

PREMIÈRE PARTIE

Aperçu des notions de base
et présentation du concept
d'interférence

14. — La présente partie constitue en quelque sorte le *préliminaire* nécessaire aux deux autres parties de notre travail; elle clarifie la portée de certaines *notions de base* et introduit le concept d'*interférence*.

Elle comporte quatre titres. Dans un premier temps, nous préciserons la portée des notions de juge constitutionnel et de législateur, telles qu'elles figurent dans l'intitulé de notre travail. Lorsqu'on s'intéresse aux interférences du juge constitutionnel dans l'activité normative du législateur, il faut en effet savoir ce qui signifient les termes de juge constitutionnel et de législateur (titre 1^{er}).

La notion centrale de notre travail, le concept d'interférence, sera quant à elle abordée au dernier titre de la partie (titre 4). Avant cet exposé, il sera toutefois nécessaire de succinctement présenter les différents chefs de compétence du juge constitutionnel français, belge et allemand (titre 2) et d'introduire un certain nombre de notions théoriques (titre 3) auxquelles nous aurons recours lors de l'analyse dudit concept.

15. — Au seuil de la présente étude, l'on se permettra également de signaler que, pour d'élémentaires contraintes de volume, nous avons dû faire abstraction d'un certain nombre de problèmes secondaires. Ces difficultés auraient certes mérité une présentation dans le cadre d'un travail limité à *un* ordre juridique mais ne peuvent être abordées dans une analyse qui porte sur *trois* systèmes différents. La même remarque vaut pour les références doctrinales : ainsi qu'en témoigne la bibliographie en fin d'ouvrage, la littérature de droit constitutionnel français, belge et allemand est abondante (elle l'est tout particulièrement dans le troisième pays) et il nous est impossible de prétendre à cet égard à une quelconque exhaustivité.

On signalera enfin que nos recherches visent à analyser une *technique* de décision du juge constitutionnel et non un *champ* de droit proprement dit : le phénomène de l'interférence est tout aussi susceptible de se déclarer en droit familial qu'en droit fiscal, ou encore en droit pénal et en droit commercial.

TITRE I

LA SIGNIFICATION DES NOTIONS DE JUGE CONSTITUTIONNEL ET DE LÉGISLATEUR

16. — L'intitulé de notre travail de recherche comprend notamment les notions de «juge constitutionnel» et de «législateur», ainsi que trois adjectifs de pays («français», «belge» et «allemand»). Dans le présent titre, nous tenterons de déterminer la portée de chacune de ces notions.

17. — Pour ce qui est des *dénominations de pays* contenues dans l'intitulé de notre travail, les choses sont très simples.

Le terme «droit français» désigne les règles juridiques produites par l'ordre juridique de la V^e République, tel qu'il a été fondé par la Constitution du 4 octobre 1958 (1).

La notion «droit belge» fait référence aux règles juridiques émises par l'ordre juridique de la Belgique, tel qu'il existe depuis la déclaration d'Indépendance du 4 octobre (2) et du décret constitutionnel du 18 novembre 1830 (3). Encore qu'elle ait fait l'objet de nombreuses révisions partielles, la Constitution du 7 février 1831 (4) a été

(1) *Journal officiel*, 5 octobre. La Constitution a été adoptée par référendum du 28 septembre 1958 dont les résultats ont été publiés au même *Journal officiel*. Elle est entrée en vigueur à Paris le 6 octobre, conformément à l'article 2 du décret du 5 novembre 1870 relative à la promulgation des lois et décrets.

(2) Arrêté du Gouvernement provisoire du 4 octobre 1830 proclamant l'indépendance des «Provinces de la Belgique, violemment détachées de la Hollande», *Bulletin officiel*, année 1830, n° 4 (du 8 octobre 1830).

(3) Décret du Congrès national du 18 novembre 1830 proclamant l'Indépendance du Peuple Belge, *Bulletin officiel*, année 1830, n° 41. Le Congrès national, en tant que consuetudinaire, a ensuite conféré valeur constitutionnelle à ce décret par décret du 24 février 1831, *Bulletin officiel*, année 1831, n° 16.

(4) Décret du Congrès national du 7 février 1831 contenant la Constitution de la Belgique, *Bulletin officiel*, année 1831, n° 14. Sa sanction, sa promulgation et son entrée en vigueur sont intervenues à des dates différentes. La Constitution belge a été *sanctionnée* le 7 février 1831. Quant à sa *promulgation*, elle est régie par un décret du Congrès national du 11 février 1831 «concernant la promulgation de la Constitution» (même *Bulletin officiel*) qui précise :

«Article 1^{er}. — La Constitution solennellement sanctionnée dans la séance du 7 février 1831, sera immédiatement promulguée dans la forme prescrite par le décret du 27 novembre 1830. Article 2. — Si le Congrès n'a pas fixé une époque antérieure, la Constitution sera obligatoire, de plein droit, dix jours après sa dissolution.»

continuellement en vigueur depuis lors. En 1994, ses dispositions ont fait l'objet d'une nouvelle numérotation et de certaines adaptations terminologiques (5).

Le terme « droit allemand » désigne les règles juridiques qui sont applicables dans l'ordre juridique de la République fédérale, tel qu'il a été créé par la Loi fondamentale du 23 mai 1949 (6). On observera que la réunification de l'Allemagne n'a pas interrompu sa continuité : le 3 octobre 1990, le champ d'application de la Loi fondamentale a simplement été étendu aux Länder de Brandebourg, Mecklembourg-Poméranie-occidentale, Saxe, Saxe-Anhalt et Thuringe d'une part et à la ville de Berlin d'autre part (7). Ce mécanisme d'adhésion d'un ou plusieurs Länder à la République fédérale

avait d'ailleurs déjà trouvé à s'appliquer lors de l'adhésion de la Sarre au 1^{er} janvier 1957 (8).

*
*
*

18. — Dans les développements qui vont suivre, nous voudrions apporter des précisions relatives à la signification des notions de *juge constitutionnel* (chapitre 1^{er}) et de *législateur* (chapitre 2). Ces deux concepts étant susceptibles d'extensions différentes, il importe d'en indiquer respectivement celle que nous avons retenue dans de notre travail.

Le *Bulletin officiel* ne contient cependant pas l'acte proprement dit de promulgation ; la seule information que l'on peut tirer du *Bulletin officiel* est que cette formalité a dû être accomplie entre le 11 février et le 21 février, dès lors qu'un acte du Gouvernement provisoire daté du 21 février et publié au *Bulletin* n° 16 (page 224 dans l'édition bilingue) mentionne que la promulgation est intervenue (La Constitution étant promulguée...). Pour ce qui est enfin de la date d'entrée en vigueur de la Constitution, elle a été fixée par l'article 2, alinéa 1^{er}, du décret du Congrès national du 24 février 1831 (*Bulletin officiel*, année 1831, n° 16), qui stipule :

« Article 2. — À dater du jour de l'entrée en fonctions du Régent, la constitution deviendra obligatoire dans toutes celles de ces dispositions qui ne sont pas contraires au présent décret. »
L'entrée en fonction du Régent, le Baron Erasme-Louis SURLET DE CHOKIER, a eu lieu le 25 février 1831 (E. HUYVRENS, *Discussions du Congrès national de Belgique*, tome 2, Bruxelles, Société typographique belge, 1844, 592-597).

(5) La place nous manque de décrire plus en détail la portée juridique de cette opération dite « de coordination » ; l'essentiel pour nos recherches est qu'elle ne constitue qu'une simple intervention du Constituant dérivé et n'affecte pas la continuité dans l'application des dispositions de 1831. Si la Constitution ainsi remaniée est généralement désignée par les termes « La Constitution coordonnée du 17 février 1994 » (*Moniteur belge* du même jour), il n'en demeure pas moins que le constituant originaire belge n'est plus intervenu depuis 1831 et que, par conséquent, la Constitution belge continue normativement à dater de 1831. — Sur la coordination de la Constitution en 1994, voy. notamment H. SIMONART, « La coordination de la Constitution belge », *RBD*, 1995, 133-148, et M. VAN DER HULST, « De coördinatie van de Belgische Grondwet », *TBP*, 1994, 231-235.

(6) *EGGI*, série I, 1949, 1. Conformément au second alinéa de son article 145, la Loi fondamentale est entrée en vigueur le 24 mai 1949, le lendemain de sa proclamation.

(7) Sur la réunification allemande, voy. notamment, en langue française, M. FROMONT, « L'Union de l'Allemagne dans la liberté 1989-1990 », *EDP*, 1991, 131-148, « Les institutions allemandes depuis le Traité d'Union du 30 août 1990 », *RDP*, 1991, 733-757, et « Le droit allemand depuis le Traité d'Union du 30 août 1990 », *RDP*, 1993, 75-99. En langue anglaise, l'on consultera avant tout J.A. FROWIN, « The Reunification of Germany », *American Journal of International Law*, 86 (1992), 152-163. — Nous nous permettons par ailleurs de signaler que, jusqu'à la réunification, le territoire de Berlin (même la partie ouest de la ville) ne faisait pas partie du territoire national de la République fédérale : sur ce point, voy. M. FROMONT et A. RIEG, *Introduction au droit allemand, tome I : Les fondements*, Paris, Cujas, 1977, 43-44, et J. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 18^e édition, Paris, Montchrestien, 2002, 299, et note 20.

(8) G. HALSTENBERG, *Die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes über die Eingliederung des Saarlandes vom 23. Dezember 1956*, thèse (Münster, 1961), non publiée, 110 pages.

CHAPITRE I

LA SIGNIFICATION DE LA NOTION DE JUGE CONSTITUTIONNEL

19. — Pour les fins de la présente étude, le terme *judge constitutionnel* ne désigne pas l'intégralité des juridictions constitutionnelles qui existent au sein des pays que nous analyserons mais seulement les juridictions constitutionnelles *centrales*, c'est-à-dire le *Bundesverfassungsgesicht* (9) allemand, la Cour d'arbitrage belge (10) et le Conseil constitutionnel français.

Cette précision doit être émise parce que certains ordres juridiques étatiques (11) sont caractérisés par une *plurité de juridictions constitutionnelles*, c'est-à-dire comportent, en plus de la juridiction constitutionnelle centrale (ou fédérale), des juridictions constitutionnelles décentralisées (ou fédérées). Tel est notamment le cas en République fédérale d'Allemagne où quinze Cours constitutionnelles *fédérées* (12) sont chargées du contentieux constitutionnel fédéré (13).

20. — La jurisprudence de ces quinze *Landesverfassungsgerichte* (14) ne sera pas examinée dans le cadre de la présente étude.

(9) Les termes de langue allemande qui figurent dans le texte français reçoivent tous des *italiques*, à l'exception de quatre termes (Länder, Bundestag, Bundesrat et Reich) qui en raison de leur utilisation fréquente dans la doctrine de langue française nous paraissent suffisamment familiers pour pouvoir les laisser subsister en caractères normaux. Nous ne sommes pas le premier à procéder de la sorte (voy. notamment Chr. AUVEXIER, *Introduction au droit public allemand*, Paris, PUF, 1997, 379 pages).

(10) Signalons à cet égard la proposition, déposée au Sénat de Belgique le 18 février 2005, de réviser l'article 142 de la Constitution, en vue de changer la dénomination de la Cour d'arbitrage en « Cour constitutionnelle » (Proposition des Sénateurs A.-M. LIZIN, F. TAILHAOUT, H. VANDENBERGHE et F. DELFERÈRE, *Documents parlementaires*, Sénat de Belgique, session ordinaire 2004-2005, n° 3-1052/1).

(11) Dans le cadre du présent travail, nous faisons abstraction de l'éventuelle existence d'ordres juridiques *non étatiques* et traitons comme synonymes les notions d'*ordre juridique* et d'*ordre juridique étatique*.

(12) À savoir une Cour par Land, à l'exception du Schleswig-Holstein, seule entité fédérée à ne pas disposer d'une telle juridiction.

(13) C'est-à-dire du contrôle de la conformité des normes d'un Land par rapport à la Constitution de ce Land.

(14) L'on trouvera ci-après pour chaque Land la dénomination exacte de sa Cour constitutionnelle fédérée et, entre parenthèses, l'indication des dispositions constitutionnelles (fédérées) qui l'instaurent :

À cela, il y a trois raisons, deux mineures et une majeure. Les points mineurs tiennent d'une part en ce que les autres pays qui font l'objet de nos recherches — la France et la Belgique — ne disposent pas de telles juridictions (de sorte qu'un véritable travail de comparaison serait difficile à réaliser) et d'autre part en ce que l'inclusion des Cours constitutionnelles fédérées aurait pour conséquence que seize des dix-huit juridictions examinées (15) seraient allemandes (ce qui serait de nature à déséquilibrer la répartition de l'exposé par rapport aux pays à analyser).

L'essentiel se situe cependant ailleurs. Si nous avons exclu les *Landesverfassungsgerichte* de nos recherches, c'est parce leurs décisions peuvent être *conditionnées par la jurisprudence constitutionnelle fédérale*. Ce point nécessite un certain nombre d'explications, tant qu'il est vrai que les jugements des Cours constitutionnelles fédérées ne peuvent faire l'objet d'aucun appel devant le *Bundesverfassungsgericht* (16) et que la distinction entre contentieux constitutionnel fédéré et fédéral semble rigoureusement étanche. N'est-il pas exact que dans le premier cas, une norme est contrôlée par rapport à la Constitution fédérale, tandis que dans le second, elle l'est par rapport à la Constitution fédérée? Cette image de deux opérations

Bade-Wurtemberg : Staatsgerichtshof [art. 68 de la Constitution du 11 novembre 1953];
Bavière : Verfassungsgerichtshof [art. 60-69 et spécialement 65 de la Constitution du 8 février 1946, republiée le 15 décembre 1998];
Basse-Saxe : Staatsgerichtshof [art. 54 de la Constitution du 19 mai 1993];
Berlin : Verfassungsgerichtshof [art. 84 de la Constitution du 25 novembre 1995];
Brandebourg : Verfassungsgericht [art. 112-114 de la Constitution du 20 août 1992];
Brière : Staatsgerichtshof [art. 139-142 et spécialement 142 de la Constitution du 21 octobre 1947];
Hambourg : Verfassungsgericht [art. 64-65 de la Constitution du 6 juin 1952];
Hesse : Staatsgerichtshof [art. 130-133 de la Constitution du 1^{er} décembre 1946];
Mecklembourg-Poméranie-occidentale : Landesverfassungsgericht [art. 52-54 de la Constitution du 23 mai 1993];
Rhénanie-du-Nord-Westphalie : Verfassungsgerichtshof [art. 75-76 de la Constitution du 28 juin 1950];
Rhénanie-Palatinat : Verfassungsgerichtshof [art. 130-136 et spécialement 135-136 de la Constitution du 18 mai 1947];
Sarre : Verfassungsgerichtshof [art. 96 et 97 de la Constitution du 15 décembre 1947];
Saxe : Verfassungsgerichtshof [art. 81 de la Constitution du 27 mai 1992];
Saxe-Anhalt : Landesverfassungsgericht [art. 74-76 de la Constitution du 16 juillet 1992]; et
Thuringe : Verfassungsgerichtshof [art. 79-80 de la Constitution du 25 octobre 1993].
 (15) Les trois Cours constitutionnelles centrales française, belge et allemande plus les quinze Cours constitutionnelles fédérées en Allemagne.
 (16) Voy. l'article 93 GG à *contrario*, M. KLEINE-COSACK, *Verfassungsbeschwerden*, Bonn, Deutscher Anwalt-Verlag, 2001, 294, et K. SCHLAICH et S. KORIOU, *Das Bundesverfassungsgericht*, ouvrage précité, 238.

parfaitement parallèles, insusceptibles de se toucher, a d'ailleurs été mise en avant par la Haute juridiction de Karlsruhe elle-même :

« Les Cours constitutionnelles fédérées et la Cour constitutionnelle fédérale ont, chacune dans le domaine juridique qui est le sien, la compétence de trancher *définitivement* les litiges portés devant elles. Chaque juridiction constitutionnelle ne peut constater dans le dispositif de sa décision que si la norme qui lui est soumise est conforme, selon le cas, à « son » droit [constitutionnel] fédéré ou au droit [constitutionnel] fédéral. » (17)

21. — Il n'empêche que l'impression d'étalement et de parallélisme égalitaire entre contrôle fédéral et fédéré de constitutionnalité doit être considérablement tempérée. On peut en effet constater des *points de rencontre* entre ces deux opérations, de sorte que se pose le problème de leur *hiérarchisation juridique*.

Le domaine où ces deux types de contrôle sont le plus susceptibles de se toucher est celui de la *protection des droits fondamentaux*. La Loi fondamentale fédérale n'est pas le seul texte constitutionnel à contenir un catalogue de droits fondamentaux; ceux-ci sont également protégés par les Constitutions des Länder. Les catalogues fédérés et fédéral de droits fondamentaux coïncident largement : bon nombre de dispositions ne sont non seulement textuellement identiques (18) mais certains Länder ont même intégré par une disposition constitutionnelle l'intégralité des droits fondamentaux reconnus par la Loi fondamentale dans leur Constitution fédérale.

(17) BVerfG, décision du 15 janvier 1985, *BVerfGE* 69, 112 (118); c'est la Cour constitutionnelle qui souligne. Texte original :

« Die Landesverfassungsgerichte und das Bundesverfassungsgericht haben für ihren jeweiligen Rechtskreis die *abschließende* Entscheidungskompetenz. Jedes Verfassungsgericht darf im Ausspruch (Tenor) seiner Entscheidungen nur die Vereinbarkeit oder Unvereinbarkeit einer Rechtsnorm mit «seinem» Landesrecht bzw. mit Bundesrecht feststellen. »

Déjà très tôt (BVerfG, décision du 11 mai 1955, *BVerfGE* 4, 178 [189]), la Cour constitutionnelle fédérale avait affirmé que « dans un État caractérisé par une structure aussi résolument fédérale que la République fédérale d'Allemagne, les espaces constitutionnels de la Fédération et des Länder sont par principe positionnés les uns à côté des autres. (...) En outre, les Länder disposent de la possibilité de régler eux-mêmes, selon leurs propres conceptions, leur droit constitutionnel et le traitement de leur contentieux constitutionnel fédérés. »

Dans une décision ultérieure (BVerfG, décision du 29 janvier 1974, *BVerfGE* 36, 342 [357]) la Cour réaffirme que « dans un État fédéral, le traitement du contentieux constitutionnel fédéré et le traitement du contentieux constitutionnel fédéral se réalise dans des domaines par essence séparés. »

Textes originaux : « In einem so föderativ gestalteten Staat wie der Bundesrepublik Deutschland stehen die Verfassungsräume des Bundes und der Länder grundsätzlich selbständig nebeneinander. (...) Im übrigen können die Länder ihr Verfassungsrecht und damit auch ihre Verfassungsgerichtsbarkeit nach eigenem Ermessen ordnen; (...) Landesverfassungsgerichtsbarkeit und Bundesverfassungsgerichtsbarkeit vollziehen sich im Bundesstaat in grundsätzlich getrennten Räumen. »

(18) K. SCHLAICH et S. KORIOU, *Das Bundesverfassungsgericht*, ouvrage précité, 227.

rée (19). Cette identité du champ de protection matérielle a pour conséquence que la violation d'un droit fondamental pourra être présentée tant comme méconnaissance de la Constitution fédérale que comme non-respect de la Constitution fédérée (20). Or, si l'étalement des deux opérations de contrôle était totale (c'est-à-dire si aucun tempérament n'était apporté à l'idée que les Cours constitutionnelles fédérées sont, comme la Cour constitutionnelle fédérale, chacune maîtresse dans leur domaine respectif) des interprétations *divergentes* à propos d'un droit fondamental *identique* pourraient survenir. Ce risque n'est d'ailleurs pas amoindri par la présence d'un renvoi ou par l'identité textuelle des dispositions fédérale et fédérée car celles-ci continuent à être normativement distinctes (21).

Un tel raisonnement serait sans doute très respectueux de la conception pure du fédéralisme — Hans KELSEN serait le premier à le faire remarquer (22) — mais il aurait pour conséquence qu'une même

(19) Voy. l'article 2 de la Constitution du Bade-Wurtemberg, l'article 3 de la Constitution de la Basse-Saxe, l'article 5 de la Constitution du Mecklembourg-Poméranie-occidentale et l'article 4 de la Constitution de la Rhénanie-du-Nord-Westphalie.

(20) Problème relevé dès les premières années de la République fédérale. Voy. par exemple, déjà *Verletzung von sogenannten inhaltlichen Bundesverfassungsgerichte bei gleichzeitiger Verletzung von räumlichen Bundesverfassungsgerichten*, thèse (Münster, 1957), non publiée, 145 pages. Les Constitutions fédérées qui ne contiennent pas un tel catalogue sont rares : à Hambourg, il n'existe pas de protection des droits fondamentaux au niveau constitutionnel fédéré; il va de même, à une petite nuance près, au Schleswig-Holstein.

(21) Ceci est même vrai dans l'hypothèse du renvoi; la Constitution fédérée qui opère un renvoi n'enlève pas aux dispositions visées par celui-ci le rang de normes constitutionnelles fédérées. La meilleure preuve en est que la Cour constitutionnelle fédérée, qui ne peut connaître que de normes constitutionnelles fédérées, se déclare compétente pour en connaître.

(22) L'égalité des entités fédérées et de l'Etat central lui est en effet particulièrement chère. Cette égalité n'est cependant possible que parce que, pour KELSEN, tant l'autorité centrale que les entités fédérées sont soumises à la *Gesamterfassung*, la Constitution de l'Etat dans son ensemble (terme traduit en français par « Constitution générale »). Sur la relation entre entités fédérées et autorité centrale, voy. avant tout sa contribution « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle) », *RDJ*, 1928, 197-257, dont nous nous permettons de reproduire un extrait (256) :

« C'est l'un des paradoxes de la théorie de l'Etat fédéral qu'elle présente le principe « droit d'Empire brise droit de Province » comme répondant à l'essence de l'Etat fédéral (...). Il est facile de montrer que rien n'est si contraire à l'idée de l'Etat fédéral que ce principe, qui fait dépendre l'existence politique et juridique des Etats-membres du bon plaisir de la Confédération, à laquelle il permet d'empêcher (...) par des lois ordinaires et même par de simples règlements, sur leur compétence et de s'arroger ainsi (...) les compétences des Etats-membres. Le respect véritable de l'idée fédérale, qui a trouvé son expression dans la Constitution générale de l'Etat exige que le droit d'Etat brise aussi peu le droit provincial que le droit provincial le droit d'Etat, et que tous deux soient dans leurs rapports réciproques également jugés d'après la Constitution générale qui délimite leur domaine respectif. Un acte juridique de l'Etat central qui, excédant la limite que lui fixe la Constitution générale, empiète sur le domaine constitutionnellement garanti aux Etats-membres ne doit pas avoir plus de valeur juridique que l'acte d'un Etat-membre qui violerait la compétence de l'Etat central. Ce principe est le seul qui réponde à l'essence de l'Etat fédéral (...). »

Pour des raisons terminologiques, il peut être utile de fournir également le texte en allemand :

situation factuelle serait susceptible de recevoir un traitement juridique *différent* selon le *juge constitutionnel saisi*. L'uniformité d'application des droits fondamentaux — exigence étroitement liée aux principes de la sécurité juridique et de l'égalité — serait alors sacrifiée devant l'étalement des différents contrôles de constitutionnalité. Afin d'enrayer ce danger, le constituant fédéral allemand a prévu que si une Cour constitutionnelle fédérée souhaite déroger à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale, elle devra au préalable avoir reçu l'autorisation de cette dernière. C'est ainsi que le troisième alinéa de l'article 100 GG dispose :

« Lorsqu'une Cour constitutionnelle fédérée, appelée à interpréter la Loi fondamentale, entend se départir de l'interprétation donnée par la Cour constitutionnelle fédérale ou par une autre Cour constitutionnelle fédérée, elle doit solliciter la décision de la Cour constitutionnelle fédérale. » (23)

[Es gehört zu den Paradoxien der Bundesstaatslehre, daß sie den Grundsatz: Reichsrecht bricht Landesrecht, als angeblich dem Wesen des Bundesstaates entsprechend vertritt (...). Es läßt sich leicht zeigen, daß nichts der Idee des Bundesstaates so zuwider sein kann, wie jeder Grundsatz, der die politische und rechtliche Existenz der Gliedstaaten vom Belieben des Bundes — also einer bloßen Teilgemeinschaft — abhängig macht, dem er ermöglicht, durch einfaches Gesetz, ja durch einfache Verordnung in die Kompetenz der Gliedstaaten (...) einzugreifen, sich Gliedstaatskompetenzen (...) zu arrogieren. Soll die Idee des Bundesstaates gewahrt bleiben, die in der Gesamtverfassung ihren Ausdruck gefunden hat, dann darf Reichsrecht ebensowenig Landesrecht brechen, wie Landesrecht Reichsrecht, sondern dann ist das eine wie das andere. Dann sind beide in ihrem gegenseitigen Verhältnis in gleicher Weise nach der Gesamterfassung zu beurteilen, die ihre Geltungsbereiche gegeneinander angrenzt. Ein Rechtsakt des Bundes, der die ihm von der Gesamtverfassung vorgezeichnete Grenze überschreitet, in den Verfassungsmäßig gewährtesten Bereich der Gliedstaaten eindringt, hat ebensowenig juristische Existenzberechtigung, wie der Rechtsakt eines Gliedstaates, der die Bundeskompetenz verletzt. Dieser Grundsatz allein entspricht dem Wesen des Bundesstaates und kann nicht anders verwirklicht werden, als durch ein Verfassungsgericht.]

(H. KELSEN, « Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit », *VVDStZ*, 5 (1929), 30-88, ici 83-84; du même auteur, on consultera également l'ouvrage *Allgemeine Staatslehre*, rédigé trois années plus tôt [Berlin, Springer, 1925, spécialement 221-222]). — On observe que l'égalité entre l'Etat central et les entités fédérées n'est pas tout à fait réalisée en Allemagne et en Belgique, dès lors que dans ces deux Etats la Constitution *générale* est révisée par le seul Etat central; celui-ci garde par là une certaine prééminence.

(23) Texte original :

« Will das Verfassungsgericht eines Landes bei der Auslegung des Grundgesetzes von der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes oder des Verfassungsgerichtes eines anderen Landes abweichen, so hat das Verfassungsgericht die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes einzuholen. »

Le procédé est réglé plus en détail au paragraphe 85 de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale (BVerfGG).

Ce mécanisme, la *Divergenzvorlage* (24) – terme que l'on pourrait traduire par « question préjudicielle de divergence » (25) – permet de résoudre le conflit entre les deux objectifs (contradictoire) en présence, à savoir d'une part l'autonomie des juridictions constitutionnelles fédérées et d'autre part le besoin d'uniformité dans la protection des droits de l'homme. Si le constituant allemand a tenté de respecter au mieux le premier, sa préférence pour le second objectif ne fait aucun doute : les *Landesverfassungsgerichte* gardent certes la prérogative de contrôler des normes par rapport au catalogue *fédéré* des droits de l'homme, mais il faut souligner avec les professeurs Klaus SCHLAICH et Stefan KORIOTH que

« les Cours constitutionnelles fédérées, lorsqu'elles interprètent les droits fondamentaux fédérés, sont liées par l'interprétation des droits fondamentaux correspondants par la Cour constitutionnelle fédérale. » (26)

L'idée de l'autonomie complète de la justice constitutionnelle fédérée en Allemagne – notion que les projecteurs de la théorie fédéraliste ont fait apparaître sous des couleurs très vives – perd donc beaucoup de son éclat lorsqu'elle est contemplée à la lumière, moins muséale, de la pratique de tous les jours. Il en va d'autant plus ainsi que la Cour constitutionnelle fédérale a généré en cinquante ans d'existence une jurisprudence à ce point importante dans le domaine des droits de l'homme que la probabilité de voir un *Landesverfassungsgericht* statuer sur un point encore intégralement vierge est faible; même dans le langage retenu des écrits scientifiques, on peut lire qu'il s'agit là d'un « eher seltener Ausnahmefall », d'un cas d'exception plutôt rare (27).

22. – La jurisprudence des Cours constitutionnelles fédérées pouvant dans de nombreux cas être *conditionnée* par des décisions constitutionnelles fédérales, il nous semble opportun de l'exclure de nos recherches.

Nous écartons également de nos travaux la jurisprudence de la Cour constitutionnelle *fédérale* rendue en application de l'article 99 de la Loi fondamentale. Cette disposition permet aux Länder qui ne disposent pas d'un *Landesverfassungsgericht* de charger le *Bundesverfassungsgericht* de leur contentieux constitutionnel fédéré. Comme seul Land à ne pas avoir créé une Cour constitutionnelle fédérée, le Schleswig-Holstein a fait usage de cette possibilité (28); les décisions du *Bundesverfassungsgericht* prises sur base de cet article ne sont donc pas examinées dans le cadre de la présente étude (29).

(28) C'est l'article 44 de la Constitution du Schleswig-Holstein du 13 juin 1990 qui consacre cette application de l'article 99 GG. Voy. aussi K. SCHLAICH et S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, 5^e éd., Munich, Beck, 2001, 78 et 225, ainsi que la note 819 à la page 225.

(29) Pour des cas d'application, voy. par exemple BVerfG, arrêt du 10 décembre 1974, BVerfGE 38, 258, décision du 3 juillet 2000, BVerfGE 102, 176, décision du 7 mai 2001, BVerfGE 103, 332, décision du 10 octobre 2002, BVerfGE 106, 51, décision du 11 mars 2003, BVerfGE 107, 286, et décision du 30 mars 2004, BVerfGE 110, 199.

(24) K. SCHLAICH et S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht, ouvrage précité*, 235. Sur cette procédure, voy. J. RÜHRMANN, Commentaire du paragraphe 85 de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale, in : C. UMBACH et Th. CLEMENS (éds.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, Heidelberg, C.F. Müller, 1992, 1084-1119, et Th. MAUNZ et G. DÜRING (éds.), Commentaire de l'article 100 GG, in : *Grundgesetz Kommentar*, Munich, Beck, [100]45-100]49, et en langue française J.-C. ÉGOURN, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République fédérale d'Allemagne*, thèse (Dijon, 1979), Paris, Economica, 1982, spécialement 46-47.

(25) Nous n'avons pu identifier aucune terminologie préexistante en langue française.

(26) K. SCHLAICH et S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht, ouvrage précité*, 235. C'est nous qui soulignons. Texte original : « Bei ihrer Auslegung der Landesgrundrechte sind die Landesverfassungsgerichte an die Auslegung der entsprechenden Bundesgrundrechte durch das BVerfG gebunden. » – Dans le même sens, J. RÜHRMANN, Commentaire du paragraphe 85 de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale, in : C. UMBACH et Th. CLEMENS (éds.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Mitarbeiterkommentar und Handbuch, ouvrage précité*, 1097-1098. L'on consultera par ailleurs BVerfG, décision du 15 octobre 1997, BVerfGE 96, 345.

(27) K. FINKELNBERG, « Doppelspinger Rechenschutz bei der Verfassungsbeschwerde, Möglichkeiten und Begrenzungen », in : *Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit auf Landesebene, Beiträge zur Verfassungsstaatlichkeit in den Bundesländern*, Bielefeld, Nomos, 1998, 181-190, ici 183.

qu'il est protégé par la célèbre «garantie d'éternité», la *ewigkeitsgarantie* (33) de l'article 79 GG, qui rend les dispositions auxquelles elle s'applique irrévocables (34). En Allemagne, ce sont d'ailleurs les entités fédérées qui détiennent la compétence résiduaire (35); les compétences de l'État fédéral sont limitativement énumérées par la Loi fondamentale (36).

D'un point de vue historique, on peut relever que les Länder allemands ont toujours possédé un pouvoir législatif propre, distinct de celui du Reich : tel fut le cas sous la République de Weimar (1919-1933) (37) et la situation fut encore plus marquée sous le Second Empire (1871-1918), dont le pouvoir central était particulièrement faible (38).

25. — À l'heure actuelle, on peut dénombrer au sein de l'ordre juridique allemand dix-sept autorités habilitées à émettre des normes de valeur législative, à savoir le législateur fédéral et seize législateurs fédérés (39). Depuis la création de la République fédérale, le nombre de législateurs a varié à trois reprises, d'abord en raison de la fusion de trois Länder en un (40), ensuite en raison de l'adhésion

(33) Terminologie notamment utilisée par K. STREIN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Munich, C.H. Beck, tome I (*Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts. Strukturprinzipien der Verfassung*, 1977), 134.

(34) Sur l'application de la *ewigkeitsgarantie* au *Bundesstaatsprinzip*, voy. J. ISENBERG et P. KIRCHHOFF (éds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, ouvrage précité*, tome I (*Grundlagen von Staat und Verfassung*, 1987), 807-808, et tome 4 (*Finanzverfassung — Bundesstaatliche Ordnung*, 1990), 437-438.

(35) Voy. articles 30 et 70, alinéa 1^{er}, GG.

(36) Voy. essentiellement les articles 73, 74, 74a, 75 GG.

(37) Voy. notamment l'article 12 de la Constitution du 11 août 1919, *Reichsgesetzblatt*, 1919, 1383.

(38) Au point qu'au début des années 1870, certains juristes allemands ne voyaient dans la Constitution impériale du 16 avril 1871 (*Reichsgesetzblatt*, 1871, 64) qu'une confédération d'États, et non un État fédéral (voy. J. HUMMEL, *Le constitutionnalisme allemand (1815-1918) : le modèle allemand de la monarchie limitée*, Paris, PUF, 2002, spécialement 285-327, ici 289).

(39) Un par Land. Ces Länder étant le Bade-Wurtemberg (*Baden-Württemberg*), la Basse-Saxe (*Niedersachsen*), la Bavière (*Bayern*), Berlin, le Brandebourg (*Brandenburg*), Brême (*Bremen*), Hambourg (*Hamburg*), la Hesse (*Hessen*), le Mecklembourg-Poméranie-occidentale (*Mecklenburg-Vorpommern*), la Rhénanie-du-Nord-Westphalie (*Nordrhein-Westfalen*), le Rhénanie-Palatinat (*Rheinland-Pfalz*), la Sarre (*Saarland*), la Saxe (*Sachsen*), le Saxe-Anhalt (*Sachsen-Anhalt*), le Schleswig-Holstein, ainsi que la Thuringe (*Thüringen*).

(40) Suite à un référendum organisé le 6 décembre 1951 dans les trois Länder de Bade (*Baden*), Wurtemberg-Bade (*Württemberg-Baden*) et Wurtemberg-Hohenzollern (*Württemberg-Hohenzollern*), ceux-ci ont fusionné le 25 avril 1952 en un seul Land, dénommé Bade-Wurtemberg (*Baden-Württemberg*). Sa nouvelle Constitution a été proclamée le 11 novembre 1953. Notons que si le constituant fédéral allemand a profité de la réunification en 1990 pour supprimer les noms des trois anciens Länder du préambule de la Loi fondamentale, il a par contre laissé intact son article 138 qui, plus de cinquante ans après la disparition des trois Länder, rappelle toujours leur éphémère existence. Notons enfin que la fusion des Länder du sud-ouest a fait l'objet d'un traitement doctrinal en langue française : voy. Cl. LASALLE, «Le Tribunal Fédéral, Constitutionnel et la réorganisation des Länder de l'Allemagne du Sud-Ouest», *EDP*, 1952, 396-430.

CHAPITRE 2

LA SIGNIFICATION DE LA NOTION DE LÉGISLATEUR

23. — Un certain nombre de précisions doivent également être apportées à la notion de *législateur*. Par ce terme nous entendons toute autorité habilitée, au sein d'un ordre juridique donné, à édicter des normes qui ont force de loi, étant entendu que chaque ordre juridique détermine de manière souveraine lesquelles de ses normes possèdent cette force (30).

Au sein d'un ordre juridique donné, plusieurs autorités peuvent être habilitées à émettre des normes législatives. Il ressortira des développements qui vont suivre qu'une telle *pluralité de législateurs* existe dans les trois pays sur lesquels portent nos recherches. Afin de démontrer ce point, il convient d'examiner chacun des trois ordres juridiques concernés. Nous le faisons de manière chronologique, en commençant par le pays qui a été le premier à connaître une telle multiplicité.

a) Allemagne

24. — La République fédérale d'Allemagne a toujours connu une pluralité de législateurs : il s'agit là d'une nécessité logique du caractère fédéral de l'État (*Bundesstaatsprinzip* (31)) consacré à l'article 20 de la Loi fondamentale (32). Ce principe revêt une importance telle

(30) Les critères peuvent différer d'un ordre juridique à l'autre : ils dépendent de la définition que la Constitution d'un ordre juridique étatique donne des *actes législatifs*. En principe, les actes législatifs (au sens formel du terme) se caractérisent par le fait qu'ils se situent hiérarchiquement directement en dessous de la Constitution et qu'ils sont adoptés par une *Assemblée élue*.

