivité en droit fiscal », *R.G.F.*, 1997, pp. 4-17 ; G. VAN FRAEYENHOVEN et F. LEURQUIN-DE VISSCHER, « La rétroactivité et l'effet d'annonce en matière fiscale » in R. ANDERSEN e.a. (éds.), *Protection des droits fondamentaux des contribuables*, Bruylant, Bruxelles, 1993, pp. 275-293 ; B. MARISCAL, « La rétroactivité : une arme désamorçée », *R.G.F.*, 2001, pp. 185-186.

²⁴⁴ C.A., n°31/95 du 4 avril 1995 et 45/95 du 6 juin 1995. Ces arrêts concernent le recours en annulation de décrets de la Commission communautaire française exerçant, sur la base de l'article 138 de la Constitution, les compétences de la Communauté française, et qui avaient créé des organismes d'intérêt général. Etait notamment invoquée la violation de l'article 13, alinéa 6, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles en vertu duquel la création d'un tel organisme était soumise à l'accord du Ministre fédéral de la Fonction publique. Cependant, cet article avait été abrogé à la date d'entrée en vigueur de l'arrêté royal du 29 septembre 1996 fixant les principes généraux applicables aux agents des communautés et des régions, à savoir le 1^{er} janvier 1994. La requérante invoquait l'application de l'article 159 de la Constitution en raison de l'illégalité de l'effet rétroactif de l'arrêté royal précité. « *Sans qu'il soit besoin d'examiner la question générale de savoir s'il appartient à la Cour de statuer sur toute exception fondée sur l'article 159 de la Constitution* » (C.A., n°31/95, B.3.3 ; n°45/95,

« Le principe posé en règle générale à l'article 2 du Code civil, selon lequel la loi n'a point d'effet rétroactif, est a fortiori applicable aux arrêtés royaux. Il admet toutefois que lorsqu'elle refait un acte annulé par le Conseil d'Etat, l'autorité administrative fasse rétroagir l'acte nouveau si cela s'avère indispensable au bon fonctionnement ou à la continuité du service public, pour autant que le fondement juridique de l'annulation soit respecté. Le seul fait qu'un arrêté rétroactif puisse avoir une incidence sur l'issue de procédures en cours ne suffit pas pour que cette rétroactivité soit illégale. Elle le serait si elle avait pour objectif unique ou principal d'influencer sur l'issue de certaines procédures juridictionnelles ou d'empêcher les juridictions de se prononcer sur une question de droit, sans que des circonstances exceptionnelles puissent raisonnablement justifier cette ingérence »²⁴⁵.

Si l'on permet à un arrêté royal, auquel s'impose « a fortiori » l'article 2 du Code civil, de déroger au principe de non-rétroactivité de la loi afin de réaliser un objectif d'intérêt général comme le bon fonctionnement ou la continuité du service public²⁴⁶, ces objectifs n'apparaissant eux-mêmes que comme des illustrations des « circonstances exceptionnelles » autorisant la rétroactivité, la non-rétroactivité de la loi ne devient-elle pas un principe *infralégal*²⁴⁷, auquel la nécessité – fût-elle habillée sous forme de principes généraux – permet de déroger ? Au propre comme au figuré, nécessité fait loi.

Un élément essentiel de ces considérations paraît cependant lié au fait qu'il s'agissait en l'espèce d'une *réfection-correction*, suite à un arrêt d'annulation du Conseil d'Etat.

Puisque la rétroactivité, envisagée globalement, qui influe sur des litiges en cours, ne peut se justifier qu'en raison de circonstances exceptionnelles, il doit en aller de même des validations, dont l'effet incident mais nécessaire est d'être rétroactives : les validations législatives ne peuvent donc être justifiées qu'en raison de *circonstances exceptionnelles*, ce qui semble faire écho à la notion d'intérêt général « impérieux » développée par la Cour européenne des droits de l'homme et implicitement reprise par le Conseil constitutionnel français.

Par ailleurs, le contrôle de la Cour d'arbitrage est potentiellement plus strict puisqu'il semble induire qu'au regard *du seul effet* d'une norme rétroactive, prise *même sans but* d'influer sur un litige en cours, l'exigence de justification par des circonstances exceptionnelles s'impose déjà au législateur en raison de l'atteinte portée, par la rétroactivité, aux garanties juridictionnelles fondamentales.

81. Eu égard au caractère essentiel de la garantie à laquelle il est porté atteinte, le Conseil des ministres devra, en théorie, fournir une justification particulièrement rigoureuse : l'*inopportunité* d'une annulation éventuelle ou la sécurité juridique invoquée *in abstracto*²⁴⁸

B.4.3), la Cour constate que l'arrêté précité fait partie d'un ensemble de règles répartitrices de compétences et qu'il lui incombe donc de statuer sur l'exception.

²⁴⁵ C.A., n°31/95 du 4 avril 1995, B.3.4 et B.3.5 ; n°45/95 du 6 juin 1995, B.4.4 et B.4.5.

²⁴⁶ Ces considérations de bon fonctionnement ou de continuité du service public « formulées en termes généraux » n'ont cependant pas été admises à propos d'un décret de substitution (rétroactif donc), voy. C.A., n°134/98 du 16 décembre 1998, B.14.

²⁴⁷ Dans sa décision n°69-57 L du 24 octobre 1969, le Conseil constitutionnel français a quant à lui considéré que : « (...) la disposition (...) a un caractère rétroactif ; que, par suite, elle échappe à la compétence du pouvoir réglementaire ; ». B. MATHIEU considère que cette décision « pose la règle selon laquelle la non rétroactivité des actes administratifs est un principe général de droit », voy. B. MATHIEU, *Les « validations » législatives — Pratique législative et jurisprudence constitutionnelle*, op. cit., p. 74. Sur l'origine du principe de non-rétroactivité des actes administratifs, voy. P. LEWALLE, *Contribution à l'étude de l'application des actes administratifs unilatéraux dans le temps*, op. cit., pp. 132-146.

²⁴⁸ Etait notamment invoqué dans l'arrêt n°33/93 du 22 avril 1993 qu'il résulterait une plus grande sécurité juridique en ce que le contenu de l'arrêté ratifié ne pourrait plus être modifié que par une loi. La Cour a estimé

sont considérées comme insuffisantes. De même, la triple justification avancée par le législateur – souci d’éviter l’insécurité juridique, répercussions budgétaires négatives et souci d’éviter de créer des inégalités entre les pensionnés – concernant la validation des retenues opérées dans le cadre de la cotisation de solidarité, a été rejetée par la Cour²⁴⁹.

L’argument de la sécurité juridique a par contre été accueilli par la Cour d’arbitrage dans la mesure où étaient établies des *divergences de jurisprudence*²⁵⁰. La Cour a également admis comme circonstance exceptionnelle une *évolution jurisprudentielle imprévisible*²⁵¹. Elle a également admis la « difficulté d’application » de mesures pécuniaires, combinée avec le « souci de faire coïncider »²⁵² la date d’entrée en vigueur de ces mesures avec les mesures destinées à en permettre une application régulière.

D’autre part, l’opportunité d’une « correction législative » par une mesure de substitution, dans une matière réservée à la loi par la Constitution, *en vue de se conformer à un avis du Conseil d’Etat*, a été considérée comme une justification suffisante, d’autant plus que la mesure de substitution a un « objet sensiblement différent »²⁵³ de celui des arrêtés rapportés. La mise en conformité avec des *arrêtés d’annulation de la Cour d’arbitrage*²⁵⁴ constitue également – cela est-il étonnant ? – une justification admise par la Cour.

A été admise également « la circonstance que le législateur a entendu exercer lui-même les pouvoirs qu’il avait habilité le Roi à exercer »²⁵⁵. Le souci d’éviter une discrimination nouvelle constitue « une raison exceptionnelle de prendre une disposition rétroactive »²⁵⁶. La Cour semble de même assez tolérante à l’égard des considérations

qu’ « il n’est pas nécessairement préférable qu’une règle de droit soit malaisée à modifier et se trouve pour cette raison formulée dans une loi plutôt que dans un arrêté » (B.2).

²⁴⁹ Voy. C.A., n°86/98 du 15 juillet 1998, B.12.1 à B.12.4.

²⁵⁰ Voy. C.A., n°84/93 du 7 décembre 1993 et 5/94 du 20 janvier 1994. Une loi de substitution reprenait le contenu d’arrêtés royaux qui instaurent un système de récupération des montants accordés aux laboratoires de biologie clinique, en cas de dépassement du budget. Par ailleurs, cette loi déclarait acquis les montants perçus sur la base de ces arrêtés. Ainsi, certaines décisions avaient écarté l’application dudit arrêté pour vice de forme, une décision l’avait jugé discriminatoire, tandis qu’un arrêté du Conseil d’Etat avait quant à lui rejeté ces griefs. « C’est dès lors à bon droit que le législateur a estimé que la sécurité juridique était mise en péril par la coexistence d’appréciations divergentes de la validité d’un même règlement » (C.A., n°84/93, B.6 et n°5/94, B.8).

²⁵¹ C.A., n°30/95 du 4 avril 1995, B.6 et B.9.

²⁵² C.A., n°30/2004 du 3 mars 2004, B.7. Cet arrêt concernait une disposition législative de la Communauté française, relative au statut pécuniaire des membres du personnel de l’enseignement de l’Etat, qui *modifiait rétroactivement un arrêté réglementaire* : « Mais le législateur décréta a pu estimer qu’en raison des circonstances qui rendaient nécessaire une correction de la réglementation applicable, son intervention ne pouvait s’analyser comme un procédé tendant à priver des justiciables de la protection juridictionnelle qui leur est due contre l’abus de la rétroactivité » (C.A., n°30/2004, B.8). Le raisonnement, assez sommaire, ne fait plus aucune référence aux « circonstances exceptionnelles » devant justifier la rétroactivité de dispositions qui influencent des litiges en cours. Pour une critique de cet arrêt voy. D. RENDERS, « Une consolidation législative irrégulière, sinon par ses effets, du moins par son auteur », *J.T.*, 2004, pp. 939-941.

²⁵³ C.A., n°46/93 du 15 juin 1993, B.8. Alors que la Cour savait qu’il s’agissait essentiellement de donner une base juridique plus solide – c’est-à-dire légale – à la cotisation en cause, la considération qu’il y a eu des « adaptations, ajouts ou retrats », apparaît selon nous superflue, voire de faible importance.

²⁵⁴ C.A., n°38/2001 du 13 mars 2001, B.14.2 ; n°72/2002 du 23 avril 2002, B.11.3 ; n°106/2002 du 26 juin 2002, B.2.3 ; n°3/2003 du 14 janvier 2003, B.2.8 : le législateur avait ainsi donné l’« exécution qui s’imposait aux arrêtés de la Cour n°52/99 et 68/99 ». Il s’agissait de lois de substitution où le législateur réglait une matière réservée à la loi par la Constitution et pour laquelle il n’y avait pas eu d’habilitation expresse permettant à des arrêtés de pouvoirs spéciaux de la régler. Voy. aussi C.A., n°22/94 du 8 mars 1994 où le législateur *refait la loi* (il ne s’agit donc pas d’une validation) « en tenant compte des motifs de l’arrêt [n°23/89 du 13 octobre 1989] » (B.3).

²⁵⁵ C.A., n°87/95 du 21 décembre 1995, B.2.6.

²⁵⁶ C.A., n°49/2002 du 13 mars 2002, B.16.2. Cette justification découle des effets *d’un arrêt antérieur* de la Cour d’arbitrage. La Cour ayant annulé, dans l’arrêt n°86/98 du 15 juillet 1998, la validation des retenues

financières et budgétaires²⁵⁷. La santé publique constitue également un intérêt général qui peut justifier la rétroactivité²⁵⁸.

82. Le contrôle concret de ces *circonstances exceptionnelles* appelées à justifier la validation, contrôle non dénué d'une appréciation en opportunité²⁵⁹, semble donc moins strict que l'affirmation de principe de cette exigence ne le laisse supposer. Pour être plus exact, il semble intimement lié à la nature du procédé de validation choisi et de ses effets sur les contrôles juridictionnels, ainsi qu'à la nature de l'illégalité couverte.

§ 3. L'incidence de l'intervention législative sur les contrôles juridictionnels

83. Dans l'arrêt n°67/92²⁶⁰, la Cour d'arbitrage énumère les trois procédés de « validation » législative : la confirmation pure et simple, la substitution ou l'habilitation expresse²⁶¹. De la sorte, la Cour assimile la ratification et la validation *sensu stricto*, « englobant les deux techniques sous l'équivoque expression de 'confirmation' »²⁶².

Cette assimilation nous semble erronée, car si la *ratification* peut conférer force de loi à un acte administratif *réglementaire*, elle ne peut à notre avis opérer de la sorte à l'égard d'actes administratifs individuels. En raison du caractère *abstrait et général* inhérent à la *loi*, la « confirmation » d'actes administratifs *individuels* – tels que des nominations – ne peut, selon nous, conférer force de loi à de tels actes. La confirmation législative d'actes individuels ne peut dès lors aboutir à une mutation de la nature de l'acte en cause ; elle ne peut que relever – ou tenter de relever – ces actes administratifs de leur irrégularité afin de paralyser leur contrôle : c'est l'hypothèse par essence de la *validation* au sens strict du terme²⁶³.

effectuées en 1995 et 1996 au titre de cotisation de solidarité *sur des capitaux versés avant le 1^{er} janvier 1995*, en raison d'un défaut de base légale, un remboursement de *toutes* les retenues opérées en 1995 et 1996, qui bénéficiaient d'une base légale, « aurait créé une discrimination nouvelle au détriment des autres personnes tenues de payer une cotisation équivalente » (C.A., n°49/2002, B.16.2). Constatons que dans cet arrêt, c'est la Cour d'arbitrage elle-même qui fournit la « raison exceptionnelle » qu'elle exige du législateur pour justifier la rétroactivité.

²⁵⁷ C.A., n°67/92 du 12 novembre 1992, B.6 (perception de centimes additionnels) ; n°84/93 du 7 décembre 1993 et 5/94 du 20 janvier 1994 (lutte contre la surconsommation des prestations de biologie clinique – contenir le budget dans certaines limites).

²⁵⁸ Voy. C.A., n°17/2000 du 9 février 2000, concernant les cotisations obligatoires prélevées pour le « Fonds budgétaire pour la santé et la qualité des animaux et des produits animaux », cotisations dont la régularité avec le droit communautaire avait été contestée pour défaut de communication à la Commission au titre de mesure d'aide. Une loi a donc reproduit le contenu de l'arrêté royal qui fixait cette cotisation.

²⁵⁹ Voy. notamment M.-Fr. RIGAUX, « Le contrôle d'opportunité exercé par la Cour d'arbitrage et le pouvoir discrétionnaire du législateur » in *Mélanges Jacques van Compernelle*, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp. 591-609, ici pp. 605-607.

²⁶⁰ C.A., n°67/92 du 12 novembre 1992, B.7.2.

²⁶¹ Une loi qui se borne à conférer une habilitation *non rétroactive* « n'a cependant pas pour objet de confirmer des actes administratifs annulés par le Conseil d'Etat et ne prive donc pas une catégorie de personnes d'une garantie juridictionnelle essentielle », voy. C.A., n°53/92 du 9 juillet 1992, 3.B.1 *in fine*.

²⁶² H. SIMONART et J. SALMON, « Les validations législatives et le contrôle de la Cour d'arbitrage », *op. cit.*, p. 204.

²⁶³ Voy. l'arrêt n°46 du 11 février 1988. Voy. aussi l'arrêt n°20/92 du 12 mars 1992, dans lequel l'analyse du procédé de validation nous semble erronée. Il s'agissait de la demande de suspension de la disposition de la loi du 22 juillet 1991 relative à la Loterie nationale, qui « confirmait » les actes antérieurs, notamment des nominations et promotions, accomplis lorsque la Loterie nationale relevait d'un régime juridique différent. Le requérant avait introduit divers recours contre ces nominations devant le Conseil d'Etat. La Cour a considéré que « par l'effet de la disposition entreprise, les actes administratifs que le requérant a attaqués devant le Conseil d'Etat sont désormais des actes du pouvoir législatif » (B.3.1). Voy. aussi, à propos du « réajustement » de certaines nominations, admis par la Cour comme raisonnablement lié à l'objectif de mettre un terme à l'insécurité juridique, l'arrêt C.A., n°82/96 du 18 décembre 1996. A notre avis, des actes individuels comme des nominations, ne peuvent, par cette « confirmation », devenir des lois : il n'y a pas de modification de la nature de ces actes, mais seulement paralysie du contrôle du Conseil d'Etat.

84. Dans l'arrêt n°67/92, la Cour considère également qu' « [i]l n'appartient pas à la Cour de statuer sur l'opportunité du procédé retenu par le législateur »²⁶⁴.

Pareille considération peut sembler étonnante puisque le choix d'un procédé de validation entraîne des effets différents sur le régime contentieux des actes validés²⁶⁵.

Par ailleurs, si la Cour ne peut se prononcer sur l'opportunité du procédé choisi, ce procédé aura néanmoins une influence sur la plus ou moins grande sévérité de son contrôle.

85. Ainsi, le procédé de validation *sensu stricto* bénéficie d'un *a priori* particulièrement défavorable, qui s'est traduit notamment dans l'arrêt de suspension n°20/92 du 12 mars 1992, concernant la validation de nominations et de promotions en vue de décharger la Loterie nationale de toutes les contestations résultant d'actes antérieurs à son nouveau statut juridique et alors même que des recours étaient pendants devant le Conseil d'Etat.

Déjà au stade de la suspension, le moyen unique, pris de la privation de la protection juridictionnelle prévue par l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat normalement accordée à tous les justiciables sans distinction aucune, est donc apparu à la Cour comme sérieux²⁶⁶, c'est-à-dire comme revêtant une apparence de fondement : « Après un premier examen des éléments dont la Cour dispose à ce stade de la procédure, il semble que la distinction opérée, qui affecte un droit fondamental en ce que le requérant se voit privé d'une garantie juridictionnelle essentielle et qui porte atteinte aux attributions des juridictions, ne puisse pas faire l'objet d'une justification objective et raisonnable »²⁶⁷.

De même, la disposition qui déclare « valablement opérées » les retenues effectuées entre le 1^{er} janvier 1995 et le 31 décembre 1996 au titre de cotisation de solidarité est assimilée par la Cour à une validation *sensu stricto*, puisque la Cour estime que cette validation a des effets aussi bien à l'égard des litiges clôturés – ce qui peut apparaître assez étonnant – qu'envers ceux en cours²⁶⁸ et qu'il est ainsi « porté atteinte aux principes essentiels de l'organisation judiciaire et aux garanties juridictionnelles y afférentes qui appartiennent à chaque citoyen »²⁶⁹.

86. Par contre, contrairement aux ratifications législatives ou aux validations au sens strict, la Cour d'arbitrage semble témoigner d'une certaine faveur à l'égard de la *substitution législative*, qu'elle considère toujours comme la manifestation d'un *acte nouveau* du législateur.

²⁶⁴ C.A., n°67/92 du 12 novembre 1992, B.7.2.

²⁶⁵ Voy. *supra*, n°s 19-23.

²⁶⁶ Voy. 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, n°1, pp. 13-68, spéc. n°54.