(31) Sur ce principe, voy. J. ISENBERG et P. KIRCHHOFF (éds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, C.F. Müller, tome I (*Grundlagen von Staat und Verfassung*, 1987), 304-313, 656-658 et spécialement 1113-1150, E. STREIN et G. FRANK, *Staatsrecht*, 18^e édition, Tübingen, Mohr Siebeck, 2002, 103-109, ainsi que E. SACKEVIC, *Das Bundesstaatsprinzip*, thèse d'habilitation (Leipzig, 1998), Tübingen, Mohr-Siebeck, 2000, 291 pages.

(32) Le premier alinéa de l'article 20 GG stipule : «La République fédérale d'Allemagne est un État fédéral démocratique et social.» [«Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat.»] — Une version complète de la Constitution allemande en langue française, et approuvée par les autorités allemandes, peut être trouvée dans : C. GREWE et H. OBERROPER (éds.), *Les Constitutions des États de l'Union européenne*, Paris, La documentation française, 1989, 24-67.

de la Sarre (41), et enfin en raison des événements de 1990 (42). Deux tentatives de restructuration du territoire fédéral ont échoué : la première, en 1975, visait à diviser un Land en trois (43), et la seconde, en 1996, à fusionner deux Länder en un (44). Les normes législatives édictées par l'État fédéral s'appellent *Bundesgesetzze*, celles émises par les Länder portent le nom de *Landesgesetzze*.

b) Belgique

26. — L'ordre juridique belge est également caractérisé par une pluralité de législateurs (45), ce qui autorise le doyen Francis DELPÉRÉE à qualifier la Belgique d'«État plurilégislatif» (46). L'auteur poursuit :

«C'est un État où plusieurs législateurs sont à l'œuvre en même temps. Chacun recueille une part de la souveraineté démembrée. Chacun agit en toute autonomie, au sens étymologique du terme. Chacun fait sa propre loi...» (47)

Si les entités fédérées belges peuvent dans leurs sphères de compétences respectives édicter des normes qui ont *force de loi*, la situation au pays de BREL est particulièrement complexe. C'est en effet la Belgique — le plus petit pays de notre champ de recherche — qui nécessite les plus longues explications.

(41) Voy. *supra*, n° 17.

(42) Même renvoi.

(43) Le projet était de faire sortir du Land de Basse-Saxe les territoires de l'Oldenbourg (*Oldenburg*) et du Schaumbourg-Lippe (*Schaumburg-Lippe*) et de leur conférer le statut de Länder propres. À cet effet, les populations de ces deux territoires furent consultées le 19 janvier 1975, conformément à l'article 29, alinéa 3, de la Loi fondamentale. Malgré le résultat positif de ce scrutin, la réhabilitation de ces territoires en tant que Länder de la République fédérale ne fut jamais réalisée (ce qui était parfaitement permis, étant donné qu'il s'agissait d'une simple consultation). La tendance en faveur de la scission du Land de Basse-Saxe ne surprit guère quand on sait que tant l'Oldenbourg que le Schaumbourg-Lippe furent des suzerainetés sous le Saint-Empire (et disposent à ce titre d'un passé pluricentenaire), tandis que le Land de Basse-Saxe, auquel ces territoires ne voulaient plus appartenir, n'existait au moment de la consultation que depuis un quart de siècle. Pour plus de détails, voy. H.-U. EYRNS, *Oldenburg und Schaumburg-Lippe nach den Volksentscheidungen auf Wiederherstellung als Länder vom 19.1.1975*, Hildesheim, Lax, 1975, 106 pages.

(44) Référendum sur l'unification des Länder de Berlin et de Brandebourg du 5 mai 1996, organisé conformément à l'article 118a de la Loi fondamentale. Contrairement à l'électorat du Land de Berlin, la population du Brandebourg rejeta la fusion, malgré une forte volonté politique en faveur de l'unification. Sur ce point, voy. Chr. PISMALOWA (éd.), *Verfassungen der deutschen Bundesländer*, 6^e édition, Munich, DTV et Beck, Munich, 1998, LV-LVI.

(45) Sur tout ce qui suit, voy. aussi J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijke Hof*,

Antvers, Maklu, 1990, 105-116.

(46) F. DELPÉRÉE, «Pour une Belgique fédérale dans une Europe fédérale», *Bull. C.L.*, 6^e série, 9 (1999), 411.

(47) *Ibidem*.

Nous avons vu qu'en Allemagne, il n'existait qu'une seule catégorie d'entités fédérées, les Länder, et un seul type de normes législatives fédérées, les *Landesgesetzze*. Tel n'est par contre pas le cas en Belgique, où l'on peut rencontrer *plusieurs catégories d'entités fédérées* et *plusieurs types de règles législatives fédérées*.

27. — La première catégorie d'entités fédérées est constituée par les trois *Communautés* du pays (48). *Constitutionnellement* habilitées à produire des normes législatives (49), la Communauté flamande, la Communauté française et la Communauté germanophone édictent des *décrets* qui ont *force de loi* (50).

28. — La Belgique compte également trois *Régions*, la Région wallonne, la Région flamande et la Région de Bruxelles-Capitale (51). Aucune norme constitutionnelle ne leur confère le pouvoir d'émettre des normes qui ont force de loi; l'article 134 de la Constitution, inséré en 1980 (52), dispose seulement qu'un tel pouvoir *pourra* leur être conféré par le biais d'une loi (fédérale) adoptée à la majorité

(48) L'article 2 de la Constitution énoncée stipule que «[l]a Belgique comprend trois communautés : la Communauté française, la Communauté flamande et la Communauté germanophone.» Cette disposition constitue une bonne illustration de la préoccupation presque obsessionnelle du constituant belge de ne pas désavantager une langue nationale par rapport à une autre. En effet, la Constitution est non seulement rédigée en trois versions linguistiques (versions dotées d'une valeur juridique parfaitement égale), mais le constituant a poussé le souci du détail encore plus loin en mentionnant, dans des énumérations à connotation linguistique, en premier lieu la langue de la version linguistique correspondante. Dans les versions française, néerlandaise et allemande de l'article 2, l'ordre dans lequel les Communautés sont mentionnées *diffère donc en fonction de la langue choisie*. Une observation identique peut être faite à propos des articles 3, 4, 68, 121, 115, 121, 123, 127, 128, 129, 137, 163, 175, 189 et 188 de la Constitution. Mais l'exemple le plus excessif de ces actes de balance peut être trouvé à l'article 5, alinéa 1^{er}, de la Constitution : ici, le constituant va jusqu'à faire correspondre la première phrase de la version française à la seconde phrase de la version néerlandaise (et *vice versa*). Relativement à cet article 5, alinéa 1^{er}, l'ultime ironie du procédé consiste cependant en ce que tous les efforts d'atteindre l'équilibre parfait demeurent par hypothèse vains, puisque la disposition comprend deux phrases alors qu'il existe trois versions linguistiques (en l'occurrence, la version allemande a été calquée sur la version française). Nous regrettons la sévérité de notre jugement, mais à défaut d'en démontrer l'utilité concrète (l'égalité des trois versions linguistiques étant déjà énoncée par l'article 189), ce procédé semble ne pas représenter davantage qu'une sorte de *gadjet* qui n'a pas sa place dans le texte suprême d'un État de droit. Le constituant n'y a fort heureusement pas systématiquement recouru : dans les articles 67 et 156, l'ordre linguistique est identique dans toutes les trois versions.

(49) Pour les Communautés flamande et française, cette règle est inscrite aux articles 127 à 129 et pour la Communauté germanophone à l'article 130 de la Constitution.

(50) Ces normes n'ont naturellement rien en commun avec les décrets français. Actes du Pouvoir législatif, les décrets belges sont insusceptibles d'être portés devant le Conseil d'État (de Belgique).

(51) Comp. article 3 de la Constitution coordonnée, qui stipule que «[l]a Belgique comprend trois régions : la Région wallonne, la Région flamande et la Région bruxelloise.» Même remarque d'ordre linguistique que *supra*, note 48.

(52) Modification à la Constitution du 17 juillet, *Monsieur belge*, 18 juillet.

spéciale (53). Cette disposition précise par ailleurs que s'il est fait usage de cette possibilité, les normes législatives régionales s'appelleront *décrets* (54).

28.1. - Pour ce qui est des Régions wallonne et flamande, le législateur national a mis en œuvre la faculté offerte par l'article 134 des 1980 : aux termes des articles 17 et 19, § 2, de la loi spéciale du 8 août de la même année (55), les deux Régions disposent de la compétence d'émettre des décrets *ayant force de loi*. Suite à l'absorption de la Région flamande par la Communauté flamande (56), ces articles dispositions ne concernent cependant plus que la seule Région wallonne.

28.2. - La Région de *Bruxelles-Capitale* est quant à elle soumise à un régime différent, fruit d'un laborieux compromis destiné à ménager les susceptibilités des partis politiques néerlandophones. Ces derniers sont en effet très attachés à l'idée que la Région de Bruxelles-Capitale présente certaines *spécificités* qui lui confèrent un statut *différent*, quel que peu subalterne, par rapport aux autres Régions du pays.

Le statut régional de Bruxelles est pour l'essentiel régi par une loi spéciale de 1989, dite *Loi sur Bruxelles (Brusselwet en néerlandais)* (57). Aux termes de cette loi, le Conseil de la Région de Bruxelles-Capitale dispose du pouvoir d'émettre des *ordonnances* (58) qui peuvent «abroger, compléter, modifier ou remplacer les lois en vigueur» (59), mais aucune disposition constitutionnelle ou

(53) Une loi adoptée à la majorité spéciale (couramment appelée *loi spéciale*) est une norme législative fédérale qui est votée en respectant les conditions de majorité et de présences stipulées au dernier alinéa de l'article 4 de la Constitution, c'est-à-dire qui est adoptée à la majorité des suffrages dans chaque groupe linguistique [néerlandais et français] de chacune des Chambres [Chambre des Représentants et Sénat], à la condition que la majorité des membres de chaque groupe linguistique se trouve réunie et pour autant que le total des votes positifs émis dans les deux groupes linguistiques atteigne les deux tiers des suffrages exprimés.

(54) L'identité d'appellation des normes législatives communautaires et régionales ne doit pas faire oublier qu'elles ont des bases juridiques fondamentalement différentes : pour retirer aux Régions leur compétence législative, il suffit d'une loi spéciale, pour ôter le même pouvoir aux Communautés, il faut réviser la Constitution.

(55) *Moniteur belge*, 15 août.

(56) Art. 1^{er}, § 1^{er}, al. 2, et art. 3, al. 2, de la loi spéciale du 8 août 1980.

(57) Loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux Institutions bruxelloises, *Moniteur belge*, 14 janvier (utilisation de la majuscule conformément au *Moniteur belge*).

(58) Il n'est guère besoin de relever que l'existence de normes portant l'appellation «ordonnances» tant en France qu'en Belgique n'est pas de nature à simplifier le débat dès lors que les uns diffèrent fondamentalement des autres : tout comme pour les décrets, il faut y voir une malencontreuse homonymie.

(59) Article 7, alinéa 1^{er}, de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux Institutions bruxelloises.

légale n'accorde aux ordonnances bruxelloises la qualité de normes législatives, c'est-à-dire la *force de loi*. Comme le note très pertinemment le doyen Paul LEWALLE,

«rien n'est moins simple que de situer les ordonnances bruxelloises dans la hiérarchie [des normes], tant la législation paraît fournir des indications contradictoires sur le sujet.» (60)

Si le statut normatif - législatif ou réglementaire - des ordonnances bruxelloises constitue l'une des questions les plus controversées du droit public belge, nous devons malgré tout l'aborder : notre travail porte sur le contrôle de constitutionnalité des normes législatives et nous devons savoir si l'ordonnance bruxelloise en fait partie (61). Les développements qui vont suivre ont cependant un caractère rudimentaire; leur seule vocation est de permettre au lecteur - surtout non belge - un premier accès à la problématique (62).

* * *

Nous avons dit que l'article 7 de la loi spéciale sur Bruxelles permet à l'ordonnance régionale de modifier les normes législatives en vigueur. Aussi paradoxal que cela puisse paraître, cet élément est *en soi* sans pertinence pour apprécier le caractère législatif ou réglementaire de l'ordonnance (63) : à l'instar du droit public français, le droit public belge admet qu'une norme *législative* puisse dans certaines circonstances être modifiée par une norme *réglementaire*, du moins lorsqu'il existe une habilitation législative préalable en ce sens. Cette technique est connue en Belgique sous l'appellation des «arrêts de pouvoirs spéciaux», normes qui sont fondées sur l'arti-

(60) P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, 2^e édition, Bruxelles, Larcier, 2002, 816.

(61) Il importe de préciser que ce n'est pas la compétence même de la Cour d'arbitrage de contrôler la constitutionnalité des ordonnances de la Région de Bruxelles-Capitale qui sera discutée; cette compétence est explicitement mentionnée à l'article 142 de la Constitution. *Mais la circonstance que la Cour d'arbitrage soit investie du pouvoir de vérifier la constitutionnalité des ordonnances bruxelloises n'établit pas encore que celles-ci aient le rang de normes législatives; rien n'empêcherait en effet le constituant belge de conférer à la Cour constitutionnelle la tâche de vérifier la conformité d'une norme réglementaire.* Nos recherches étant limitées au contrôle, par les cours constitutionnelles nationales, de normes législatives, il est essentiel de démontrer que le contrôle que la Cour d'arbitrage exerce sur les ordonnances bruxelloises - et que consacre l'article 142 de la Constitution - est bien un contrôle de constitutionnalité de normes législatives.

(62) Pour des développements plus détaillés, voy. notamment la doctrine mentionnée aux notes 80, 82 et 83.

(63) Dans le même sens, H. SIMONART, «Les règles bruxelloises», in : *La région de Bruxelles-Capitale*, Bruxelles, Bruylant, 1989, 183.

de la Constitution (64). La capacité des ordonnances bruxelloises à modifier la législation en vigueur ne permet dès lors pas, en tant que telle, de conclure à leur valeur législative : la circonstance que la disposition *modifiée* ait force de loi n'implique pas que la norme *qui modifie* cette disposition soit dotée de la même force. Ce point a été plusieurs fois émis en avant par le gouvernement au cours de la première moitié de l'année 1988 (65), ce qui a amené d'aucuns à affirmer que « l'analogie avec les arrêtés de pouvoirs spéciaux [a été] sciemment entretenue par le gouvernement ». (66)

Les ordonnances de la Région de Bruxelles-Capitale doivent-elles dès lors être considérées comme des simples normes réglementaires ? Il semble que non. Il est certes inadéquat de les considérer, sans nuances, comme des normes législatives *identiques* aux lois fédérales ou aux décrets fédérés (67), mais il ne s'ensuit pas pour autant qu'il faille leur contester le caractère législatif *tout court* : le meilleur témoignage peut en être trouvé dans le projet de loi spéciale sur Bruxelles, que le gouvernement dépose au Parlement en décembre 1988 (68). En effet, dans l'exposé des motifs de ce projet, le gouvernement déclare non seulement que l'ordonnance pourra « abroger, compléter, modifier ou remplacer les dispositions législatives en vigueur » mais ajoute qu'

« [e]n tant que norme d'une assemblée législative, l'ordonnance a donc un caractère équipollent à la loi et, au décret, dans le cadre des compétences maté-

(64) Sur les arrêtés de pouvoirs spéciaux, voy. notamment F. DELPÉRE, « Belgique, Les délégations législatives », *RFD*, 1987, 723-725. En France, cette technique est connue sous le nom d'« ordonnances », normes prises sur base de l'article 38 de la Constitution (sur ce point, voy. *infra*, seconde partie, n° 170-174). Contrairement aux ordonnances françaises, les arrêtés de pouvoirs spéciaux belges ne doivent pas nécessairement faire l'objet d'une confirmation législative (en France, on parle de « ratification ») pour rester en vigueur.

(65) Voy. notamment les explications du Ministre (francophone) des réformes institutionnelles Serge MOURAUX qui déclarait en juin 1988 devant la Commission compétente du Sénat que « [l]es ordonnances bruxelloises auront les mêmes caractéristiques que les arrêtés royaux de pouvoirs spéciaux. Elles devront donc être conformes à la loi d'habilitation (la loi spéciale qui sera adoptée en vertu de l'article 107 quater de la Constitution) et à toutes les dispositions constitutionnelles. » (*Documents parlementaires*, Sénat de Belgique, session extraordinaire 1988, n° 100-62^o du 27 juin 1988, page 15).

(66) Y. LEJEUNE, « Les nouvelles institutions bruxelloises », *JT*, 1989, 211.

(67) « *Nulle ordonnance n'est une loi* - ni ordinaire, ni spéciale -, cela va de soi : elle n'est plus un décret - ni ordinaire, ni spécial - : le changement d'appellation indique à suffisance que le terme décret est à réserver désormais à l'œuvre législative des Communautés ainsi qu'à celle des Régions wallonne et flamande. » (F. DELPÉRE, « La Constitution, la loi, le décret et l'ordonnance », *JT*, 1990, 109. C'est l'auteur qui souligne.)

(68) Donc *postérieurement* aux affirmations précédemment citées du Ministre MOURAUX.

rielles et territoriales de la Région de Bruxelles-Capitale, sans préjudice des règles énoncées à l'article 9. » (69)

Le caractère équipollent à la loi ne nous paraît pas dénaturé par la circonstance que toute juridiction est habilitée, en vertu de l'article 9 de la loi spéciale sur Bruxelles, à *écarter* l'application d'une ordonnance qu'elle estime contraire à cette loi spéciale ou aux dispositions de la Constitution qui échappent à la compétence de la Cour d'arbitrage. Sur ce point, l'ordonnance bruxelloise s'apparente à un règlement, mais il semble possible de considérer l'article 9 de la loi sur Bruxelles comme une *dérogation* qui est applicable à une catégorie spécifique de normes législatives : le législateur spécial était parfaitement autorisé à instaurer un tel mécanisme (70) (mécanisme dont il convient par ailleurs de relever qu'il n'est que très rarement utilisé par les tribunaux (71)).

La qualité législative de l'ordonnance ressort également d'un certain nombre d'autres éléments :

- La norme est l'œuvre d'une assemblée démocratiquement élue, que le gouvernement, auteur du projet de loi sur Bruxelles, qualifie lui-même d'assemblée *législative* (72). De la même manière que les autres assemblées des Communautés et Régions, l'assemblée bruxelloise est dotée de compétences exclusives qui incluent notamment le pouvoir de donner l'*assentiment* à un *traité international* (73). En droit public belge, cette dernière prérogative a toujours appartenu au Pouvoir législatif (74).

(69) *Documents parlementaires*, Sénat de Belgique, session ordinaire 1988-1989, n° 541-1, projet de loi spéciale relative aux institutions bruxelloises du 3 décembre 1988, exposé des motifs du gouvernement, page 4. C'est nous qui soulignons. - A cette occasion, il peut être utile de signaler au lecteur non belge que l'adjectif « *équipollent* », dont l'usage est en français moderne en principe limité au domaine des mathématiques, est encore utilisé en Belgique dans son acception ancienne, comme synonyme du mot « équivalent ». Il est donc fréquent de lire dans la littérature constitutionnelle belge que telle norme législative régionale (ou communautaire) constitue un acte « équipollent à la loi ». A chaque pays ses particularités linguistiques...

(70) Voy. l'article 134 (anciennement 26bis) de la Constitution, inséré par la modification constitutionnelle du 17 juillet 1980 (*Moniteur belge*, 18 juillet), et l'article 166, §2, (anciennement 108ter, §2), tel qu'il résulte de la modification constitutionnelle du 7 juillet 1988 (*Moniteur belge*, 9 juillet).

(71) Pour l'un des seuls cas d'application connus, voy. CE belge, arrêt du 10 septembre 1998, *JT*, 1999, 63-65, et note D. LAGASSE.

(72) *Précité*, voy. note 69.

(73) Voy. par exemple l'ordonnance du Conseil de la Région de Bruxelles-Capitale du 13 juin 2002 portant assentiment au Traité de Nice, *Moniteur belge*, 27 août.

(74) Voy. l'article 68, alinéa 2, de la Constitution du 7 février 1831 ainsi que A. GIROU, *Le droit public de la Belgique*, Bruxelles, Manceaux, 1884, 117, et O. ORBAN, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, tome 2 (*Les pouvoirs de l'Etat*), Liège et Paris, Dessain et Glard & Brière, 1908, 400.

- D'un point de vue formel, la procédure d'élaboration et de publication de l'ordonnance est calquée sur celle de la loi et du décret (75). Les ordonnances sont discutées et votées en séance plénière au Conseil de la Région de Bruxelles-Capitale; elles sont ensuite sanctionnées (76), promulguées et publiées au *Moniteur belge* (77).

- Enfin - et c'est ici que se situe l'argument le plus important - les ordonnances bruxelloises peuvent, à l'instar des lois et décrets, être soumises à la Cour d'arbitrage. Dès lors que la compétence de cette juridiction s'étend aux seules normes législatives (78), il convient d'admettre que l'ordonnance suit sur ce point parfaitement le régime de la loi.

Le temps nous manque pour approfondir davantage la question du statut normatif des ordonnances de la Région de Bruxelles-Capitale. Pour nos besoins, il semble que la problématique puisse être résumée comme suit : une catégorisation de ces règles comme législatives ou réglementaires est malaisée (79). Mais malgré toutes les difficultés précédemment mentionnées, il nous semble qu'elles peuvent être considérées comme des normes législatives (80).

(75) Voy. notamment les articles 6 et 8 de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux Institutions bruxelloises. En ce sens, voy. aussi H. SIMONART, « Les règles bruxelloises », *contribution précitée*, 173-174.

(76) Notons que la sanction d'une norme est classiquement une prérogative du Pouvoir législatif.

(77) Article 32 et 33 de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux Institutions bruxelloises. (78) Voy. notamment l'affirmation du ministre (francophone) des réformes institutionnelles, lors de la discussion générale du projet de loi (ordinaire) sur la Cour d'arbitrage : « La Cour ne peut trancher que des conflits entre normes législatives » (*Documents parlementaires*, Chambre des Représentants de Belgique, session ordinaire 1982-1983, n° 647/4, page 29). En doctrine, voy. H. SIMONART, *La Cour d'arbitrage. Une étape dans le contrôle de la constitutionnalité de la loi*, thèse (Louvain-la-Neuve, 1987), Bruxelles, Story-Scientia, 1988, 85; F. DELPÉREUX, « Présentation de la Cour d'arbitrage de Belgique », *CCG*, 12 (2000), 54, et M. UYTENDAELE, *Précis de droit constitutionnel belge. Regards sur un système institutionnel paradoxal*, Bruxelles, Bruylant, 2001, 469.

(79) Cette difficulté avait amené le professeur Karel RIMANQUE à répondre, non sans un clin d'œil espiègle, que « Des ordonnances sont des ordonnances. Ce ne sont ni des lois ni des règlements. » (K. RIMANQUE, Intervention, in: *La Région de Bruxelles-Capitale, ouvrage précité*, 208. C'est nous qui traduisons. Texte original : [« Ordonnanties zijn ordonnanties. Het zijn geen wetten en evenmin besluiten. »]).

(80) Dans le même sens : P. VAN ORSHOVEN, « Brussel anno 1989. Een derde gewest, een enige agglomeratie, drie gemeenschapscommissies en ... een vierde gemeenschap », *RW*, 1989-1990, 451; M. UYTENDAELE, « Bruxelles : une région à part entière - quelques réflexions sur la nature juridique des ordonnances », *Journal des Procès*, n° 152 (1989), 14-16, et « À propos des ordonnances de la Région bruxelloise », *JT*, 1989, 412; Ch.-E. LAGASSE, « Les nouvelles institutions bruxelloises : un autre point de vue », *JT*, 1989, 412-413; M. LEROY, « Sens et non-sens dans le règlement des conflits », *JT*, 1989, 559, et R. ERGAC, *Introduction au droit public. Tome I. Le système institutionnel*, Bruxelles, Story-Scientia, 1990, 232; J. VANDE LANOTTE, *Inleiding tot het*

Des objections à cette conclusion sont naturellement possibles. Ainsi, on peut relever que la qualité législative d'une norme ne se présume pas et qu'il n'existe pas de disposition par laquelle le législateur spécial aurait expressément reconnu *force de loi* aux ordonnances bruxelloises (81). Pour ces raisons, certains auteurs ont conclu au caractère réglementaire de l'ordonnance (82), tandis que d'autres sont restés indécis (83). Sans vouloir approfondir cette discussion, il convient toutefois de signaler que même les plumes favorables au caractère réglementaire des ordonnances ont fait état des grandes différences qui existent entre ces règles et les normes réglementaires classiques (84). Plus généralement, on doit aussi reconnaître « la portée largement théorique » de la controverse (85).

Notre appréciation personnelle - qui conclut à la valeur législative de l'ordonnance - se fonde avant tout sur deux éléments. Le premier - à notre sens capital - est que le gouvernement, *auteur du projet de loi*, souscrit lui-même au caractère équipollent de l'ordonnance à la loi (86). Le second tient en le parallélisme des compétences de la Cour constitutionnelle à l'égard des lois, des décrets et des ordonnances : pour ces trois catégories de normes, le pouvoir de vérification de cette juridiction est à tout point de vue *identique*.

publié recht, tome 2 (*Overschikt van het publiek recht*), 2^e édition, Bruges, die Keure, 1997, 93. On notera enfin la position particulièrement énergique du doyen DELPÉREUX qui écrit qu'il ne fait pas de doute que toute ordonnance a, comme la loi et le décret, force de loi. (« La Constitution, la loi, le décret et l'ordonnance », *contribution précitée*, 109. C'est nous qui soulignons. »)

(81) La manifestation la plus éclatante de la volonté du législateur de ne pas expressément reconnaître, dans le corps de la loi spéciale sur Bruxelles, une force législative aux ordonnances tient en la circonstance que le législateur spécial a certes rendu applicable aux institutions bruxelloises un grand nombre de dispositions contenues dans la loi spéciale du 8 août 1980, en opérant dans la loi spéciale du 12 janvier 1989 des renvois législatifs en ce sens, mais qu'il ne l'a pas fait à propos du second paragraphe de l'article 19, disposition qui *consacre précisément la force législative* des normes adoptées par les assemblées fédérées. Dans la grande masse d'articles rendus applicables à la Région de Bruxelles-Capitale, le second paragraphe de l'article 19 de la loi spéciale du 8 août 1980 a donc, pour ainsi dire, été « coupé au laser ». On ne peut soutenir qu'un acte de « chirurgie législative » d'une telle précision ait été le fruit du hasard; il procède de la volonté délibérée du législateur spécial de ne pas expressément reconnaître une force législative aux ordonnances bruxelloises.

(82) H. SIMONART, « Les règles bruxelloises », *contribution précitée*, 182-183 et 196, et Y. LARJUNE, « Les nouvelles institutions bruxelloises », *JT*, 1989, 211, et *JT*, 1989, 413-415.

(83) Ainsi, le doyen Paul LEWALLE estime que « les arguments des textes ne permettent pas de trancher. » (P. LEWALLE, *Contentieux administratif, ouvrage précité*, 819.)

(84) H. SIMONART, « Les règles bruxelloises », *contribution précitée*, 184, et Y. LARJUNE, « Les nouvelles institutions bruxelloises », *contribution précitée*, 211 : « (...) la loi spéciale indique clairement que l'autorité qui s'attachera à ces règles sera supérieure à celle dont sont revêtus les règlements de droit commun. »

(85) R. ERGAC, *Introduction au droit public. Tome I. Le système institutionnel, ouvrage précité*, 231.

(86) *Précité*, voy. note 69.

que (87). L'ordonnance bruxelloise sera par conséquent *intégrée* dans nos recherches, au titre d'une norme législative dotée de certaines spécificités (88).

Au terme de cette petite excursion dans les méandres du droit public belge, il convient de déplorer le *manque de clarté* dont le Constituant belge et législateur spécial ont fait montre dans l'élaboration du statut normatif des règles bruxelloises : on ne peut reprocher à la doctrine de ne pas briller par des raisonnements parfaitement cartésiens là où le pouvoir normatif manque lui-même de la plus élémentaire cohérence. C'est ainsi que nous souscrivons sans réserve à la critique du doyen LEWALLE qui, après avoir relevé l'effet perturbateur de l'ordonnance dans la hiérarchie des normes en droit public belge, souligne que l'on ne voit pas

« ce que l'État de droit peut gagner à cultiver ainsi l'ambiguïté. » (89)

La hiérarchie des normes serait en effet sensiblement plus claire si la Région de Bruxelles-Capitale était formellement dotée du pouvoir d'adopter des *décrets* (90). Mais il ne faut pas se voiler la face : c'est précisément ce manque de clarté qui semble avoir rendu politiquement possible l'adoption de la loi spéciale sur Bruxelles, texte sur lequel partis néerlandophones et francophones n'avaient pas la même vision des choses (91).

29. – La Région de Bruxelles-Capitale n'est pas la seule autorité bruxelloise dotée du pouvoir d'émettre des normes législatives. Deux autres institutions du système institutionnel (bilingue) de la

(87) On peut d'ailleurs se demander si la Cour d'arbitrage n'admet pas implicitement elle-même le caractère *législatif* des ordonnances, dans la mesure où elle affirme dans un arrêt récent qu'elle ne peut se prononcer sur une violation des articles 10 et 11 de la Constitution « que si [cette violation] est imputable à une norme législative » : si la Cour considérait les ordonnances comme des normes *réglementaires*, une telle affirmation n'aurait pu être émise (la décision à laquelle il est ici fait allusion est CA, arrêt 62/2004 du 31 mars 2004, considérant B.3.).

(88) Spécificités qui tiennent avant tout en la possibilité, accordée aux juridictions ordinaires par l'article 9 de la loi spéciale sur Bruxelles, d'écarter l'application une ordonnance contraire à la loi spéciale sur Bruxelles ou à certaines dispositions de la Constitution (celles dont la Cour d'arbitrage n'assure pas le respect).

(89) P. LEWALLE, *Contenieux administratif*, ouvrage précité, 819. Du même auteur sur le même problème, voy. son intervention, in : *La Région de Bruxelles-Capitale*, Bruxelles, Bruylant, 1989, 199-207.

(90) Des initiatives parlementaires en ce sens existent (voy. p.ex. *Documents parlementaires*, Chambre des Représentants de Belgique, session ordinaire, 2001-2002, n° 1909/001 du 5 juillet 2002, et session extraordinaire 2003, n° 58/001 du 9 juillet 2003, ainsi que Sénat de Belgique, session ordinaire 2001-2002, n° 2.1229/1 du 2 juillet 2002, et session extraordinaire 2003, n° 3-44/1 du 9 juillet 2003).

(91) En ce sens, voy. K. RYMANQUE, *Intervention, contribution précitée*, 208-209.

Capitale disposent également d'une telle prérogative : la *Commission communautaire française* et la *Commission communautaire française*. Etant donné que notre seul objectif est de déterminer quelles organes belges doivent être considérées comme des « législateurs », nous nous limiterons aux seules remarques nécessaires pour répondre à cette question et nous permettons de renvoyer pour le reste à des ouvrages de droit constitutionnel belge (92).

29.1. – La *Commission communautaire commune* (COCOM) dispose du pouvoir de légiférer par *ordonnances* en vertu de l'article 135 de la Constitution et de l'article 68 de la loi spéciale sur Bruxelles. À l'instar des ordonnances de la Région, les ordonnances de la Commission communautaire commune peuvent, selon la formule consacrée, « abroger, compléter, modifier ou remplacer les lois en vigueur » (93), et on peut plus généralement relever que leur statut est similaire aux ordonnances régionales dont nous venons de parler (n° 28.2.) (94). Il est certes exact que l'article 142 de la Constitution ne confère pas explicitement à la Cour d'arbitrage le pouvoir de contrôler les ordonnances de la COCOM, mais l'on peut penser que si la Cour d'arbitrage était un jour saisi d'une telle norme (ce qui

(92) Voy. notamment les ouvrages suivants, classés en ordre chronologique : A. DELCAMP, *Les institutions bruxelloises*, Bruxelles, Bruylant, 1983, 421 pages, A. ALEN, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, ouvrage précité 421-431, E. WITTE, A. ALEN, H. DUMONT et R. ESCOFF (éds.), *Het statuut van Brussel – Bruxelles et son statut*, Bruxelles, Larcier, 1999, 817 pages, G. CEREXHE et V. LEMAITRE, *Tout savoir sur la Région de Bruxelles-Capitale*, Digne, Story-Scientia, 1999, 115 pages, F. DELPERÉE, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles et Paris, Bruylant et LGDJ, 2000, 383-385, 545-546 et 613-614, et M. UYTENDAELE, *Précis de droit constitutionnel belge*, ouvrage précité (2001), spécialement 747-764. On consultera aussi M. MONNIER, « Le statut de Bruxelles », RDP, 1994, 1037-1078. – La structure complexe des institutions bruxelloises a par ailleurs encore été modifiée par la loi spéciale du 13 juillet 2001 portant transfert de diverses compétences aux régions et communautés (*Monsieur belge*, 3 août) et par la loi du 13 juillet 2001 portant diverses réformes institutionnelles relatives institutions locales de la Région de Bruxelles-Capitale (*Monsieur belge*, 31 août, 2° éd.). Pour un commentaire de ces modifications, voy. F. JUBO, « De Brusselse instellingen en de bescherming van de minderheden », in : *De vijfde Staatsovereenkomst van 2001*, Bruges, die Keure, 2002, 241-275. L'article 38 de la loi spéciale du 13 juillet 2001 a cependant été annulé par CA, arrêt 35/2003 du 25 mars 2003.

(93) L'article 69, alinéa 2, de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux Institutions bruxelloises rend en effet l'article 7 de la même loi applicable aux ordonnances de la Commission communautaire commune.

(94) Une petite différence existe cependant : dans certaines matières strictement délimitées, les ordonnances de la Région peuvent, sous certaines conditions, faire l'objet d'un contrôle par l'Autorité fédérale. Cette procédure n'a cependant jamais été mise en œuvre. Sur ce mécanisme, voy. les articles 45 et 46 de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux Institutions bruxelloises, ainsi que A. ALEN, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, ouvrage précité, 424-425 (n° 440) et 430 (n° 449), et J. VELAES, *Van Arbitragehof tot Grondwetelijk Hof*, ouvrage précité, 113-114.

n'est pas encore arrivé), elle se déclarera compétente et en vérifiera la conformité.

29.2. - La *Commission communautaire française* (COCOF) dispose dans certains cas du pouvoir de légiférer par décret. Il importe de souligner les mots «dans certains cas», car il s'agit d'un régime d'exception : en principe, la Commission communautaire française dispose d'un simple pouvoir réglementaire (95). La compétence de la Cour d'arbitrage à l'égard de ces normes, qui peut se déduire de l'article 142 de la Constitution, a été consacrée par voie jurisprudentielle en 1995 (96).

30. - En définitive, huit organes peuvent être considérés comme des législateurs au sein de l'ordre juridique belge : l'autorité fédérale (97), les Communautés flamande, française et germanophone, la Région wallonne, la Région de Bruxelles-Capitale, la Commission communautaire commune et, dans certains cas, la Commission communautaire française.

c) France

31. - Après avoir examiné la question de la pluralité des législateurs dans les ordres juridiques allemand et belge, il convient de l'analyser en France. Dans l'Hexagone, le phénomène de la multi-

(95) C'est l'article 138 de la Constitution coordonnée qui permet d'attribuer à la Commission communautaire française, dans des matières strictement délimitées, la compétence d'édicter des décrets. Mais si cette disposition fixe l'appellation des normes, elle ne prend pas la peine de préciser que ces décrets ont force de loi : dans l'esprit du constituant, cela allait manifestement de soi.

(96) Les premières décisions de la CA qui procèdent à un contrôle de conformité des décrets de la Commission communautaire française sont les arrêts 31/95 du 4 avril 1995 et 45/95 du 6 juin 1995.

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

plicité des autorités législatives a été pendant très longtemps inexistant : le seul législateur était le *Parlement* tel qu'il est défini au Titre IV de la Constitution, le premier alinéa de son article 34 stipulant que «[l]a loi est votée par le Parlement».