²⁶⁷ C.A., n°20/92 du 12 mars 1992, B.2.4 (C'est nous qui soulignons). Le préjudice grave difficilement réparable résultait soit de l'incompétence du Conseil d'Etat, soit de la nécessité d'interroger la Cour d'arbitrage, au regard de l'âge du requérant, proche de la pension, et par conséquent du risque de perte d'intérêt aux recours portés devant le Conseil d'Etat. Voy. X. DELGRANGE, note sous C.A., n°20/92, *R.R.D.*, 1992, pp. 341-144. Dans l'arrêt n°51/92 du 18 juin 1992 sur le fond de l'affaire, la Cour a décrété le désistement du recours en annulation.

²⁶⁸ C.A., n°86/98 du 15 juillet 1998, B.10. Concernant les litiges qui ont fait l'objet d'une décision judiciaire, « le législateur remet en cause l'autorité de chose jugée » ; concernant les litiges en cours devant les cours et tribunaux, « la validation empêche que le juge puisse encore lier des effets à l'irrégularité, constatée par ses soins, des retenues attaquées » ; concernant le recours en annulation devant le Conseil d'Etat, « la validation des retenues (...) a pour effet que les requérants risquent de perdre leur intérêt et privera en tout cas une annulation éventuelle de son effet utile ».

²⁶⁹ C.A., n°86/98 du 15 juillet 1998, B.10 *in fine*.

Ainsi, concernant le financement de l'Institut d'expertise vétérinaire, après avoir d'abord jugé contraire au principe d'égalité une ratification législative²⁷⁰, la Cour a par contre admis le procédé de substitution, utilisé ultérieurement²⁷¹ : « *En reproduisant le contenu de l'arrêté royal (...), la loi attaquée n'a pas eu pour effet, en l'espèce, d'empêcher le Conseil d'Etat de se prononcer, quant au fond, sur l'illégalité de cet arrêté royal (B.2.6 à B.2.8). Elle n'a pas non plus pour effet de priver la catégorie de citoyens à laquelle s'appliquait l'arrêté royal annulé du bénéfice de cette annulation que constitue le droit de réclamer, devant les juridictions civiles, le remboursement des droits illégalement perçus (B.2.9)* »²⁷².

87. L'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, qui permet d'agir en annulation contre un acte de l'exécutif, est donc considéré comme une garantie essentielle, voire un « droit fondamental »²⁷³.

La privation de la garantie, considérée comme essentielle, de pouvoir agir devant le Conseil d'Etat contre les actes du pouvoir exécutif peut résulter de l'intervention du législateur tant à la suite de l'annulation ou la suspension par le Conseil d'Etat qu'à la suite de la simple *menace* de cette annulation ou suspension.

Cependant, l'existence d'un recours devant le Conseil d'Etat ne conduit à une censure que si l'intervention du législateur a pour *but* de l'entraver, et non si l'entrave ne constitue qu'un *effet* de la disposition législative : « *La seule existence d'un recours devant le Conseil d'Etat n'empêche pas que les irrégularités dont pourrait être entaché l'acte attaqué puissent être redressées avant même qu'il soit statué sur ledit recours* »²⁷⁴.

Autrement dit, le simple *effet* d'influence sur des litiges en cours ne peut conduire *de plano* à un constat d'inconstitutionnalité²⁷⁵, ne peut avoir pour effet d'empêcher le législateur de se corriger, par exemple en exerçant « lui-même une compétence dont il était contesté qu'il l'eût déléguée »²⁷⁶. Ainsi, sauf lorsque le législateur règle une matière qui relève de la

²⁷⁰ C.A., n°33/93 du 22 avril 1993.

²⁷¹ C.A., n°87/95 du 21 décembre 1995. Puisque la Cour avait jugé contraire au principe d'égalité et de non-discrimination la ratification législative, le Conseil d'Etat avait annulé pour vice de forme l'arrêté royal établissant les droits destinés au financement de l'Institut d'expertise vétérinaire. Une loi a reproduit le contenu de l'arrêté royal annulé, et fixé sa date d'entrée en vigueur à celle de l'arrêté annulé. Une partie de l'arrêt concerne le procédé de substitution ; l'autre concerne la nature des droits en cause. La solution de cet arrêt a été confirmée par l'arrêt n°49/98 du 20 mai 1998 (B.5.3), rendu sur question préjudicielle.

²⁷² C.A., n°87/95 du 21 décembre 1995, B.2.5. Cette considération semble relever d'une vision assez formaliste : en effet, si les bénéficiaires de l'annulation du Conseil d'Etat conservent le droit potentiel de réclamer le remboursement des sommes perçues sur la base de l'arrêté annulé, ils devront cependant verser des droits identiques, sur la base de la loi nouvelle.

²⁷³ C.A., n°20/92 du 12 mars 1992, B.2.4.

²⁷⁴ Voy. les formulations parfois légèrement différentes des arrêts C.A., n°46/93 du 15 juin 1993, B.6.1 ; n°87/95 du 21 décembre 1995, B.2.6 ; n°97/99 du 15 septembre 1999, B.26 ; n°38/2001 du 13 mars 2001, B.14.2 ; n°98/2001 du 13 juillet 2001, B.8.4 ; n°159/2001 du 19 décembre 2001, B.13.4 ; n°49/2002 du 13 mars 2002, B.15.1 ; n°72/2002 du 23 avril 2002, B.11.3 ; n°106/2002 du 26 juin 2002, B.2.8 ; n°3/2003 du 14 janvier 2003, B.2.8 ; n°40/3003 du 9 avril 2003, B.7.4 ; n°164/2003 du 17 décembre 2003, B.5.1 ; n°73/2004 du 5 mai 2004, B.6.4 ; n°99/2004 du 2 juin 2004, B.6.1. Selon H. SIMONART et J. SALMON, « Les validations législatives et le contrôle de la Cour d'arbitrage », *op. cit.*, p. 206 : « Cette solution paraît raisonnable à condition qu'il soit établi que l'intention réelle du législateur n'est pas de tenir en échec les actions régulièrement introduites ». Cette exigence se confond selon nous avec la *jurisprudence d'intentionnalité* que développe la Cour d'arbitrage.

²⁷⁵ Voy. C.A., n°30/2004 du 3 mars 2004, B.4 : « La simple circonstance qu'une disposition législative à caractère rétroactif ait une incidence sur des litiges en cours ne signifie pas que les principes d'égalité et de non-discrimination seraient violés en ce qu'il serait porté atteinte aux garanties juridictionnelles offertes à tous les citoyens ».

²⁷⁶ Voy. C.A., n°46/93 du 15 juin 1993. L'arrêt concerne une hypothèse de validation par substitution, par laquelle le législateur a rapporté, avec effet rétroactif, le contenu des deux arrêtés royaux n°55 et 124 qui instauraient une « cotisation spéciale et unique de sécurité sociale ». Suite à de vives critiques tant du Conseil d'Etat que de la doctrine, qui estimaient que les arrêtés en cause établissaient un impôt, matière réservée à la loi par la Constitution, « le législateur a entendu se ranger à cette thèse » (B.6.2). La conséquence procédurale qui

compétence du Roi²⁷⁷, la Cour considère que par la substitution, « le législateur a entendu exercer lui-même une compétence qui lui appartient »²⁷⁸.

On ne peut, en arguant de la sécurité juridique, de la confiance légitime ou du droit à un recours juridictionnel effectif, réduire la marge de manœuvre du législateur de manière telle qu'on l'empêche de légiférer.

88. En outre, la Cour considère que l'intervention législative ne prive pas les requérants du droit à un recours juridictionnel puisque la Cour d'arbitrage exerce un contrôle de constitutionnalité des lois²⁷⁹. L'instauration d'un contrôle de constitutionnalité des lois a en effet mis fin à l'immunité juridique que conférait la loi de validation à l'acte administratif.

Ainsi, le Conseil d'Etat « passe le relais » à la Cour d'arbitrage. La Cour d'arbitrage adopte donc une vision *systemique*²⁸⁰ du « droit à un recours juridictionnel ». L'acte législatif est « lui-même soumis à la censure de la Cour d'arbitrage »²⁸¹ : « *L'existence même des actuels recours démontre que, si l'intervention du législateur a empêché les parties requérantes de faire censurer par le Conseil d'Etat les éventuelles irrégularités des arrêtés royaux confirmés, elle ne les prive pas du droit de soumettre à une juridiction l'inconstitutionnalité de la loi par laquelle le législateur a exercé la compétence qu'il avait initialement déléguée. Les parties requérantes n'ont donc pas été privées de leur droit à un recours effectif* »²⁸². Paradoxalement, en raison de l'existence même de la Cour d'arbitrage,

en résulte (défaut d'intérêt ou d'objet des recours portés devant le Conseil d'Etat) n'apparaît constituer qu'*un effet incident* de cette « correction législative ». Sur la nature de cette « cotisation », voy. P. GLINEUR, « L'arrêté royal n°55 du 16 juillet 1982 fixant pour 1982 une cotisation spéciale et unique de sécurité sociale est-il conforme à la loi d'habilitation et à la Constitution ? », *J.T.*, 1983, pp. 93-99.

²⁷⁷ Voy. C.A., n°99/2004 concernant la retenue sur la prime Copernic. *Après avoir estimé que la retenue en cause n'était pas un impôt* (autrement dit, qu'il n'y avait pas d'illégalité de fond, au regard de l'article 170 de la constitution, de l'arrêté royal qui établissait cette retenue), la Cour d'arbitrage a considéré qu'il n'était pas nécessaire de prévoir une base légale pour cette retenue et qu'elle n'apercevait pas de motifs impérieux d'intérêt général justifiant l'intervention du législateur.