En 1999, la situation a connu un important changement sur le plan des principes. Suite à la révision constitutionnelle intervenue en 1998 (98) pour favoriser l'extension de l'autonomie de la Nouvelle-Calédonie d'une part et pour permettre son éventuelle accession à l'Indépendance de l'autre (99), la loi n° 99-209 du 19 mars 1999 organique relative à la Nouvelle-Calédonie (100) a créé un nouveau type de normes législatives, les *lois de pays*. La disposition-clé de cette loi organique se trouve au premier alinéa de l'article 107, qui porte :

«Les lois de pays ont force de loi dans le domaine défini à l'article 99. Elles ne sont susceptibles d'aucun recours.» (101)

Depuis l'entrée en vigueur de cette loi fin mars 1999 (102), un constat s'impose : dans l'ordre juridique français, le législateur central à Paris n'est plus l'unique autorité habilitée à émettre des normes législatives. Disposant d'un Pouvoir législatif propre, la Nouvelle-Calédonie est habilitée à légiférer dans certaines matières par des normes qui peuvent être déferées au Conseil constitutionnel en vue du contrôle de leur conformité à la Constitution (et à la loi organique précitée). S'il est vrai qu'à ce jour, le juge constitutionnel français n'a été saisi qu'à une seule occasion d'une telle norme législative locale (103), il n'en demeure pas moins que la

(98) Loi constitutionnelle du 20 juillet 1998, JO, 21 juillet.

(99) Sur cette réforme constitutionnelle, voy. P. FACTER, «La loi constitutionnelle du 20 juillet 1998 sur la Nouvelle-Calédonie», in : *Droit constitutionnel, Mélanges Patrice Gélard*, Paris, Montchrestien, 1999, 199-204.

(100) JO, 21 mars. Loi examinée par le Conseil constitutionnel dans sa décision 410 DC du 15 mars 1999, dont nous reparlerons *infra*, n° 202.

(101) Pour de plus amples informations sur le statut de la Nouvelle-Calédonie au sein de l'ordre juridique français depuis la réforme de 1999, voy. F. LUCHARIE, *Le statut constitutionnel de la Nouvelle-Calédonie*, Paris, Economica, 2000, 149 pages, J.-Y. FABERON, «La nouvelle donne institutionnelle en Nouvelle-Calédonie», *RFDC*, 1999, 345-370, O. GOHIN, «L'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie», *AJDA*, 1999, 500-514, Ph. POURET, «Le nouveau statut de la Nouvelle-Calédonie», *RRJ*, 1999, 929-947, et R. FRAISSE, «La hiérarchie des normes applicables en Nouvelle-Calédonie», *RFDA*, 2000, 77-91.

(102) Faute de dispositions spécifiques, la loi organique est entrée en vigueur conformément à l'article 1^{er} du Code civil et à l'article 2 du décret du 5 novembre 1870.

(103) CC, décision 1 LP du 27 janvier 2000.

réforme de 1999 fait en sorte que la République française est désormais caractérisée par une pluralité de législateurs (104).

Ne constituent en revanche *pas* des normes législatives, mais de simple normes réglementaires, les 'lois de pays' adoptées par l'assemblée de la Polynésie française sur base de la loi organique du 27 février 2004 (105) : malgré l'identité d'appellation qui les unit aux lois de pays de la Nouvelle-Calédonie, les normes polynésiennes ne constituent que de simples *actes administratifs* (106). Sur le plan de la *légitimité*, cette manière de procéder ne manque pas de soulever des interrogations : fallait-il vraiment instaurer une homonomie là où il existe une différence fondamentale de statut ?

* * *

32. - Pour conclure, on peut constater une *pluralité* de législateurs dans les trois ordres juridiques sur lesquels portent nos recherches, cette multiplicité étant la plus importante en Allemagne avec *dix-sept* autorités différentes, suivie par la Belgique avec *huit* et par la France avec *deux*. Dans le champ géographique que nous analysons, le terme 'législateur' désigne donc au total *vingt-sept* organes différents.

33. - Après avoir précisé la signification des termes *judge constitutionnel* et *législateur*, il convient de présenter les *compétences* de ce juge dans les différents pays de notre champ de recherche (titre 2). Nous introduirons ensuite un certain nombre de *notions théoriques* (titre 3) avant d'aborder la véritable notion-clé de nos recherches, le concept d'*interférence* (titre 4).

(104) *Contra*, mais selon nous à tort, O. GOHIN («L'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie», *AJD*, 1999, 500-514). Cet auteur relève que l'article 107, alinéa 1^{er}, de la loi organique sur la Nouvelle-Calédonie stipule certes que «les lois du pays ont force de loi» (512), mais il en tire la conclusion que les lois de pays ne sont pas des lois parce qu'il n'est pas dit [dans l'article 107] que les lois du pays sont des lois, mais des actes ayant force de loi. (512, note 116). Cette argumentation semble vouée à l'échec dès lors que l'auteur reconnaît lui-même que «la loi du pays doit (...) être traitée comme un texte ayant la force d'une loi ordinaire.» (512-513). Or, une norme qui a *valeur d'une loi* est nécessairement une norme *législative*. Il est surprenant de constater que cette conclusion ne soit pas unanimement partagée.

(105) Loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004, *JO*, 2 mars. Sur cette loi, voy. notamment A. TROIANIELLO, «Le nouveau statut d'autonomie de la Polynésie française», *RFDC*, 2004, 833-860.

(106) CC, décision 490 DC du 12 février 2004, considérant 90 : «Considérant qu'il ressort des dispositions soumises au Conseil constitutionnel que les actes dits «lois de pays» procèdent des délibérations de l'assemblée de la Polynésie française et ont le caractère d'actes administratifs (...).» (C'est nous qui soulignons.)

TITRE II

APERÇU GÉNÉRAL DES COMPÉTENCES DU JUGE CONSTITUTIONNEL FRANÇAIS, BELGE ET ALLEMAND

34. - Sur base des développements qui précèdent, il convient dans le présent titre de donner une vue d'ensemble des compétences respectives des juridictions constitutionnelles française, belge et allemande. Il ne s'agit pas de fournir ici un *exposé général* sur la structure et le fonctionnement du Conseil constitutionnel, de la Cour d'arbitrage et du *Bundesverfassungsgericht*; de tels développements existent déjà en nombre suffisant dans la littérature constitutionnelle contemporaine (1).

(1) Sans préjudice de la bibliographie en fin d'ouvrage, il convient notamment de mentionner, parmi les écrits en langue française, les contributions suivantes, classées en ordre chronologique : - relativement au *Conseil constitutionnel français*, F. LUCHAIRE, *Le Conseil constitutionnel*, 2^e édition, Paris, Economica, tome 1^{er} (*Organisation et Attributions*, 1987, 490 pages), tome 2 (*Jurisprudence. Première partie : L'individu*, 1998, 259 pages), tome 3 (*Jurisprudence. Deuxième et troisième parties : L'Etat*, 1999, 305 pages) et tome 4 (*Mise à jour des trois volumes. Janvier 1998-Mars 2002*, 49 pages), L. FAVONNU et L. PHILIP, *Le Conseil constitutionnel*, 6^e édition, Paris, PUF, Collection «Que sais-je?» (n° 1724), 1995, 127 pages, G. DEASO, *Contentieux constitutionnel français*, Paris, PUF, 1998, 580 pages, P. AVRIL et J. GICQUIET, *Le Conseil constitutionnel*, 4^e édition, Paris, Montchrestien, 1998, 156 pages, D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, 6^e édition, Paris, Montchrestien, 2001, 567 pages, H. ROUSSILLOU, *Le Conseil constitutionnel*, 4^e édition, Paris, Dalloz, 2001, 173 pages, ainsi que B. MATHIEU et M. VERT-PEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, 2002, 791 pages. - relativement à la *Cour d'arbitrage belge*, H. SIMONART, *La Cour d'arbitrage. Une étape dans le contrôle de la constitutionnalité de la loi*, thèse (Louvain-la-Neuve, 1987), Bruxelles, Story-Scientia, 1988, 304 pages, J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grootvaderlijk Hof*, Anvers, Maklu, 1990, 578 pages, P. VANDERNOOT, «La Cour d'arbitrage - compétence et procédures», *Act. Dr.*, 1991, 288-326, F. DELPERÉE et A. RASSON-ROLAND, *Droit public. La Cour d'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 1996, 165 pages, Y. THIRY, *La Cour d'arbitrage. Compétence et procédure*, Diegem, Kluwer, 1997, 184 pages, E. CHEREXE et M.-F. RIGAUX, *Tout savoir sur la Cour d'arbitrage*, Diegem, Kluwer, 1998, 88 pages. - et relativement au *Bundesverfassungsgericht allemand*, P. CHREKUT, *La justice constitutionnelle en Allemagne et le tribunal constitutionnel de Karlsruhe*, thèse (Paris, 1956), non publiée, 900 pages dactylographiées + annexe (traduction française de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale [BVerfGG]), J.-Cl. BÉGUIN, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République fédérale d'Allemagne*, thèse (Dijon, 1979), Paris, Economica, 1982, 311 pages, M. FRO-MONT et A. RYEG, *Introduction au droit allemand, tome II : Droit public - Droit pénal*, Paris, Cujas, 1984, 428 pages, et C. AUTEXIER, *Introduction au droit public allemand*, Paris, PUF, 1997, 379 pages.

Il importe seulement de faire ressortir les différentes possibilités de saisine du juge constitutionnel afin de pouvoir identifier celles qui présentent un intérêt pour nos recherches. Cette identification se fera sur base des *normes contrôlées*, c'est-à-dire des normes qui subissent l'examen de conformité auquel procède le juge constitutionnel (chapitre 1). Une fois cette sélection effectuée, nous étudierons plus en détail les procédures retenues, en nous penchant sur la question de savoir quelles sont leurs *normes de référence* (2), c'est-à-dire les dispositions par rapport auxquelles le contrôle de conformité est effectué (chapitre 2).

CHAPITRE I

LES NORMES CONTRÔLÉES PAR LE JUGE CONSTITUTIONNEL : LES DIFFÉRENTS TYPES DE SAISINE

35. - Dans le présent chapitre, il conviendra de passer en revue les différentes voies d'accès au juge constitutionnel. Celles-ci étant propres à chacun des trois ordres juridiques que nous examinons, il échet de les présenter séparément. Dans le cadre de cette présentation, nous donnerons aussi quelques précisions quant aux *personnes ou organes qui sont habilités à intenter les saisines* et aux *délais* dans lesquelles celles-ci doivent être introduites. Nous aborderons plus tard, au second chapitre, les différentes *formes de décisions* qui statuent sur ces saisines (nos 61, 63 et 65).

SECTION I. - TYPES DE SAISINE DU JUGE CONSTITUTIONNEL FRANÇAIS

36. - Les procédures qui permettent de saisir le Conseil constitutionnel sont multiples (3). Comme nous nous intéressons exclusivement aux décisions juridictionnelles rendues par le juge constitutionnel en vue de vérifier la *conformité de normes législatives à la Constitution*, bon nombre des chefs de compétence du Conseil peuvent d'emblée être exclus.

36.1. - Il en va tout d'abord de ses compétences *consultatives* ou purement *déclaratoires*, c'est-à-dire de ses prérogatives *non juridictionnelles*. C'est ainsi qu'il convient d'écarter la compétence consultative fondée sur l'article 16, alinéa 3, de la Constitution et, pour les mêmes raisons, celles basées sur les alinéas 4 et 5 de l'article 7, c'est-à-dire les hypothèses où le Conseil constitutionnel constate la

(2) Expression que l'on semble devoir au doyen Louis FAVOREU (voy. notamment ses contributions « Le principe de constitutionnalité, essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in : *Revue d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1977, 37, « L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les diverses branches du droit », in : *Libéralisme. Études en l'honneur de Léo Hamon*, Paris, Economica, 1982, 238, et « La décision de constitutionnalité », *RIDC*, 1986, 616). Elle est maintenant utilisée tant en France qu'en Belgique. - Pour la Belgique, voy. notamment Y. THIRY, *La Cour d'arbitrage. Compétence et procédure*, ouvrage précité, 15; pour la France, G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français, ouvrage précité*, 211, qui définit les normes de référence comme « les règles juridiques de valeur constitutionnelle qui forment le droit substantiel sur lequel se fonde le Conseil constitutionnel pour exercer le contrôle de constitutionnalité ». Le président François LUCHAIRE utilise quant à lui l'expression « actes protégés » (F. LUCHAIRE, Commentaire de l'article 61 de la Constitution, in : F. LUCHAIRE et G. CONAC [dirs.], *La constitution de la république française*, 2^e éd., Paris, Economica, 1987, 1117).

(3) Sur tout ce qui suit, voy. aussi L. FAVOREU, « Les cas et les formes d'intervention des décisions du Conseil constitutionnel et leurs effets », *RIDC*, numéro spécial 12 (1990), 47-59. On tiendra cependant compte de ce que cette contribution est antérieure à la révision de l'article 64 de la Constitution (1992) et à l'introduction des lois de pays néo-calédoniennes (1999).

vacance ou l'empêchement de la présidence de la République (alinéa 4) ou déclare définitifs ces vacances ou empêchement (alinéa 5).

36.2. — Il échet ensuite d'écartier l'intégralité de ses compétences juridictionnelles en matière *électorale* (4), c'est-à-dire ses décisions relatives à la régularité des élections nationales (5) ou des référendums (6). Doit également être éloignée de nos recherches la compétence du Conseil de veiller au respect du régime d'*incompatibilités* applicable aux parlementaires (7) (ce qui inclut la compétence de déclarer un parlementaire démissionnaire d'office (8)) et sa prérogative de prononcer l'*inélégibilité* d'un candidat pour une certaine période (9) (ce qui inclut la compétence de déchoir un parlementaire de son mandat, si le prononcé intervient après l'élection (10)). Dans tous ces cas, nous n'avons pas affaire à des décisions qui vérifient la constitutionnalité de normes législatives.

36.3. — Pour la même raison, il convient de faire abstraction de la compétence du Conseil, établie à l'article 41 de la Constitution, de vérifier si une *proposition de loi* ou un *amendement* a un caractère législatif ou réglementaire : il ne s'agit pas là de normes législatives au sens propre du terme. Les décisions du Conseil portant le sigle FNR ne peuvent donc être prises en considération dans le cadre de notre travail (11).

(4) Voy. J.-P. CAMBY, *Le Conseil constitutionnel, juge électoral*, 2^e édition, Paris, Dalloz, 2001, 182 pages, et F. MÉLIN-SOURRANTEN, « Le Conseil constitutionnel, juge électoral », *Pouvoirs*, 105 (2003), 117-131.

(5) Élections à l'Assemblée nationale, au Sénat et à la Présidence de la République. Le contentieux des élections européennes relève en revanche du Conseil d'État. — Pour les élections parlementaires, voy. l'article 59 de la Constitution, les articles 32 à 45 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 ainsi que les articles LO 180 à LO 189 et LO 325 du Code électoral. Pour l'élection présidentielle, voy. l'article 58 de la Constitution et l'article 30 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel (JO, 9 novembre). Cette dernière disposition renvoie à l'ordonnance 58-1064 portant loi organique relative à l'élection du Président de la République du même jour (même JO).

(6) Article 60 de la Constitution et les articles 46 à 51 de l'ordonnance portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

(7) Articles LO 137 à LO 153 et LO 297 du Code électoral.

(8) Articles LO 136-1, LO 151 et LO 297 du Code électoral.

(9) Articles LO 128 à LO 136-1 et LO 296, alinéa 2, du Code électoral.

(10) Article LO 136 et LO 296, alinéa 2, du Code électoral.

(11) La dernière des onze décisions que le Conseil constitutionnel a rendues dans le cadre de cette procédure date d'il y a plus de vingt ans (CC, décision 11 FNR du 23 mai 1979). Pour un étude plus approfondie de la procédure du type FNR, voy. E. OLIVA, *L'article 41 de la Constitution du 4 octobre 1958, Initiative législative et Constitution*, thèse (Aix-Marseille III, 1992), Paris et Aix-en-Provence, Economica et PUAM, 1997, 603 pages.

36.4. — Enfin, nous devons également évacuer les décisions du juge constitutionnel français qui sont rendues sur base de l'article 54 de la Constitution : ici, le Conseil est appelé à apprécier la constitutionnalité d'un *engagement international* (et non d'une norme législative).

37. — À ce stade intermédiaire, il nous reste quatre voies d'accès au Conseil constitutionnel : le contrôle obligatoire des lois organiques et des règlements des Assemblées parlementaires (12), le contrôle facultatif des lois ordinaires (13), l'appréciation du caractère législatif ou réglementaire d'un texte de forme législative (14) et le contrôle facultatif des lois de pays néo-calédoniennes (15). Les décisions rendues dans deux premières voies de saisine portent le sigle DC (mais doivent être distinguées de celles rendues sur base de l'article 54 qui portent le même sigle) ; les décisions rendues par application du troisième type sont revêtues de la lettre L et celles rendues sur base du quatrième de l'abréviation LP. Ce sont ces *quatre catégories* qui retiendront exclusivement notre attention.

À l'intérieur de la première d'entre elles (16), on peut encore restreindre davantage. En effet, les règlements des Assemblées ne constituent pas, à strictement parler, des normes législatives : même s'il s'agit d'une opération fondée sur le premier alinéa de l'article 61 — le cœur des attributions du Conseil constitutionnel — la vérification de la constitutionnalité des règlements de l'Assemblée nationale (17), du Sénat (18) ou du Congrès (19) sort du cadre de nos recherches (20). Aucune restriction ne doit en revanche être émise relativement aux trois autres catégories : les décisions rendues dans le cadre du contrôle facultatif des lois ordinaires, dans la procédure de l'examen de la forme législative et dans le cadre de la vérification

(12) Article 61, alinéa 1^{er}, de la Constitution.

(13) Article 61, alinéa 2, de la Constitution.

(14) Article 37, alinéa 2, de la Constitution.

(15) Article 104 de la loi 99-209 du 19 mars 1999 organique relative à la Nouvelle-Calédonie (JO, 21 mars).

(16) Le contrôle obligatoire des lois organiques et des règlements des Assemblées parlementaires.

(17) Des la première décision DC du Conseil : décision 1 DC du 14 mai 1959.

(18) Des la troisième décision DC du Conseil : décision 3 DC des 24 et 25 juin 1959.

(19) Le Conseil s'est prononcé à deux reprises sur un règlement du Congrès : voy. les décisions 24 DC du 20 décembre 1963 et 415 DC du 28 juin 1999.

(20) Sur le contrôle de la constitutionnalité des règlements des Assemblées, voy. S. de CACQUERAY, *Le Conseil constitutionnel et les règlements des Assemblées*, thèse (Aix-Marseille III, 2000), Aix-en-Provence et Paris, PUAM et Economica, 2001, 465 pages.

des lois de pays néo-calédoniennes présentent toutes un intérêt potentiel pour nos recherches (21).

38. — En définitive, parmi une grande diversité des voies de saisine du juge constitutionnel français, quatre d'entre elles feront l'objet de notre examen : nous étudierons les décisions du Conseil constitutionnel dans le cadre

- du contrôle obligatoire des lois organiques,
- du contrôle facultatif des lois ordinaires,
- de l'examen de textes de forme législative,
- et accessoirement, de la vérification de la constitutionnalité des lois de pays néo-calédoniennes (22).

Dans tous les quatre cas, il s'agit bien d'un contrôle de constitutionnalité de normes législatives : dans le cadre de l'article 61 (les deux alinéas confondus), le Conseil vérifie si une loi non encore promulguée est conforme à la Constitution; dans le cadre de l'article 37, alinéa 2, le Conseil examine si certaines dispositions d'une loi déjà promulguée sont conformes à certaines dispositions de la Constitution (23); enfin, dans la procédure du type LP le Conseil contrôle si les normes de *rang législatif* adoptées par les autorités néo-calédoniennes l'ont été dans le respect des règles constitutionnelles (24). Les procédures prévues aux deux alinéas de l'article 61 et celle du type LP opèrent *a priori*, avant promulgation de la

(21) Même si l'adjectif «toutes» peut faire sourire quand on sait que dans le cadre de la procédure LP, une seule décision a été rendue à ce jour (1^{er} juillet 2005). A cette même date, on relève 200 décisions du type L et 515 décisions du type DC. Pour ce qui est de ce dernier chiffre, il contient cependant les saisines introduites sur base de l'article 54 ainsi que celles introduites sur base de l'article 61, alinéa 1, et portant sur un règlement d'une assemblée parlementaire. — Pour une statistique tout à fait précise, qui tient compte de ces détails de calcul, voy. CCC, 10 (2001), 6 (tableau reprenant toutes les décisions du Conseil constitutionnel rendues depuis 1958). Elle est cependant à jour au 28 février 2001 seulement.

(22) Sur cette procédure, voy. notamment A. ROUX, «Le contrôle du Conseil constitutionnel», in : *La souveraineté partagée en Nouvelle-Calédonie et en droit comparé*, Actes du colloque organisé à Nouméa du 17 au 19 décembre 1999, Paris, La documentation française, 2000, 339-349. J.-Y. FABRON, «La nouvelle donne institutionnelle en Nouvelle-Calédonie», *RFDC*, 1999, 360, et O. GOHIN, «L'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie», *AJDA*, 1999, 510.

(23) Nous aborderons ce point plus en détail *infra* (n° 59), lorsque nous parlerons des normes de référence.

(24) L'étendue précise des normes de référence sera quant à elle examinée plus loin, au cours chapitre suivant (*infra*, n° 58).

norme législative, celle du type L *a posteriori*, par rapport à des normes législatives déjà promulguées.

* * *

39. — Relativement à ces quatre types de procédure, nous voudrions apporter quelques précisions relatives à l'identité des requérants (n^{os} 40-41) et aux *délais* dans lesquelles les saisines doivent être introduites (n° 42) (25).

40. — *Les requérants* — Au niveau des requérants, la situation en France se distingue sensiblement de celle de la Belgique et de l'Allemagne. En effet, seuls certains requérants *institutionnels* sont autorisés à contester la constitutionnalité d'une loi ou d'une loi de pays. Le simple particulier, aussi défavorisé qu'il soit par une norme législative qu'il tient pour inconstitutionnelle, ne peut saisir le Conseil constitutionnel.

40.1 — L'ordre juridique français est également le seul à connaître un mécanisme de saisine (26) obligatoire : conformément à l'article 61, alinéa 1^{er}, de la Constitution, toutes les lois organiques (27), qu'elles soient ou non suspectées d'inconstitutionnalité, doivent lui être soumises avant leur promulgation. Ceci vaut même pour les lois organiques qui concernent le Conseil constitutionnel lui-même (28). L'obligation de transmission incombe au Premier ministre (29), à

(25) Sur tout ceci voy. aussi P. JAN, *La saisine du Conseil constitutionnel*, thèse (Tours, 1997), Paris, LGDJ, 1999, 716 pages. Ce travail étant antérieur à la loi organique du 19 mars 1999, l'auteur ne traite pas encore de la procédure applicable aux lois de pays néo-calédoniennes.

(26) Notons au niveau de la terminologie que selon le président François LUCHAIRE, il ne faudrait pas, dans le cadre du contrôle obligatoire prévu par le premier alinéa de l'article 61, parler de «saisines» mais simplement de «transmissions» (F. LUCHAIRE, «Les lois organiques devant le Conseil constitutionnel», *RDP*, 1992, 390). Il ne semble cependant pas que la doctrine l'ait beaucoup suivi sur ce point; ainsi, l'expression «saisine obligatoire» apparaît notamment sous la plume du doyen Louis FAVOREU («Les cas et les formes d'intervention des décisions du Conseil constitutionnel et leurs effets», *RIDC*, numéro spécial 12 [1990], 61), du professeur Guillaume DRAGO (*Contentieux constitutionnel français, ouvrage précité*, 33).

(27) *Le Conseil constitutionnel, ouvrage précité*, 268) et du doyen Henry ROUSSILLON (28) CC, décisions 62 DC du 23 décembre 1974 et 354 DC du 11 janvier 1995.

(29) Article 17, alinéa 1^{er}, de l'ordonnance 58-1067 du 7 novembre 1958. Pour les règlements des Assemblées, cette obligation incombe au président de l'Assemblée concernée (article 17, alinéa 2, de ladite ordonnance).

l'exclusion de toute autre autorité, et notamment des parlementaires (30).

Ce qui singularise la procédure du contrôle des lois organiques, c'est que le Premier ministre détiendrait une compétence *totale*ment liée, en ce qu'il est tenu de déférer la loi au Conseil *même* lorsque sa *constitutionnalité n'est pas contestée*. Dans les trois pays qui font l'objet de nos recherches, le premier alinéa de l'article 61 de la Constitution française est la seule disposition à prévoir un tel régime, et il est aussi le seul à pleinement mériter l'appellation « contrôle obligatoire » : en Belgique et en Allemagne, une juridiction peut certes se trouver obligée de saisir le juge constitutionnel (31), mais ces situations ne sont pas comparables parce que l'obligation ne naît que lorsqu'un certain nombre de conditions sont réunies (conditions que le juge apprécie souverainement). Ce n'est donc *qu'une fois l'existence de ces conditions admise* que le tribunal doit saisir le juge constitutionnel. Or, il y a une nette différence entre l'obligation inconditionnelle de soumettre une norme au juge constitutionnel *alors même* que sa constitutionnalité n'est pas contestée et l'hypothèse où un magistrat est tenu de saisir la Cour constitutionnelle *pour autant seulement* qu'il doute personnellement de la constitutionnalité d'une norme ou que des contestations se sont élevées à son égard. Il nous semble qu'il faille attribuer l'expression « contrôle obligatoire » seulement au premier cas (32).

40.2 - Les requérants au niveau du contrôle facultatif des lois ordinaires prévu à l'article 61, *alinéa 2*, sont le président de la République, le Premier ministre, le président de l'Assemblée nationale, le président du Sénat, et depuis 1974 (33), un groupe de soixante députés ou de soixante sénateurs (34). Cette possibilité de

(30) Ainsi, le Conseil constitutionnel ne saurait être saisi d'une loi organique par soixante députés ou sénateurs : CC, décision 305 DC du 21 février 1992, considérant 2; voy. aussi G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, ouvrage précité, 268, et F. LECHAÏRE, « Les lois organiques devant le Conseil constitutionnel », *contribution précitée*, 391.

(31) Voy. *infra*, n° 45.1 (Belgique) et n° 54.5 (Allemagne).
(32) Nous acceptons volontiers des opinions en sens contraire, mais il faudra alors admettre, en raison de la distinction que nous venons d'exposer, que le concept de « contrôle obligatoire » soit susceptible d'une subdivision en un « contrôle obligatoire absolu » et un « contrôle obligatoire conditionnel ». Nous ne sommes pas convaincu qu'une telle présentation soit de nature à renforcer la clarté de l'exposé.

(33) Article unique de la loi constitutionnelle n° 74-904 du 29 octobre 1974 (JO, 30 octobre).
(34) Députés et sénateurs qui introduisent depuis 1974 la presque totalité des saisines fondées sur l'article 61, alinéa 2 (L. FAYOUB et L. PHILIP, *Le Conseil constitutionnel*, 6^e édition, coll. « Que sais-je ? », Paris, PUF, 1995, 79).

saisine parlementaire existe pour les seules lois ordinaires; elle ne peut être employée contre une loi organique (35). Par ailleurs, une fois une saisine parlementaire déposée au Conseil, un parlementaire ne peut plus retirer sa signature en vue de le dessaisir (36).

Quant au droit de saisine du Président de la République, il n'a jamais été mis en œuvre (37). Comme le relève le professeur Guillaume DRAGO, cette retenue personnelle du Chef de l'État

« se comprend assez bien d'un point de vue politique car une décision du Conseil rejetant son recours aurait le plus fâcheux effet. » (38)

40.3 - Pour ce qui est de la *procédure du type L*, l'examen de textes de forme législative, elle peut uniquement être intentée par le Premier ministre (article 24 de l'ordonnance précitée).

40.4 - Enfin, la saisine du Conseil constitutionnel dans le cadre de la *procédure du type LP* peut être effectuée par cinq autorités différentes : par le représentant de la République en Nouvelle-Calédonie (le « Haut-commissaire »), par le gouvernement néo-calédonien, par le président de l'assemblée législative de la Nouvelle-Calédonie (appelée « le Congrès »), par le président d'une des trois assemblées de province (39) ou par 18 au moins des 54 membres du Congrès (40). Une loi de pays ne peut être soumise au Conseil que si elle a déjà fait l'objet d'une nouvelle délibération, qui doit intervenir huit

(35) CC, décision 305 DC du 21 février 1992, considérant 2 :

« Considérant que pour les lois auxquelles la Constitution confère le caractère de lois organiques, la transmission obligatoire du texte au Conseil constitutionnel effectuée en application des dispositions précitées est exclusive de toute autre procédure; qu'elle fait obstacle à ce que le Conseil constitutionnel puisse être saisi d'une loi organique sur fondement du deuxième alinéa de l'article 61 de la Constitution. »

Cette solution paraît logique dans la mesure où toute loi organique doit de toute manière être soumise au Conseil par le Premier ministre.

(36) CC, décision 386 DC du 30 décembre 1996, considérants 3 et 4. Dans le même sens, CC, décision 421 DC du 16 décembre 1999, considérants 2 à 4.

(37) L. RICHU, *Le président de la République et le Conseil constitutionnel*, thèse (Paris X, 1997), 61.2 n'a été déposée sur le bureau du juge [constitutionnel] en près de quarante années de Ve République. »

(38) G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, ouvrage précité, 279. Dans le même sens, voy. H. ROUSSILLON qui affirme que « [le président de la République préfère s'en remettre, en période de coïncidence des majorités, aux autorités constitutionnelles [l'auteur entend par là le premier ministre et le président des Assemblées] et en période de cohabitation aux parlementaires partageant ses idées » (H. ROUSSILLON, *Le Conseil constitutionnel*, 4^e édition, ouvrage précité, Paris, Dalloz, 2001, 27).

(39) Les trois provinces de la Nouvelle-Calédonie sont les Îles Loyauté, la province Nord et la province Sud (article 185 de la loi 99-209 du 19 mars 1999 organique relative à la Nouvelle-Calédonie).

(40) Article 104 de la même loi.

jours au moins après l'adoption initiale du texte (41); il s'agit là d'une règle destinée à mettre un frein à des saisines trop allégres.

41. — La circonstance qu'il s'agit dans tous les quatre types de procédure de requérants institutionnels a deux conséquences au niveau de la procédure proprement dite. D'une part, le droit du contentieux constitutionnel français ne contient aucune condition d'intérêt à agir; une telle exigence n'existe tout simplement pas.

L'autre conséquence du statut privilégié des requérants tient en ce que les requêtes ne doivent pas être motivées (42). Ici, un jugement nuancé s'impose. Il est naturellement logique de ne pas prévoir une obligation de motivation à charge d'un organe qui est tenu par une obligation de saisine. Par contre, lorsque la saisine est facultative, une exigence de motivation nous semblerait utile : aucune contradiction ne réside dans le fait d'imposer aux requérants de succinctement motiver leur saisine, tout en ne formulant aucune condition quant à leur intérêt à agir. Il s'agit là de deux problèmes bien distincts, l'intérêt à agir se situant au niveau de la recevabilité, la motivation au niveau du fondement. Le meilleur indice qu'une exigence de motivation des requêtes serait utile est d'ailleurs fourni par le législateur lui-même, puisqu'il a instauré une telle condition dans la récente législation relative à la Nouvelle-Calédonie : loi organique de 1999 stipule en effet que « [c]haque saisine [du type LP] contient un exposé des moyens de droit et de fait qui la fondent » (43). Pour les procédures du type DC et L qui datent de 1958, une telle obligation n'existe cependant pas.

42. — *Les délais pour l'introduction de la saisine* (44) — Il convient aussi de consacrer quelques mots aux délais dans lesquels

(41) Article 103 de la même loi.

(42) « Aucune disposition constitutionnelle ou organique n'impose que la saisine soit motivée. Le Conseil prend parfois acte de cette absence de motivation des saisines dans sa décision par la formule "considérant que les auteurs de la saisine n'ont développé à l'appui de celle-ci aucun moyen particulier" (n° 86-211 DC, 26 août 1986, *Rec.*, 130), ceci pour bien signifier aussi que la discussion constitutionnelle provient de conclusions soulevées d'office par le Conseil (...). Une saisine ne comportant aucun moyen particulier est donc recevable. » (G. DRAGO, *Commentaire constitutionnel français, ouvrage précité*, 286).

(43) Article 104, alinéa 2, de la loi 98-209 du 19 mars 1999 organique relative à la Nouvelle-Calédonie.

(44) Le terme « saisine », tout comme celui de « saisissants », sont d'origine française et ne peuvent être trouvés tels quels en Belgique, où l'on parlerait plus volontiers de « recours » et de « requérants ». Pour être précis, le terme « saisine » y existe mais ne désigne pas l'acte *introduit d'instance* mais le fait d'être saisi d'une affaire. Notons cependant que les notions « saisine » (au sens de l'acte) et de « requête », tout comme celles « saisissants » et « requérants », ne sont pas stric-

les saisines doivent être formulées pour être recevables. Cette question est sans objet pour la saisine obligatoire du premier alinéa de l'article 61, puisqu'une loi organique qui n'aura pas été soumise au Conseil ne pourra tout simplement être promulguée. Pour ce qui est des trois autres procédures (celles du type L, du type DC [61, alinéa 2] et LP), trois réponses distinctes doivent être données.

42.1 — Le cas le plus simple est celui de la *procédure du type L* : ni le constituant ni le législateur organique n'ont prévu de délai pour saisir le Conseil (45). Même plusieurs décennies après la promulgation d'un texte de forme législative, le Premier ministre pourra toujours demander au Conseil d'en examiner le statut (légitif ou réglementaire).

42.2 — Pour ce qui est *de lois de pays néo-calédoniennes* en revanche, un délai existe : la procédure du type LP doit être déclenchée dans les dix jours à compter de la seconde délibération du Congrès (46).

42.3 — Mais l'essentiel, quand on parle du délai de saisine, se situe au niveau du *second alinéa de l'article 61*. Le contrôle facultatif des lois ordinaires présente en effet, si on l'analyse sous l'aspect du laps de temps dont disposent les saisissants éventuels, un cas unique (du moins dans les trois ordres juridiques sur lesquels portent nos recherches). La situation particulière est générée par deux éléments. D'une part, l'article 10 de la Constitution accorde au Président de la République un délai de quinze jours pour procéder à la promulgation d'une loi, délai qui prend cours le jour de la « transmission au Gouvernement de la loi définitivement adoptée ». D'autre part, les saisissants ne peuvent saisir le Conseil ni antérieurement au vote définitif de la loi (47), ni postérieurement à sa promulgation. Or,

tement synonymes : lorsque le juge constitutionnel est saisi par une juridiction dans le cadre d'une procédure de renvoi préjudiciel (situation qui n'existe pas en France), la juridiction qui a renvoyé l'affaire a certes saisi le juge constitutionnel — et donc effectué une *saisine* — mais la question de constitutionnalité qu'elle pose constitue un *jugement* et non une *requête*. La juridiction de renvoi est donc *saisissant* sans être *requérant*. Nous reviendrons sur ce point plus tard (*infra*, n° 53).

(45) L. FAVOREU et L. PHILIP, *Le Conseil constitutionnel*, 6^e édition, coll. « Que sais-je », Paris, PUF, 1995, 32.

(46) Alinéa 1^{er} du même article de la même loi.

(47) Le Conseil va même jusqu'à rejeter comme irrecevable la saisine déposée après vote définitif de la loi mais dont les signatures ont été recueillies avant le suffrage : voy. CC, décision 69 DC du 8 novembre 1976. Dans cette affaire, le vote définitif de la loi a eu lieu les 27 et 28 octobre 1976 et la lettre de saisine a été déposée le 29. Le Conseil l'a rejetée comme irrecevable en relevant que « ces signatures ont été apposées sur ces documents dès le 20 » (*Rec.*, 38).

comme le président de la République est entièrement libre de promulguer la loi dès sa date d'arrivée au Secrétariat général du gouvernement (48).

«[I]l y a là incontestablement une lacune dans la Constitution qui aurait dû prévoir un délai minimum pendant lequel la promulgation ne pourrait être faite.» (49)

Malgré la pertinence de cette remarque, il ne faut cependant pas surestimer le problème. En presque cinquante ans d'existence de la procédure DC, on ne dénombre qu'un cas où une saisine s'est heurtée à la célérité du président de la République qui avait déjà promulgué la loi contre laquelle elle était dirigée (50). Dans l'écrasante majorité des cas, les anecdotes rocambolesques (51) qui rapportent que l'on utilise des cibistes qui transmettent les termes du recours à une voiture postée au Palais-Royal de crainte que le Président de la République ne promulgue la loi dans les minutes qui suivent son adoption définitive, ne reflètent donc guère la réalité. La transmission de la loi au Secrétariat général du gouvernement (acte qui constitue le point de départ du délai de 15 jours) n'est d'ailleurs pas nécessairement instantanée et peut intervenir deux ou trois jours après l'adoption définitive (52).