²⁷⁸ Voy. notamment C.A., n°97/99 du 15 septembre 1999, B.25 ; n°98/2001 du 13 juillet 2001, B.8.3 ; n°159/2001 du 19 décembre 2001, B.13.3 ; n°40/2003 du 9 avril 2003, B.7.3 ; n°164/2003 du 17 décembre 2003, B.5.1 ; n°73/2004 du 5 mai 2004, B.6.3 ; n°99/2004 du 2 juin 2004, B.6.1.

²⁷⁹ Dans l'arrêt C.A., n°34/93 du 6 mai 1993, cet argument avait été invoqué par le Conseil des ministres, qui observait que « la requérante n'est pas privée par la confirmation législative de tout contrôle juridictionnel puisque c'est désormais à la Cour d'arbitrage de contrôler la loi de confirmation et les arrêtés confirmés » (2.A.1).

²⁸⁰ Cette vision *systemique* est confirmée notamment dans les arrêts n°174/2002 du 27 novembre 2002 (demandes de suspension) et 151/2003 du 26 novembre 2003 (recours en annulation), relatifs au décret de la Région flamande confirmant les permis d'urbanisme dérogatoires aux plans d'aménagements, délivrés en vue de la réalisation des travaux du « *Deurganckdok* ». La Cour a ainsi considéré que : « Le décret confirmant les permis d'urbanisme est attaqué devant la Cour par une demande de suspension et un recours en annulation, *de sorte que les parties requérantes ne sont pas privées de leur droit à une protection juridictionnelle effective* » (C.A., n°174/2002, B.8.3 – C'est nous qui soulignons). Ainsi, le procédé de confirmation qui se borne à *exécuter* la procédure prévue dans l'habilitation décrétales – contre laquelle d'ailleurs les recours ont été rejetés dans les arrêts n°116/2002 du 26 juin 2002 (demandes de suspension) et 94/2003 du 2 juillet 2003 (recours en annulation) – ne constitue pas une privation du droit à une protection juridictionnelle effective, puisque les personnes intéressées peuvent « attaquer ces actes administratifs devant le Conseil d'Etat *avant leur confirmation* » (C.A., n°94/2003, B.22 – C'est nous qui soulignons) et *après celle-ci*, peuvent « attaquer devant la Cour les permis d'urbanisme confirmés et ont du reste usé de cette faculté en introduisant l'actuel recours » (C.A., n°151/2003, B.11). Sur ces arrêts, voy. aussi *supra*, note 231. Voy. aussi les arrêts n°102/2003 et 105/2003 du 22 juillet 2003 et n°111/2003 du 17 septembre 2003, dans lesquels la Cour estime que les différences de traitement alléguées par les requérants devant le Conseil d'Etat à l'encontre de l'arrêté royal confirmé « ont pu être dénoncées devant la Cour. La protection juridictionnelle des requérants n'est donc pas affectée » (C.A., n°102/2003, B.16.7 ; n°105/2003, B.7 ; n°111/2003, B.8).

²⁸¹ C.A., n°84/93 du 7 décembre 1993, B.6 ; n°5/94 du 20 janvier 1994, B.8.

²⁸² Voy. avec des formulations parfois légèrement différentes, les arrêts C.A., n°97/99 du 15 septembre 1999, B.28 ; n°38/2001 du 13 mars 2001, B.14.3 ; n°98/2001 du 13 juillet 2001, B.8.6 ; n°159/2001 du 19 décembre

une loi de validation ne violera jamais le droit à un recours juridictionnel contre les actes de l'autorité.

« *La circonstance que les garanties juridictionnelles ne sont pas les mêmes à l'égard d'un arrêté royal ou d'une loi est objectivement justifiée : elle tient à la différence que le Constituant a établie, en matière de contrôle de validité, entre les actes législatifs et les actes administratifs* »²⁸³. La hiérarchie des normes et les contrôles auxquels elles sont soumises relèvent d'un « choix du Constituant ».

89. L'incidence d'une validation législative sur les recours juridictionnels pose également un problème *de répartition des compétences* quand cette validation est le fruit d'une norme législative adoptée par les *communautés* ou les *régions*.

Dans l'arrêt n°46 du 11 février 1988²⁸⁴, la Cour d'arbitrage semble ainsi avoir établi une distinction entre les validations opérées par le législateur fédéral et les validations opérées par le législateur régional ou communautaire. Après avoir constaté que la Région wallonne n'avait pas la compétence de procéder aux nominations litigieuses, la Cour a considéré que, bien que le décret de validation « ne déroge ni formellement ni en termes exprès aux lois coordonnées sur le Conseil d'Etat », « *tels sont en substance sa portée et son effet exclusifs, dès lors qu'il s'agit de la validation d'actes administratifs individuels* »²⁸⁵. Par conséquent, le législateur décrétoal n'avait pas compétence pour empêcher le Conseil d'Etat de juger de la validité de ces nominations, mission qui lui est dévolue par l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, matière réservée à la loi²⁸⁶ (fédérale) sur base de l'article 146 de la Constitution²⁸⁷.

Si l'arrêt n°46 ne semble envisager la validation que sous l'angle des règles de compétences, nous estimons cependant que le raisonnement qui sous-tend sa censure est le même qu'en matière d'égalité : la Cour analyse avant tout la justification de la validation au regard du but poursuivi.

2001, B.13.6 ; n°49/2002 du 13 mars 2002, B.15.3 ; n°72/2002 du 23 avril 2002, B.11.4 ; n°106/2002 du 26 juin 2002, B.2.9 ; n°3/2003 du 14 janvier 2003, B.2.9 ; n°40/2003 du 9 avril 2003, B.7.6 ; n°164/2003 du 17 décembre 2003, B.5.3 ; n°73/2004 du 5 mai 2004, B.6.6.

²⁸³ C.A., n°84/93 du 7 décembre 1993, B.6 ; n°5/94 du 20 janvier 1994, B.8. Cela apparaissait déjà implicitement dans l'arrêt n°67/92 du 12 novembre 1992, B.11.2, voy. *supra*, n°70.

²⁸⁴ L'arrêt concerne la validation (au sens strict, selon nous) par la Région wallonne de nominations effectuées en raison de l'extension du cadre de la Société de développement de la Région wallonne (S.D.R.W.), alors même que des recours étaient pendants devant le Conseil d'Etat. La Cour a considéré que le législateur décrétoal était compétent pour dissoudre la S.D.R.W., ainsi que pour incorporer le personnel statutaire de cet organisme dissous, mais il ne pouvait par contre habiliter à recruter du personnel de l'administration régionale (c'est-à-dire sur la base de l'article 6, §1^{er}, VI, 2°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles et non en respectant les règles de recrutement de l'article 87 de ladite loi spéciale), via une extension du cadre de la S.D.R.W., alors même que celle-ci était virtuellement dissoute. Voy. aussi, sur les conséquences de l'arrêt n°46 devant le Conseil d'Etat, D. BATSELE, « A propos de nominations controversées à la Société de développement régional pour la Wallonie... sept ans après », obs. sous C.E., n°35.204 du 19 juin 1990, *Vande Walle c. Région wallonne*, J.L.M.B., 1990, pp. 1325-1332.

²⁸⁵ C.A., n°46 du 11 février 1988, B.5.2. La Cour d'arbitrage semble dans cet arrêt privilégier sa conception de l'intentionnalité de la validation. Cependant, s'il est vrai que le décret de validation avait pour but et effet d'empêcher le Conseil d'Etat de statuer, *il ne modifiait en rien la compétence* du Conseil d'Etat. L'incidence sur la compétence du Conseil d'Etat constitue selon nous un *effet* de l'exercice d'une compétence, qui, *in casu*, n'a pas été attribuée.

²⁸⁶ Sur cette notion de « matières réservées à la loi par la Constitution » et l'interprétation donnée à l'arrêt n°44 du 23 décembre 1987 de la Cour d'arbitrage, voy. notamment la remarquable synthèse de J.-Cl. SCHOLSEM, « Les matières réservées par la Constitution à la loi : éléments pour un débat », *A.P.T.*, 2002, n°2-3-4, pp. 161-172.

²⁸⁷ C.A., n°46 du 11 février 1988, B.5.3, B.4 et B.5.

Cette chronologie dans la pensée est confirmée par l'arrêt n°30/95 du 4 avril 1995²⁸⁸. Parce que l'habilitation rétroactive du législateur décrétaal flamand se justifiait à la lumière de la réforme de l'enseignement en Communauté flamande²⁸⁹, la Cour estime que bien que la disposition contestée ait « *sans doute indirectement pour effet* » d'empêcher le Conseil d'Etat de se prononcer, « *on ne saurait considérer, à la lumière de sa genèse (voy. B.3 à B.15), que cette disposition abrogatoire ait eu pour objet unique ou principal de mettre à néant ou d'influencer la compétence du Conseil d'Etat, en particulier en validant un acte administratif individuel entaché d'irrégularité* »²⁹⁰. Il n'y a donc pas d'atteinte à la compétence réservée au législateur fédéral par l'article 146 de la Constitution.

90. Alors qu'en principe, le grief de la violation des règles répartitrices de compétences devrait être examiné préalablement à la conformité aux articles 10 et 11 de la Constitution, la Cour *inverse cet ordre* en matière de validations législatives : le respect du principe d'égalité va permettre de déterminer la nature de la validation, ses effets au regard d'une justification particulière, et *par répercussion* déterminer le respect des règles répartitrices de compétences.

C'est donc *toujours et avant tout autre grief* la justification de la validation (au regard du principe d'égalité et de non-discrimination) qui va déterminer si les règles de compétences ont été violées ou non. Si la validation est justifiée, il n'y aura pas d'interférence dans l'œuvre juridictionnelle, et partant pas d'atteinte au domaine réservé à la loi par la Constitution. Si par contre, elle témoigne du « but exclusif ou principal » d'entraver un contrôle juridictionnel, elle violera *de plano* les règles répartitrices de compétences.

Le constat consistera toujours en une double approbation ou une double censure²⁹¹. Nous ne croyons donc pas qu'il y ait une distinction dans le contrôle que la Cour d'arbitrage opère à l'égard des lois de validation et des décrets ou ordonnances de validation : la Cour développe à leur égard *une même jurisprudence d'intentionnalité*.

Cependant, constatons que les requérants n'invoquent le plus souvent, à l'égard du procédé de « validation » par décret ou ordonnance, que le grief de contrariété au principe d'égalité et de non-discrimination²⁹², ou d'atteinte aux effets d'un arrêt d'annulation du Conseil d'Etat²⁹³, sans soulever celui de la violation des règles répartitrices de compétences.

²⁸⁸ C.A., n°30/95 du 4 avril 1995. L'arrêt concerne une validation par habilitation – l'abrogation rétroactive par un décret flamand d'une disposition réglementaire prévoyant une déclaration de vacance d'emploi pour des promotions dans l'enseignement. La Cour va estimer que la mesure contestée doit s'apprécier à la lumière de la réforme globale de l'enseignement opérée en Communauté flamande, à savoir la décentralisation des compétences de la Communauté en tant que pouvoir organisateur vers de nouvelles structures à créer. La période de décalage entre la création du Conseil autonome de l'enseignement supérieur (ARGO) et l'attente d'un nouveau statut, devant, selon la jurisprudence évolutive du Conseil d'Etat, être réglé par décret, l'ARGO a décidé de ne pas déclarer vacants les emplois de promotion. Cette décision va être attaquée par le requérant devant le Conseil d'Etat. Sur cet arrêt, voy. P. POPELIER, « *Legislatieve 'validatie' en de bevoegdheid van de decreetgever : een kwestie van wetgevingstechniek ?* », obs. sous C.A., n°30/95, *R.W.*, 1995-1996, pp. 178-180.

²⁸⁹ Contrairement à l'arrêt n°46 qui concerne la validation d'actes administratifs individuels, le décret en cause a une portée générale et instaure un statut totalement neuf des membres de l'enseignement (C.A., n°30/95, B.17). Cette considération à laquelle la Cour semble attacher de l'importance illustre à notre avis la différence d'approche de la Cour à l'égard des validations *sensu stricto* d'actes individuels et des validations par habilitation (*in casu*, une abrogation rétroactive).

²⁹⁰ C.A., n°30/95 du 4 avril 1995, B.18.

²⁹¹ Ce que suggérait déjà P. POPELIER, « *Legislatieve 'validatie' en de bevoegdheid van de decreetgever : een kwestie van wetgevingstechniek ?* », *op. cit.*, p. 179 : « *De toetsing van de 'validatie' aan de bevoegdheidsverdelende regels en die aan het gelijkheidsbeginsel en de daarin gehanteerde criteria van legitiem doel en evenredigheid, vallen dan in zekere mate met elkaar samen* ».

²⁹² Voy. notamment C.A., n°64/97 du 6 novembre 1997 et 3/98 du 14 janvier 1998 relatifs à un décret de la Communauté française ; n°36/2000 du 29 mars 2000 relatif à la prescription de l'action en recouvrement par la Communauté flamande de sommes payées indûment ; n°30/2004 du 3 mars 2004 relatif au statut pécuniaire des

§ 4 . L'autorité de chose jugée, la réfection de l'acte et la nature de l'illégalité

91. La remise en cause de l'autorité de chose jugée a été érigée par le Conseil constitutionnel français comme une limite intangible qui entraîne l'inconstitutionnalité *ipso facto* d'une loi de validation qui tenterait de porter atteinte à cette autorité²⁹⁴.

On peut cependant se demander si une loi de validation, même envisagée dans ses effets les plus exorbitants, pourrait, *dans un système doté d'un contrôle de constitutionnalité*, réussir cette tentative.

92. Si une loi qui tente de remettre en cause l'autorité de chose jugée est *ipso facto* jugée inconstitutionnelle par le Conseil constitutionnel français, il semble par contre résulter de l'arrêt n°86/98 du 15 juillet 1998, que la Cour d'arbitrage estime nécessaire d'analyser *une éventuelle justification* à cette remise en cause de l'autorité de chose jugée²⁹⁵.

La Cour considère ainsi que la validation produit des effets sur les litiges clôturés : « le législateur remet en cause la chose jugée »²⁹⁶. Elle constate ensuite qu'en raison de ses effets tant sur les litiges clôturés – considération qui peut apparaître étonnante – que sur ceux en cours²⁹⁷, « il est porté atteinte aux principes essentiels de l'organisation judiciaire et aux garanties juridictionnelles y afférentes qui appartiennent à chaque citoyen »²⁹⁸. Puisque seules des circonstances exceptionnelles peuvent justifier cette atteinte, la Cour *prend la peine d'examiner* – même si elle la rejette – la triple justification avancée par le législateur.

93. Par contre, la possibilité pour une loi de validation de remettre en cause l'autorité de chose jugée semble contredite par la considération, dans l'arrêt n°49/2002 du 13 mars 2002, qu'« [e]n reproduisant le contenu de l'arrêté royal du 28 octobre 1994, la loi attaquée ne pourrait en aucun cas mettre en cause des décisions passées en force de chose jugée »²⁹⁹.

membres du personnel de l'enseignement de l'Etat. Dans les arrêts n°s134/98 du 16 décembre 1998 et 89/2000 du 13 juillet 2000, le Conseil d'Etat interrogeait la Cour notamment sur les règles de compétences. Cependant, en raison de la jonction entre des recours en annulation (au regard des articles 10 et 11 de la Constitution) et les questions préjudicielles, la Cour, ayant annulé certaines dispositions pour violation du principe d'égalité, ne s'est pas prononcée sur les règles de compétences. Voy. aussi, sur la « ratification » d'un arrêté du Gouvernement flamand relatif à la détermination de zones de dunes protégées (l'arrêté devenant caduc de plein droit s'il n'était ratifié dans le délai déterminé), les arrêts C.A., n°s41/95 du 6 juin 1995, 24/96 du 27 mars 1996 et 55/99 du 26 mai 1999, dans lesquels la Cour ne s'est prononcée, à l'égard du procédé de ratification, que sur le principe d'égalité.

²⁹³ Voy. les arrêts C.A., n°s2/94 et 3/94 du 13 janvier 1994, concernant une ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale, reprenant le contenu d'un règlement de l'Agglomération bruxelloise, annulé par le Conseil d'Etat pour incompétence. La Cour d'arbitrage conclut qu'il n'y a pas d'atteinte à l'autorité de chose jugée par le Conseil d'Etat, voy. *infra*, note 310.

²⁹⁴ Voy. B. MATHIEU, *Les « validations » législatives — Pratique législative et jurisprudence constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 226.

²⁹⁵ Cette différence entre le Conseil constitutionnel et la Cour d'arbitrage pourrait s'expliquer par le fait que le Conseil constitutionnel contrôle « directement » le respect du principe de la séparation des pouvoirs – quand bien même son contrôle des lois de validation s'analyserait comme un arbitrage entre des droits considérés comme fondamentaux – tandis que la Cour d'arbitrage ne peut contrôler le respect de ce principe que « combiné » avec le principe d'égalité et de non-discrimination.

²⁹⁶ C.A., n°86/98 du 15 juillet 1998, B.10.

²⁹⁷ Il peut notamment en résulter une perte d'intérêt, voy. notamment C.A., n°164/2003 du 17 décembre 2003, B.4.1 ; n°99/2004 du 2 juin 2004, B.5.1.

²⁹⁸ C.A., n°86/98 du 15 juillet 1998, B.10 *in fine*.

²⁹⁹ C.A., n°49/2002 du 13 mars 2002, B.14.1 (C'est nous qui soulignons). Voy. aussi les B.14.2 et B.14.3 de l'arrêt : « Il s'ensuit que, si la loi attaquée ne peut avoir aucun effet sur les litiges clôturés, elle peut affecter les litiges en cours. (...) Toutefois, il ne s'ensuit pas nécessairement que les articles 10 et 11 de la Constitution seraient violés ». Voy. aussi C.A., n°164/2003 du 17 décembre 2003, B.4.1 ; n°99/2004 du 2 juin 2004, B.5.1.

Deux interprétations de ce considérant peuvent être avancées. Soit la Cour ne considère ces effets qu'à l'égard du seul cas d'espèce, à la lumière de l'arrêt n°86/98, qui constitue une limite implicite : l'interdiction de porter atteinte à l'autorité de chose jugée des décisions judiciaires qui auraient ordonné le remboursement des cotisations perçues à tort découlerait dans ce cas de l'autorité de chose jugée *de l'arrêt n°86/98 de la Cour d'arbitrage*. Soit – interprétation qui a notre préférence – la Cour opère un revirement de jurisprudence quant aux effets potentiels de toute validation généralement envisagée : une loi de validation ne pourrait *jamais* remettre en cause l'autorité de chose jugée³⁰⁰, qui constitue un « principe fondamental de l'ordre juridique belge »³⁰¹.

94. L'autorité de chose jugée d'un arrêt d'annulation du Conseil d'Etat ne peut avoir pour effet de créer le « *droit intangible* »³⁰² de ne plus faire l'objet d'une norme. Ainsi, si des décisions judiciaires ont écarté l'application d'un arrêté jugé illégal, on ne peut déduire de l'autorité de chose jugée de ces décisions que les parties au litige ne pourraient plus faire l'objet d'une *autre* norme de contenu identique dont la légalité serait incontestable. Cette norme peut émaner du même auteur de l'acte jugé illégal : il s'agit dans ce cas de la réfection de l'acte par une autorité administrative. Mais elle peut aussi émaner du législateur et se situer ainsi à un niveau plus élevé de la hiérarchie des normes.