SECTION 2. — TYPES DE SAISINE DU JUGE CONSTITUTIONNEL BELGE

43. — À la différence du Conseil constitutionnel français, la Cour d'arbitrage belge intervient exclusivement *a posteriori*, en examinant la constitutionnalité de normes déjà promulguées (53). Seule l'inconstitutionnalité d'une norme législative peut faire l'objet d'une

(48) Hypothèse qui s'est déjà réalisée. Voy. J. MASSOT, Commentaire de l'article 10 de la Constitution, in: F. LUCCHAIRE et G. CONAC (dirs.), *La constitution de la république française*, 2^e édition, Paris, Economica, 1987, 404.

(49) G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, Paris, PUF, 1998, 288.

(50) CC, décision 392 DC du 7 novembre 1997 relative à la loi portant réforme du service national. Votée le 21 octobre 1997, la loi est promulguée par le président CHIRAC le 28 octobre, la veille de la date de la saisine: il ne restait plus au Conseil d'en constater l'irrecevabilité.

(51) Voy. notamment Cl. FRANGK, note sous CC, décision 187 DC du 25 janvier 1985, *SJ*, doctrine, n° 28356.

(52) Voy. J. MASSOT, Commentaire de l'article 10 de la Constitution, in: F. LUCCHAIRE et G. CONAC (dirs.), *La constitution de la république française*, ouvrage précité, 404.

(53) Sur tout ce qui suit, voy. aussi F. DELPÉRIÈRE, «Présentation de la Cour d'arbitrage de Belgique», *CCC*, 12 (2000), 49-63. Cette contribution est cependant antérieure à la réforme intervenue en mars 2003.

saisine de la Cour (54). Au niveau des normes contrôlées, la compétence de la Cour est donc l'une des plus simples: elle est compétente pour toutes les normes législatives, mais *seulement* pour les normes législatives; le juge constitutionnel belge ne peut apprécier la constitutionnalité d'une norme réglementaire ou d'une décision de justice. Il s'estime en revanche compétent pour identifier des 'lacunes' dans la législation (55). Comme notre travail porte précisément sur l'appréciation de la constitutionnalité des normes législatives, toute décision rendue par le juge constitutionnel belge est donc susceptible de nous intéresser (56).

À l'instar de la section consacrée au droit français, il convient de consacrer quelques mots à l'identité des requérants (nos 44-45) et aux délais dans lesquels les recours doivent être introduits (nos 46-47).

44. — *Les requérants* — La Cour peut être saisie de deux manières, soit par recours en annulation, soit par question préjudicielle.

Un recours en annulation peut être introduit par toute personne, physique ou morale, qui justifie d'un intérêt (57). C'est au requérant qu'il incombe de démontrer cet intérêt à agir, condition que la Cour interprète de manière différenciée en fonction de la violation alléguée. Pour le dire de manière simple: plus le droit à protéger est fondamental, plus l'intérêt à agir sera facilement admis (58).

Un recours en annulation peut également être introduit par des requérants institutionnels qui, eux, sont dispensés de démontrer un intérêt à agir (59). Cette catégorie comprend d'une part les gouvernements de l'autorité fédérale et des entités fédérées (60) et d'autre part les assemblées parlementaires fédérales et fédérées. Ces derniers peuvent saisir la Cour, par l'intermédiaire de leur président, à la

(54) Nous avons déjà pu développer plus haut ce qu'il fallait entendre par 'norme législative' dans l'ordre juridique belge. Voy. *supra*, nos 26-30.

(55) Sur ce point, voy. *infra*, troisième partie, n° 311-313.

(56) Sous réserve de ce que nous dirons *infra*, à la note 320.

(57) Article 2, 2° de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage du 6 janvier 1989 (*Monsieur belge*, 7 janvier).

(58) Sur ce point, voy. *infra*, troisième partie, titre 1^{er}, note 206.

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

(60) Article 2, 1° de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage.

demande de deux tiers de leurs membres (61); elles font cependant rarement usage de cette prérogative (62).

Le recours, qui doit être introduit par lettre recommandée à la poste (63), a nécessairement pour objet l'inconstitutionnalité d'une norme législative (64). La Cour peut soit le rejeter, soit l'accueillir. Dans le premier cas, elle se bornera à énoncer dans le dispositif qu'elle «rejette le recours» (65). Dans le second, elle précisera les articles de la loi, du décret ou de l'ordonnance qu'elle annule. Même si cela est exceptionnel, l'annulation peut porter sur l'intégralité d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance (66).

Le requérant qui introduit un recours en annulation peut par ailleurs demander la *suspension* de la norme contre laquelle son recours est dirigé. Les conditions pour l'obtenir sont cependant sévères (67) et l'écrasante majorité des demandes est rejetée (68).

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

45.1 - Énonçons d'abord le principe: aux termes de l'article 26, §2, de la loi spéciale de la Cour d'arbitrage, toutes les juridictions, judiciaires et administratives, sont *obligées* de poser une question préjudicielle à la Cour d'arbitrage lorsqu'elles s'approprient à appliquer une norme législative susceptible de contenir une inconstitutionnalité. Comme nous l'avons expliqué plus haut (n° 40.1), il ne

s'agit cependant pas là d'un cas de saisine obligatoire au sens français du terme.

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

Quelles sont les cas dans lesquelles cette obligation est absente? La réponse est fournie par les paragraphes 2 et 3 de l'article 26 de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage, dispositions modifiées par la réforme de 2003 et qui ne se prêtent pas à une lecture aisée. Dans un souci de clarté, nous proposons de distinguer les décisions juridictionnelles qui *peuvent encore faire l'objet d'un recours* (69) (b) de celles qui *n'en sont plus susceptibles* (a).

a) Lorsque le problème de l'éventuelle inconstitutionnalité d'une norme législative naît devant un juge dont la *décision ne pourra plus faire l'objet d'un recours*, celui-ci ne dispose que de quatre exceptions pour échapper à l'obligation de saisir la Cour d'arbitrage. Il n'est pas tenu de lui soumettre une question préjudicielle lorsque - «l'affaire ne peut être examinée par ladite juridiction pour des motifs d'incompétence ou de non-recevabilité» (70), - «la Cour d'arbitrage a déjà statué sur une question ou un recours [en annulation] ayant un objet identique» (71),

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

(70) Article 26, §2, alinéa 2, 1°, de la loi spéciale de la Cour d'arbitrage, modifié par la loi spéciale du 9 mars 2003.

(71) Article 26, §2, alinéa 2, 2°, de la loi spéciale de la Cour d'arbitrage, inséré par la loi spéciale du 9 mars 2003.

(61) Article 2, 3° de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage.

(62) Pour un cas d'application, voy. CA, arrêt 4/91 du 21 mars 1991 (recours en annulation introduit par le président du Conseil de la Communauté germanophone).

(63) Article 82, alinéa 1er, de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage.

(64) Sous réserve de ce que nous dirons *infra* (n° 62), quand nous étudierons les *normes de référence* de la juridiction constitutionnelle belge.

(65) Plusieurs centaines de décisions pourraient être citées. Voy. par exemple le dispositif de l'arrêt 11 du 25 février 1986, qui est le premier de la sorte.

(66) Voy. par exemple CA, arrêts 110/99 du 14 octobre 1999, dit «Suyckerbuyck» (annulation totale d'un décret de la Communauté flamande), 36/2001 du 13 mars 2001 (annulation totale d'un décret de la Région wallonne) et 100/2003 du 17 juillet 2003 (annulation totale d'une loi fédérale).

(67) Article 20 de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage qui formule deux hypothèses dans lesquelles une demande en suspension peut être formulée, l'utilisation de la seconde est rare (voy. par exemple les arrêts 15/92 du 27 février 1992 et 68/93 du 29 septembre 1993).

(68) Voy. le relevé effectué par G. ROSOUX, «Leçons de l'éphémère. La Cour d'arbitrage et le «renouveau» électoral - La Cour d'arbitrage et la suspension», *EBDC*, 2003, 34, notes 104 et 105; l'auteur dénombre, au 15 avril 2003, onze arrêts seulement qui ont effectivement suspendu l'application d'une norme législative.

- «la demande est urgente et (...) le prononcé au sujet de cette demande n'a qu'un caractère provisoire» (72), et

- lorsque la demande de poser une question préjudicielle est formulée «au cours d'une procédure d'appréciation du maintien de la détention préventive» (73).

La portée de ces exceptions est assez réduite, avant tout parce que la première, la troisième et la quatrième *contiennent elles-mêmes des exceptions* dans lesquelles on retourne au principe, c'est-à-dire à l'obligation de saisir la Cour (74).

b) Pour ce qui est des décisions qui *sont encore susceptibles d'un recours* (75) - et qui constituent l'écrasante majorité des décisions juridictionnelles rendues en Belgique - il existe deux exceptions supplémentaires. Outre les quatre hypothèses que nous venons de mentionner, une juridiction n'est pas tenue de saisir la Cour d'arbitrage

- lorsqu'elle est d'avis que la norme législative «ne viole manifestement pas» (76) la Constitution et

- lorsqu'elle «estime que la réponse à la question préjudicielle n'est pas indispensable pour rendre sa décision» (77). C'est surtout cette dernière exception qui revêt un grand intérêt pratique.

(72) Article 26, §3, de la loi spéciale de la Cour d'arbitrage, inséré par la loi spéciale du 9 mars 2003.

(73) Article 26, §3, de la loi spéciale de la Cour d'arbitrage, inséré par la loi spéciale du 9 mars 2003.

(74) Ainsi, la première exception ne peut être appliquée lorsque les motifs d'incompétence ou de non-recevabilité «sont tirés de normes faisant elles-mêmes l'objet de la demande de question préjudicielle» (article 26, §2, alinéa 2, 1°). Les troisième et quatrième exceptions ne peuvent quant à elles être mises en œuvre lorsqu'il existe un doute sérieux quant à la compatibilité de la norme législative avec la Constitution (article 26, §3), *sauf* si la Cour est déjà saisie d'une question préjudicielle ou d'un recours en annulation ayant le même objet (cette dernière hypothèse constitue donc une exception à l'exception relative à une exception - vive la simplicité! - de sorte que le juge n'est pas obligé de soumettre la question à la Cour. Sur ce cas, voy. aussi P. vanden Hende et G. Goepens, «Eindelijk een voorwaardig Grondwettelijk Hof? Een commentaar op de Bijzondere Wet van 9 maart 2003 op het Arbitragehof», *TBP*, 2003, 472, note 98).

(75) Catégorie dans laquelle il convient à notre sens aussi de ranger les décisions du Conseil d'État, *dans la mesure où* elles peuvent faire l'objet d'une opposition (article 30, alinéa 2, et 35 des lois coordonnées sur le Conseil d'État et articles 40 à 46 de l'Arrêté du Régent du 23 août 1948) ou d'un pourvoi en cassation (article 33 des mêmes lois). Nous soulignons cependant les mots «dans la mesure où».

(76) Article 26, §2, alinéa 3, de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage, modifié par la loi spéciale du 9 mars 2003. C'est nous qui soulignons. L'on remarquera que cette exception confère aux juridictions judiciaires et administratives dont les décisions peuvent faire l'objet d'un recours le pouvoir - certes fortement limité - d'apprécier la constitutionnalité des normes législatives qu'elles s'approprient à appliquer.

(77) Même disposition. C'est nous qui soulignons.

En ce qui concerne la première des deux dérogations supplémentaires, il convient de s'interroger sur la pertinence de l'interprétation qu'en font Christine HOREVOERTS et Pascal BOUCQUEY dans un ouvrage récent. Selon ces auteurs, les termes «ne viole manifestement pas» visent

«également implicitement la possibilité (...) de ne pas poser la question préjudicielle lorsque celle-ci porte sur une disposition constitutionnelle que la Cour d'arbitrage n'est pas appelée à préserver, ou encore, d'une manière plus générale, lorsque le juge constitutionnel n'est pas compétent pour répondre à la question» (78).

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

Sur le plan du fondement, il faut relever que cette interprétation extensive *n'est ni corroborée par les travaux préparatoires de la loi ordinaire de 1983, ni par ceux de la loi spéciale de 1989* (79). Ce manque de base textuelle est d'autant plus problématique qu'il s'agit d'une *exception*, par essence de stricte interprétation. On peut d'ailleurs penser que si le législateur avait vraiment voulu octroyer une telle compétence aux juridictions du fond, il aurait profité de la réforme de 2003 pour prévoir une telle exception supplémentaire à l'article 26 *en des termes express*.

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

45.3 - En exposant le mécanisme de la question préjudicielle, il convient aussi de faire état d'un problème que le législateur ne semble pas avoir aperçu lors de la création de la Cour d'arbitrage en

(78) Chr. HOREVOERTS et P. BOUCQUEY, *Les questions préjudicielles à la Cour d'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2001, §6 (c'est nous qui soulignons). Cette hypothèse, qui permettrait de ne pas poser une question préjudicielle en cas d'incompétence *du juge constitutionnel*, ne doit pas être confondue avec la première exception qui autorise de ne pas opérer un renvoi lorsqu'il y a incompétence *du juge du fond*.

(79) Les auteurs ne fournissent d'ailleurs aucune référence textuelle à l'appui de leur allé- gation.

1983. En effet, à partir du moment que l'on admet que la question préjudicielle peut porter sur n'importe quelle norme législative - quel qu'en soit l'objet - la Cour d'arbitrage a compétence pour se prononcer, dans le cadre d'un renvoi préjudiciel, sur la constitutionnalité des normes législatives par lesquelles un traité international reçoit assentiment. Ceci lui confère *de facto* le pouvoir d'apprécier la constitutionnalité des traités. La Cour d'arbitrage s'est ainsi prononcée sur une série de normes d'assentiment et notamment sur la loi qui approuve l'adhésion de la Belgique à la Convention européenne des droits de l'homme (80). Ce qui rend l'utilisation de la procédure préjudicielle à l'encontre de normes législatives d'assentiment particulièrement délicate, c'est que cette technique est susceptible d'aboutir *très tard*, parfois plusieurs décennies après le vote de la loi, à un constat d'inconstitutionnalité. Ceci est hautement problématique à l'égard de normes d'assentiment aussi fondamentales que celles qui approuvent la CEDH (81), le traité de Rome (82) ou le traité de Maastricht (83) (n'oublions pas que ce dernier constitue la base juridique de la monnaie unique). Si la Cour d'arbitrage était amenée à déclarer contraires à la Constitution des telles normes, le Royaume serait exposé à des très sérieuses difficultés sur le plan international.

C'est pour conjurer ce risque (84) que le législateur spécial est intervenu en 2003 et a soustrait à la compétence préjudicielle de la Cour toutes les normes législatives

« par lesquels un traité constituant de l'Union européenne ou la Convention européenne (...) des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou un protocole additionnel à cette convention reçoit assentiment » (85).

(80) CA, arrêt 33/94 du 26 avril 1994.

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

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

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

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

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

Désormais, le régime juridique des normes contrôlées est donc le suivant : en principe, toute norme législative pourra toujours faire l'objet d'un recours en annulation et d'une question préjudicielle. Cependant, pour contrôler la constitutionnalité des normes législatives qui portent assentiment aux traités fondateurs de l'Union européenne, à la CEDH et à ses protocoles additionnels, seul le recours en annulation demeure ouvert.

Cette nouvelle réglementation apporte une solution doublement nuancée au problème que la Belgique pourrait, en raison de sa jurisprudence constitutionnelle interne, se trouver subitement dans l'impossibilité d'exécuter des obligations internationales essentielles. D'une part, toute norme d'assentiment pourra toujours - nous venons de le dire - faire l'objet d'un recours en annulation (même si les délais d'action sont réduits pour ce genre de normes, voy. ci-après). D'autre part, l'impossibilité de saisir la Cour d'arbitrage sur base d'un renvoi préjudiciel n'est pas généralisée mais concerne les seules lois d'assentiment qui ont trait à l'Union européenne et à la CEDH ; il demeure donc parfaitement possible d'interroger la Cour sur la constitutionnalité des lois qui donnent notamment assentiment à la Charte des Nations-Unies (86), au Pacte ONU (87), au traité OTAN (88) ou à la Cour pénale internationale (89).

46. - Les délais pour l'introduction de la saisine - Les recours en annulation doivent être envoyés à la Cour dans les six mois à compter de la publication au *Moniteur belge* de la norme contre laquelle ils sont dirigés (90) ; un délai plus réduit de soixante jours vaut pour les normes qui portent assentiment à un traité international (91). Ils peuvent avoir pour objet des dispositions

(86) Loi du 14 décembre 1945 approuvant la Charte des Nations Unies signée à San Francisco le 26 juin 1945 (*Moniteur belge*, 1^{er} janvier 1946).

(87) Loi du 15 mai 1981 approuvant le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, fait à New York le 19 décembre 1966 (*Moniteur belge*, 6 juillet 1983). Cette loi a fait l'objet d'une question préjudicielle à la Cour d'arbitrage (CA, arrêt 117/88 du 18 novembre 1988).

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

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

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

(91) Article 3, § 2, de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage.

législatives non encore entrées en vigueur (92) ; par contre, il n'est pas possible de diriger un recours en annulation directement contre un refus du législateur d'édicter une norme déterminée (93).

Aucune condition de délai n'existe au niveau des questions préjudicielles. La Cour s'est ainsi prononcée sur la constitutionnalité de dispositions établies par des décrets napoléoniens qui, inchangées depuis leur entrée en vigueur, font partie du droit positif belge (94).

47. — Lorsque la Cour d'arbitrage, saisie sur question préjudicielle, conclut à l'inconstitutionnalité de la norme législative qui lui est soumise, un nouveau délai de six mois (95) s'ouvre pour l'introduction d'un recours en annulation (96). Dans ce cas particulier, le délai ne court pas à partir de la publication de la norme, mais à partir de la parution au *Moniteur belge* de l'arrêt qui statue sur la

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

(93) Faute de norme annulable. Voy. notamment CA, arrêt 158/2001 du 11 décembre 2001. (94) Voy. notamment CA, arrêt 96/2003 du 2 juillet 2003 en tant qu'il a trait à l'article 1134 du Code civil, établi par décret du 7 février 1804, et les arrêts 75/99 du 30 juin 1999 et 51/2002 du 13 mars 2002 relatifs aux articles 67 et 64, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle, établis par décret du 17 novembre 1808. — Plus généralement, on peut relever que le législateur belge fait preuve d'un grand respect devant les dispositions des Codes napoléoniens et ne les change qu'en dernière instance; ceci est particulièrement vrai pour le Code civil où le texte original de Napoléon 1^{er} demeure applicable dans bon nombre de domaines où des modifications sont déjà intervenues en France. Quel meilleur exemple pour cette attitude presque immobiliste du législateur belge que la réforme du Code civil belge en 1949, au cours de laquelle le Parlement a été enfin résolu, cent vingt ans après l'indépendance du pays en 1830, à modifier les dispositions du Code napoléon, en remplaçant le substantif de nationalité « Français » par celui de « Belge ». Avant l'intervention de la loi du 15 décembre 1949, l'article 15 du code civil belge stipulait en effet toujours qu'« Un Français pourra être traduit devant un tribunal de France, pour des obligations par lui contractées en pays étranger, même avec un étranger » (depuis la réforme, la disposition porte qu'« Un Belge pourra être traduit devant un tribunal de Belgique, pour des obligations par lui contractées en pays étranger, même avec un étranger »). Si nous relations cet épisode, c'est parce que l'ancienne version de l'article 15 constitue une lumineuse illustration de la différence fondamentale entre énoncé textuel et signification normative : le texte disait certes « Français » mais la signification en était bien « Belge ». Il convient aussi de noter l'intéressante altération de signification du terme « en pays étrangers » au moment de l'indépendance de la Belgique, alors que le texte n'a pas changé.

(95) Délai qui est toujours de six mois, même lorsqu'il s'agit de normes législatives portant essentiellement à un traité international.

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

question préjudicielle (97). Cette ouverture particulière de délai rend possible d'intenter un recours en annulation contre des normes législatives très anciennes, et l'on ne peut exclure que la Cour soit un jour invitée à annuler une disposition du Code civil de 1804, avec tous les problèmes théoriques que cela poserait (98).

SECTION 3. — TYPES DE SAISINE DU JUGE CONSTITUTIONNEL FÉDÉRAL ALLEMAND

48. — Les compétences du juge constitutionnel fédéral sont déterminées par l'article 93 de la Loi fondamentale (99), qui comprend deux alinéas.

48.1 — Le premier contient huit chefs de compétence qui portent les numéros 1^o, 2^o, 2a^o, 3^o, 4^o, 4a^o, 4b^o et 5^o. Parmi eux, on trouve notamment la compétence du *Bundesverfassungsgericht* relative au contrôle abstrait de normes (100) (2^o et 2a^o), au recours constitu-

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

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

(99) *BGBI*, série I, 1949, I. L'article 93 a été modifié par les lois constitutionnelles du 29 janvier 1969 (*BGBI*, série I, 1969, 359) et du 27 octobre 1994 (*BGBI*, série I, 1994, 3146).

(100) Nous empruntons le terme français de contrôle abstrait de normes à M. FROMONT et A. REEG, *Introduction au droit allemand, tome I : Les fondements*, Paris, Cujas, 1977, 101 et J.-Cl. BÉGUIN, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République fédérale d'Allemagne*, thèse (Dijon, 1979), Paris, Economica, 1982, 59. Pierre CHEXURU emploie quant à lui l'expression, à notre sens trop compliquée, de « contrôle de la constitutionnalité des règles juridiques et de leur hiérarchie en général sur requête des organes non judiciaires » (P. CHEXURU, *La justice constitutionnelle en Allemagne et le tribunal constitutionnel de Karlsruhe*, thèse (Paris, 1956), non publiée, 458).

tionnel (101) (4a^o) et au recours constitutionnel communal (4b^o). Le 5^o est d'une importance particulière parce qu'il précise que «[l]a Cour constitutionnelle fédérale est par ailleurs compétente dans les cas prévus par la présente Loi fondamentale». Grâce à cette disposition, les attributions de la Cour mentionnées aux articles 18, 21 (102), 41, 61, 98 (103), 99 (104), 100 (105) et 126 de la Loi fondamentale sont intégrées dans l'article 93, le texte matriciel des prérogatives de la Cour. Parmi ces dispositions, on trouve notamment l'importante technique du contrôle concret de normes (106) (*konkret Normenkontrolle*), c'est-à-dire le renvoi préjudiciel d'une question de constitutionnalité au *Bundesverfassungsgericht* (article 100 GG).

Toutes les compétences du juge constitutionnel qui sont ancrées dans le premier alinéa de l'article 93 de la Loi fondamentale sont ensuite développées dans la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale du 11 août 1993 (107), le *Bundesverfassungsgesetz* (BVerfGG).

48.2 - Le second alinéa de l'article 93 GG dispose que «[l]a Cour constitutionnelle fédérale est par ailleurs compétente dans les cas prévus par la loi fédérale». Cette disposition n'a plus guère d'intérêt pratique à l'heure actuelle (108). Au moment de sa création, elle avait pour objectif d'assurer la constitutionnalité de la loi fédérale qui octroyait à la Cour constitutionnelle la compétence de connaître des recours constitutionnels (109), compétence qui n'était à l'époque

(101) Nous empruntons le terme français de «recours constitutionnel» à P. CHENU, *thèse précitée*, 384. Cette terminologie est aussi employée par M. FROMONT, «Chronique constitutionnelle et administrative étrangère - Allemagne», *RDV*, 1970, 1354, par M. FROMONT et A. RIEG, *Introduction au droit allemand, tome I : Les fondements, ouvrage précité*, 108, et par J.-Cl. BÉGUIN, *thèse précitée*, 105.

(102) L'article 21 a été modifié par la loi constitutionnelle du 21 décembre 1983 (*BGBI*, série I, 1983, 1481).

(103) L'article 93 a été modifié par la loi constitutionnelle du 18 mars 1971 (*BGBI*, série I, 1971, 206).

(104) L'article 99 a été modifié par la loi constitutionnelle du 18 juin 1968 (*BGBI*, série I, 1968, 657).

(105) L'article 100 a été modifié par la loi constitutionnelle du 18 juin 1968 (*précitée*).

(106) Nous empruntons le terme français de «contrôle concret de normes» à M. FROMONT et A. RIEG, *Introduction au droit allemand, tome I : Les fondements, ouvrage précité*, 100.

(107) *BGBI*, série I, 1993, 1473.

(108) Au point qu'elle n'est même plus mentionnée dans bon nombre d'ouvrages de droit constitutionnel allemand : voy. par exemple H. MAUBER, *Staatsrecht I*, 2^e édition, Munich, C.H. Beck, 2001, 827 pages, K. SCHLAICH et S. KOROTCH, *Das Bundesverfassungsgericht*, 5^e édition, Munich, C.H. Beck, 2001, 413 pages, et J. LIMBACH, *Das Bundesverfassungsgericht*, Munich, C.H. Beck, 2001, 96 pages.

(109) Th. MAUNZ et G. DÜRIG (éds.), *Grundgesetz, Kommentar* [Commentaire de la Loi fondamentale par articles], Munich, C.H. Beck, *sub* article 93, n^o 3 et 80.

pas directement reconnue par la Constitution. En 1969, elle a cependant été expressément consacrée par la Loi fondamentale (110), de sorte que depuis lors, l'alinéa 2 de l'article 93 GG a aujourd'hui perdu l'essentiel de sa raison d'être (111).

49. - Si l'on tente de cerner les compétences de la Cour constitutionnelle qui présentent un intérêt pour nos recherches, et donc de déterminer les différents types de procédure qui sont susceptibles de donner lieu à une décision de la Cour qui pourrait contenir une interférence dans l'activité normative du législateur, il convient dans un premier temps d'éliminer toutes les voies de saisine qui sont étrangères au problème de la constitutionnalité des normes *législatives*. Peuvent ainsi être écartées : les compétences du *Bundesverfassungsgesetz* relatives à la déchéance de droits fondamentaux (112), à l'interdiction de partis politiques (113), au contentieux (en instance d'appel) de l'élection des députés (114), à la destitution du Président fédéral (115) et aux mesures disciplinaires à l'égard des magistrats (116).

Il échet par ailleurs d'exclure les décisions de la Cour qui sont rendues sur base de l'article 99 de la Loi fondamentale et dont nous avons déjà parlé plus haut (117) : nos recherches portent sur la conformité de normes législatives à la Constitution *fédérale* (ou nationale); dans le cadre de la procédure de l'article 99, la Cour examine la conformité de normes législatives par rapport à une Constitution *fédérée* (118).

(110) Article 93, alinéa 1^{er}, 4^a et 4^b, insérés par la loi constitutionnelle du 29 janvier 1969 (*précitée*). Sur cette réforme constitutionnelle, voy. M. FROMONT, «Chronique constitutionnelle et administrative étrangère - Allemagne», *RDV*, 1970, 1353-1354.

(111) En ce sens déjà M. FROMONT et A. RIEG, *Introduction au droit allemand, tome I : Les fondements, ouvrage précité*, 93.

(112) Articles 18 et 93, alinéa 1^{er}, 5^o GG.

(113) Articles 21 et 93, alinéa 1^{er}, 5^o GG.

(114) Articles 41 et 93, alinéa 1^{er}, 5^o GG.

(115) Articles 61 et 93, alinéa 1^{er}, 5^o GG. Procédure jamais appliquée depuis la création de la République fédérale.

(116) Articles 98 et 93, alinéa 1^{er}, 5^o GG.

(117) *Voy. supra*, n^o 22.

(118) En l'espèce celle du Schleswig-Holstein. - Font par contre partie intégrante de nos recherches les décisions dans lesquelles la Cour constitutionnelle fédérale vérifie la conformité d'une norme législative du Schleswig-Holstein tant par rapport à cette Constitution fédérée que par rapport à la Loi fondamentale : dans une telle constellation, les deux opérations de contrôle sont en effet indissociables. Voy. par exemple BVerfG, arrêté du 10 décembre 1974, *BVerfGE* 38, 258.

50. — Après s'être départi de toutes les procédures dans lesquelles la Cour constitutionnelle fédérale ne procède pas à une vérification de la conformité de normes législatives à la Constitution fédérale, il nous reste sept chefs de compétence, à savoir :

- le contrôle abstrait de normes (*abstrakte Normenkontrolle*) (119),
- le contrôle concret de normes (*konkrete Normenkontrolle*) (120),
- le recours constitutionnel (*Verfassungsbeschwerde*) (121),
- les litiges qui opposent l'Autorité fédérale aux Länder ou les Länder entre eux (*Bund-Länder-Streit*) (122),
- les litiges entre organes constitutionnels fédéraux (*Organstreit*) (123), et deux procédures très marginales, à savoir
- le recours constitutionnel communal (*kommunale Verfassungsbeschwerde*) (124) ainsi que
- la prérogative de décider si une norme juridique édictée avant l'entrée en vigueur de la Loi fondamentale est toujours en vigueur en tant que norme du droit fédéral (125).

51. — Ce sont ces types de procédure qui retiendront notre attention. Par rapport à eux, deux remarques, l'une théorique, l'autre pratique, peuvent être formulées.

51.1 — La remarque théorique tient en ce que seule *une* de ces procédures — le contrôle concret de normes — porte exclusivement sur la constitutionnalité de normes *législatives* (126). Les six autres voies de procédure peuvent également être utilisées pour vérifier si des normes *non législatives* sont conformes à la Loi fondamentale. Ainsi, le mécanisme du recours constitutionnel (ordinaire) peut aussi être intenté à l'encontre de normes *réglementaires* et *judiciaires*

(119) Article 93, alinéa 1^{er}, 2^o et 2a^o, GG et paragraphe 13, 6^o et 6a^o, BVerfGG.

(120) Article 100, alinéa 1^{er}, GG et paragraphe 13, 11^o, BVerfGG.

(121) Article 93, alinéa 1^{er}, 4^o, GG et paragraphe 13, 8a^o, BVerfGG.

(122) Article 93, alinéa 1^{er}, 3^o et 4^o, GG et paragraphe 13, 7^o et 8^o, BVerfGG. — Terminologie française reprise de M. FROMONT et A. RIEG, *Introduction au droit allemand, tome I : Les fondements, ouvrage précité*, 98.

(123) Article 93, alinéa 1^{er}, 5^o BVerfGG. — Terminologie française reprise de M. FROMONT et A. RIEG, *Introduction au droit allemand, tome I : Les fondements, ouvrage précité*, 99.

(124) Article 93, alinéa 1^{er}, 4b^o, GG et paragraphe 13, 8a^o, BVerfGG.

(125) Article 126 GG et paragraphe 13, 14^o, BVerfGG.

(126) H. KLUM, Commentaire du paragraphe 80 BVerfGG, in : C. UMBACH et Th. CLEMENS (éds.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Mitarbeiter-kommentar und Handbuch*, Heidelberg, C.F. Müller, 1992, 1035.

res (127) (128) et les procédures du contrôle abstrait de normes, du *Bund-Länder-Streit*, de l'*Organstreit*, du recours constitutionnel communal et de l'article 126 GG (129) peuvent être mises en œuvre par rapport à des normes réglementaires (130). En raison de l'objet de notre recherche, ces types de procédure ne seront dès lors examinées que *dans la mesure* où ils procèdent à la vérification de la constitutionnalité de normes *législatives*.

51.2 — Pour ce qui est de la remarque pratique, elle tient en un simple constat statistique : si toutes les sept procédures revêtent *a priori* un intérêt égal pour nos recherches (131), il faut relever que la majeure partie des décisions que nous étudierons provient des procédures du contrôle concret de normes et du recours constitutionnel. Suivent par après, largement distancées, celles du contrôle abstrait de normes et du *Bund-Länder-Streit* ainsi que, assez anecdotiquement, de l'*Organstreit* (132). Quant aux procédures du recours constitutionnel communal et de l'article 126 GG (133), il

(127) Sur la compétence de la Cour constitutionnelle fédérale à l'égard de normes judiciaires, voy. M. BERNER, *Die Befugnis des Bundesverfassungsgerichts zur Prüfung gerichtlicher Entscheidungen*, thèse (Fribourg-en-Brisgau, 1989), Heidelberg, C.F. Müller, 1991, 446 pages. On observera à cet égard que le mécanisme du recours constitutionnel est dans 95 pourcent des cas dirigé contre des décisions judiciaires (et non contre des lois fédérales ou fédérales) (M. KLUM-COSACK, *Verfassungsbeschwerden*, Bonn, Deutscher Anwalt-Verlag, 2001, 66). Dans le même sens, les professeurs FROMONT et RIEG notent déjà en 1977 que « dans la majeure partie des cas il le recours constitutionnel permet aux individus de contester la constitutionnalité d'un jugement d'un tribunal suprême » (M. FROMONT et A. RIEG, *Introduction au droit allemand, tome I : Les fondements, ouvrage précité*, 104). Précisons aussi au niveau de la terminologie que le recours constitutionnel employé comme voie de (dernier) recours contre une décision judiciaire porte l'appellation *Urteilsverfassungsbeschwerde* (K. SCHLAICH et S. KORTSCH, *Das Bundesverfassungsgericht, ouvrage précité*, 138-139).

(128) Même l'abstention d'une autorité législative ou administrative peut être attaquée dans le cadre de cette procédure.

(129) Appréciation de la conformité à la Loi fédérale de normes édictées antérieurement à l'entrée en vigueur de celle-ci.

(130) K. SCHLAICH et S. KORTSCH, *Das Bundesverfassungsgericht, ouvrage précité*, 90-91 (contrôle abstrait de normes), 72 (*Bund-Länder-Streit*), 67 (*Organstreit*) et 126 (pour la procédure prévue à l'article 126 GG). Pour ce qui est du recours constitutionnel communal, le paragraphe 91 BVerfGG exige la violation de la Constitution par une loi ; la Cour se montre cependant gênée et déclare également recevables des recours constitutionnels communaux dirigés contre des normes réglementaires (M. KLUM-COSACK, *Verfassungsbeschwerden und Menschenrechtsbeschwerden, ouvrage précité*, 355, et K. SCHLAICH et S. KORTSCH, *Das Bundesverfassungsgericht, ouvrage précité*, 127 et note 351).

(131) Étant donné que le phénomène que nous souhaitons observer, c'est-à-dire les interférences dans l'activité normative du législateur, est susceptible de se déclarer au sein de chacune d'entre elles.

(132) Pour un cas d'application de cette procédure, voy. BVerfG, arrêt du 12 juillet 1994 (arrêt *A WAGS*), *BVerfGE* 90, 286, commenté *infra*, n^o 270.

(133) Pour un cas d'application de l'article 126 GG par rapport à une norme législative antérieure à l'entrée en vigueur de la Loi fondamentale, voy. BVerfG, décision du 11 mai 1955, *BVerfGE* 4, 178.

faut bien dire qu'elles ne représentent statistiquement qu'une partie infime du contentieux de la Cour et n'ont à ce jour donné lieu à aucune décision qui revêt un intérêt pour nos recherches (134).

52. — Résumons-nous. En Allemagne, le juge constitutionnel fédéral peut être saisi de contestations très diverses, selon une multitude de procédures différentes. Le problème de l'appréciation de la *conformité de normes législatives fédérales ou fédérées par rapport à la Constitution fédérale*, qui seul fait l'objet de notre étude, peut lui être soumis par sept procédures distinctes, dont six peuvent également être utilisées pour apprécier la constitutionnalité de normes non législatives.

53. — *Les requérants* — Il convient maintenant de préciser par *qui* ces sept voies d'accès au *Bundesverfassungsgericht* peuvent être utilisées. Dans sa thèse de 1979, Jean-Claude BÉGUIN relève que la Cour constitutionnelle fédérale peut être saisie par trois grands groupes : par les organes politiques, par les tribunaux et par les particuliers (135). Cette présentation est essentiellement exacte (136). Il faut cependant être attentif au fait que les notions de «saisissants» et de «requérants» ne sont pas tout à fait identiques. Ainsi, les tribunaux peuvent être qualifiés de *saisissants* — puisqu'ils saisissent effectivement la Cour dans la procédure du contrôle concret des normes — mais lorsqu'une juridiction interroge le *Bundesverfassungsgericht* à titre préjudiciel sur la constitutionnalité d'une norme législative, elle ne formule pas une *requête* mais pose un *acte juridictionnel* : les tribunaux sont donc des saisissants sans être des requérants.

54. — Cette remarque préliminaire étant faite, nous voudrions brièvement passer en revue les différents types de procédure et identifier au sein de chacune d'entre elles les requérants potentiels.

54.1. — La procédure du *contrôle abstrait de normes* n'est ouverte qu'à certains requérants institutionnels. La Cour peut être saisie par le gouvernement fédéral, par le gouvernement d'un Land et par un

(134) Au niveau du recours constitutionnel communal, il n'existait en 2001 — après 50 ans d'activité de la Cour constitutionnelle — que trois cas où une violation de l'article 28 GG a été fructueusement alléguée (K. SCHLAICH et S. KORIOH, *Das Bundesverfassungsgericht, ouvrage précité*, 127 et notes 352 à 354).

(135) J.-Cl. BÉGUIN, *thèse précitée*, 58-59.

(136) Même si elle ne permet pas d'appréhender le recours constitutionnel communal (qui n'est introduit ni par un organe politique, ni par un tribunal, ni par un particulier).

tiers au moins des membres du Bundestag. Le Bundesrat est les parlements des Länder ne disposent en principe pas de cette prérogative, sauf si des conditions particulièrement restrictives sont réunies (137).

54.2. — Dans les litiges qui opposent la Fédération aux Länder ou les Länder entre eux, c'est-à-dire la procédure du *Bund-Länder-Streit*, seuls le gouvernement fédéral et les gouvernements des Länder sont autorisés à agir devant la Cour (138). Alors que la procédure peut porter sur des normes législatives, «les Parlements (...), chose notable, demeurent exclus» (139).

54.3. — Pour ce qui est de l'*Organstreit*, c'est-à-dire des contestations entre différents organes constitutionnels fédéraux, la Cour constitutionnelle peut être saisie par le Président fédéral, le Bundesrat, le Bundesrat et le gouvernement fédéral. Un recours peut également introduit par des «*fragments*» de ces organes — des «*Organteile*» (140) — tels le Président du Bundestag, le Président du Bundesrat, un ministre fédéral, un député ou un groupe de députés (141). Comme il s'agit d'une procédure qui concerne les seuls licites situés à l'intérieur de l'*autorité fédérale*, les entités fédérées n'ont aucun droit de saisir la Cour (142).

54.4. — Quant à la marginale compétence de la Cour constitutionnelle fédérale de décider si une norme juridique édictée avant l'entrée en vigueur de la Loi fondamentale (143) est toujours en vigueur en tant que norme du droit fédéral (144), elle est intéressée

(137) Article 93, alinéa 1^{er}, 2^a ° GG et paragraphe 76, alinéa 2, BVerfGG (cette dernière disposition ayant été modifiée par une loi du 16 juillet 1998, BGBl, série I, 1998, 1823). Pour plus de détails, voy. notamment K. SCHLAICH et S. KORIOH, *Das Bundesverfassungsgericht, ouvrage précité*, 89-90.

(138) Paragraphe 68 BVerfGG.

(139) Paragraphe 63 BVerfGG (...). bemerkenswerterweise die Parlements] K. SCHLAICH et S. KORIOH, *Das Bundesverfassungsgericht, ouvrage précité*, 72.

(140) Th. CLEMENS, Commentaire des paragraphes 63 et 64 BVerfGG, in : C. UMBACH et Th. CLEMENS (éds.), *Bundesverfassungsgesetz, Mitarbeiterkommentar und Handbuch, ouvrage précité*, 838.

(141) Paragraphe 63 BVerfGG.

(142) K. SCHLAICH et S. KORIOH, *Das Bundesverfassungsgericht, ouvrage précité*, 62. Contra, mais de manière minoritaire et selon nous à tort, A. von BRUNNEN, «Der Vorbehalt des Gesetzes im Organstreitverfahren. Die verfassungsprozessualen Möglichkeiten der Fraktionen und der Länder», in : *Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit auf Landesebene. Beiträge zur Verfassungsgeschichte in den Bundesländern*, Baden-Bade, Nomos, 1998, 153-165.

(143) Article 126 GG et paragraphe 13, 1^{er} BVerfGG. La Loi fondamentale est entrée en vigueur le 24 mai 1949, au lendemain de sa promulgation (article 145, alinéa 2, GG).

(144) Jürgen ROHMANN relève à juste titre que ce chef de compétence l'article 126 GG ne vise que le droit antérieur à l'entrée en vigueur de la Loi fondamentale et non le droit antérieur

sante dans la mesure où elle combine deux différentes techniques de saisine. La Cour peut d'une part être saisie par une requête émanant du Bundestag, du Bundesrat, du gouvernement fédéral ou d'un gouvernement fédéré; et il est d'autre part loisible à une juridiction de saisir la Cour constitutionnelle par *judgement*, en opérant un renvoi préjudiciel (145).

54.5 — Ceci nous amène à la technique du *contrôle concret de normes*, procédure que Jean-Claude BÉGUIN nomme « question préjudicielle de constitutionnalité » (146) et que Pierre CHENUT appelle « contrôle sur requête des tribunaux » (147). C'est l'article 100 de la Loi fondamentale qui constitue la base de ce mécanisme. Cette disposition comprend trois alinéas, dont chacun renferme une hypothèse différente dans laquelle une question préjudicielle doit être posée. Seul le premier alinéa est relevant pour nos recherches (148). Selon ses termes, une juridiction doit surseoir à statuer et interroger la Cour constitutionnelle fédérale

« lorsqu'[elle] estime contraire à la Loi fondamentale une loi de la validité de laquelle dépend la solution du litige. » (149)

Il importe de souligner que cette disposition part du principe que c'est au *juge au fond* (sic) qui appartient la compétence de contrôler la conformité de la norme législative à la Loi fondamentale; ceci

à la mise en application de celle-ci à un territoire où elle ne n'était pas d'application antérieurement; on pense ici à l'adhésion à la RFA de la Sarre au 1^{er} janvier 1957 ainsi qu'à celle de l'ex-RFA de Berlin au 3 octobre 1990 (J. RUFMANN, Commentaire du paragraphe 86 BVerfGG, in: C. UMBACH et Th. CLEMENS [éds.], *Bundesverfassungsgesetz, Mitarbeiterkommentar und Handbuch, ouvrage précité*, 1125).

(145) Paragraphe 86 BVerfGG, et K. SCHLAICH et S. KORIOGH, *Das Bundesverfassungsgericht, ouvrage précité*, 126.

(146) J.-Cl. BÉGUIN, *thèse précitée*, 99. Il utilise également l'appellation « procédure de renvoi de la question préjudicielle à la Cour constitutionnelle fédérale » (*thèse précitée*, 98).

(147) P. CHENUT, *thèse précitée*, 475. Si nous n'avons pas suivi BÉGUIN ou CHENUT, c'est parce que leur terminologie, certes très à propos, paraît inutilement s'éloigner de la terminologie allemande. Nous avons donc préféré la traduction directe, « contrôle concret de normes », terme qu'emploient aussi M. FROMONT et A. REG, *Introduction au droit allemand, tome I: Les fondements, ouvrage précité*, 100.

(148) Les second et troisième alinéas ne visent en effet pas à contrôler la conformité de normes législatives à la Constitution fédérale: le second alinéa concerne la compatibilité d'une loi à une norme de *droit international public* et le troisième alinéa vise l'hypothèse où une Cour constitutionnelle fédérée veut se départir d'une jurisprudence établie par la Cour constitutionnelle fédérale ou par une autre Cour constitutionnelle fédérée.

(149) [«Hält ein Gericht ein Gesetz, auf dessen Gültigkeit es bei der Entscheidung ankommt, für verfassungswidrig (...)»] — L'on remarquera que la disposition allemande est rédigée du point de vue du *juge de renvoi* («Lorsqu'un tribunal estime contraire à la Loi fondamentale une loi (...)» tandis qu'en Belgique, l'article 26 de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage est écrit du point de vue du *juge constitutionnel*: «La Cour d'arbitrage statue à titre préjudiciel, par voie d'arrêt, sur (...)».

constitue une différence fondamentale avec le droit belge qui ne lui accorde une telle compétence que de manière exceptionnelle et dans des limites très réduites (150).

Une fois que le juge du fond conclut à l'inconstitutionnalité de la norme législative qu'il est appelé à appliquer, il est obligé de saisir la Cour constitutionnelle; en effet, s'il a la compétence pour constater l'inconstitutionnalité de la norme, il est incapable de la faire disparaître de l'arsenal juridique (151). Cette situation est souvent décrite en droit allemand par l'expression (on pourrait presque parler d'un adage) selon laquelle le juge ordinaire à la *Prüfungskommission*, la compétence de contrôle, et la Cour constitutionnelle la *Verwerfungskompetenz*, la compétence d'invalidation (152).

Pour bien faire ressortir l'étendue des prérogatives du juge de fond dans le cadre de la *Prüfungskompetenz*, il convient de souligner que le tribunal qui a simplement un *doute* quant à la constitutionnalité d'une norme législative mais qui n'en a pas la certitude *n'est pas autorisé* à déférer le problème à la Cour constitutionnelle (153). Ce n'est pas au *Bundesverfassungsgericht* d'exercer la *Prüfungskompetenz* en lieu et place du juge du fond; c'est à *ce dernier* et à lui

(150) Voy. l'article 26, paragraphe 2, dernier alinéa, de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage: le juge *dont la décision est encore susceptible de recours* peut renoncer à opérer un renvoi préjudiciel *lorsqu'il estime que la norme législative à propos de laquelle l'inconstitutionnalité est alléguée ne viole manifestement pas la Constitution* (voy. *supra*, n° 45.2, b).

(151) Voy. notamment HARALD KLEIN qui écrit:

«En raison de son devoir de fidélité à la Loi et au Droit, et en particulier au Droit constitutionnel (articles 20, alinéa 3, 1^{er} alinéa 3, et 97, alinéa 1^{er}, de la Loi fondamentale), tout juge est habilité et obligé de vérifier si les normes juridiques qu'il est appelé à appliquer dans le cadre d'une procédure juridictionnelle sont conformes, c'est-à-dire compatibles avec des règles juridiques d'un rang supérieur.»

«Jeder Richter ist kraft seiner Bindung an Recht und Gesetz, insbesondere an das Verfassungsrecht (Art. 20 III, I III, 97 I GG), berechtigt und verpflichtet, die vor ihm im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens anzuwendenden Rechtsnormen auf ihre Gültigkeit, also auf ihre Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht zu prüfen.»

H. KLEIN, Commentaire du paragraphe 80 BVerfGG, in: C. UMBACH et Th. CLEMENS (éds.), *Bundesverfassungsgesetz, Mitarbeiterkommentar und Handbuch, ouvrage précité*, 1026. Nous soulignons les mots «habilité et obligé» [«berechtigt und verpflichtet»].

(152) Citons encore une fois HARALD KLEIN:

«Le renvoi préjudiciel n'est recevable qu'à la condition que le juge du fond soit (...) convaincu de l'inconstitutionnalité de la norme relevante pour trancher le litige; des simples *doutes* ne suffisent pas.»

[«Für die Zulässigkeit einer Vorlage ist Voraussetzung, daß das Fachgericht von der Verfassungswidrigkeit der für die Entscheidung des Rechtsstreits maßgebenden Norm (...) überzeugt ist; bloße Zweifel genügen nicht.»]

H. KLEIN, Commentaire du paragraphe 80 BVerfGG, in: C. UMBACH et Th. CLEMENS (éds.), *Bundesverfassungsgesetz, Mitarbeiterkommentar und Handbuch, ouvrage précité*, 1047. C'est l'auteur qui souligne.

seul qu'il appartient de trancher. On voit bien la différence d'approche avec le mécanisme préjudiciel belge : alors qu'en République fédérale, le juge du fond qui doute de la constitutionnalité de la norme n'est pas autorisé à poser la question préjudicielle, il est *précisément obligé* de le faire en Belgique, et il n'y n'échappe que s'il est certain que la norme est conforme à la Constitution (154).

Notons enfin que le juge du fond allemand peut saisir la Cour constitutionnelle allemande soit à la demande des parties, soit d'office; mais comme il doit en toute hypothèse être *personnellement* convaincu de l'inconstitutionnalité de la norme (155), on ne perçoit pas, à vrai dire, la pertinence de cette distinction : dans un certain sens, le contrôle concret de normes opère toujours d'office (156).

54.6 - Il échet ensuite de déterminer les requérants au niveau de la *Verfassungsbeschwerde*, voie de saine qui totalise à elle seule 98 pourcent des affaires pendantes devant la Cour (157). Entre 1951, année de sa création, et 1995, le *Bundesverfassungsgericht* fut saisi de 99.663 recours constitutionnels et chaque année, plus ou moins cinq mille nouvelles requêtes lui sont adressées (158). Malgré ce grand nombre de saisines, peu d'entre elles aboutissent : sur les presque cent mille recours déposés jusqu'en 1995, seuls 2.747 ont été déclarés recevables et fondés (159), et le taux actuel de réussite s'élève à 1,2 pourcent (160).

Ces observations statistiques sont nécessaires pour apprécier à leur juste mesure les dispositions qui déterminent les requérants potentiels dans le cadre de la procédure du recours constitutionnel. En effet, aux termes de l'article 90, alinéa 1^{er}, BVerfGG

(154) Et encore à condition que sa décision soit susceptible de recours.

(155) Paragraphe 80, alinéa 3, BVerfGG : « Le renvoi opéré par le juge est indépendant de l'allégation de la nullité de la norme par une partie au litige. » [Der Antrag des Gerichts ist unabhängig von der Rüge der Nichtigkeit der Rechtsvorschrift durch einen Prozessbeteiligten.]

(156) En ce sens, selon nous à juste titre, H. KLEIN, Commentaire du paragraphe 80 BVerfGG, in : C. UMBACH et Th. CLEMENS (éds.), *Bundesverfassungsgesetz, Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, ouvrage précité, 1050.

(157) M. KLEINE-COSACK, *Verfassungsbeschwerden und Menschenrechtsbeschwerde*, ouvrage précité, 60. - Comme lecture introductive au recours constitutionnel, on consultera en langue française A. DITTMANN (traduit par O. FREEMANN), « Le recours constitutionnel en droit allemand », CCC, 10 (2001), 72-81.

(158) K. SCHLAICH et S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, ouvrage précité, 129 (ainsi, 4.729 recours constitutionnels ont été introduits en 1999; M. KLEINE-COSACK, *Verfassungsbeschwerden und Menschenrechtsbeschwerde*, ouvrage précité, 60).

(159) Ce qui correspond à un taux de moins de 2,8 pourcent. M. KLEINE-COSACK, *Verfassungsbeschwerden und Menschenrechtsbeschwerde*, ouvrage précité, 60.

(160) K. SCHLAICH et S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, ouvrage précité, 129.

« quiconque » (161) est autorisé à introduire un recours constitutionnel s'il s'estime lésé dans l'exercice d'un de ses droits fondamentaux (*Grundrechte*) (162) ou de l'un de ses 'droits équivalents aux droits fondamentaux' (*grundrechtsgleiche Rechte*) (163). Or, malgré cette ouverture largissime (le superlatif est tout à fait approprié), les chances de succès pratiques sont minimes. Elles le sont d'autant plus que le requérant doit au préalable avoir épuisé toutes les autres voies de recours (164) et être individuellement (165), présentement (166) et directement touché (167) par la violation des droits fondamentaux ou équivalents qu'il invoque.

Le grand nombre de requêtes a incité le législateur allemand à instaurer un mécanisme tout à fait singulier : le *Annahmeverfahren*, la *procédure préliminaire d'acceptation des recours* (168). En effet, avant même d'examiner la recevabilité ou (*a fortiori*) le fondement du recours constitutionnel, la Cour vérifiera si la requête est dotée de la « capacité d'être acceptée » (*Annahmefähigkeit*). Ce qui est particulièrement remarquable, c'est qu'*en principe*, tel n'est pas le cas : *sauf preuve du contraire*, toute requête n'est pas *annahmefähig* (169). Elle l'est dans deux hypothèses seulement : si « elle revêt une importance fondamentale pour le droit constitutionnel » (170) et si son acceptation est indiquée pour permettre la mise en œuvre des droits

(161) [jedermann].

(162) Articles 1 à 19 GG.

(163) Catégorie spécifique au droit allemand. Conformément à l'article 93, alinéa 1^{er}, 4^e, GG, il s'agit des droit contenus dans le quatrième alinéa de l'article 20 ainsi que dans les articles 33, 38, 101, 103 et 104 GG.

(164) Paragraphe 90, alinéa 2, première phrase. - Voy. aussi K. SCHLAICH et S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, ouvrage précité, 157-162, et M. KLEINE-COSACK, *Verfassungsbeschwerden und Menschenrechtsbeschwerde*, ouvrage précité, 121-155. A cette règle, il existe de très petites exceptions.

(165) [«Selbstbetroffenheit»] K. SCHLAICH et S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, ouvrage précité, 150, et M. KLEINE-COSACK, *Verfassungsbeschwerden und Menschenrechtsbeschwerde*, ouvrage précité, 112-115.

(166) [«gegenwärtige Betroffenheit»] K. SCHLAICH et S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, ouvrage précité, 151-152, et M. KLEINE-COSACK, *Verfassungsbeschwerden und Menschenrechtsbeschwerde*, ouvrage précité, 118-121.

(167) [«unmittelbare Betroffenheit»] K. SCHLAICH et S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, ouvrage précité, 152-155, et M. KLEINE-COSACK, *Verfassungsbeschwerden und Menschenrechtsbeschwerde*, ouvrage précité, 115-118.

(168) Installé dans sa version initiale par la loi du 21 juillet 1956 (BGBl, série I, 1956, 662) et ensuite modifié par les lois du 3 août 1963 (BGBl, série I, 1963, 589), 21 décembre 1970 (BGBl, série I, 1970, 1765) et 12 décembre 1985 (BGBl, série I, 1985, 2226). La version actuelle de la procédure résulte de la loi du 2 août 1993 (BGBl, série I, 1993, 1442).

(169) Paragraphe 93a, alinéa 1^{er}, BVerfGG.

(170) Paragraphe 93a, alinéa 2, a), BVerfGG.

fondamentaux et des droits équivalents (171). Ce mécanisme préliminaire — «soutpape contre une inondation éventuelle de la Cour constitutionnelle» (172) — est d'une redoutable efficacité : 97 pour cent des requêtes échouent dès ce stade (173), en se voyant opposer, sans débat préalable (174), une décision de refus rédigée par trois juges de la Cour. La décision n'est soumise à aucune obligation de motivation (175) et ne peut faire l'objet d'aucun recours (176). La constitutionnalité de l'Annahmeverfahren ne peut cependant être mise en question (177), puisque la Loi fondamentale prévoit explicitement qu'une loi fédérale

«peut, pour les recours constitutionnels, (...) prévoir une procédure préliminaire d'acceptation des recours» (178).

Quant aux requêtes qui ont obtenu le brevet de l'Annahmefähigkeit, deux écueils subsistent : celui de la Zulässigkeit (la recevabilité) et celui de la Begründetheit (le fondement) (179). Le traitement des recours admis peut être long (180) et dans l'entretemps, la Verfassungsbeschwerde n'a aucun effet suspensif (181). Nous aurons l'occasion de compléter la présentation du recours constitutionnel plus loin, quand nous analyserons ses normes de référence (182).

(171) Paragraphe 93a, alinéa 2, b), BVerfGG. Ces droits sont les droits fondamentaux ou les droits équipollents aux droits fondamentaux.

(172) «Vontil gegen eine etwaige Überflutung des Bundesverfassungsgerichtes! W. Rupp-ron BRUNSECK, opinion dissidente, BVerfGE 42, 164.

(173) M. KLEINE-COSACK, *Verfassungsbeschwerden und Menschenrechtsbeschwerden*, ouvrage précité, 77.

(174) Paragraphe 93 d, alinéa 1^{er}, première phrase, BVerfGG.

(175) Paragraphe 93 d, alinéa 1^{er}, dernière phrase, BVerfGG.

(176) Paragraphe 93 d, alinéa 1^{er}, seconde phrase, BVerfGG.

(177) C. UMBACH et Th. CLEMENS, Commentaire du paragraphe 93a, BVerfGG, in : C. UMBACH et Th. CLEMENS (éds.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, ouvrage précité, 1304.

(178) Article 94, alinéa 2, seconde phrase, GG : «[E]in Bundesgesetz kann für Verfassungsbeschwerden (...) ein besonderes Annahmeverfahren vorsehen». La procédure comporte par ailleurs une petite garantie contre l'arbitraire — mais est-ce suffisant? — en exigeant l'unanimité des trois juges.

(179) «La procédure de l'Annahmefähigkeit précède (...) l'examen de recevabilité. Elle ne fait pas partie de l'examen de recevabilité.» («Die Annahmefähigkeit geht (...) der Zulässigkeitsprüfung voraus. Sie ist nicht Teil der Zulässigkeitsprüfung.») M. KLEINE-COSACK, *Verfassungsbeschwerden und Menschenrechtsbeschwerden*, ouvrage précité, 168.

(180) En 1999, plus de 200 saisines pendantes à la Cour étaient vieilles de plus de cinq ans (M. KLEINE-COSACK, *Verfassungsbeschwerden und Menschenrechtsbeschwerden*, ouvrage précité, 61 et note 20).

(181) K. SCHLAICH et S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, ouvrage précité, 129.

(182) *Infra*, n° 64.3.

54.7 — Comme la terminologie le laisse deviner, les requérants du recours constitutionnel communal (*kommunale Verfassungsbeschwerde*) sont exclusivement les communes. Pouvoirs normatifs situés en bas de la hiérarchie, les communes sont tenues au respect d'une multitude de normes supérieures qui sont susceptibles d'entraver leur liberté d'action. Or, l'autonomie communale est expressément garantie par la Loi fondamentale (183). Conscient des dangers qu'implique leur position très subalterne, le constituant a, par le biais du recours constitutionnel communal, mis à la disposition des municipalités un moyen juridique qui leur permet de se défendre contre toute norme supérieure qui méconnaît l'autonomie communale. Comme les communes ne sont généralement pas, en tant que telles, titulaires de droits fondamentaux, cet objectif ne pouvait être atteint par la voie du recours constitutionnel classique (184) et la création d'une forme de saisine spécifique s'est avérée nécessaire. Nous reparlerons du recours constitutionnel communal plus loin ; il s'agit en effet d'une technique tout à fait intéressante sous l'angle de ses normes de référence (185).

55. — *Les délais pour l'introduction de la saisine* — Pour ce qui est des délais dans lesquels les différents actes de saisine doivent être introduits devant la Cour constitutionnelle fédérale, nous souhaitons rester bref et limiter nos développements aux délais qui s'appliquent au contrôle des normes législatives (186).

55.1 — *Aucun délai n'est fixé dans le cadre du contrôle concret de normes* : le magistrat qui est convaincu de l'inconstitutionnalité d'une norme législative est tenu de soumettre l'affaire au *Bundesverfassungsgericht* (187), peu importe l'ancienneté de la norme en question (188). Un délai fait également défaut — et ceci est notable

(183) Article 28, alinéa 2, GG.

(184) K. SCHLAICH et S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, ouvrage précité, 127, et BVerfG, décision du 8 juillet 1982, BVerfGE 61, 82 (spécialement 100-104). Les seuls droits fondamentaux dont une commune pourrait véritablement se prévaloir sont les droits fondamentaux procéduriers (M. KLEINE-COSACK, *Verfassungsbeschwerden und Menschenrechtsbeschwerden*, ouvrage précité, 353).

(185) *Infra*, n° 64.4.

(186) Étant donné que certains types de saisine peuvent également être utilisés à l'encontre d'actes réglementaires ou de décisions judiciaires.

(187) Paragraphe 80, alinéa 1^{er}, BVerfGG.

(188) Pour autant seulement qu'elle ait été promulguée après le 24 mai 1949, date de l'entrée en vigueur de la Loi fondamentale. En principe, le contrôle concret de normes ne peut en effet porter sur des normes législatives «préconstitutionnelles», celles-ci pouvant être contrôlées par la procédure prévue par l'article 126 de la Loi fondamentale (K. SCHLAICH et S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, ouvrage précité, 97-99).

— dans la procédure du *contrôle abstrait de normes* (189). Il faut cependant tenir compte du fait que, contrairement au recours en annulation belge (qui est assorti d'un délai de 6 mois ou de 60 jours, selon le cas), cette voie de saisine n'est pas ouverte aux particuliers (190). Enfin, une limitation dans le temps n'est pas non plus prévue dans le cadre de la procédure de l'*article 126 de la Loi fondamentale* (191) : l'appréciation de la constitutionnalité de normes législatives antérieures à l'entrée en vigueur de la Loi fondamentale n'est en effet pleinement efficace que si elle peut se faire à tout moment.

Des délais sont en revanche prévus pour les quatre autres formes de saisine.

55.2 — Le *recours constitutionnel* dirigé contre une norme législative doit être intenté dans un délai d'un an à partir de l'*entrée en vigueur* de la norme (192) (l'on remarquera que contrairement au droit belge (193), le jour de la *publication* de la norme législative n'est point pris en considération). Cette règle du paragraphe 93 BVerfGG n'est cependant pas appliquée aux lois rétroactives. Par une jurisprudence constante (194), la Cour constitutionnelle fédérale a précisé que dans ce cas, le délai d'un an prend cours au jour de la *promulgation* de la norme. Il convient également de préciser que lorsqu'une loi fédérale s'applique d'abord à *certains Länder* et est par la suite rendue applicable à *d'autres*, le délai, pour les requérants *situés dans les seconds Länder*, prend cours au moment où entre en vigueur la norme qui y rend applicable la loi contre laquelle le recours constitutionnel est dirigé (195).

(189) S. STUTZ, Commentaire du paragraphe 76 BVerfGG, in : C. UMBACH et Th. CLEMENS (éds.), *Bundesverfassungsgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch, ouvrage précité*, 985.

(190) Voy. *supra*, n° 54.1.

(191) Paragraphes 86 à 89 BVerfGG *a contrario*. Voy. aussi J. ROHMANN, Commentaire des paragraphes 86 à 89 BVerfGG, in : C. UMBACH et Th. CLEMENS (éds.), *Bundesverfassungsgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch, ouvrage précité*, 1120-1154.

(192) Paragraphe 93, alinéa 3, BVerfGG.

(193) Voy. *supra*, n° 46.

(194) Voy. notamment BVerfG, décision du 10 septembre 1952, BVerfGE 1, 415 (416-417), décision du 21 janvier 1953, BVerfGE 2, 105 (109), arrêt du 17 décembre 1953, BVerfGE 3, 58 (75), arrêt du même jour, BVerfGE 3, 162 (171), décision du 24 janvier 1961, BVerfGE 12, 81 (87-88), décision du 21 octobre 1971, BVerfGE 32, 157 (162), et décision du 14 décembre 1982, BVerfGE 62, 374 (382).

(195) M. KLBRING-COSACK, *Verfassungsschutzverfahren und Menschenrechtsschutzverfahren*, ouvrage précité, 164.

Aucun délai n'est applicable lorsque le recours constitutionnel est dirigé contre une omission du législateur : la saisine peut être introduite aussi longtemps que l'omission perdure (196).

Les délais d'action du *recours constitutionnel communal* sont régis par les mêmes dispositions que celles applicables au recours constitutionnel ordinaire (197).

55.3 — Dans le cadre de l'*Organstreit*, les requérants doivent agir dans un délai de six mois qui commence à courir au moment où ils prennent connaissance de l'acte ou de l'omission qui fait l'objet de la saisine (198). Le même délai s'applique au *Bund-Länder-Streit* (199), sauf lorsque le litige a trait à la procédure prévue au quatrième alinéa de l'article 84 de la Loi fondamentale, ce qui est rarissime (200). Dans ce cas, le délai est réduit à un mois (201).

(196) Solution non expressément prévue par les textes mais consacrée par une jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle. Voy. notamment BVerfG, décision du 20 février 1957, BVerfGE 6, 257 (266), décision du 10 février 1960, BVerfGE 10, 302 (308), décision du 14 mai 1963, BVerfGE 16, 119 (121), décision du 29 octobre 1987, BVerfGE 77, 170 (214). Sur ce point, voy. aussi D. MAJER, Commentaire du paragraphe 93 BVerfGG, in : C. UMBACH et Th. CLEMENS (éds.), *Bundesverfassungsgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch, ouvrage précité*, 1263-1269.

(197) Le paragraphe 93 BVerfGG étant applicable aux deux mécanismes de saisine (voy. Th. CLEMENS, Commentaire du paragraphe 91 BVerfGG, in : C. UMBACH et Th. CLEMENS (éds.), *Bundesverfassungsgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch, ouvrage précité*, 1229).

(198) Paragraphe 64, alinéa 3, BVerfGG.

(199) Paragraphes 69 et 71, alinéa 2, BVerfGG qui rendent applicable le paragraphe 64, alinéa 3, BVerfGG.

(200) Un seul cas d'application est connu depuis la création de la République fédérale (K. SCHLAICH et S. KOROTIK, *Das Bundesverfassungsgericht, ouvrage précité*, 72).

(201) Paragraphe 70 BVerfGG.

fiées au cours du chapitre précédent comme étant relevantes pour nos recherches; les autres types de procédure sont définitivement écartés. En raison de la diversité des solutions retenues par les ordres juridiques, nous sommes de nouveau obligé de procéder à un examen distinct de chacun d'entre eux.

SECTION I. — NORMES DE RÉFÉRENCE DU JUGE CONSTITUTIONNEL FRANÇAIS

58. — En France, le principe est clair : le contrôle de conformité à la Constitution implique une vérification par rapport à *toutes* ses dispositions (204). Ceci vaut tant pour le contrôle obligatoire contrôlé des lois organiques (205), pour l'appréciation facultative des lois ordinaires (206) que pour la vérification, également facultative, des lois de pays néo-calédoniennes (207) (208).

59. — La vérification de conformité à la Constitution est en revanche *limitée* à certaines dispositions dans le cadre de la procédure de délégalisation prévue à l'article 37 (209). Lorsqu'il est fait application de cette disposition, le juge constitutionnel est seulement appelé à se prononcer sur la question de savoir si un texte de forme législative relève ou non du domaine de la loi prévu à l'article 34; le Conseil a donc pour seule mission de faire respecter le tracé exact de la frontière entre les domaines législatif et réglementaire (210). Le Conseil a lui-même souligné le caractère *limité* de ce contrôle :

(204) F. LUCHAIRE, Commentaire de l'article 61 de la Constitution, in : F. LUCHAIRE et G. CONAC (dirs.), *La Constitution de la République Française, ouvrage précité*, 1987, 1117 : «[La Constitution] dans tous ses éléments, y compris son Préambule». Sur la question de savoir si le Préambule fait partie de la Constitution, voy. aussi *infra*, n° 81-82. — On ajoutera à ceci que depuis une récente révision (Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1^{er} mars 2005, JO, 2 mars), la Constitution comprend aussi une *Charte de l'environnement*, qui fait également partie des normes de référence : comme première décision qui vérifie la conformité d'une norme législative par rapport à cette Charte, voy. CC, décision 514 DC du 28 avril 2005 (considérants 36-38).

(205) Sur base du premier alinéa de l'article 61 de la Constitution. — Le contrôle obligatoire des règlements des Assemblées sort du cadre de notre recherche, étant donné qu'il ne s'agit pas de normes législatives.

(206) Sur base du second alinéa de l'article 61 de la Constitution.

(207) Sur fondement de l'article 104 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 (*précitée*).

(208) Les engagements internationaux que la France entend ratifier sont également appréciés par rapport à l'intégralité de la Constitution; la saisine sur base de l'article 54, nous l'avons dit, sort cependant du cadre de la présente étude.

(209) Elle l'est également dans le cadre de la procédure des fins de non-recevoir établie par l'article 41, que nous avons cependant précédemment écartée.

(210) Également en ce sens, G. DRACO, *Contentieux constitutionnel français, ouvrage précité*, 247 (pour l'article 37) et 255 (pour l'article 41), et E. OLIVA, *thèse précitée*, 225.

CHAPITRE 2

LES NORMES DE RÉFÉRENCE DU JUGE CONSTITUTIONNEL

56. — Après avoir présenté les différentes voies par lesquelles le juge constitutionnel peut être saisi et avoir identifié celles qui présentent un intérêt pour nos recherches, il convient, dans une seconde étape, de déterminer leurs normes de référence.

Lorsque le juge constitutionnel vérifie la constitutionnalité d'une norme législative, il n'en apprécie pas nécessairement la conformité par rapport à *toute* la Constitution; il arrive qu'il ne se prononce que sur sa conformité par rapport à *certaines* normes du corpus constitutionnel (202). Il est en effet possible que les normes qui déterminent la compétence de la Cour constitutionnelle lui attribuent la compétence d'assurer le respect de *certaines* normes de la Constitution seulement, laissant d'autres *sans* contrôle juridictionnel (203).

Or, dès lors que toute norme constitutionnelle n'est pas nécessairement une norme de référence par rapport à laquelle le contrôle de constitutionnalité est effectué, il importe de déterminer quelles normes constitutionnelles font partie de cette catégorie et quelles ne le font pas. La réponse à cette question est susceptible de différer non seulement de pays à pays mais aussi à l'intérieur d'un même pays en fonction de la *voie de saisine* du juge constitutionnel.

57. — Dans les trois ordres juridiques sur lesquels porte notre examen, il existe des procédures devant le juge constitutionnel qui ont pour normes de référence une partie seulement de la Constitution. Il convient de les passer brièvement en revue. Nous n'analyserons cependant plus l'intégralité des voies de saisine devant le juge constitutionnel respectif mais uniquement celles que nous avons identi-

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

(203) J. PIVI, *Recherches sur le contentieux de constitutionnalité*, thèse (Aix-Marseille III, 1997), non publiée, 142-146.

« [Lorsqu'il est saisi dans les conditions prévues à l'article 37, alinéa 2, de la Constitution, il appartient seulement au Conseil constitutionnel d'apprécier si les dispositions qui lui sont soumises relèvent du domaine législatif ou du domaine réglementaire; (...). » (211)

Il importe de souligner que l'article 37 consacre un véritable contrôle de normes législatives, contrôle qui — chose notable en France — opère *a posteriori* et concerne des normes *déjà promulguées* (212). Le juge constitutionnel français ne vérifie donc pas seulement *a priori* la constitutionnalité des normes législatives. Si la procédure de l'article 61 est sans aucun doute la plus connue et fréquente (213), le Conseil dispose, grâce à l'article 37, d'une habilitation constitutionnelle à opérer un contrôle (limité) de la loi *a posteriori*. La circonstance que, dans le cadre de cette procédure, les normes soumises au Conseil peuvent, par application de celle-ci, être « déclassées », c'est-à-dire privées de leur force législative, n'empêche d'ailleurs pas qu'*au moment où elles sont déférées au Conseil pour examen*, elles ont bel et bien le statut législatif : elles ne le perdent que si le Conseil constate une transgression de l'article 34 (214) ; dans le cas contraire, elles continuent à avoir force de loi (215).

60. — Il apparaît donc qu'en France, toutes les normes de la Constitution sont des normes de référence dans le cadre de l'article 61 (216), mais ne le sont pas dans le cadre de l'article 37.

61. — *Les décisions du juge constitutionnel* — Pour ce qui est de la typologie des décisions que le Conseil constitutionnel français

(211) CC, décision 177 L du 8 juin 1995, considérant 1.

(212) L. FAVOREU, « La décision de constitutionnalité », *RIDC*, 1986, 612, et C. EMERY, « Gouvernement des juges ou veto des sages ? », *RDP*, 1980, 342. — Pour un exposé général de la procédure de l'article 37, alinéa 2, de la Constitution, voy. L. FAVOREU, « La délégation des textes de forme législative par le Conseil constitutionnel », in : *Mélanges offerts à Marcel Waline*, tome 2, Paris, LGDJ, 1974, 429-450.

(213) L. FAVOREU, « La juridiction constitutionnelle : le Conseil constitutionnel », in : L. FAVOREU et autres, *Droit constitutionnel*, 3^e édition, Paris, Dalloz, 2000, 320. — Pour un tableau représentant toutes les décisions du Conseil constitutionnel rendues depuis 1958 (et jusqu'au 23 février 2001), voy. *CC*, 10 (2001), 6.

(214) Le Conseil dira alors que telle disposition de la loi « est de nature réglementaire ». À titre d'exemple, voy. CC, décision 138 L du 26 juin 1985. — Dans des décisions plus anciennes, le Conseil utilise plutôt la formule « le caractère réglementaire » (CC, décision 32 L du 21 décembre 1964).