L'autorité de chose jugée ne peut donc avoir pour effet d'empêcher de légiférer. Cette idée explicite peut-être l'insistance de la Cour à considérer l'acte du législateur comme « nouveau »³⁰³ – quand bien même il serait rétroactif, et surtout se substituerait à un acte administratif antérieur.

95. Dans l'arrêt n°67/92, la Cour insiste sur le fait que la délibération du Conseil provincial avait été annulée par le Conseil d'Etat pour *vice de forme* et que « c'est normalement à l'autorité qui a adopté cet acte qu'il appartient de le refaire, en respectant les règles de forme qu'elle avait méconnues ». ³⁰⁴ L'autorité de chose jugée « ne signifie pas que la matière réglée par un acte annulé ne pourrait plus faire à nouveau l'objet d'une décision ou d'un règlement »³⁰⁵. Cette réfection est par ailleurs bien souvent impliquée par « les exigences du bon fonctionnement des services publics »³⁰⁶. La validation est ainsi justifiée quand elle a

³⁰⁰ En faveur de cette interprétation, voy. C.A., n°17/2000 du 9 février 2000, B.3.3 : « Les dispositions attaquées ne peuvent en aucun cas aboutir à mettre en cause des décisions judiciaires passées en force de chose jugée. Si elles poursuivaient un tel objectif, elles violeraient les articles 10 et 11 de la Constitution, en ce qu'elles priveraient une catégorie de personnes du bénéfice des décisions judiciaires devenues définitives, *ce qu'aucune circonstance ne pourrait justifier* » (C'est nous qui soulignons). La radicalité et la généralité de la formulation ne semblent pas laisser de place pour la remise en cause de la force de chose jugée.

³⁰¹ Voy. C.A., n°95/2003 du 2 juillet 2003, B.8 : « *Selon un principe fondamental de l'ordre juridique belge, les décisions judiciaires ne peuvent être modifiées que par la mise en œuvre de voies de recours. (...)* ». Le décret en cause, relatif à l'indemnisation du préjudice causé par un changement d'affectation urbanistique en Flandre, visait à conférer un fondement décretaal à des dispositions dont la légalité était contestée, et s'appliquait aux affaires en cours. Le critère de distinction – l'existence ou non d'une décision passée en force de chose jugée – du champ d'application du décret en cause, n'a pas été jugé contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution.

³⁰² Voy. C.A., n°84/93 du 7 décembre 1993 et 5/94 du 20 janvier 1994. Pour autant qu'elles soient passées en force de chose jugée, les décisions qui ont écarté l'application d'un arrêté royal empêchent que ceux qui les ont obtenues soient contraints à des remboursements en vertu d'un arrêté jugé illégal. « *Mais elles n'ont pas fait naître en faveur de ces requérants – et encore moins au profit de ceux qui n'étaient pas parties à ces procédures – le droit intangible d'être dispensé à jamais de tout remboursement, alors même qu'une nouvelle demande de remboursement se fonderait sur un acte nouveau dont la légalité serait incontestable. Le seul fait qu'un acte nouveau a été pris par le législateur ne peut – sous réserve de l'examen de sa constitutionnalité – être tenu pour une violation des articles 6 et 6bis de la Constitution* ». (C.A., n°84/93, B.7 et n°5/94, B.9).

³⁰³ C.A., n°84/93 du 7 décembre 1993, B.6 et B.7 ; n°5/94 du 20 janvier 1994, B.8 et B.9.

³⁰⁴ C.A., n°67/92 du 12 novembre 1992, B.6.

³⁰⁵ C.A., n°67/92 du 12 novembre 1992, B.11.1.

³⁰⁶ C.A., n°67/92 du 12 novembre 1992, B.11.1.

pour objectif de remédier à l'impossibilité d'opérer une réfection de l'acte ; dans cette mesure, la validation n'a pas pour (seul) but de mettre en échec l'action du Conseil d'Etat.

Cette idée qu'on ne peut, sous prétexte de l'autorité de chose jugée, empêcher le législateur de légiférer sera rappelée dans de nombreux arrêts concernant des *substitutions législatives*³⁰⁷, toujours présentées comme des « actes nouveaux » : « *L'existence d'un recours devant le Conseil d'Etat n'empêche pas que les irrégularités dont pourrait être entaché l'acte attaqué devant lui puissent être redressées avant même qu'il soit statué sur ledit recours ; l'annulation d'une mesure administrative – et l'autorité de chose jugée qui s'attache à cette décision d'annulation – ne signifie pas que la matière réglée par cette mesure ne puisse pas l'être à nouveau. Au contraire, les exigences du bon fonctionnement des services publics peuvent impliquer la réfection de l'acte annulé, pour autant que l'acte nouveau soit exempt des vices constatés par le Conseil d'Etat* »³⁰⁸.

La Cour considère même que des *lois de substitution* peuvent constituer des *exécutions d'arrêts d'annulation* de la Cour d'arbitrage, notamment lorsque le législateur règle lui-même « une matière dans laquelle, précisément, la Cour lui avait reproché de ne pas être intervenu lui-même, ou, à tout le moins, de ne pas avoir expressément habilité le Roi à la régler »³⁰⁹. En reproduisant le contenu d'arrêtés jugés illégaux, le législateur, « loin de violer l'autorité de chose jugée par la Cour d'arbitrage », *en tire au contraire les conséquences* en s'y conformant. Il en va de même d'une ordonnance de substitution, par laquelle l'auteur compétent – sous réserve de vérification de cette compétence – fait ce qu'un arrêt d'annulation du Conseil d'Etat « n'interdit qu'à l'auteur incompétent de refaire »³¹⁰.

96. Ce qui apparaît peut-être déterminant en l'espèce, c'est que « les dispositions attaquées n'ont pas eu pour objectif unique ou principal de faire échec à l'action du Conseil d'Etat, lequel a annulé les arrêtés royaux (...) *pour un motif non de fond mais de forme* »³¹¹.

Une dualité d'approche des validations apparaît ainsi entre les lois qui « couvrent » des *illégalités formelles*³¹² et les lois qui « couvrent » des *illégalités matérielles*³¹³. Cette dualité apparaît nettement de la lecture conjuguée des arrêts n^{os}86/98 du 15 juillet 1998 et 49/2002 du 13 mars 2002, relatifs à la cotisation de solidarité. Dans ces deux arrêts, le législateur est intervenu pour « consolider » des retenues opérées en 1995 et 1996 sur la base d'un arrêté royal illégal. Mais les lois de « validation » n'ont pas la même portée.

³⁰⁷ Ainsi, la Cour semble considérer que les substitutions ne portent intrinsèquement jamais atteinte à la sécurité juridique, puisqu'elles reproduisent textuellement les dispositions d'un acte administratif antérieur. Voy. notamment C.A., n^o49/98 du 20 mai 1998, B.5.1 ; n^o17/2000 du 9 février 2000, B.5 ; n^o38/2001 du 13 mars 2001, B.14.3 *in fine* ; n^o106/2002 du 26 juin 2002, B.2.9 *in fine* ; n^o3/2003 du 14 janvier 2003, B.2.9, *in fine* ; n^o164/2003 du 17 décembre 2003, B.6.2

³⁰⁸ C.A., n^o87/95 du 21 décembre 1995, B.2.6.

³⁰⁹ C.A., n^o38/2001 du 13 mars 2001, B.12.2 ; n^o72/2002 du 23 avril 2002, B.9.2 ; n^o106/2002 du 26 juin 2002, B.2.3 ; n^o3/2003 du 14 janvier 2003, B.2.3. Ces arrêts tirent en effet les conséquences des arrêts d'annulation n^{os}52/99 du 26 mai 1999 et 68/99 du 17 juin 1999, relatifs au statut des militaires.

³¹⁰ Voy. C.A., n^{os}2/94 et 3/94 du 13 janvier 1994, à propos d'une ordonnance se substituant à un règlement de l'Agglomération bruxelloise : « L'autorité de chose jugée d'un arrêt d'annulation du Conseil d'Etat ne fait pas obstacle à ce qu'un acte identique soit pris par l'autorité compétente pour autant que les motifs de cet acte nouveau fassent apparaître l'adéquation des mesures au regard de l'objectif poursuivi. (...) Ce serait étendre l'autorité de chose jugée au-delà de ce qu'elle implique que d'interdire à l'auteur compétent – sous réserve de la vérification de cette compétence – de faire *ce que l'arrêt d'annulation n'interdit qu'à l'auteur incompétent de refaire* » (C.A., n^{os}2/94 et 3/94, B.3 – C'est nous qui soulignons).

³¹¹ C.A., n^o87/95 du 21 décembre 1995, B.2.6 (C'est nous qui soulignons).

³¹² Ou illégalités externes ou de forme ou extrinsèques, de deux types : la compétence de l'auteur et les formes et formalités requises. Voy. M. LEROY, *Contentieux administratif*, 2^e éd., Bruylant, Bruxelles, 2000, pp. 311-312 ; P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 855 et s.

³¹³ Ou illégalités internes ou de fond ou intrinsèques, de trois types : les motifs, l'objet et le but de l'acte. Voy. M. LEROY, *Contentieux administratif*, *ibid.* ; P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, *ibid.*

Dans le premier arrêt, l'illégalité des retenues opérées sur la base des pouvoirs spéciaux tenait à un *vice de fond* – le défaut de base légale. Dans le second, l'illégalité tenait à un *vice de forme* – le défaut de consultation de la section de législation du Conseil d'Etat³¹⁴. Dans le premier arrêt, la Cour concluait à l'inconstitutionnalité : une loi ne pouvait couvrir cette illégalité de fond. En raison même de l'arrêt de la Cour d'arbitrage, l'arrêté royal en question était *purgé de son illégalité matérielle*, le gouvernement ayant décidé de procéder au remboursement de ces retenues illégales.