(215) Le Conseil dira alors que telle disposition de la loi « est de nature législative ». À titre d'exemple, voy. CC, décision 166 L du 13 juin 1991. — Dans des décisions plus anciennes, le Conseil utilise plutôt la formule « le caractère législatif » (CC, décision 57 L du 24 octobre 1969).

(216) Sans doute faut-il ajouter : « à l'exception du dernier alinéa de l'article 89 ». En effet, par une décision du 26 mars 2003 (469 DC, *GD*, n° 53, note L. FAVOREU, « L'injusticiabilité des lois constitutionnelles », *RFD-A*, 2003, 792-795, et J.-E. SCHROERTL, « Le Conseil constitutionnel peut-il contrôler une loi constitutionnelle ? », *Les petites Affiches* 8 avril 2003, 17-22), le Conseil constitutionnel s'est déclaré incompétent pour vérifier le respect de cette disposition.

peut rendre dans les quatre procédures qui font l'objet de nos recherches (contrôle obligatoire des lois organiques, vérification facultative des lois ordinaires, examen des textes de forme législative et contrôle des lois de pays), les choses sont, d'un point de vue formel, très simples (217).

Dans toutes ces hypothèses, la Haute instance est en effet placée devant un choix strictement binaire pour la formulation du dispositif : dans les deux premières hypothèses, elle doit dire si la loi qui lui est soumise est ou non conforme à la Constitution (218) ; dans la troisième, il lui incombe de décider si le texte possède un caractère législatif ou réglementaire ; enfin, dans le quatrième cas de figure, la Haute instance est appelée à apprécier si la loi de pays est ou non conforme aux dispositions constitutionnelles et organiques qui sont applicables à la Nouvelle-Calédonie.

SECTION 2. — NORMES DE RÉFÉRENCE DU JUGE CONSTITUTIONNEL BELGE

62. — La situation est différente en Belgique, où le contrôle de conformité à la Constitution auquel procède le juge constitutionnel est toujours partiel ; la Cour d'arbitrage constitue, aux termes de sa propre jurisprudence, « une cour constitutionnelle à compétence

(217) Sur ce point, voy. aussi L. FAVOREU, « Les cas et les formes d'intervention des décisions du Conseil constitutionnel et leurs effets », *RIDC*, numéro spécial 12 (1990), 47-59. Cette contribution est cependant antérieure à la création des lois de pays néo-calédoniennes.

(218) Une décision qui atteste la constitutionnalité d'une disposition législative *sous réserve* s'analyse formellement comme une décision de conformité. Sur cette problématique, il existe une riche littérature en droit constitutionnel français, parmi laquelle il convient avant tout de citer les thèses, déjà mentionnées de Th. DI MANNO et A. VIALLA, ainsi que les contributions suivantes, classées en ordre chronologique : L. FAVOREU, « La décision de constitutionnalité », *RIDC*, 1986, 611-633, spécialement 622-624. F. MOPPERE, « La déclaration de conformité sous réserve », in : *Le Conseil constitutionnel et les partis politiques*, Actes de la Journée d'études du 13 mars 1987, Paris et Aix-en-Provence, Economica et PUAM, 1988, 93-118. J.-F. AUBERT, « L'Excèsior du Palais Royal, ou l'imprévisible ascension du Conseil constitutionnel français », in : *Im Dienst an der Gemeinshaft, Festschrift für Dietrich Schindler zum 65. Geburtstag*, Bâle et Frankfurt-sur-Main, Helbing & Lichtenhahn, 1989, 655-672, spécialement 661-662. Th. DI MANNO, « L'influence des réserves d'interprétation », in : *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Actes du colloque de Rennes des 20 et 21 septembre 1998, Paris, Economica, 1999, 189-272. A. VIALLA, « Les réserves d'interprétation : un outil de « resserrement » de la contrainte de constitutionnalité », *RDP*, 1997, 1047-1067. G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, Paris, PUF, 1998, 415-421. P. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, 6^e édition, Paris, Montchrestien, 2001, 156-161. B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, 2002, 236-238, et L. FAVOREU et al., *Droit constitutionnel*, 7^e édition, Paris, Dalloz, 2004, 307-308. Il va de soi que cette liste ne se veut point exhaustive.

limitée» (219). Conformément au second alinéa de l'article 142 de la Constitution, les normes de référence de la juridiction constitutionnelle belge ne comprennent en effet que trois groupes de dispositions :

- les dispositions qui opèrent une répartition de compétences entre l'autorité fédérale, les Communautés et les Régions (220),
- les articles 10, 11 et 24 de la Constitution (221), et
- les articles de la Constitution qu'une loi adoptée à la majorité spéciale peut désigner (222). Une telle loi est intervenue en 2003 (223) et a attribué à la Cour la compétence de statuer sur la violation des dispositions du Titre II (articles 8 à 32) et des articles 170, 172 et 191 de la Constitution (224) (225).

(219) CA, arrêt 32 du 29 janvier 1987, considérant B.h.1., notamment cité par A. ALLEN et F. MEENSCHAUT, « Het Arbitragehof, (nog steeds) een grondwettelijk hof in wording. Een commentaar op de bijzondere wet van 6 januari 1989 », *TBP*, 1989, 213, note 19.

(220) Article 142, alinéa 2, 1^o de la Constitution. - Il convient de noter que ces « règles répartitrices de compétences » (pour utiliser la terminologie belge) ne sont pas nécessairement de rang constitutionnel; elles peuvent tout aussi bien être législatives, voire réglementaires (CA, arrêts 8/90 du 7 février 1990, considérant E.2.4., et 92/2003 du 24 juin 2003, considérant B.3.3.). Étant donné que nos recherches portent exclusivement sur le contrôle de constitutionnalité de la loi, nous nous limiterons aux règles répartitrices de compétences de rang constitutionnel. Pour ce qui est de cette dernière catégorie de normes, il faut avouer que leur identification précise, parmi l'intégralité des dispositions de la Constitution, peut s'avérer malaisée et dépend, du moins partiellement, de l'interprétation de la Cour d'arbitrage elle-même. L'arrêt 36/2003 du 25 mars 2003 (note H. DUMOR et alii, *JT*, 2003, 521-537, spéc. 525-528) en constitue une illustration particulièrement complexe. Il nous semble que l'on puisse probablement classer les articles 4, 8, 9, 24, 74, 77, 84, 89, 127-130, 133, 145, 146, 175, 176, 177, 178, 195 et 198 dans cette catégorie; la liste n'est cependant pas exhaustive et la prudence reste de mise.

(221) Article 142, alinéa 2, 2^o, de la Constitution.

(222) Article 142, alinéa 2, 3^o, de la Constitution.

(223) Loi spéciale du 9 mars 2003 (*Monsieur belge*, 11 avril, entrée en vigueur le 21 avril). - Pour un commentaire de celle-ci, voy. P. VANDEN HERDE et G. GOEDERTIER, « Eindelijk een volwaardig Grondwettelijk Hof? Een commentaar op de Bijzondere Wet van 9 maart 2003 op het Arbitragehof », *TBP*, 2003, 458-479. F. [François] TULKENS, « La loi du 9 mars 2003 modifiant la loi sur la Cour d'arbitrage : changements de fond ou améliorations de façade? », *RBDC*, 2003, 251-269. J. VELAYERS, « Het Arbitragehof « derde fase » : de bijzondere wet van 9 maart 2003 », *RW*, 2003-2004, 1401-1416. et B. RENAULT, « La Cour d'arbitrage depuis 2003 : confirmation de compétences, nouveautés et procédures », in : *La Cour d'arbitrage : un juge comme les autres?*, Actes du Colloque organisé par le Jeune Barreau de Liège le 28 mai 2004, Liège, Éditions du Jeune Barreau de Liège, 2004, 27-51.

(224) Article 2 de la loi. Le législateur (spécial) comment cependant la maladresse rédactionnelle de ne pas exclure du champ d'application de la loi les articles 10, 11 et 24 de la Constitution, dispositions qui relèvent du Titre II mais pour lesquelles la Cour est de toute manière compétente en vertu de l'article 142, alinéa 2, 2^o de la Constitution. La loi, en tant qu'elle attribue à la Cour une compétence que celle-ci possède déjà en vertu d'une norme hiérarchiquement supérieure, est dès lors dépourvue d'effet juridique.

(225) Ne constituent en revanche pas des applications du 3^o du second alinéa de l'article 142 de la Constitution, les dispositions des lois spéciales du 13 juillet 2001 (*Monsieur belge*, 3 août) qui attribuent à la Cour d'arbitrage la compétence d'apprécier la conformité de certaines normes

63. - *Les décisions du juge constitutionnel* - Si nous exceptons les décisions qui statuent sur les recours en suspension (226) et les arrêts atypiques (tels que ceux qui déclarent une question préjudicielle sans objet ou posent à leur tour une question préjudicielle à la Cour de justice des Communautés européennes (227)), la Cour d'arbitrage belge statue de la manière suivante sur les affaires portées devant elle.

63.1 - Lorsqu'elle est saisie d'un recours en annulation, la Cour peut soit rejeter, soit accueillir le recours (pouvu naturellement que celui-ci soit déclaré recevable). Lorsqu'elle déclare la demande fondée, elle invalide nécessairement la disposition incriminée (228). Afin d'éviter les inconvénients d'une rétroactivité trop radicale (qui peut porter atteinte à la sécurité juridique), l'article 8, alinéa 2, de sa loi organique lui permet de maintenir les effets de la disposition invalidée pendant le délai qu'elle détermine (229). Nous aurons plus loin l'occasion de revenir sur ce point (230).

63.2 - Lorsqu'elle est saisie d'une question préjudicielle, posée par une autre juridiction de droit interne, la Cour ne dispose - à la différence notable de son homologue allemand (231) - pas de la possibilité d'invalider la norme concernée mais peut seulement en constater l'inconstitutionnalité. Ce point mérite d'être souligné, car il a pour conséquence que des normes législatives peuvent continuer à

législatives par rapport à certaines dispositions de la loi spéciale. Le 3^o dudit alinéa ne vise en effet que l'hypothèse où la Cour reçoit une compétence de contrôler des normes législatives par rapport à « des articles de la Constitution » (nous soulignons) et non par rapport à des dispositions de la loi spéciale. On est donc conduit à s'interroger sur la constitutionnalité de la loi spéciale de juillet 2001, en tant qu'elle attribue des nouvelles compétences à la Cour; le second alinéa de l'article 142 de la Constitution, avec les trois hypothèses limitatives qu'il contient (le 1^o, le 2^o et le 3^o) ne semble pas lui procurer une assise juridique suffisante. Si deux auteurs néerlandophones tentent néanmoins de « rattracher » ladite loi au 2^o (voy. P. VANDEN HERDE et G. GOEDERTIER, *contributions précitées*, 460), leur position nous semble inconciliable avec le texte même de l'article 142 : pas plus qu'il ne faut fermer les yeux devant une inconstitutionnalité réalisée à la majorité ordinaire, il ne convient d'y valiser une votée à la majorité spéciale. La Cour d'arbitrage, qui n'a pas encore été saisie de la question, aura sans doute un jour l'occasion de trancher ce débat, très important en termes politiques.

(226) Articles 19 à 25 de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage.

(227) CA, arrêts 6/97 du 19 février 1997 et 139/2003 du 29 octobre 2003.

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

(229) Cet alinéa porte :

« Si la Cour l'estime nécessaire, elle indique, par voie de disposition générale, ceux des effets des dispositions annulées qui doivent être considérés comme définitifs ou maintenus provisoirement pour le délai qu'elle détermine. »

(230) Voy. *infra*, troisième partie, n^o 243-251.

(231) Voy. *infra*, n^o 65.2.

subsister dans l'ordre juridique belge et a y dégaier des effets, alors que leur contrariété à la Constitution a été constatée par une décision du juge constitutionnel. Comme le soulignent le professeur François TULKENS et la référendaire Géraldine ROSOUX,

« l'autorité d'un arrêt préjudiciel est [donc] doublement relative : d'une part, l'arrêt préjudiciel est dépourvu d'effet *erga omnes* et ne vaut qu'*inter partes* puisque seules la juridiction qui a posé la question préjudicielle et les autres juridictions appelées à statuer dans la même affaire, sont tenues de se conformer à l'arrêt rendu par la Cour d'arbitrage; d'autre part, un arrêt préjudiciel ne s'impose qu'à des juridictions, et non aux autorités administratives ou aux particuliers. (...) [L']obligation relative de se « conformer » à un éventuel constat d'inconstitutionnalité délivré dans son arrêt préjudiciel paralyse donc son applicabilité au litige dans lequel la question a été soulevée mais laisse subsister la norme dans l'ordre juridique. fût-elle inconstitutionnelle. Ce n'est donc qu'à l'occasion d'un litige ultérieur porté devant une juridiction que le grief d'inconstitutionnalité pourra être invoqué afin d'obtenir la non-application in casu de la disposition. Il en résulte ainsi que les autorités administratives doivent en principe continuer à appliquer la loi inconstitutionnelle. » (232)

Si le manque de portée *erga omnes* des arrêts rendus sur question préjudicielle a été dénoncé par certains auteurs (233), des plumes tout aussi éminentes y ont vu un mécanisme qui, précisément en raison de son absence de généralité,

« peut (...) s'avérer fort utile. » (234)

En effet,

« [s]aisie d'une nouvelle question préjudicielle, la Cour peut (...), si elle l'estime nécessaire, préciser, affiner, voire nuancer les termes d'un arrêt antérieur. » (235)

Cette remarque est pertinente dans la mesure où, à la différence de la procédure d'annulation (qui constitue un recours direct et absolu), le renvoi préjudiciel à la Cour d'arbitrage représente un recours concret et indirect (236). En d'autres termes, la Cour est appelée à se prononcer sur la problématique *telle qu'elle se déclare devant le juge a quo* et ne peut pas nécessairement tenir compte

(232) G. ROSOUX et F. TULKENS, « Considérations théoriques et pratiques sur la portée des arrêts de la Cour d'arbitrage », in : *La Cour d'arbitrage : un juge comme les autres ?*, Actes du Colloque organisé par le Jeune Barreau de Liège le 28 mai 2004, Liège, Éditions du Jeune Barreau de Liège, 2004, 95-160, ici 116-117. C'est nous qui soulignons.

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

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

(235) *Ibidem*.

(236) F. DELPÉRIÈRE, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles et Paris, Bruylant et LGDJ, 2000, 113.

d'autres potentialités de la norme qui pourraient sans doute conduire à une conclusion différente.

Quelle que soit en définitive l'évaluation du mécanisme actuel de renvoi préjudiciel devant la Cour constitutionnelle belge (237), on doit en tout cas reconnaître qu'il a donné lieu à un important débat doctrinal (238).

(237) Nous donnerons notre appréciation personnelle *infra*, au sein de la troisième partie, n° 310.

(238) Voy. notamment les contributions suivantes, classées en ordre chronologique (pour plus de facilité, cette liste reprend également les contributions déjà citées) : E. KRINGS, « Propos sur les effets des arrêts rendus par la Cour d'arbitrage », *Mercuriale* tenue à l'occasion de la rentrée solennelle de la Cour de Cassation le 2 septembre 1985, *JT*, 1985, 577-591, spécialement 586-588, E. GILLER, *Recours et questions préjudicielles à la Cour d'arbitrage*, Bruxelles, Nemesis, 1985, 188 pages, M. BECKERS, *L'autorité et les effets des arrêts de la Cour d'arbitrage*, Bruxelles, Story-Scientia, 1987, 49-50 et 54-56, H. SIMONART, *La Cour d'arbitrage. Une étape dans le contrôle de la constitutionnalité de la loi*, thèse (Louvain-la-Neuve, 1987), Bruxelles, Story-Scientia, 1988, 252-267, et « Le contrôle exercé par la Cour d'arbitrage », in : *La Cour d'arbitrage, Actualités et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 1988, 121-210, J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grootvenettelijk Hof*, Anvers, Maklu, 1990, 404-406, P. VANDERNOOT, « La Cour d'arbitrage - compétence et procédures », *Act Dr*, 1991, 288-326, spécialement 315-316, A. RASSON-ROLAND, « La question préjudicielle », in : *Le recours des particuliers devant le juge constitutionnel*, Actes de la Journée d'études tenue à Louvain-la-Neuve le 9 février 1990, Bruxelles et Paris, Bruylant et Economica, 1991, 37-53, L. P. STREYS et R. LEYSEN, « Les questions préjudicielles : cause d'insécurité juridique », in : *La sécurité juridique*, Actes du colloque organisé par la Conférence libre du Jeune Barreau de Liège le 14 mai 1993, Liège, Éditions du Jeune Barreau de Liège, 1993, 35-68, M. MELCHIOR, « De quelques aspects des questions préjudicielles à la Cour d'arbitrage », allocution tenue le 28 octobre 1994 à l'occasion de la célébration du dixième anniversaire de la Cour d'arbitrage, *RBDC*, 1995, 61-69, et en version néerlandaise *RW*, 1994-1995, 1180-1183, J. VAN COMPERNOLLE, « La Cour d'arbitrage et le juge judiciaire », in : *Regards croisés sur la Cour d'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 1995, 191-203, F. DELPÉRIÈRE et A. RASSON-ROLAND, *Droit public, La Cour d'arbitrage*, Bruxelles, Larrier, 1996, 108, B. LOMBAERT, « Les techniques d'arrêt de la Cour d'arbitrage », *RBDC*, 1996, 317-355, spécialement 346-353, V. THIRY, *La Cour d'arbitrage, Compétence et procédure*, Diegem, Kluwer, 1997, 148-151, P. VANDERNOOT, « Le principe d'égalité dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage », *APT*, 1997, 89-113, spécialement 106-107, M. VERDUSSEN, « Les atouts et les limites du renvoi préjudiciel à la Cour d'arbitrage », in : *La saisine du juge constitutionnel, Aspects de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1998, 175-195, E. GENEXHE et M. F. RIGAUD, *Tout savoir sur la Cour d'arbitrage*, Diegem, Kluwer, 1998, 76-78, C. HONORVENS et P. BOUCQUERY, « La détermination des normes inconstitutionnelles et les questions préjudicielles à la Cour d'arbitrage », *APT*, 1998, 42-55, J. VAN COMPERNOLLE et M. VERDUSSEN, « La guerre des juges aura-t-elle lieu ? À propos de l'autorité des arrêts préjudiciels de la Cour d'arbitrage », *JT*, 2000, 297-304, G. BARTEMAN, « De transposities van de arresten van het Arbitragehof », *JT*, 2000, 1285-1291, F. RIGAUD, « Le contentieux des questions préjudicielles devant la Cour d'arbitrage », *Information et Documentation juridique*, 2000/7, 71-72, Chr. HONORVENS et P. BOUCQUERY, *Les questions préjudicielles à la Cour d'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2001, 367 pages, P. VANDERNOOT, « Le mécanisme préjudiciel devant la Cour d'arbitrage : forces et faiblesses », *Rev Dr ULB*, 25 (2002), 1-106, J. VAN COMPERNOLLE et M. VERDUSSEN, « La réception des décisions d'une cour constitutionnelle sur renvoi préjudiciel. L'exemple de la Cour d'arbitrage de Belgique », *CCJ*, 14 (2003), 87-89, J.-T. DENRY, « Les questions préjudicielles après la loi spéciale du 9 mars 2003 », in : *La Cour d'arbitrage : un juge comme les autres ?*, Actes du Colloque organisé par le Jeune Barreau de Liège le 28 mai 2004, Liège, Éditions du Jeune Barreau de Liège, 2004, 53-94, et G. ROSOUX et F. TULKENS, « Considérations théoriques et pratiques sur la portée des arrêts de la Cour d'arbitrage », in : *même ouvrage*, 95-160.

SECTION 3. — NORMES DE RÉFÉRENCE
DU JUGE CONSTITUTIONNEL FÉDÉRAL ALLEMAND

64. — Au cours du chapitre précédent, nous avons pu déterminer sept voies d'accès au *Bundesverfassungsgericht* qui présentent un intérêt pour nos recherches (*supra*, n° 50). Ces sept types de procédure étant identifiés, il s'agit maintenant de savoir quelles normes de référence le juge constitutionnel allemand applique dans chacune d'entre elles.

64.1 — Le principe est le même qu'en France : la conformité des normes législatives s'effectue par rapport à toutes les dispositions de la Constitution. Une vérification par rapport à l'intégralité des dispositions constitutionnelles a ainsi lieu dans les procédures du contrôle abstrait de normes (239) et du contrôle concret de normes (240).

64.2 — Dans la procédure du conflit entre différents organes au sein de l'autorité fédérale elle-même (*Organstreit*) (241) et dans celle entre entités de la fédération (*Bund-Länder-Streit*) (242), le contrôle s'opère en revanche par rapport à certaines dispositions de la Constitution seulement (243).

64.3 — La procédure du recours constitutionnel (244), dont on a vu l'importance numérique, se trouve dans une situation encore différente. L'extension des normes de référence s'y opère à deux niveaux, au niveau du plaignant et au niveau de la Cour. Le plaignant ne peut saisir la Cour que lorsqu'il invoque une violation de ses droits fondamentaux (*Grundrechte*) (245) ou des 'droits équivalents aux droits fondamentaux' (*grundrechtsgleiche Rechte*) (246). Il existe donc, à ce stade, une limitation des normes de référence ; la violation d'une disposition constitutionnelle qui ne contient pas de tels droits ne peut être alléguée (247). Une fois la recevabilité de la

(239) Article 93, alinéa 1^{er}, 2^e et 2a^e, GG et paragraphe 13, 6^e et 6a^e, BVerfGG.

(240) Article 100, alinéa 1^{er}, GG et paragraphe 13, 11^e, BVerfGG.

(241) Article 93, alinéa 1^{er}, 1^o, GG et paragraphe 13, 5^e, BVerfGG.

(242) Article 93, alinéa 1^{er}, 3^e et 4^e, GG et paragraphe 13, 7^e et 8^e, BVerfGG.

(243) J.A. Frowein, « Änderungen der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts als Rechtsprobleme », *DStV*, 1971, 796.

(244) Article 93, alinéa 1^{er}, 4a^e, GG et paragraphe 13, 8a^e, BVerfGG.

(245) Articles 1 à 19 GG.

(246) Article 20, alinéa 4, 33, 38, 101, 103 et 104 GG.

(247) K. SCHULICH et S. KORITZ, *Das Bundesverfassungsgericht, ouvrage précité*, 104 ; M. KLEIN-COSACK, *Verfassungsbeschwerden und Menschenrechtsbeschwerden, ouvrage précité*, 105.

plainte admise, la Cour examine en revanche la conformité de la norme soumise par rapport à toute la Constitution ; à ce stade, le contrôle est donc intégral.

Cette élégante construction théorique se heurte cependant à un important problème pratique, à savoir à la grande sévérité de la Cour au niveau de la recevabilité des recours constitutionnels. Pour être recevable, le plaignant doit en effet alléguer une violation d'un droit fondamental ou d'un droit équivalent et prouver que cette violation l'affecte individuellement, présentement et directement (248) ; s'il ne parvient pas à démontrer une telle violation, l'examen du recours s'arrêtera là. Or, plus les conditions de recevabilité sont sévères, plus il y a identité entre recevabilité et fondement. Dans ces conditions, la circonstance que la Cour procédera, une fois la recevabilité de la plainte admise, à un contrôle intégral de constitutionnalité, n'aide guère le plaignant : s'il n'arrive pas à établir une violation directe, personnelle et actuelle de ses droits fondamentaux (ou équivalents), le recours sera déclaré irrecevable et il n'y aura pas de contrôle global de constitutionnalité ; en revanche, s'il parvient à démontrer une telle violation, son recours est (presque) nécessairement fondé *pour cette raison* et la Cour n'a plus besoin, pour constater l'inconstitutionnalité de la norme entreprise, d'examiner son éventuelle non-conformité par rapport à d'autres dispositions de la Loi fondamentale (249). Le contrôle intégral de la Constitution dans le cadre de la *Verfassungsbeschwerde* est donc un débat avant tout théorique.

64.4 — Il convient enfin de mentionner le mécanisme du recours constitutionnel communal (250), dont la procédure est encore plus spécifique. Cette voie de recours n'est que d'une très faible impor-

(248) Voy. *supra*, n° 54.6.

(249) Ceci explique et harmonise certaines apparentes contradictions dans la doctrine allemande : alors que le professeur Jochen Frowein affirme que la Cour constitutionnelle allemande n'est pas obligée de vérifier la conformité de la norme entreprise par rapport à l'intégralité des dispositions de la Constitution (J.A. Frowein, « Änderungen der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts als Rechtsprobleme », *DStV*, 1971, 794), Michael Klarmann-Cosack prétend exactement le contraire (M. Klein-Cosack, *Verfassungsbeschwerden und Menschenrechtsbeschwerden, ouvrage précité*, 187). En définitive, les deux ne semblent pas se contredire. Si Klarmann-Cosack a raison sur le plan des principes, l'affirmation de Frowein est elle exacte au niveau de la pratique : dès lors que la Cour constate la non-conformité d'une norme par rapport à une disposition constitutionnelle, elle peut avec raison renoncer à vérifier la conformité par rapport à d'autres normes constitutionnelles, si cette vérification est insusceptible de donner lieu à un constat d'inconstitutionnalité plus étendu.

(250) Article 93, alinéa 1^{er}, 4b^e, GG et paragraphe 13, 8a^e, BVerfGG.

tance dans le cadre de nos recherches, mais elle mérite néanmoins d'être mentionnée. Elle dispose en effet d'une articulation tout à fait particulière des normes de référence, qui illustre fort bien la souplesse des mécanismes de saisine du juge constitutionnel.

Le recours constitutionnel communal se distingue de toutes les procédures contentieuses par une triple spécificité : au niveau des requérants (nous l'avons vu), au niveau des normes de référence et au niveau de sa disponibilité géographique. La *kommunale Verfassungsbeschwerde* ne peut être intentée que par une *commune*, pour violation de l'article 28 de la *Loi fondamentale*, et ce uniquement lorsque la *Constitution du Land* dont la *commune relève n'a pas instauré un tel mécanisme devant la Cour constitutionnelle fédérée*. Ce qui est donc particulier, c'est que seules des personnes morales de droit public (les communes) soient titulaires de ce recours ; elles ne peuvent l'utiliser que pour cause de violation d'une *seule disposition de la Loi fondamentale* — disposition qui garantit l'autonomie communale — et la possibilité de saisir la Cour constitutionnelle fédérale n'existe pas pour toute commune allemande mais seulement pour celles qui ne disposent pas, dans leur Land, d'une voie d'action similaire devant le *Landesverfassungsgericht*. Il s'agit donc d'un mécanisme de saisine *subsidaire*, limité à un *périmètre très restreint de normes de référence* (251) et à des *requérants privilégiés* (252).

65. — Les décisions du juge constitutionnel — Établir une typologie des décisions de la Cour constitutionnelle fédérale suppose nécessairement une *différenciation* en fonction de la voie de saisine choisie.

65.1 — Dans trois procédures, la Cour constitutionnelle fédérale ne peut pas prononcer l'invalidation de la norme qui fait l'objet du litige mais peut seulement *constater* sa contrariété aux normes de référence. Tel est le cas dans la procédure

— entre organes constitutionnels fédéraux (*Organstreit*) (253),

(251) Mais non une norme unique. La circonstance qu'il s'agit d'un seul article de la Loi fondamentale ne permet en effet pas d'affirmer qu'il ne s'agit d'une norme unique ; l'article 23 contient trois alinéas dont chacun renferme à son tour plusieurs phrases.

(252) Pour davantage de précisions sur la procédure du recours constitutionnel communal, voy. Th. CLEMENS, Commentaire du paragraphe 91 BVerfGG, in : C. UMBACH et Th. CLEMENS (éds.), *Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen und Handbuch, ouvrage précité*, 1211-1246, et M. KLEINE-COSACK, *Verfassungsbeschwerden und Menschenrechtsbeschwerden, ouvrage précité*, 353-362.

(253) K. SCHLAICH et S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht, ouvrage précité*, 59 et 258.

— entre l'Autorité fédérale et les Länder ou entre différents Länder (*Bund-Länder-Streit*) (254), et

— relative à la question de savoir si une norme juridique antérieure à l'entrée en vigueur de la Loi fondamentale est toujours applicable en tant que règle du droit fédéral (255).

65.2 — Dans les quatre autres voies de saisine (à savoir dans le contrôle abstrait de normes, le contrôle concret de normes, le recours constitutionnel et le recours constitutionnel communal), la Cour constitutionnelle fédérale dispose de la compétence d'invalidier la norme contrôlée lorsque celle-ci est contraire aux normes de référence (256). Dans l'hypothèse inverse (c'est-à-dire lorsque la norme est compatible avec les dispositions de référence), la Cour émet une *déclaration de conformité*.

Mais la particularité du contrôle allemand de constitutionnalité tient en ce que le juge constitutionnel dispose encore d'une *troisième* possibilité, qui constitue une variante de la première : la Cour peut en effet émettre une *déclaration d'incompatibilité sans annulation*, connue en allemand sous la dénomination '*Unvereinbarkeitserklärung*'.

S'agissant à l'origine d'une simple création (jurisprudentielle) de la Cour elle-même, le législateur fédéral a officiellement reconnu ce type de décision en 1970 et l'a consacré aux paragraphes 31 et 79 du *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* (257). Plus de trente ans après sa 'légalisation', l'*Unvereinbarkeitserklärung* (258) constitue toujours

(254) *Idem*, 77.

(255) *Idem*, 126-127.

(256) Pour le contrôle abstrait de normes, voy. K. SCHLAICH et S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht, ouvrage précité*, 94 ; pour le contrôle concret de normes, voy. *idem*, 116 ; pour le recours constitutionnel, voy. *idem*, 186 et 260 ; enfin, pour le recours constitutionnel communal, voy. *idem*, 127-128.

(257) Quatrième loi portant modification de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale du 21 décembre 1970 (*Viertes Änderungsgesetz zum Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, BGBl, série I, 1970, 1765).

(258) Il serait prétentieux de notre part de vouloir dresser ici une liste de toutes les décisions de ce type. Liste que même trois thèses de doctorat spécifiquement consacrées à ce sujet (et mentionnées à la note suivante) ne fournissent pas. À titre d'exemples, on peut néanmoins citer les décisions suivantes : BVerfG, arrêt du 13 décembre 1961, BVerfGE 13, 248 (260), décision du 28 novembre 1967, BVerfGE 22, 349, décision du 11 mai 1970, BVerfGE 28, 227, arrêt du 14 juillet 1981, BVerfGE 37, 361 (388), décision de la même date, BVerfGE 58, 137, décision du 16 novembre 1982, BVerfGE 62, 256, décision du 14 décembre 1982, BVerfGE 62, 374 (391), décision du 16 octobre 1984, BVerfGE 67, 348 (349), décision du 9 octobre 1985, BVerfGE 71, 1 (1), décision du 6 novembre 1985, BVerfGE 71, 146, décision du 14 mai 1986, BVerfGE 72, 278, arrêt du 24 juin 1986, BVerfGE 72, 330 (338), arrêt du 14 juillet 1986, BVerfGE 73, 40 (101-102), décision du 15 décembre 1987, BVerfGE 77, 308 (337), décision du 9 novembre 1988, BVerfGE 79, 87 (105), décision du 7 février 1990, BVerfGE 81, 242 (263), décision du 29 mai 1990, BVerfGE 82, 60 (97), décision du 30 mai 1990, BVerfGE 82, 126 (155), décision du 7 mai 1991, BVerfGE

un important sujet de discussion en droit constitutionnel allemand (259), avant tout parce que le législateur n'en a réglé que quelques aspects et laissé l'essentiel de la problématique en friche (260).

*
*
*

84, 168, décision du 8 octobre 1991, *BVerfGE* 84, 348, décision du 5 mars 1991, *BVerfGE* 84, 9 (21), décision du 12 mars 1996, *BVerfGE* 94, 241 (265), décision du 15 juillet 1998, *BVerfGE* 98, 365 (402), décision du 10 novembre 1998, *BVerfGE* 99, 202, décision du 14 juillet 1999, *BVerfGE* 101, 54, décision du 21 novembre 2001, *BVerfGE* 104, 126 (150), et arrêt du 29 janvier 2003, *BVerfGE* 107, 150 (185). On observera cependant que la toute première décision mentionnée ne concerne pas une norme législative mais une norme réglementaire (Dans les décisions mentionnées à la présente note, la page précise de l'*Unvereinbarkeitserklärung* n'est indiquée que quand cela est nécessaire, sinon l'*Unvereinbarkeitserklärung* figure à la fin de la décision.)

(259) Il existe en effet sur ce sujet une doctrine considérable. À titre de première indication, tout en reconnaissant le caractère partiel et incomplet de nos recherches, on consultera notamment les thèses de doctorat de A.P. POHLZ, *Die Verfassungswidrigkeitsklärung von Gesetzen. Eine Untersuchung der Voraussetzungen und Folgen des Verzichts auf die gesetzestechnisch mögliche Nichtigerklärung durch das Bundesverfassungsgericht*, thèse (Bielefeld, 1978), Francfort-sur-le-Main, Peter Lang, 1979, 177 pages, de P.E. HEIN, *Die Unvereinbarkeitserklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht*, thèse (Bonn, 1987), Bade-Bade, Nomos, 1988, 214 pages, et de J. BUCCIELLI, *Unvereinbarkeitserklärung statt Normkassation durch das Bundesverfassungsgericht*, thèse (Université Libre de Berlin, 1997), Berlin, Duncker & Humblot, 1998, 216 pages. Il convient par ailleurs de relever l'importante contribution de H. MAUER, «Zur Verfassungswidrigkeitsklärung von Gesetzen», in : *Im Dienst an Recht und Staat. Festschrift für Werner Weber zum 70. Geburtstag*, Berlin, Duncker & Humblot, 1974, 345-368, ainsi qu'un certain nombre d'autres écrits, classés en ordre chronologique : J. MAIWALD, «Anwendbarkeit für verfassungswidrig erklärter Gesetze», *Bayrische Verwaltungsblätter*, 1971, 90-93, spécialement 92-93, H. SOHN, *Anwendungspflicht oder Aussetzungspflicht bei festgestellter Verfassungswidrigkeit von Gesetzen?*, Francfort-sur-le-Main, Athenäum, 1974, 110 pages, Chr. PSERALOZZA, «Noch verfassungsmäßige und «bloß verfassungswidrige» Rechtslagen. Zur Feststellung und kooperativen Beseitigung verfassungsminderter Zustände», in : *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlaß des 25-jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts [Mélanges en l'honneur de la Cour constitutionnelle fédérale à l'occasion de ses 25 années d'existence]*, tome 1, Tübingen, Mohr-Siebeck, 1976, 519-567, Chr. MOENCH, *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle. Die Problematik der verfassungsgerichtlichen Sanktion, dargestellt anhand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Bade-Bade, Nomos, 1977, spécialement 37-69 et 170-178, J. IPSSEN, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, thèse d'habilitation (Göttingen, 1980), Bade-Bade, Nomos, 1980, spécialement 107-117, H. KRUSSEN, «Folgen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes ohne Nichtigerklärung», *NJW*, 1982, 257-263, A. GERONTAS, «Die Appellentscheidungen, Sondervotumsappelle und die bloße Unvereinbarkeitsfeststellung als Ausdruck der funktionellen Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit», *DVBj*, 1982, 486-491, spécialement 488-491, J. IPSSEN, «Nichtigerklärung oder «Verfassungswidrigkeitsklärung» - Zum Dilemma der verfassungsgerichtlichen Normenkontrollpraxis», *JZ*, 1983, 411-45, W. HEYDE, «Gesetzgeberische Konsequenzen aus der Verfassungswidrigkeitsklärung von Normen», in : *Festschrift Hans Joachim Faller*, Munich, C.H. Beck, 1984, 53-62, Chr. GUSY, *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, thèse d'habilitation (Hagen, 1983), Berlin, Duncker und Humblot, 1985, spécialement 188-204, S. STURM, Commentaire du paragraphe 78 BVerfGG, in : C. UMBACH et Th. CLEMENS (éds.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, Heidelberg, C.F. Müller, 1992, 1005-1008, et K. SCHLAICH et S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht, ouvrage précité* (2001), 269-290.

(260) Circonstance tant déplorée par A.P. POHLZ (thèse précitée, 142) que par P.E. HEIN (thèse précitée, 11).

66. - Après avoir ainsi décrit, dans les grandes lignes, les différents chefs de compétence du juge constitutionnel français, belge et allemand, et avoir esquissé leurs votes de saisine et la forme de leurs décisions, il convient d'introduire un certain nombre de notions théoriques (titre 3) qui nous permettront ensuite de présenter le concept-clé de notre travail, la notion d'«interférence» (titre 4).