Mais la question de *l'illégalité formelle* de l'arrêté royal qui fixait les modalités de prélèvement de la cotisation n'était quant à elle pas solutionnée. Les moyens dirigés contre l'arrêté royal « confirmé » étaient pris notamment de la violation de l'article 105 de la Constitution, le Roi ayant, selon les parties requérantes, excédé son habilitation, et du défaut de consultation de la section de législation du Conseil d'Etat : ces irrégularités, « à *les supposer établies, n'ont pu faire naître* en faveur des parties qui avaient attaqué l'arrêté royal du 28 octobre 1994 ou qui en avaient contesté judiciairement la légalité, *le droit intangible* d'être dispensées à jamais de tout paiement de la cotisation de solidarité pour les années 1995 et 1996, alors même que son paiement serait fondé sur un acte nouveau dont la régularité serait incontestable »³¹⁵.

97. Ainsi, lorsque le vice de forme consiste en des formalités que le Roi était tenu de respecter, mais qui ne doivent pas être accomplies par le législateur, il en résulte que l'acte législatif de substitution « *ne s'est pas approprié les vices de forme qui pouvaient entacher l'arrêté royal [validé]* »³¹⁶. En matière de pouvoirs spéciaux, la Cour considère même qu'elle « *n'a pas à examiner les irrégularités formelles* dont l'arrêté royal aurait été vicié avant sa confirmation »³¹⁷.

Une illégalité formelle ne peut empêcher une validation, contrairement en principe à une illégalité matérielle³¹⁸, telle qu'une discrimination, sauf à avoir une divergence dans les conceptions de l'égalité.

98. Ainsi, un parallèle peut être établi entre l'admission d'une validation et les effets d'un arrêt d'annulation du Conseil d'Etat, s'il en existe un. Là où la réfection rétroactive par

³¹⁴ C.A., n°49/2002 du 13 mars 2002, B.12, qui évoque un arrêt de la Cour de cassation qui a constaté l'illégalité de l'arrêté royal du 28 octobre 1994 au motif qu'il n'avait pas été soumis pour avis à la section de législation du Conseil d'Etat.

³¹⁵ Voy. n°49/2002 du 13 mars 2002, B.15.2 (C'est nous qui soulignons). Voy. aussi les formulations parfois légèrement différentes des arrêts C.A., n°87/95 du 21 décembre 1995, B.2.9 ; n°97/99 du 15 septembre 1999, B.27 ; n°98/2001 du 17 juillet 2001, B.8.5 ; n°159/2001 du 19 décembre 2001, B.13.5 ; n°40/2003 du 9 avril 2003, B.7.5 ; n°164/2003 du 17 décembre 2003, B.5.2 ; n°73/2004 du 5 mai 2004, B.6.5. Cette idée se retrouve en ce qui concerne le défaut de communication préalable obligatoire à la Commission européenne d'une mesure d'aide d'Etat, qui « *ne peut faire naître le droit intangible d'être dispensé à jamais de tout paiement du prélèvement contesté, alors même que son paiement serait fondé sur un acte nouveau dont la conformité avec le Traité C.E. et la Constitution serait incontestable* », voy. C.A., n°17/2000 du 9 février 2000, B.3.3. Encore une fois, il s'agissait d'une illégalité formelle.

³¹⁶ C.A., n°84/93 du 7 décembre 1993, B.6 et 5/94 du 20 janvier 1994, B.8.

³¹⁷ C.A., n°36/99 du 17 mars 1999, B.2 ; n°97/99 du 15 septembre 1999, B.36 ; n°61/99 du 9 juin 1999, B.3.2 (C'est nous qui soulignons). Et de continuer : « A supposer même que soient établis les trois vices allégués, qui sont étrangers à la portée de l'habilitation conférée au Roi, rien n'empêchait que le législateur reprenne l'exercice des compétences qu'il avait déléguées et donne à cet arrêté une valeur de loi » (C.A., n°36/99, B.2 ; n°97/99, B.37). Voy. aussi C.A., n°55/99 du 26 mai 1999, B.4.

³¹⁸ *Contra* : dans les arrêts n°84/93 du 7 décembre 1993 et 5/94 du 20 janvier 1994, la Cour admet une validation alors même qu'une décision de la Cour du travail de Bruxelles avait jugé l'arrêté validé illégal – inconstitutionnel de plus – car *discriminatoire*, autrement dit pour une illégalité de fond. Cependant, le régime juridique de l'arrêté était contesté, certaines décisions le jugeant illégal pour motifs de forme, tandis que le Conseil d'Etat avait rejeté les griefs d'illégalité (fond et forme). La Cour d'arbitrage semble ainsi délivrer un brevet implicite de non-discrimination.

l'administration de l'acte administratif annulé est possible, la validation sera généralement admise par la Cour d'arbitrage. *La réfection rétroactive et la validation obéissent aux mêmes « circonstances exceptionnelles ».*

Or, les causes de l'annulation génèrent certaines impossibilités de réfection. C'est ce que suggère d'ailleurs la Cour d'arbitrage quand elle constate que la réfection d'un arrêté royal peut être rétroactive, si cela s'avère indispensable au bon fonctionnement ou à la continuité du service public, « *pour autant que le fondement juridique de l'annulation soit respecté* »³¹⁹.

Dès lors, la réfection de l'acte est admise en cas d'illégalité formelle³²⁰. En conséquence, la validation sera généralement admise par la Cour d'arbitrage lorsqu'elle a pour objet de « couvrir » une illégalité formelle. Autrement dit, une illégalité formelle ne crée pas de droit intangible à ne plus faire l'objet d'une norme émanant du même auteur, quand cela est possible, ou d'une norme située à un niveau supérieur de la hiérarchie des normes. Il pourra y avoir réfection ; il pourra y avoir validation.

L'illégalité matérielle apparaît quant à elle « indélébile ». Le vice qui affecte de la sorte une norme empêche un acte de réfection ; il empêche que l'acte de validation puisse être considéré comme « nouveau » par la Cour d'arbitrage.

En conclusion, ce qui peut être fait à un même niveau de la hiérarchie des normes peut l'être par un niveau supérieur. *Là où l'autorité de chose jugée d'une annulation par le Conseil d'Etat ne peut s'opposer à la réfection rétroactive d'un acte, elle ne peut s'opposer à sa validation par le législateur.*

* * *

99. Les validations législatives imposent à la Cour d'arbitrage la gageure d'assurer la protection des droits fondamentaux tout en sauvegardant la marge de liberté d'action du législateur. Nouveau problème de séparation des pouvoirs. Nouvelle sollicitation à l'art du compromis de la Cour d'arbitrage. Et la Cour semble parvenir à concilier tant la séparation des pouvoirs que la protection des droits fondamentaux.

La « justification objective et raisonnable » de nature à autoriser une distinction « doit s'apprécier en tenant compte du but et des effets de la mesure critiquée ainsi que de la nature des principes en cause ». En matière de validations législatives, que se cache-t-il derrière cette déclaration de principe ?

S'agissant des lois de validation, les principes en cause concerneront toujours des garanties considérées comme essentielles. La validation législative aura toujours un effet – à défaut d'un but – d'entrave sur un contrôle juridictionnel. Nous avons tenté de démontrer que le blanc-seing délivré par la Cour d'arbitrage à l'intervention législative relève moins d'une justification « impérieuse » ou « exceptionnelle », que de la nature de l'illégalité couverte.

Conclusion – Le contrôle de la légitimité des validations législatives ou vers un nouveau paradigme de la séparation des pouvoirs

100. La philosophie qui préside aux validations est différente en France et en Belgique.

En France, les lois de validation, catégorie autonome, traduisent l'atteinte à la séparation des pouvoirs, principe essentiel de la République. Le contrôle des lois de validation

³¹⁹ C.A., n°31/95 du 4 avril 1995, B.3.4 ; n°45/95 du 6 juin 1995, B.4.4.

³²⁰ Cette distinction entre illégalité formelle et matérielle se retrouve d'ailleurs dans la décision du Conseil constitutionnel n°2002-458 DC du 7 février 2002, voy. *supra*, n°55.

s'est ainsi construit « à partir d'une exigence, parfois abstraite, de respect de l'indépendance de la fonction juridictionnelle »³²¹.

Cependant, les validations constituent moins l'intervention du pouvoir législatif dans l'œuvre du juge, que la traduction de l'influence du pouvoir exécutif sur l'œuvre du législateur, celui-ci n'intervenant que pour apporter son appui au pouvoir fort de la Constitution.

La conception « républicaine », institutionnelle, des lois de validation semble cependant subir une mutation sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme.

En Belgique, les lois de validation relèvent de la catégorie générique des lois rétroactives. Sont essentiellement en jeu des principes comme la sécurité juridique, le droit au procès équitable, c'est-à-dire non des principes d'organisation institutionnelle de l'Etat mais des droits subjectifs de particuliers. Et dans cet Etat composite, composé et recomposé, avant d'être fédéral, ces principes jugés « fondamentaux » constituent peut-être ce qui apparaît comme étant le plus « fédérateur ».

Cela explique peut-être l'attrait et l'influence acceptée en Belgique de la jurisprudence de Strasbourg. Contrairement au Conseil constitutionnel, la Cour d'arbitrage, comme toute institution assez jeune, a réussi à emprunter l'acquis de ses homologues, sans s'encombrer de préjugés. Et elle s'est très naturellement et volontairement inspirée de Strasbourg. Dans un pays en quête d'identité, promis à l'évaporation, le consensualisme européen des droits de l'homme apparaît peut-être comme le dernier socle de valeurs fédératrices.