TITRE III

NOTIONS THÉORIQUES GÉNÉRALES

67. — Les présentes recherches s'articuleront à l'aide d'un certain nombre de concepts qui revêtent pour elles une importance fondamentale (1) et qu'il convient de brièvement présenter (chapitre 1^{er}). Nous tenterons dans la suite d'y apporter une petite illustration concrète (chapitre 2).

(1) Au sens premier du terme, c'est-à-dire 'concernant les fondements'.

CHAPITRE I

PRÉSENTATION DES TERMES

68. — Dans le présent chapitre, nous souhaiterions exposer trois distinctions importantes : celles entre *énoncé* et *norme* (section 1^{ère}), entre *validité* et *conformité* (section 2) et entre *interprétation* et *concrétisation* (section 3). Pour chacune d'entre elles, nous nous appuyerons largement sur des travaux déjà existants. Si nous procédons de la sorte, c'est qu'il nous a semblé utile de ne pas nous contenter d'opérer un certain nombre de renvois à d'autres ouvrages mais d'exposer nous-même, fût-ce sommairement, ces distinctions terminologiques. À notre sens, un travail de doctorat suppose en effet une certaine cohérence globale, exigence qui implique que l'exposé « tienne en lui-même » et ne suppose pas, pour être intelligible, la lecture d'un grand nombre d'autres écrits de référence (2).

SECTION I. — ÉNONCÉ JURIDIQUE ET NORME JURIDIQUE

69. — La première de ces précisions vise à différencier les termes d'« énoncé juridique » et de « norme juridique ». Cette distinction mériterait une étude à elle seule ; de multiples questions de théorie du langage et de philosophie analytique se posent, la doctrine est abondante et la difficulté élevée. Il s'agit de l'un des points centraux de la philosophie du droit. Conscient de ces circonstances, nous ne pourrions pas assez insister sur l'insuffisance et l'imperfection de nos développements ; mais malgré la complexité de la tâche, il nous a néanmoins semblé important de la présenter, fût-ce en ne disant que le *minimum minimorum*.

(2) « Comme la thèse elle-même, l'ouvrage juridique auquel elle donne naissance doit se suffire à lui-même » (F. DELPERÉZ, préface à D. RENARD, *La consolidation législative de l'acte administratif unilatéral*, thèse [Louvain-la-Neuve, 2002], Bruxelles et Paris, Bruylant et LGDJ, 2003, IX).

a) *Énoncé juridique*

70. — Un énoncé constitue un phénomène linguistique. Il peut être défini comme le segment de discours produit par la réalisation d'un acte de parole ou d'écriture. Tous les énoncés ne représentent cependant pas des énoncés juridiques. Pour qu'un énoncé puisse être qualifié de juridique, il faut qu'il soit doté d'un caractère *prescriptif* (3). Il a un caractère prescriptif s'il contient un devoir-être (ein *Sollen*), c'est-à-dire une obligation, permission ou interdiction. Un énoncé juridique peut dès lors être défini comme le *segment de discours prescriptif qui est produit par la réalisation d'un acte d'écriture ou de parole* (4).

b) *Norme juridique*

71. — Cet énoncé ne constitue cependant pas la norme juridique. Celle-ci est constituée par la *signification* de l'énoncé prescriptif, c'est-à-dire par le *sens, la portée* de l'énoncé. Si nous prenons par exemple le texte de l'article 61 de la Constitution française, ce texte ne constitue pas, en tant que tel, une norme juridique mais seulement un énoncé prescriptif. Ce qui constitue la norme, c'est la *signification* de cet énoncé (5).

(3) O. FRIESMANN, « Définition et délimitation du système juridique, Les normes en général », in : L. FAVORU et autres, *Droit constitutionnel*, 7^e édition, Paris, Dalloz, 2004, 55. Précisons toutefois que les énoncés juridiques ne sont pas les seuls à être dotés d'un caractère prescriptif car les énoncés de la morale le sont également. Si tout énoncé juridique est nécessairement prescriptif, tout énoncé prescriptif n'est donc pas nécessairement juridique. La distinction entre énoncés juridiques et moraux, qui constitue l'une des questions centrales de la philosophie du droit, sort du cadre du présent travail consacré au contrôle de la constitutionnalité des normes législatives. Pour les fins de nos recherches, nous ferons abstraction des énoncés moraux et prendrons en considération, parmi les énoncés prescriptifs, les seuls énoncés juridiques. — Le lecteur désireux d'approfondir l'étude de la distinction entre énoncés moraux et juridiques consultera notamment H. KRIESEN, « Sitengesetz und Rechtsnorm », in : *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Tübingen, Mohr-Siebeck, 1911, 33-57; *idem*, « Le droit et la morale », in : *Théorie pure du droit*, 1^{re} édition, traduction H. THÉVENAZ, seconde édition de la traduction française, Neuchâtel, Éditions de la Baconnière, 1988, 57-60; *idem*, « Droit et Morale », in : *Théorie pure du droit*, 2^e édition, traduction Ch. EISENMANN, Paris, Dalloz, 1962, 79-94; *idem*, « Recht und Moral » (1960), reproduit in : H. KLEGERSKY, R. MARCIC et H. SCHAMBECK (éds.), *Die Wiener Rechtslehreische Schule. Ausgewählte Schriften von Hans Kelsen. Adolf Julius Merkl und Alfred Verdross*, vol. 1, Vienne, Europa-Verlag, 1968, 797-810; et H. HARR, « Law and Morals » in : *The Concept of Law*, 2^e édition, Oxford, Clarendon Press, 1994, 185-212.

(4) Même dans nos États de droit modernes, il ne faut pas surestimer l'importance de l'écrit : il existe encore de nombreux énoncés juridiques oraux, tels l'achat d'un journal au kiosque, la location d'un taxi, la visite chez le coiffeur, la réservation téléphonique de billets de théâtre, etc.

(5) « La norme n'est que la signification prescriptive d'un énoncé. » (M. TROPER, in : D. ALLAND et S. KIALS [dirs.], *Dictionnaire de la culture juridique, verbo* « interprétations », Paris, PUF, 2003, 845.

Une notion non pertinente : le concept de 'disposition'

72. — Ces bases élémentaires étant posées, il convient de brièvement présenter une idée qui a été mise en avant par la doctrine italienne et qui consiste à introduire une distinction entre les concepts de 'disposition' et de 'norme' (6). Dans le contexte de ce courant de pensée, la *norme* est définie comme la 'signification d'un acte' tandis que la *disposition* est son support textuel. Pour reprendre notre exemple, le *texte* de l'article 61 constitue la disposition tandis que la signification de ce texte constitue la norme.

La distinction entre disposition et norme se révèle cependant problématique. S'il est possible (quoique non aisé) de fournir une définition du concept de 'norme' — pareille définition débouche sur ce que nous avons dit plus haut — le concept de 'disposition' s'avère critiquable en ce qu'il semble fondé sur un critère distinctif non pertinent. Le critère en question tient en effet en la présence d'un *écrit* (7). Constitue une 'disposition', tout *texte* législatif ou réglementaire généralement quelconque; sans texte, il n'existe pas de 'disposition' au sens de cette doctrine. Or, un tel critère est passablement aléatoire : un ordre donné sur un morceau de papier constitue une 'disposition', mais non le même ordre donné de manière verbale (alors qu'il peut être tout aussi obligatoire). Le concept de 'disposition' est donc plus restreint que la notion de 'énoncé prescriptif', en tant qu'il met à l'écart tous les énoncés prescriptifs oraux. En même temps, il est plus large que cette notion puisqu'il retient comme critère de distinction le caractère écrit d'un énoncé et englobe des lors des énoncés qui n'ont aucun caractère *prescriptif* (il suffit qu'ils soient écrits). Des articles de loi qui ne contiennent aucun énoncé

(6) Cette doctrine a été très bien présentée par Th. DI MANNO, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions interprétatives en France et en Italie*, thèse (Aix-Marseille III, 1996), Aix-en-Provence et Paris, PUAM et Ecomotica, 1997, 48-58.

(7) *Idem*, 49 : « Par disposition, il faut entendre acte, texte ou document normatif au sens lexicologique de ces termes, c'est-à-dire comme regroupant des « formules linguistiques textuelles ». Dans cette acception, le terme 'disposition' se réfère aussi bien au *document* dans son entier (acte) qu'à des parties de ce document ou aux simples énoncés compris dans ces parties. » (C'est nous qui soulignons). — Relevons en passant que l'utilisation de l'adjectif 'normatif' n'est guère heureuse dans le cadre de la définition du concept de 'disposition', concept censé précisément s'opposer à celui de 'norme'. Juste avant d'aborder la définition du concept de 'disposition', l'auteur avait d'ailleurs encore regretté que « [t]rès souvent, les deux concepts sont envisagés dans une acception synonymique et sont employés indifféremment l'un pour l'autre. (...) Pourtant, les deux concepts ne doivent pas être confondus. » (*Idem*, 48) C'est nous qui soulignons.

prescriptif (8) constituent donc des 'dispositions' au sens de cette doctrine (9).

Cette double différence dans l'extension conceptuelle entre les concepts de 'énoncé prescriptif' et de 'disposition' oblige la doctrine italienne à admettre plusieurs cas de figure : des dispositions avec norme (10), des dispositions sans norme (11) et des normes sans disposition (12). Or, cette complexité semble gratuite : si l'on préfère au critère aléatoire de l'écrit d'un énoncé celui, pertinent, de son caractère prescriptif, on peut affirmer sans la moindre difficulté que la *signification d'un énoncé constitue une norme juridique*. Le concept de 'disposition' n'apporte à cet égard aucune plus-value (13).

SECTION 2. — VALIDITÉ ET CONFORMITÉ

73. — Au titre des bases conceptuelles qui sous-tendent notre travail, il échet de faire également état de l'importante distinction entre validité (*Geltung*) et conformité (*Konformität* ou *inhaltliche Richtigkeit*) de normes juridiques, dont l'un des pionniers fut au début du XX^e siècle le professeur de droit viennois Adolf MERKL (14). Ce personnage est injustement moins connu que son

(8) Pour ce qui est du droit français, l'auteur dresse à la page 56 un 'petit florilège' de ces articles de loi. — Si l'on voulait y ajouter des exemples belges, il conviendrait notamment de mentionner l'article 35 de la Constitution qui, selon ses propres dispositions, ne pourra entrer en vigueur qu'après une nouvelle révision de la Constitution. Or, rien n'interdit au constituant d'être de tout simplement supprimer cet article lors d'une modification de la Constitution, si bien que l'on n'aperçoit pas sa portée normative. Il va de même pour l'article 18, 4^o, de la loi spéciale du 13 août 2001 «portant transfert de diverses compétences aux régions et communautés» (*Moni- leur belge*, 3 août) qui dispose que «Le Jardin botanique national de Belgique est transféré après un accord de coopération aura été conclu à ce sujet entre les Communautés.» Cette phrase est également dépourvue de normativité puisqu'elle ne dit nullement à qui ce jardin devra être transféré. De plus, ce ne sont pas les Communautés mais l'*Autorité fédérale* qui a la compétence pour émettre la norme juridique qui réalise ce transfert (utilisation des majuscules et minuscules conformément au texte).

(9) *Idem*, 54-58, spécialement 55-56.

(10) *Idem*, 52-53.

(11) *Idem*, 54-58.

(12) *Idem*, 53-54.

Cette catégorie vise avant tout la coutume, dans les ordres juridiques où elle est reconnue comme source du droit.

(13) Il ne s'ensuit pas de là que la notion de 'disposition' serait dépourvue de sens en droit positif : elle peut être comprise — à notre sens, il s'agit même de son acception principale — comme synonyme du terme 'norme'.

(14) Parmi les travaux de MERKL portant sur la distinction entre validité et conformité, il convient avant tout de nommer «Das doppelte Rechtsanlizt. Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechts», *Juristische Blätter*, 47 (1918), 425-437, 444-447 et 463-465, reproduit in : H. KLECARSKY, R. MARCIC et H. SCHAMBECK (éds.), *Die Wiener Rechtslehre des Adolf Merkl*, ouvrage précité, vol. 1, Vienne, Europa-Verlag, 1968, 1091-1113, spécialement 1106-1107, son grand

collègue HANS KELSEN, car c'est au premier — et non, comme il est parfois affirmé, au second — que nous devons la première théorie sur la construction du droit par degrés, la *Stufenbauteorie* (15).

a) Validité

74. — Une norme est *valide* si elle respecte les conditions qui régissent sa production (16). Ces conditions sont *nécessaires* et *suffisantes* (17) : si elles sont respectées, la norme existe ; dans le cas contraire, elle n'existe pas, c'est-à-dire l'ordre juridique en question ne la considère pas comme une de ses normes (18). La question de savoir si une norme juridique donnée est valide est donc seulement susceptible de deux réponses ; elle l'est ou elle ne l'est pas (19).

ouvrage *Allgemeines Verwaltungsrecht* de 1927, réimpression Vienne, Verlag Österreich, 1999, 192, 194 et 196, ainsi que sa contribution «Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues», in : *Gesellschaft, Staat und Recht. Festschrift für Hans Kelsen*, 1931, 252-294, reproduit in : H. KLECARSKY, R. MARCIC et H. SCHAMBECK (éds.), *Die Wiener Rechtslehre des Adolf Merkl*, ouvrage précité, vol. 2, 1311-1361.

(15) Ou *Stufenbau der Rechtsordnung*. Pour une recension française des travaux de MERKL sur cette théorie, voy. R. BONNARD, «La théorie de la formation du droit par degrés dans l'œuvre d'Adolf Merkl», *RDP*, 1928, 668-696, et O. PFRSMANN, «Carré de Malberg et la 'hiérarchie des normes'», *RFDC*, 1997, 481-509, spécialement 486 et note 21. En langue allemande, on consultera aussi J. BEHREND, *Untersuchung zur Stufenbauteorie Adolf Merkls und Hans Kelsens*, thèse (Munster, 1977), Berlin, Duncker et Humblot, 1977, 103 pages.

(16) Dans les développements qui suivent, nous nous inspirons largement de l'exposé de O. PFRSMANN, «La distinction entre validité et conformité», in : L. FAVOREU et autres, *Droit constitutionnel*, 7^e édition, ouvrage précité, 62-63.

(17) O. PFRSMANN, «Le calcul des défauts», in : L. FAVOREU et autres, *Droit constitutionnel*, 7^e édition, ouvrage précité, 62.

(18) M. THALER, *Mehrdeutigkeit und juristische Auslegung*, Vienne et New York, Springer, 1982, 27 (c'est nous qui soulignons) :

«Lorsqu'une règle fait partie de l'ensemble de règles d'un ordre juridique positif, cette règle est considérée comme une règle de droit positif, et on dit à propos d'elle qu'elle est valide. Une règle de droit positif est dès lors une règle valide. Par 'validité' on entend ainsi l'existence spécifique d'une règle ou d'un ensemble de règles.»

[«Gehört eine Regel dem Regelbestand einer positiven Rechtsordnung an, so wird sie als positive rechtliche Regel bezeichnet und es wird gesagt, die Regel stehe in Geltung. Eine positivrechtliche Regel ist demgemäß eine positive Regel, die in Geltung steht. Unter der Geltung wird die spezifische Existenz einer Regel bzw. Regelordnung verstanden.»]

(19) Cette affirmation est contestée par M.-A. COHENDET qui estime que la validité d'une norme peut être plus ou moins grande : «Plus (...), plus une norme est valide.» (Légitimité, efficacité et validité), in : *Mélanges en l'honneur de Pierre Aurié*, Paris, Montchrestien, 2001, 203. Pour nous, il s'agit là d'une position logiquement intenable : dès lors que la validité d'une norme juridique s'identifie avec son existence, admettre qu'une norme puisse être plus ou moins valide revient à affirmer qu'une norme peut être plus ou moins existante. Or, l'existence d'une norme est soit donnée, soit ne l'est pas ; la question est insusceptible de recevoir une réponse «intermédiaire» entre l'affirmative et la négative. On signalera par ailleurs notre opposition au concept, selon nous parfaitement *ajuridique*, de 'légitimité' que l'auteur intègre dans son analyse *juridique* (*contribution précitée*, 212 et suivantes).

La validité d'une norme peut être définie comme sa *conformité aux normes de production de normes*. Cette validité ne peut s'apprécier en général mais uniquement par rapport à un ordre juridique déterminé; ainsi, une norme de l'ordonnance n° 58-1067 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel est valide au sein de l'ordre juridique français mais ne l'est pas au sein de l'ordre juridique belge.

Les conditions de validité ont un caractère minimaliste en ce qu'elles permettent seulement d'*identifier une norme comme telle* (20). Elles permettent par exemple de distinguer une décision du juge constitutionnel (21) d'autres normes, telles un article du Code civil, un arrêté ministériel, un contrat de droit privé ou un arrêté d'une Cour administrative d'appel. La décision du juge constitutionnel est valide dès qu'elle respecte les règles qui s'appliquent à sa production; toute exigence supplémentaire relève déjà de la conformité.

b) Conformité

75. — Une fois la validité d'une norme admise, c'est-à-dire une fois la conformité de cette norme aux *conditions d'édition de normes* établie, on peut se demander si elle est en outre conforme à d'autres normes qui ne régissent pas son édition mais avec laquelle elle pourrait entrer en contradiction. Le professeur Otto PFERSMANN donne l'exemple suivant, très instructif pour nos propos :

« Si un code de procédure pénale règle la production de la catégorie normative 'arrêts', il peut subordonner la validité au respect d'éléments formels (soit, par exemple, l'indication du tribunal, de sa composition, de la date d'édition, de la mention des normes appliquées, de la présence d'une motivation et d'un dispositif proprement normatif), mais il peut également rendre obligatoire certains comportements du juge qui n'auront pourtant aucune incidence sur la validité, par exemple l'obligation de relaxer toute personne dont la culpabilité ne lui semble pas établie selon la certitude maximale accessible. Il en résulte que le juge qui respecte ces conditions formelles de validité mais non l'exigence de conviction de culpabilité, rend un arrêt valide. Cette norme est conforme aux règles de production mais non conforme aux autres normes qui la concernent. Il en résulte que validité et conformité ne sont pas la même chose. » (22)

(20) A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, ouvrage précité, 195-196.

(21) Décision qui constitue une norme ou un ensemble de normes.

(22) O. PFERSMANN, « La distinction entre validité et conformité », in : L. FAVOREU et autres, *Droit constitutionnel*, 7^e édition, ouvrage précité, 62. C'est nous qui soulignons.

La conformité d'une norme peut donc être définie comme le respect, par une norme valide, d'autres normes avec lesquelles elle pourrait entrer en contradiction. La question de la conformité d'une norme ne se pose, par hypothèse, qu'à propos de normes valides, car

« pour que la question de la conformité au sens complet du terme puisse être posée, le problème de la validité doit avoir été tranché au préalable : seule une norme valide peut être ou ne pas être conforme. » (23)

Toute norme conforme est donc nécessairement valide, mais toute norme valide n'est pas nécessairement conforme (24).

76. — Une erreur souvent commise est de croire que le concept de la *Stufenbautheorie*, de la théorie de la construction du droit par étages (25), impliquerait la *conformité* des normes d'un étage inférieur aux normes d'un étage supérieur. Une telle vue ne peut être admise (26), puisque « le fait qu'il existe des normes de degré inférieur atteste simplement de leur conformité aux règles de production » (27), c'est-à-dire de leur *validité*, mais non de leur conformité aux exigences d'autres normes avec lesquelles elle pourrait entrer en contradiction (28).

Ce point est d'ailleurs aisé à démontrer : si la hiérarchie des normes impliquait vraiment la conformité (et non seulement la validité) des normes inférieures, il serait absurde d'imaginer qu'un juge-puisse violer la loi, puisque la violation de la loi constitue l'illustration par excellence de la non-conformité. Personne ne prétendrait cependant qu'un tel jugement serait inexistant; en permettant aux parties de former un pourvoi en cassation à son encontre,

(23) *Idem*, 62-63.

(24) La distinction entre validité et conformité n'est pas toujours rigoureusement observée. Ainsi, la Cour constitutionnelle belge a-t-elle affirmé dans quelques rares arrêts (55/99 du 26 mai 1999, considérant B.6.2., alinéa 2, et 97/99 du 15 septembre 1999, considérant B.12., alinéa 2) que son rôle était de contrôler la *validité* des normes législatives, alors qu'elle a naturellement pour mission de vérifier leur *conformité* aux normes de référence. En effet, pour pouvoir invalider une norme, il faut nécessairement postuler sa validité : on ne peut invalider que ce qui est valide. Depuis lors, la Cour d'arbitrage semble avoir corrigé sa terminologie, en faisant maintenant état d'un contrôle de *conformité* : voy. p.ex. l'arrêt 52/2000 du 3 mai 2000 (considérant B.4.3.).

(25) Sur ce concept, voy. aussi en langue française R. Carré de MALBERG, *Confrontation de la Théorie de la formation du droit par degrés*, Paris, Sirey, 1933, 174 pages.

(26) Adolf MERKL la qualifie de « théorie pseudojuridique » (« pseudojuristische Theorie ») (A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, ouvrage précité, 200).

(27) O. PFERSMANN, « La distinction entre validité et conformité », in : L. FAVOREU et autres, *Droit constitutionnel*, 7^e édition, ouvrage précité, 63.

(28) O. PFERSMANN, « Carré de Malberg et la hiérarchie des normes », *RFDC*, 1997, 493, note 34.

le législateur a justement reconnu qu'une décision judiciaire puisse être entachée d'une violation de la loi. À cela on peut ajouter que la décision d'intenter un pourvoi en cassation — décision qui ne peut être prise que pendant un certain délai — dépend du libre choix des parties, de sorte que rien n'exclut qu'un jugement rendu en flagrant violation de la loi puisse devenir définitif et mis à exécution (ce qui constitue la meilleure preuve de son existence) (29). Si la hiérarchie des normes impliquait vraiment la conformité des normes inférieures, un tel jugement ne saurait exister, ni, *a fortiori*, recevoir exécution.

77. — La possibilité d'émettre des normes valides mais non conformes n'a donc rien d'une découverte spectaculaire. Elle est commune à toutes les autorités, juridictionnelles ou non, qui sont chargées d'appliquer des normes d'un rang supérieur. Au niveau du juge constitutionnel, certains auteurs semblent néanmoins partir de l'idée que les décisions par lui rendues soient infaillibles. Or, loin de faire l'exception, le juge constitutionnel peut lui aussi produire des normes valides mais non conformes.

Devant une juridiction constitutionnelle, les hésitations quant à la distinction entre la validité et la conformité de ses décisions sont cependant compréhensibles. C'est qu'il faut tenir compte, à cet échelon de la hiérarchie des normes, d'un élément supplémentaire, susceptible de transformer cette distinction en un instrument de pouvoir singulièrement important : l'absence de recours juridictionnels contre les décisions de cette juridiction. La censure pour cause de non-conformité étant impossible (30), les jugements d'une Cour

(29) Point déjà mis en avant par Adoif MERKL, *Allgemeines Verwaltungsverfahren*, ouvrage précité, 196.

(30) Or alors le phénomène très fréquent des actes qui sont affectés d'un vice mais qui n'ont pas fait l'objet d'un recours pour tant disponible (...), actes qui deviennent inattaquables et restent d'application, comme s'ils ne contenaient aucun vice.

(31) Oder die massenhafte Erscheinung, daß fehlerhafte Akte, wofern non den zugehörigen Rechtsmitteln kein Gebrauch gemacht wurde (...), unaufhebbar werden und in Geltung bleiben, als ob ihnen kein Fehler anhaftete.]

C'est nous qui soulignons.

(32) En France, l'article 62, alinéa 2, de la Constitution dispose :

« 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. »

En Belgique, la situation est régie par les articles 9 et 28 de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage du 6 janvier 1989 qui portent respectivement que (article 9) :

« § 1^{er}. — Les arrêts d'annulation rendus par la Cour d'arbitrage ont l'autorité absolue de la chose jugée à partir de leur publication au *Moniteur belge*. »

constitutionnelle sont tous — conformes ou non — juridiquement inattaquables. Comme l'observait déjà MERKL en 1927 :

« L'exclusion (...) des voies de recours (...) rend l'acte inattaquable et exécutoire, avec tous les vices dont il est éventuellement entaché. » (31)

Ce constat ne doit cependant pas donner lieu à des conclusions trop hasardeuses : il serait faux de prétendre que le juge constitutionnel pourrait faire ce qu'il veut. Indépendamment de toute considération strictement normative, il faut en effet souligner que le juge constitutionnel a besoin d'un certain degré de légitimité tant parmi les citoyens que parmi la classe politique. Cette exigence de légitimité participe à l'adhésion de la Société au système institutionnel en place, et donc en définitive à la *Grundnorm* de l'ordre juridique tout entier. Si le juge constitutionnel entreprenait de systématiquement méconnaître les règles de sa compétence matérielle, l'argument que ses décisions seraient certes non conformes mais valides ne serait que de courte durée : il serait mis à mal par la classe politique (32), blâmé par les

(32) Les arrêts rendus par la Cour d'arbitrage portant rejet des recours en annulation sont obligatoires pour les juridictions en ce qui concerne les questions de droit tranchées par ces arrêts.

et que (article 28) :

« La juridiction qui a posé la question préjudicielle, ainsi que toute autre juridiction appelée à statuer dans la même affaire sont tenues, pour la solution du litige à l'occasion duquel ont été posées les questions visées à l'article 28, de se conformer à l'arrêt de la Cour d'arbitrage. »

Enfin, en Allemagne, le paragraphe 31 de la Loi sur la Cour constitutionnelle fédérale stipule :

« Alinéa 1^{er}. — Les jugements de la Cour constitutionnelle fédérale lient les organes constitutionnels de la Fédération et des Länder, ainsi que toutes les juridictions et autorités administratives. »

Alinéa 2. — Dans les cas prévus aux numéros 6, 11, 12 et 14 du paragraphe 13 de la présente loi, le jugement de la Cour constitutionnelle fédérale a force de loi. (...) »

[« Absatz 1. — Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts binden die Verfassungsgesetze des Bundes und der Länder sowie alle Gerichte und Behörden. »

Absatz 2. — In den Fällen des § 13 Nr. 6, 11, 12 und 14 hat die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts Gesetzeskraft. (...) »]

Notons qu'en Allemagne, les ordonnances rendues au provisoire dans le cadre du paragraphe 32 de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale (*Einseitige Anordnungen*) sont, par exception, susceptibles d'un recours (*Widerspruch*), recours dont connaîtra cependant la Cour elle-même (paragraphe 32, alinéas 3 à 5, BVerfGG).

(31) [« Einen (...) Ausschluss der Prüfung (...) macht den Akt mit allen den Fehlern, die ihm anhaften mögen, unaufhebbar und vollstreckbar. »] (A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsverfahren*, ouvrage précité, 199)

(32) Pour un petit échantillon de critiques acerbes que des mandataires politiques ont par le passé adressées au Conseil, voy. C. EMERY (« Gouvernement des juges ou veto des sages », *RDP*, 1990, 335-338), qui relève ce terrible réquisitoire dressé en 1965 par François MITTERRAND contre les juges de la rue de Montpensier : « Le Conseil constitutionnel a réussi la gageure d'ajouter au discrédit des institutions dont les promoteurs assuraient qu'il serait le fleuron. Cour suprême de Musée Grévin, chapeau dérisoire de démocratie ... il n'a jamais eu d'autre utilité que de servir de garçon de courses au général de Gaulle chaque fois que ce dernier a cru bon de l'employer à cet usage. » (348)

médias (33) et critiqué par la doctrine (34). Il perdrait sa crédibilité et les citoyens n'auraient plus aucun respect devant l'institution. L'ensemble de ces réactions sociales, politiques et académiques hostiles prendrait une ampleur qui dépasserait de loin sa capacité de résistance : il devra s'incliner. S'il persiste néanmoins dans son attitude, son sort sera l'un des plus funestes : la réaction de la société atteindra un degré ultime d'intensité et deviendra parfaitement *juridique*. Légitimé par le peuple, le législateur organique ou le constituant réduiront ses attributions, modifieront le nombre ou le statut de ses membres (35), instaureront une voie de recours contre ses décisions (par exemple devant le Parlement, ce qui neutraliserait complètement la juridiction constitutionnelle), ou, *actus extremis*, supprimeront l'institution. On voit donc que des contraintes *qui sont au premier plan non juridiques* font en sorte que le juge constitutionnel peut *seulement dans une certaine mesure* rendre des décisions valables mais non conformes.

(33) Voy. par exemple C. CABANES, « Le coup de ciseau », Éditorial de *L'Humanité* du 21 juillet 1988, page 3 : « Ce machin — un aréopage de notables fourbus, héritier des pires traditions capotées de notre histoire, qui n'a d'autre légitimité que l'esprit de domesticité au service des pouvoirs politiques et de la bourgeoisie — (...). Cette institution pétaisiste comprend neuf membres : aucun d'entre eux n'est élu par qui que ce soit, mais ils ont ensemble le privilège féodal, de modifier les lois votées par les représentants du peuple. Le sort que mérite ce groupuscule pompeux est d'une simplicité biblique : disparaître dans les espaces infinis ».

(34) Voy. par exemple A. WERNER, « Le Conseil constitutionnel et l'appropriation du pouvoir constituant », *Pouvoirs*, 67 (1983), 117-136, spécialement 120 : « S'il appartient au juge administratif ou au juge judiciaire de créer une règle de droit en l'absence de prescription législative, puisque le législateur peut toujours revenir sur cette jurisprudence, il est difficile d'admettre que le juge constitutionnel puisse créer une règle de droit constitutionnel non établie ou insuffisamment précisée. N'étant pas un organe politique légitimé, comment justifier cette *usurpation du pouvoir constituant*, alors que le Conseil rappelle régulièrement, depuis la décision du 15 janvier 1975, que l'article 61 ne lui confère pas un pouvoir général d'appréciation identique à celui du Parlement » (C'est nous qui soulignons). La décision à laquelle l'auteur fait allusion est celle du tant le numéro 54 DC, relative à l'interruption volontaire de grossesse.

(35) Il n'est guère nécessaire de rappeler à cet égard la crise constitutionnelle à l'occasion de la législation du *New Deal*. Cette crise, ouverte par la Cour suprême des États-Unis en 1935 et aggravée en 1936 à finalement été résolue par un revirement de jurisprudence en 1937, suite au changement d'opinion du juge ROBERTS qui inversa la majorité de 5 magistrats contre 4 en changeant de camp. Si la Cour ne s'était pas infléchi de son propre gré, le président Franklin Delano ROOSEVELT l'aurait contrainte par la force, en procédant à une augmentation du nombre de ses juges par la nomination de personnalités qui lui étaient politiquement proches. Sur le thème du conflit relatif au *New Deal*, voy. notamment, parmi une littérature abondante, R. PIERO, *La Cour suprême et le New Deal, Jurisprudence constitutionnelle de la Cour suprême des États-Unis (1935-1936) et réforme du pouvoir judiciaire (1936-1937)*, Paris, Sirey, 1938, 261 pages, spécialement 172 à 189, et E. ZOLLER, « Splendeurs et misères du constitutionnalisme, Les enseignements de l'expérience américaine », *RDJ*, 1994, 157-184, spécialement 165-167.

SECTION 3. — INTERPRÉTATION ET CONCRÉTISATION

78. — Au titre des notions fondamentales qu'il convient d'exposer avant d'entrer dans le vif du sujet, il nous reste encore les termes d'*interprétation* (*Auslegung*) et de *concrétisation* (*Konkretisierung* ou *Ausgestaltung* (36)). Traitons d'abord de la notion d'interprétation.

a) *Interprétation*

79. — Nous l'avons dit, une norme juridique peut être définie comme la signification d'un énoncé prescriptif. Pour déterminer cette signification à partir de l'énoncé, il est nécessaire de se livrer à une opération cognitive : l'interprétation. Ainsi que le relève Kelsen (37), cette opération est nécessaire pour prendre connaissance de toute norme (38) ; il n'existe pas de norme qui serait susceptible d'être connue sans une opération d'interprétation (39).

L'interprétation peut ainsi être définie comme *l'opération qui consiste à déterminer la signification d'un énoncé* (40). Elle ne constitue

(36) Ces deux termes peuvent être trouvés dans l'œuvre de Adolf MEHL, Voy. notamment sa contribution de 1917 intitulée « Das Recht im Lichte seiner Anwendung », *précitée*, 1170-1171.

(37) H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^e édition, traduction Ch. EISENMANN, *ouvrage précité*, 493. Texte original : *Reine Rechtslehre*, 2^e édition, Vienne, Deuticke, 1960, 346.

(38) Ch. PERELMAN, *Logique juridique, nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1976, 36-37. Th. di Manno, *thèse précitée*, 33, et J. J. FERRANDEZ RODRIGUEZ, « Typologie des dispositifs des décisions des cours constitutionnelles », *RBDC*, 1998, 339.

(39) Quelques auteurs semblent toujours admettre le contraire. Ainsi, on peut lire chez D.G. LAVROFF que « la loi (...) est rarement applicable sans qu'une interprétation préalable de certaines de ses dispositions soit indispensables, ce qui laisse sous-entendre qu'il existerait, en faible quantité certes, des normes législatives qui n'auraient pas à être interprétées » (« Le Conseil constitutionnel et la norme constitutionnelle », *Mélanges en l'honneur du professeur Gustave Périer*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 1995, 350), c'est nous qui soulignons). Le même auteur estime aussi que « l'interprétation d'un texte par le juge est rarement neutre » (même page). Resterait à définir ce qui est une interprétation neutre...

(40) Prescriptif ou non. Insistons sur le fait que l'interprétation n'est en rien réservée aux énoncés prescriptifs ; tout énoncé généralement quelconque doit être interprété lorsque l'on veut en connaître la signification. Il nous semble dès lors peu pertinent d'utiliser une expression telle « interprétation juridique », par opposition à l'« interprétation en général », puisqu'il n'existe entre elles aucun critère intrinsèque de distinction : les deux notions désignent une opération identique, à savoir la détermination de la signification d'un énoncé. La seule différence entre les deux notions se situe non pas au niveau de l'opération elle-même mais au niveau de l'objet à interpréter (critère de distinction *extrinsèque*) : contrairement à l'« interprétation en général », l'interprétation « juridique » n'analyse que des énoncés prescriptifs. Or, il nous semble critiquable d'utiliser des termes différents pour des opérations intrinsèquement identiques : personne ne distinguerait un « ordonnateur juridique » d'un « ordonnateur de poésie » au motif que sur le disque dur du premier sont stockés des textes juridiques alors que sur celui du second sont contenus des poèmes. À notre sens, il serait donc préférable de parler de l'interprétation *en matière juridique* ou de *telle et telle disposition juridique*.

pas une opération de production normative (l'interprétation ne *produit* pas l'énoncé prescriptif), mais il s'agit au contraire d'une opération qui ne peut avoir lieu que si un tel énoncé *existe déjà*; sans lui, aucune interprétation ne serait possible. L'énoncé prescriptif est donc en quelque sorte « antérieur » à l'interprétation et non l'inverse : l'interprétation, loin de *produire* des énoncés prescriptifs, vise à déterminer par une opération cognitive la signification d'énoncés *déjà existants* (41).

L'interprétation d'un énoncé ne mène pas nécessairement à une seule signification; il arrive qu'un énoncé soit susceptible de plusieurs significations (42). Ce constat est vrai pour tous les énoncés, prescriptifs ou non; dans le cadre du présent travail, nous nous limiterons cependant à l'analyse des seuls énoncés prescriptifs. La dualité ou pluralité de significations d'un énoncé prescriptif a pour conséquence que la norme est *indéterminée*; son degré d'indétermination est d'autant plus grand que le nombre de significations possibles de l'énoncé est élevé. L'indétermination ne s'oppose toutefois pas à la normativité (43) : il s'agit là de deux questions indépendantes. La normativité dépend du caractère *prescriptif* de l'énoncé, l'indétermination de la pluralité de ses *significations possibles*. Lorsqu'une norme est indéterminée, cela signifie simplement qu'elle détermine une plus large habilitation, de permissions, « un plus large ensemble d'obligations, de permissions, d'interdictions. » (44) Adolf MERKL a d'ailleurs à juste titre souligné que certaines normes juridiques, telles les lois, sont *par essence* indéterminées (du moins dans une certaine mesure) en ce qu'elles ont une portée générale et non individuelle (45).