101. Davantage que la conciliation entre l'intérêt général et la séparation des pouvoirs, la référence aux principes de sécurité juridique et de droit au recours en matière de validations législatives permet « une prise en compte à la fois de certaines exigences liées à des considérations d'intérêt général et du respect des droits individuels »³²².

Cette phrase illustre bien la mutation qui s'opère, particulièrement en France : le contrôle des lois de validation ne s'opère plus seulement au regard de la séparation des pouvoirs, mais davantage au regard du droit à un recours effectif³²³. *L'enjeu des validations législatives se déplace ainsi des rapports institutionnels internes entre pouvoirs vers les droits individuels conçus comme des garanties fondamentales.*

A Strasbourg, la contrainte édictée aux validations est l'« impérieux motif d'intérêt général ». Alors que cette juridiction européenne devrait se limiter à un contrôle « marginal » de l'action du législateur national, elle se livre à un *jugement d'opportunité politique*.

A Paris, le Conseil constitutionnel, après le camouflet de l'arrêt *Zielinski*, joue à l'élève qui dépasse son maître et développe un véritable contrôle d'*opportunité constitutionnelle* par la mise en balance d'intérêts ou de principes à valeur constitutionnelle dont l'arbitre est le législateur, en première instance, et le Conseil constitutionnel, en dernière instance.

Le Conseil constitutionnel se livre ainsi à un contrôle de constitutionnalité au sens fort du terme, puisqu'il établit une hiérarchie de valeurs constitutionnelles. Il se fait constituant.

³²¹ B. MATHIEU, « Les validations législatives devant le juge de Strasbourg : une réaction rapide du Conseil constitutionnel mais une décision lourde de menaces pour l'avenir de la juridiction constitutionnelle – A propos des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme du 28 octobre 1999 et du Conseil constitutionnel 99-422 DC et 99-425 DC », *op. cit.*, p. 291.

³²² B. MATHIEU, « Valeur et portée des validations législatives – Devant le juge constitutionnel : un nouvel équilibre entre les considérations liées à l'intérêt général et celles relatives à la garantie des droits ? (A propos des décisions 97-390 DC du 19 novembre 1997 et 97-393 DC du 18 décembre 1997) », *op. cit.*, p. 153.

³²³ Voy. notamment X. PRETOT, « Les validations législatives et le droit au procès équitable », *op. cit.*, p. 32.

Renonçant au jugement d'*opportunité politique* de « l'impérieux motif d'intérêt général » strasbourgeois, renonçant au jugement d'*opportunité constitutionnelle* – une balance des intérêts en présence – de « l'intérêt général suffisant » parisien, la Cour d'arbitrage belge se livre quant à elle à un véritable *jugement juridique* des validations législatives.

Mais le paradoxe est que cette option induit qu'elle se livre moins à un contrôle de constitutionnalité des lois de validation qu'à un contrôle de la légalité – matérielle ou formelle – des actes administratifs validés. Elle opère ainsi une sorte de substitution au Conseil d'Etat.

102. La politique strasbourgeoise de sévérité a ainsi été parfaitement assimilée par les différentes juridictions nationales et a permis de développer des contrôles aux contours légèrement différents.

Mais s'il est vrai que Strasbourg a donné des impulsions en faveur d'une plus grande sévérité à l'égard des lois de validation, sa sphère d'influence relève peut-être davantage de la « politique »³²⁴ que du « juridictionnel ». Il n'y a pas de « supraconstitutionnalité »³²⁵ ou de « suprajuridiction » à Strasbourg : il y a, comme en politique, des courants de pensée, des tendances. Cette « mode » des droits de l'homme n'est-elle pas en train de créer un nouveau référent absolu ?

103. Les contrôles juridictionnels des lois de validation traduisent tous l'émergence d'un même contrôle : un *contrôle de la légitimité* de l'intervention législative.

Les « circonstances exceptionnelles » ou motifs d'intérêt général « impérieux » ou « suffisant » pouvant justifier une loi de validation amènent ainsi *des juridictions* à opérer une *balance d'intérêts* – l'intérêt du particulier titulaire de droits subjectifs et celui de la collectivité, poursuivi par le législateur – opération qui « comporte une part d'appréciation en opportunité »³²⁶. Ce conflit d'intérêts conduit ainsi les juridictions à un raisonnement qui consiste à analyser la légitimité des attentes de l'un – ne parle-t-on pas de confiance légitime³²⁷ ? – par rapport à la légitimité de l'intervention de l'autre et à dire pour droit celui qui apparaît comme *le plus légitime*.

³²⁴ D. DE BECHILLON, « Le gouvernement des juges : une question à dissoudre », *Dalloz*, 2002, pp. 973-978, spéc. pp. 975-976 : « Enfin, tout acte de juger, qu'il soit interprétatif ou plus franchement 'légiférant', est toujours et fondamentalement un acte *politique*, violent, pour partie auto-institué. A la conjonction de ces paramètres, il faut se résoudre à admettre que l'action des juges *ne peut pas ne pas* relever d'une sorte de 'gouvernement'. Le problème gît donc ailleurs : s'il existe une spécificité dans l'action normatrice des juges, celle-ci ne réside pas dans le fait qu'ils gouvernent, mais dans la manière qu'ils ont de gouverner ». Selon l'auteur, les juges veulent se parer d'un voile de légitimité et dissimuler la réalité de leur rôle politique en vue d'assurer la cohérence de l'ordre juridique. Voy. aussi M. TROPER, « Le bon usage des spectres – Du gouvernement des juges au gouvernement par les juges », *précité*.

³²⁵ Selon J.-F. FLAUS, « la Cour de Strasbourg se présente comme une juridiction 'supraconstitutionnelle', dès lors qu'elle se livre, par ricochet et voire même directement, à un contrôle de conventionnalité des normes et pratiques constitutionnelles nationales », voy. J.-F. FLAUS, « La Cour européenne des droits de l'homme est-elle une Cour constitutionnelle ? », *R.F.D.C.*, 1998, pp. 711-728, ici p. 711.

³²⁶ Voy. M. LEROY, « Balance des intérêts, démocratie et mégalomanie » in *La République des Juges*, Actes du colloque du 7 février 1997, Ed. Jeune Barreau de Liège, 1997, pp. 21-32, ici p. 24 ; M. LEROY, « L'excès de droit », *R.B.D.C.*, 1999, pp. 83-88, ici p. 84. Voy. aussi P. LAMBERT, « Le principe général de la sécurité juridique et les validations législatives », *op. cit.*, p. 13.

³²⁷ S. CALMES parle ainsi, en ce qui concerne la protection de la confiance légitime, d'une « 'mise en balance' entre la prévisibilité et la stabilité des situations juridiques individuelles – imposées par l'impératif général de sécurité juridique – d'une part, et la mutabilité et la flexibilité nécessaires du droit objectif et de la ligne de conduite publique face aux nécessités nouvelles – fondées sur l'idée d'un progrès présumé assuré par les changements du droit – d'autre part », voy. S. CALMES, « Le principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français », *R.E.D.P.*, vol. 14, n°3, automne 2002, pp. 1249-1265, ici p. 1251. Voy. aussi P. POPELIER, « De rechtszekerheid en het vertrouwensbeginsel » in M. E. STORME, P. POPELIER et R. VERSTRAETEN, *Vertrouwensbeginsel en rechtszekerheid in België*, Tjeenk Willink, Deventer, 1997, pp. 71-114.

Le contrôle juridictionnel des lois de validation peut donc s'analyser essentiellement comme un *conflit de légitimités*. Mais, au fond, cela ne vaut-il pas pour le contrôle juridictionnel de *toute* loi, le juge apparaissant comme le gardien *moral* des interventions du législateur ?

104. Il serait cependant simpliste de conclure que le dogme du législateur souverain fait place au règne du juge. Certes, la conception institutionnelle de la séparation des pouvoirs fait place à une conception matérielle davantage conçue comme une garantie de droits individuels ; et le garant ultime de ces droits est un juge.

La politique jurisprudentielle européenne des droits de l'homme et les contrôles nationaux davantage affûtés des validations législatives ne conduisent cependant pas à un plus grand respect de la séparation des pouvoirs, mais à un *nouvel équilibre des pouvoirs*, où les « checks and balances » deviennent essentiels. Les nouvelles contraintes adressées aux lois de validation traduisent une nouvelle forme de collaboration des pouvoirs³²⁸.

La synergie des contrôles juridictionnels qui opèrent à l'égard des validations législatives constitue ainsi l'illustration d'un nouveau paradigme : *la fonction législative éclatée*, dans laquelle le contrôleur devient finalement le « juge suprême de la validation »³²⁹.

Demeure la question : qui contrôlera la légitimité³³⁰ du contrôleur ?

Février 2005

³²⁸ Voy. A. ALEN, « Séparation ou collaboration des pouvoirs ? », *op. cit.*, spéc. p. 235 ; J. GIJSSELS, « De scheiding der machten », *T.B.P.*, 1989, pp. 567-578, ici p. 572 ; E. KRINGS, « Enkele beschouwingen betreffende Rechtsstaat, scheiding der machten en rechterlijke macht », *R.W.*, 1989-1990, pp. 169-186, ici pp. 175-177 ; A. VANWELKENHUYZEN, « La séparation des pouvoirs, 1831-1981 », *op. cit.*, p. 70.

³²⁹ J.-P. CAMBY, « Coup d'arrêt aux validations législatives : limites constitutionnelles ou limites jurisprudentielles ? », *op. cit.*, p. 325.

³³⁰ Sur cette question « existentielle » de la justice constitutionnelle, voy. P. MARTENS, « Les cours constitutionnelles : des oligarchies illégitimes ? » in *La République des Juges*, *op. cit.*, pp. 53-72. Voy. aussi M. VERDUSSEN, *Les douze juges – La légitimité de la Cour constitutionnelle*, Ed. Labor, Bruxelles, 2004, 95 pages.