(41) Par 'interprétation', il convient donc d'entendre « l'opération cognitive consistant dans l'analyse de la signification des actes de langage exprimant une norme ainsi que des manifestations d'une telle opération » (O. PFERSMANN, « De l'impossibilité du changement de sens de la Constitution », in : *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs, Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2003, 356).

(42) Sur ce point, voy. la contribution fondamentale de Michael THALER, *Mehrdeutigkeit und juristische Auslegung (précitée)*, malheureusement assez inconnue dans la doctrine française.

(43) A. MERKL, « Das doppelte Rechtsanzulitz. Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechts », *contribution précitée*, 1110.

(44) O. PFERSMANN, « De l'impossibilité du changement de sens de la Constitution », *contribution précitée*, 356-357.

(45) A. MERKL, « Das Recht im Lichte seiner Anwendung », *contribution précitée*, 1173 : « À notre sens, l'indétermination partielle de la loi lui est inhérente. » [« Wir erklären die teilweise materielle Indeterminiertheit des Gesetzes als diesem begriffswesentlich. »]

b) Concrétisation

80. — Toute norme juridique suppose, pour être comprise, une activité d'interprétation qui permet de déterminer la signification de l'énoncé prescriptif qui la fonde. Des dispositions fréquemment utilisées dans la vie publique, telles l'article 1382 du Code civil, font donc tous les jours l'objet de milliers d'interprétations qui n'ont aucune valeur normative. Ainsi, notre interprétation de l'article 1382 n'aura aucune autorité en droit, pas plus que celles données par un autre citoyen, un avocat ou même un illustre professeur d'université. En revanche, lorsqu'un *juridicien* fait *application de cet article dans un litige qui lui est soumis*, l'interprétation qu'elle donne de cette règle *possède* une valeur normative; elle est revêtue d'une *autorité juridique propre*. Cette autorité tient en ce que l'article sera appliqué au litige *dans l'interprétation qu'en donne cette juridiction*.

C'est cette opération qui est appelée *concrétisation* (46). Elle se distingue de l'interprétation par le fait qu'elle comporte deux phases successives : elle détermine (d'abord) la signification d'un énoncé prescriptif et procède (ensuite) à l'*application* de la disposition interprétée, par la *production d'une nouvelle norme*, le jugement. La concrétisation constitue donc une *opération de production normative* (47), par opposition à l'interprétation qui revêt un caractère rigoureusement non normatif. Cette différence explique pourquoi les interprétations données par nous, un avocat ou un professeur d'université d'une part et celle fournie par un juge dans le cadre d'un litige d'autre part ont un statut différent : le juge, à la différence

(46) Sur cette notion, voy. O. PFERSMANN, « Interprétation et concrétisation », in : L. FAVORIU et autres, *Droit constitutionnel*, 7^e édition, ouvrage précité, 87-88, et A. FESSER, *Das Recht im juristischen Denken, Das hermeneutische Prinzip als allgemeine Denkweise juristischer Methodik von der Regelbildung bei der Normsetzung bis zur Regelkonkretisierung durch den Richter*, these (Sarrebriek, 1994), Bade-Bade, Nomos, 1996, 126 pages, spécialement 97.

(47) Le professeur Otto PFERSMANN qualifie la concrétisation de « application-production » (O. PFERSMANN, « De l'impossibilité du changement de sens de la Constitution », in : *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs, Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2003, 357), en se fondant, peut-on penser, notamment sur les travaux de MERKL qui relève dès 1917 le caractère biphase de la concrétisation en y distinguant une opération d'application (*Rechtsanwendung*) et une opération de production (*Rechtserzeugung*) (A. MERKL, « Das Recht im Lichte seiner Anwendung », *contribution précitée*, 1170).

des personnages précités, est *habilité à produire des normes* qui consacrent l'interprétation qu'il retient (48).

(48) La distinction entre interprétation et concrétisation est *contestée* par un courant de la philosophie du droit qui se dénomme 'Théorie réaliste de l'interprétation'. Cette école, dont le maître de pensée est le professeur italien RICARDO GUASTINI, affirme qu'interprétation et concrétisation constituent des opérations identiques et que *le contenu d'une norme ne peut jamais être connu avant son application*. Une telle théorie conduit cependant à affirmer qu'un énoncé prescriptif *n'a aucune signification propre*, la norme étant entièrement formée par l'organe qui en fait l'application. A suivre cette théorie, une violation de la Constitution par le juge constitutionnel est *logiquement impossible*, puisque la Constitution dit ce que le juge constitutionnel dit qu'elle dit. Or, *si l'on fait dépendre la normativité d'un énoncé de son application, on est contraint d'affirmer que toute disposition qui n'a jamais reçu application ne constitue pas une norme*. Cette position est tout à fait radicale : dans la plupart des textes constitutionnels - en tout cas dans les Constitutions françaises, belges et allemandes - il existe un certain nombre de règles qui visent des situations de crise et qui - fort heureusement - n'ont jamais dû être appliquées. Or, pour la 'Théorie réaliste de l'interprétation', ces dispositions constituent du non-droit : faute d'avoir reçu application, elles ne peuvent pas être considérées comme des normes juridiques. Une telle position nous paraît intenable. Pour prendre un exemple tiré du droit belge, l'article 4, alinéa 3, de la Constitution coordonnée règle la procédure par laquelle les limites des régions linguistiques peuvent être modifiées. Cette règle n'a jamais été mise en œuvre mais elle constitue, *par sa seule présence*, un élément essentiel de la cohabitation pacifique des différentes communautés linguistiques. Prétendre que cette règle relèverait du non-droit, comme l'affirmeraient les tenants de la 'Théorie réaliste de l'interprétation', nous paraît - précisément - tout à fait irréaliste. - Parmi les ouvrages de RICARDO GUASTINI, il convient de mentionner : *Problemi di teoria del diritto*, Bologne, Il Mulino, 1980, 406 pages, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milan, Giuffrè, 1983, 507 pages, et *Teoria e dogmatica della fonte*, Milan, Giuffrè, 1998, 760 pages. Pour un exposé en langue française, favorable à cette théorie, voy. M. TROPER, *RFDC* 2002, 335-353 ; des objections ont été formulées par O. PENSAMANN, *même revue*, 2002, 759-788 et 789-836.

CHAPITRE 2

ILLUSTRATION

81. - Il peut être utile de d'illustrer à l'aide d'un exemple concret les notions d'interprétation, concrétisation, conformité et validité. À ce titre, la décision 39 DC du Conseil constitutionnel paraît particulièrement propice.

Dans une décision du 19 juin 1970, le juge constitutionnel français contrôle pour la première fois une norme législative par rapport au préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 (49). La décision est suivie un an plus tard par la célèbre décision 44 DC du 16 juillet 1971, dans laquelle le Conseil prononce pour la première fois la non-conformité d'une norme législative pour cause de violation du préambule.

Le problème crucial qui sous-tend la décision 39 DC est double. La première question est de savoir si les dispositions du préambule ont un caractère normatif. Si un tel caractère est admis, il convient de se demander dans un second temps si le Conseil constitutionnel est compétent pour apprécier la conformité de normes législatives par rapport à ces normes (50). Nous l'avons dit, le Conseil constitutionnel a répondu par l'affirmative à ces deux interrogations : selon lui, les dispositions du préambule ont un caractère normatif et le Conseil dispose de la compétence pour vérifier si les normes législatives soumises sont conformes à ces dispositions.

82. - Si nous retranscrivons l'affirmation du Conseil constitutionnel et le débat en général sur base de la terminologie que nous

(49) Soulignons à cet égard que « la référence au préambule apparaît dans [cette décision] non de façon gratuite comme on a pu le croire, mais effective » (L. FAVOREU, « Le principe de constitutionnalité, essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in : *Revue d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1977, 34).

(50) On observera la formulation très habile du doyen FAVOREU qui écrit que « [l]e Conseil a alors eu à partir de 1970 à interpréter et à appliquer le préambule de 1958 (L. FAVOREU, « La décision de constitutionnalité », *RFDC*, 1986, 617 ; c'est nous qui soulignons). La doctrine était depuis longtemps favorable à cette solution : voy. les références citées par le même auteur dans son importante contribution « Le Conseil constitutionnel régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics », rédigée *in tempore non suspecto* (*RFDC*, 1967, 59, note 144).

venons de présenter au cours des pages qui précèdent, nous pouvons résumer le problème comme suit :

a) *Caractère normatif du préambule* — Le Conseil affirme, implicitement mais certainement, que les énoncés écrits qui forment le préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 constituent des énoncés prescriptifs que le législateur est tenu de respecter (à défaut d'une telle affirmation, tout contrôle de conformité de normes législatives par rapport au préambule serait impossible).

b) *Le préambule comme norme de référence — concrétisation de l'article 61, alinéa 1^{er}, par le Conseil* — Les compétences du Conseil quant à l'étendue de ses *normes de référence* sont définies (51) à l'article 61, premier alinéa, *in fine*, de la Constitution qui dispose que le Conseil constitutionnel

« se prononce sur leur conformité à la Constitution » (52).

Tout dépend donc de la signification exacte du mot « Constitution » dans ledit alinéa, dans la mesure où il importe de savoir si celui-ci inclut le préambule ou non.

Le premier alinéa de l'article 61 de la Constitution constitue un énoncé prescriptif. Son destinataire est le Conseil constitutionnel qui, une fois saisi, a l'obligation de se prononcer sur la conformité d'une disposition législative à la Constitution (53). Lorsque le Conseil constitutionnel se prononce dans le cadre d'une telle procédure de contrôle *a priori* de normes législatives (la procédure du type « DC »), il procède donc à une *application* de l'article 61 et à la *production d'une norme*, à savoir la décision de conformité ou de non-conformité. Or, l'application-production de normes s'appelle concrétisation, et on est dès lors fondé à affirmer que chaque fois que le Conseil est saisi sur base de l'article 61, le Conseil *concrétise* l'énoncé qui comprend les mots « à la Constitution ».

c) *Indépendance de l'interprétation par rapport à la concrétisation* — La concrétisation des mots « à la Constitution » par le

(51) Du moins pour le *contrôle a priori* des normes législatives organiques et ordinaires, mais c'est seulement ce point qui nous intéresse en l'occurrence.

(52) C'est nous qui soulignons. — Exactement la même formulation est reprise par l'ordonnance portant loi organique sur le Conseil constitutionnel. Mais étant donné que cette ordonnance a été prise *en exécution de la Constitution*, la signification de ses dispositions est sans pertinence pour le présent débat.

(53) Cette obligation est encore renforcée par le troisième alinéa du même article qui dispose que le Conseil « doit statuer dans le délai d'un mois » et par les exigences procédurales que fixe le Chapitre II de l'ordonnance portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

Conseil constitutionnel ne s'oppose pas à l'interprétation des mêmes termes par tout un chacun, et notamment par la doctrine. Aucune contradiction ne réside dans le fait de relever simultanément que le premier alinéa de l'article 61 de la Constitution française *n'accorde pas* au Conseil constitutionnel la compétence de vérifier la conformité d'une disposition législative par rapport au préambule (interprétation du professeur X ou Y) et d'affirmer — sans pour autant cautionner la jurisprudence du Conseil — que la décision 39 DC précède bel et bien à un tel contrôle (concrétisation par le Conseil). Une interprétation effectuée par un particulier A peut en effet parfaitement s'écarter de la concrétisation de la même disposition par un organe juridictionnel, tout comme elle peut encore différer l'interprétation donnée par particulier B.

d) *Absence de lien entre existence des décisions 39 et 44 DC et conformité de celles-ci* — C'est à ce stade qu'il faut mettre en jeu les notions de validité et de conformité. Le fait que le Conseil constitutionnel ait rendu les décisions 39 et 44 DC n'atteste en rien de leur *conformité* à la Constitution (54) ; la circonstance que les deux décisions aient été rendues dans les formes, qu'elles aient été dûment publiées au *Journal officiel* et régulièrement exécutées témoigne de leur seule *validité*.

e) *L'interprétation comme étape nécessaire lors de l'appréciation de la conformité* — Il se pose ainsi la question de savoir si l'*inclusion du préambule dans les normes de référence* — car c'est bien à cela que procède le Conseil dans la décision 39 DC — peut être considérée comme une opération conforme à la Constitution. En d'autres termes, il convient de savoir si la décision prémentionnée est conforme au premier alinéa de l'article 61 de la Constitution. Une norme est conforme à une autre si elle n'exécute pas l'habilitation que cette dernière lui accorde. Or, pour connaître le périmètre exact de l'habilitation, il faut déterminer la signification de la norme qui la renferme. Une fois ce périmètre délimité, il s'agira, dans une seconde étape, de déterminer la signification de la norme qui a été prise sur base de cette habilitation, et ainsi de vérifier si elle reste bien à l'intérieur de l'habilitation conférée. On voit donc que toute appréciation de la conformité d'une norme par rapport à une autre pré-

(54) Nous visons ici plus précisément la conformité des décisions précitées au premier alinéa de l'article 61, qui détermine l'étendue des normes de référence du Conseil.

suppose nécessairement l'interprétation de ces *deux* normes, c'est-à-dire de la norme de référence et de la norme contrôlée (55).

f) Caractère non normatif de l'appréciation de conformité par interprétation - Une opération non normative ne peut jamais donner lieu à un résultat normatif : pour produire une norme, il faut qu'il existe déjà une norme qui règle la production de cette seconde norme. Or, l'interprétation est une activité cognitive non normative et l'appréciation de la conformité d'une norme par rapport à une autre est nécessairement basée sur une opération d'interprétation. Par conséquent, le résultat de l'appréciation de la conformité est également non normatif. Plusieurs interprètes peuvent donc arriver à des résultats différents quant à la conformité de la décision 39 DC à l'article 61, alinéa 1^{er}, de la Constitution, sans que l'on puisse dire lequel a raison et lequel a tort : la question de savoir quelle interprétation constitue la « bonne » interprétation d'une disposition donnée (c'est-à-dire la « bonne » sélection d'une opération non normative parmi plusieurs opérations non normatives possibles) n'est pas susceptible d'être *normativement* décidée.

g) Caractère normatif de l'appréciation de conformité par concrétisation, indépendance par rapport à l'interprétation - Dès lors que l'interprétation et la concrétisation sont deux opérations distinctes, elles peuvent arriver à des résultats différents. Ce n'est donc pas parce que le Conseil constitutionnel a concrétisé l'alinéa 1^{er} de l'article 61 comme signifiant « la Constitution, y compris le préambule » qu'une opération d'interprétation, menée par nous, doit nécessairement mener à la même conclusion. Rien ne s'oppose à ce que nous constatons que le Conseil a effectivement concrétisé l'alinéa 1^{er} de l'article 61 de la Constitution comme lui accordant la compétence de vérifier la conformité d'une disposition législative par rapport à la Constitution, et que nous affirmions en même temps que le Conseil a excédé l'habilitation qui lui était donnée, avec la conséquence que nous tenons la décision 39 DC pour une décision valide mais non conforme (56).

*

*

*

(55) Point notamment soulevé par H. SIMONART, *thèse précitée*, 219, et TH. DI MANNIO, *ibidem* précitée, 36-39.

(56) Cette différence conceptuelle ne semble pas avoir été perçue par certaines plumes du droit constitutionnel français qui semblent penser que le *fait même* que les décisions 39 et 44 DC exist-

83. - Dans les titres qui précèdent, nous avons précisé les contours des notions de 'juge constitutionnel' et de 'législateur' (titre 1^{er}), décrit les différents chefs de compétence (57) des juridictions constitutionnelles de notre champ de recherche (titre 2) et examiné un certain nombre de problèmes conceptuels (titre 3).

Sur base de ces développements, il nous sera maintenant possible d'aborder la notion centrale de notre étude, le concept d'interférence (titre 4). Si nous avons attendu le dernier titre de la première partie pour procéder à sa présentation, c'est dans un souci systématique : pour aborder cette notion, il convient de savoir ce qui est un juge constitutionnel et un législateur, il faut connaître les compétences de ce juge et, chose particulièrement importante, il faut avoir introduit les distinctions entre conformité et validité, et entre interprétation et concrétisation.

ent et aient été normalement exécutées constituerait une indication infaillible de leur *conformité*. Une fois cette conformité admise, elles constatent que les dispositions organiques qui régissent les compétences matérielles du Conseil constitutionnel sont restées inchangées entre 1958 et 1971 ; ce constat les oblige alors à affirmer que la volonté du constituant de 1958 a *nécessairement dû être* - malgré tous les indices en sens contraire - de conférer au Conseil constitutionnel la compétence de vérifier la conformité des normes législatives par rapport au préambule. Une affirmation en sens contraire leur est impossible car dans une telle constellation, la jurisprudence de 1970 et 1971 ne pourrait être expliquée que par une révolution juridique, capitulation par excellence de tout raisonnement systématique. Un autre courant d'idées tente de conjurer la menace révolutionnaire en insufflant aux normes juridiques une mystérieuse capacité d'automutation : ainsi, l'école dite du « droit vivant » s'efforce de démontrer que le droit « bouge », c'est-à-dire que ses dispositions peuvent changer de signification *sans même qu'il soit besoin de formellement les modifier*. Cependant, pour ne pas devoir conclure à une révolution juridique, il n'est besoin de se rallier à aucun de ces deux courants de pensée ; on n'est ni contraint de consentir à des « ajustements » retrospectifs de la volonté du constituant, ni de cautionner par une véritable idéologie incompatible avec la normativité du droit (et la sécurité juridique) toute nouvelle audace du juge constitutionnel : le problème posé par les décisions 39 et 44 DC peut être résolu par une simple application des notions de conformité et de validité. Cette solution tient en trois constats. Premier constat : le constituant n'a *pas* attribué au Conseil constitutionnel la compétence matérielle de vérifier la conformité des normes législatives par rapport au préambule ; les décisions 39 et 44 DC sont donc non conformes à la Constitution. Second constat : les décisions 39 et 44 DC ont été rendues conformément aux conditions de production de normes ; elles sont donc valides. Troisième constat : aucune voie de recours n'étant organisée contre les décisions du juge constitutionnel (article 62, alinéa 2, de la Constitution), elles sont juridiquement inattaquables et, par conséquent, pleinement exécutoires. L'on peut dès lors parfaitement affirmer que le constituant de 1958 n'a pas inclus le préambule dans les normes de référence du Conseil *sans pour autant* se trouver dans l'obligation logique de conclure à une révolution juridique.

(57) Dans la mesure où ceux-ci présentent un intérêt pour nos travaux.

TITRE IV
LA SIGNIFICATION
DE LA NOTION D'INTERFÉRENCE

84. — Le présent titre est le plus abstrait de toute notre étude.

Au tout début de nos travaux (*supra*, n° 7), nous avons provisoirement défini la notion d'interférence comme étant l'*incidence juridique des décisions juridictionnelles sur le contenu de normes qui n'ont pas encore été produites*. Il s'agit maintenant de vérifier l'exactitude de cette définition et, le cas échéant, de l'affiner.

Nous procéderons en deux temps. Dans une première étape, nous présenterons le concept d'interférence d'une manière générale, c'est-à-dire détachée d'un ordre juridique déterminé et indépendamment d'un certain nombre de problèmes particuliers (chapitre 1^{er}). Dans un second temps, nous examinerons un certain nombre de questions spéciales et vérifierons si le concept, tel qu'il aura été présenté, est susceptible d'exister au sein d'un ordre juridique concret (France, Belgique, Allemagne) (chapitre 2).

CHAPITRE 1

LA NOTION D'INTERFÉRENCE : PRÉSENTATION GÉNÉRALE

85. - Dans le présent chapitre, nous nous intéresserons à la nature juridique des interférences (section 1^{ère}) et vérifierons s'il est possible de les répartir en différentes catégories (section 2).

SECTION 1. - NATURE JURIDIQUE DE L'INTERFÉRENCE

86. - Affirmons-le d'emblée : juridiquement, une interférence, au sens technique que nous l'entendons, constitue une *habilitation* (en allemand : *Ermächtigung*; en anglais : *empowerment*) (1). Selon la *Théorie pure du droit* de HANS KELSEN,

« dans le cadre d'un ordre juridique, « habilitier » signifie conférer un pouvoir juridique, c'est-à-dire la faculté de créer du droit ». (2)

Le droit étant constitué de normes juridiques, l'habilitation désigne donc l'action de conférer à un organe (3) la faculté de produire des normes juridiques, en déterminant les conditions de validité de ces normes. Dès lors que l'habilitation permet la production de normes juridiques et qu'une norme juridique ne peut exister qu'en vertu

(1) Sur la notion d'« habilitations », voy. en langue française, comme seul travail récent qui nous est connu, G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, thèse (Paris X Nanterre, 2004), non publiée, 712 pages.

(2) H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^e édition, traduction Ch. EISENMANN, Paris, Dalloz, 1962, 161. Texte original (*Reine Rechtslehre*, 2^e édition, Vienne, Deuticke, 1960, 123) : « Sofern «ermächtigen» innerhalb einer Rechtsordnung soviel bedeutet wie eine Rechtsmacht, das heißt, die Fähigkeit erteilen, Recht zu erzeugen (...) ».

(3) Nous avons déjà relevé *supra* (introduction générale, note 40) que des personnes privées peuvent dans certains cas être titulaires d'une habilitation. Sur ce point, voy. aussi H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^e édition, traduction Ch. EISENMANN, *ouvrage précité*, 195-197.

d'une autre norme juridique (4), une habilitation constituée *elle-même* une norme juridique.

La notion d'*interférence* peut ainsi être définie comme une *norme juridique*, et plus précisément comme l'*habilitation qui confère à son destinataire le pouvoir de produire à l'avenir* (5) *des normes législatives dotées d'un certain contenu*. Le juge constitutionnel qui interfère dans l'activité normative du législateur, en lui indiquant comment une loi peut être rédigée, produit donc une norme juridique qui habilite ce dernier à édicter une loi conformément à l'interférence émise.

Dans le cadre de nos recherches, l'*auteur* de la norme d'habilitation est par hypothèse le juge constitutionnel. Nous avons déjà précédemment exposé quels organes doivent être considérés comme des juges constitutionnels dans notre champ de recherche (6). Quant au *bénéficiaire* de l'habilitation, celui-ci est dans notre champ d'étude toujours le législateur. Nous avons également précisé auparavant quelles autorités doivent être considérées comme des législateurs dans les trois pays de référence (7).

87. — Si nous retranscrivons dans un langage plus formalisé les propos qui précèdent, nous pouvons les présenter de la manière suivante : une interférence constitue une habilitation (H) à produire un type déterminé de normes (N), en l'occurrence des normes législatives (NL). Cette production est soumise à un certain nombre de conditions qui fixent les conditions de validité des normes qui peuvent être ainsi produites (8). L'interférence du juge constitutionnel dans l'activité normative du législateur s'articule donc toujours de la manière suivante :

H (conditions de validité) → NL

(4) Voy. *supra*, n° 74, et H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^e édition, traduction Ch. Eisenmann, *ouvrage précité*, 256 : « La validité d'une norme ne peut avoir d'autre fondement qu'une autre norme. Texte original : [« Der Geltungsgrund einer Norm kann nur eine andere Norm sein »] (*Reine Rechtslehre*, 2^e édition, *ouvrage précité*, 196). Cette idée était déjà présente dans la première édition de la *Reine Rechtslehre* de 1934 : voy. les pages 65, 72 et 82-83 (Leipzig et Vienne, Deutscher, 1934).

(5) On pourrait nous reprocher le caractère superfluo des mots « à l'avenir », en affirmant qu'une habilitation est nécessairement accordée pour l'avenir. Pour ceux qui estiment que ce point va de soi, ces mots peuvent effectivement être omis. Nous avons cependant pour notre part moins de certitudes : une habilitation ne pourrait-elle jamais avoir une portée rétroactive ?

(6) *Supra*, titre 1^{er}, chapitre 1^{er}.

(7) *Supra*, titre 1^{er}, chapitre 2.

(8) Ces conditions peuvent être plus ou moins nombreuses ; nous examinerons plus loin leur articulation précise (voy. *infra*, n° 96).

Ce 'moule commun' des interférences étant dégagé, il importe de vérifier s'il n'est pas possible de répartir celles-ci en plusieurs catégories.

SECTION 2. — CATÉGORISATION DES INTERFÉRENCES

88. — Au cours de la présente section, nous tenterons d'établir une typologie des interférences, susceptible de servir de *summa divisio* pour notre étude. Dans un premier temps, nous présenterons un critère de distinction qui s'avère non pertinent (sous-section 1^{ère}), avant d'exposer dans un second temps deux critères qui *peuvent* être retenus pour la catégorisation des interférences (sous-section 2).

SOUS-SECTION 1. — Une division non pertinente : interférences relatives à la production normative et relatives au contenu normatif

89. — Dans les propos introductifs, nous avons défini l'interférence comme l'incidence des décisions du juge constitutionnel sur le contenu de futures normes législatives (9). Après réflexion, on peut cependant douter que les interférences concernent nécessairement le contenu de normes législatives futures. Des interférences ne peuvent-elles pas aussi concerner la seule *production* de ces normes, *sans* avoir une quelconque prétention à régir leur contenu ? Il existe en effet des cas de figure où une décision du juge constitutionnel indique qu'une intervention du législateur est nécessaire, mais *sans* contenir des directives relatives au contenu des normes à adopter. Il va notamment ainsi lorsque le juge constitutionnel relève qu'une certaine matière doit être réglée *par la loi* et ne peut être déléguée au Pouvoir réglementaire. Le problème est connu en France sous l'appellation très savante de l'*incompétence négative du législateur* (10) ; il est théorisé en Allemagne sous le terme *Wesent-*

(9) *Supra*, n° 7.

(10) Terminologie que le Conseil constitutionnel utilise lui-même dans une quinzaine de décisions, la première datant de 1995 (368 DC du 26 janvier 1995, considérant 9). Voy. également les décisions 369 DC du 22 avril 1997, considérant 16, et 401 DC du 10 juin 1998, considérant 17. — Pour un premier accès à la notion, voy. F. PRIET, « L'incompétence négative du législateur », *RFDC*, 1994, 59-85 (avec de références précises à la jurisprudence du Conseil constitutionnel), et G. SCHMITZER, « L'incompétence négative du législateur et des autorités administratives », *AJCC*, 5 (1989), 137-176.

lichtheitstheorie (11), et le juge constitutionnel belge affirme lui aussi que certaines normes — notamment en matière fiscale — doivent être prises par des assemblées délibérantes démocratiquement élues (12).

Dans tous ces cas, il semble que l'interférence soit limitée à la seule *production* normative, sans concerner le *contenu* des normes législatives futures : le juge constitutionnel affirme seulement que des normes juridiques relatives à un certain problème doivent être produites par le législateur, sans se prononcer sur la question de savoir comment celui-ci doit libeller celles-là. La *summa divisio* de notre travail ne pourrait-elle dès lors pas s'identifier en la distinction entre *interférences relatives au contenu des normes futures* et *interférences relatives à la seule production normative* ?

90. — Aussi pertinente que cette division puisse paraître, elle n'est conceptuellement pas tenable. Il s'avère en effet qu'une interférence relative à la seule production normative, à l'exclusion de toute indication relative au contenu de la norme future, aussi minime soit-elle, constitue un cas extrême (13) qui demeure purement théorique. Car interférer avec la seule production normative signifie que le juge constitutionnel adresse au législateur l'énoncé « produisez une norme » sans — par hypothèse — lui donner aucune *précision sur le contenu de celle-ci*. Or, dans un tel cas de figure, toute intervention ultérieure du législateur devrait être considérée comme une exécution de l'interférence, peu importe qu'il s'agisse d'une loi de finances, d'une loi en matière de fonction publique, de normes législatives en matière de défense nationale ou d'une loi d'assentiment à une convention internationale : le contenu des normes produites par le législateur ne pourrait, par définition, être pris en compte pour apprécier si le législateur s'est ou non conformé à l'interférence en question.

(11) Sur cette théorie, voy. J. ISENSEE et P. KIRCHHOF (éds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, tome 3 (*Das Handeln des Staates*), Heidelberg, C.F. Müller, 1988, 337-342, P. BADURA, *Staatsrecht — Systematische Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland*, Munich, C.H. Beck, 1986, 75-76 et 364-365, et T. STEIN et G. FRANK, *Staatsrecht*, 17^e édition, Tübingen, Mohr Siebeck, 2000, 153-154.

(12) Voy. par exemple CA, arrêts 49/98 du 20 mai 1998, considérant B.9.2., et 17/2000 du 9 février 2000, considérant B.13.3. :

« L'article 170 de la Constitution (...) règle la répartition des compétences en matière fiscale (...) entre les pouvoirs législatifs et exécutifs, en réservant aux assemblées délibérantes démocratiquement élues la décision d'établir une imposition et la fixation des éléments essentiels de celle-ci. »

(13) C'est à bon escient que nous employons ici le terme « extrême », adjectif qui doit être utilisé avec une grande prudence ; il s'agit de sa seule occurrence dans l'intégralité de notre travail.

Il n'est guère besoin de relever qu'une telle construction est plus proche du surréalisme de MACGRIFFE que du droit constitutionnel positif : une interférence qui serait limitée à la seule production normative *n'existe pas* ; elle a *nécessairement* une incidence sur le *contenu* de normes futures. Même dans l'hypothèse où le juge constitutionnel se borne à affirmer que tel et tel domaine juridique ne peut être laissé à la discrétion du Pouvoir exécutif et doit être réglé par le législateur (14), il interfère dans le contenu de la norme à produire dans la mesure où il *indique au moins le champ juridique dans lequel l'intervention législative devra avoir lieu*.

91. — En définitive, il est impossible de retenir comme critère pour la *summa divisio* des interférences les concepts de contenu normatif et de production normative. Au lieu d'être antinomiques, ces deux notions sont étroitement liées : la question de savoir s'il faut produire une norme future n'a de sens que *par rapport à un certain domaine juridique*, et donc par rapport à un certain *contenu* normatif. À l'inverse, lorsque le juge constitutionnel se prononce sur le *contenu* d'une norme, il suppose nécessairement sa *production*, car sans production normative, il n'y aurait tout simplement pas de norme. Ce qui a semblé être une différence de concepts n'est donc en réalité rien d'autre qu'une différence de degré, à savoir du *niveau de précision* avec laquelle le juge constitutionnel décrit le contenu de la norme législative future. Cette précision est relativement faible lorsque le juge constitutionnel affirme que la réglementation de tel et tel domaine ne peut être déléguée au Pouvoir réglementaire ; elle est élevée lorsque le juge constitutionnel donne au législateur des directives détaillées relatives à la norme à adopter (15).

SOUS-SECTION 2. — *Les divisions pertinentes : interférences obligatoires et non obligatoires et interférences déterminées et alternatives*

92. — Après avoir établi que toute interférence a nécessairement vocation à régir le contenu de normes législatives futures, il convient de rechercher d'autres critères qui nous permettent de procéder à une distinction des interférences en droit constitutionnel posi-

(14) Voy. *supra*, notes subpaginales 10-12.

(15) De nombreux exemples où tel est le cas seront présentés *infra*, au cours des seconde et troisième parties de notre étude.

tif. Ces critères sont au nombre de deux et peuvent être combinés, de sorte qu'il existe au total quatre catégories d'interférences.

a) *La première distinction pertinente : interférences obligatoires et non obligatoires*

93. — Pour trouver le premier critère de division, il suffit de poursuivre la lecture de la *Théorie pure du droit* de HANS KELSEN. En exposant le concept d'habilitation, le professeur de Vienne relève :

« Il n'est pas superflu de souligner qu'il n'y a aucune nécessité à ce que, lorsqu'un individu est habilité à une conduite déterminée, il soit pour autant obligé à cette conduite. Mais il est naturellement possible, et il se rencontre fréquemment en fait qu'un individu ou un ensemble d'individus soient, en même temps qu'habilités, juridiquement obligés de faire usage de cette habilitation, c'est-à-dire que l'action à laquelle le sujet est habilité par l'ordre juridique soit en même temps prescrite, c'est-à-dire érigée en contenu d'une obligation. » (16)

On le voit, KELSEN distingue deux cas de figure : dans l'un, l'organe auquel l'habilitation est accordée est en même temps destinataire d'une obligation juridique qui lui impose de faire usage de cette habilitation, dans l'autre, cette obligation fait défaut. Nous avons déjà précédemment relevé que toute interférence constitue techniquement une habilitation. Ceci nous permet d'appliquer la distinction mise en avant par KELSEN à la notion d'interférence. La *summa divisio* de nos recherches peut dès lors s'énoncer comme suit : l'interférence est-elle ou non assortie d'un caractère contraignant ? Autrement dit : l'habilitation qu'accorde le juge constitutionnel au législateur est-elle ou non accompagnée d'une obligation juridique qui vise à mettre en œuvre cette habilitation ?

94. — À ce stade, il convient d'éclairer les rapports qui existent entre les concepts d'habilitation et d'obligation.

(16) H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^e édition, traduction Ch. EISENMANN, ouvrage précité, 161-162. Texte original (*Reine Rechtslehre, ouvrage précité*, 123) :

« Da Normen nicht nur ein bestimmtes Verhalten gebieten (oder verbieten), sondern auch zu einem bestimmten Verhalten ermächtigen können, ist es nicht überflüssig, hervorzuheben, daß wenn ein Individuum zu einem bestimmten Verhalten ermächtigt ist, es damit zu diesem Verhalten nicht verpflichtet sein muß. (...) Aber man kann rechtlich verpflichtet sein, von einer Ermächtigung Gebrauch zu machen; eine Handlung, zu der ein Individuum von der Rechtsordnung ermächtigt ist, kann zugleich geboten, das heißt: zum Inhalt seiner Pflicht gemacht sein. »

On remarquera que les mots « et il se rencontre fréquemment en fait » qui figurent dans la traduction d'EISENMANN font défaut dans le texte original de KELSEN. Traduire, c'est déjà interpréter...

Une habilitation se conçoit *indépendamment* d'une obligation. L'organe A peut habilitier l'organe B à produire une norme sans l'y obliger. À l'inverse, une obligation *présuppose nécessairement* l'existence d'une habilitation. Pour que l'organe A puisse obliger l'organe B à produire une norme, celui-ci doit être habilité à la produire (17). Dès lors, si A oblige B à produire une norme déterminée, cela signifie en réalité que A oblige B à faire usage de l'habilitation de produire cette norme. Pour cela, il n'est point besoin que l'habilitation ait été réellement formulée : l'énoncé de l'organe A « Organe B, produisez la norme x ! » signifie nécessairement « Organe B, je vous habilite à produire la norme x et vous oblige à vous servir de cette habilitation. »

95. — Les développements qui précèdent permettent de formuler de manière précise la *summa divisio* de notre travail. Comme nous venons de l'exposer au n° 93, la distinction s'opère selon que l'habilitation que le juge constitutionnel accorde au législateur est ou non accompagnée d'une obligation juridique qui lui impose d'en faire usage. L'application de ce critère fait apparaître deux catégories d'interférences, qui se distinguent par leur *modalité déontique* (18) (19).

95.1 — La première catégorie comprend les interférences qui ont un caractère simplement *permissif*. Le législateur est habilité (H) à produire des normes législatives (NL) dotées d'un certain contenu, sans pour autant y être obligé (pas de O). Ces interférences seront

(17) Si tel n'était pas le cas, B risquerait d'excéder ses compétences même en se conformant à l'obligation qui lui incombe. Quelle meilleure illustration de l'absurdité d'une telle situation que celle d'un citoyen qui respecte l'obligation légale de rentrer, pour une date déterminée, sa déclaration fiscale et qui se ferait condamner pour précisément avoir respecté cette obligation.

(18) On considère généralement qu'il existe trois modalités déontiques, à savoir l'obligatoire, le permis et l'interdit. Il convient cependant de noter que l'existence, à titre autonome, de la troisième modalité (l'interdit) peut être contestée : une interdiction n'est jamais qu'une obligation négative, c'est-à-dire une obligation de ne pas faire. Dans la présente étude, nous ne retenons donc que deux modalités déontiques : le permis et l'obligatoire.

(19) La notion de 'modalité déontique' renvoie plus généralement à la *logique déontique*, dont l'importance pour la théorie du droit est souvent méconnue. Parmi les auteurs les plus réputés dans ce domaine, il convient de nommer Georg Henrik von Wright, Risto Hilpinen et Dagfinn Føllesdal. Pour un premier accès à la matière, on consultera les contributions suivantes : G.H. von Wright, « Deontic Logic », *Mind*, 60 (1951), 1-15 (il s'agit là de l'article fondateur sur la matière), D. Føllesdal et R. Hilpinen, « Deontic Logic: An Introduction », in : *Deontic Logic: Introductory and Systematic Readings*, Dordrecht, Reidel, 1971, 1-35, G.H. von Wright, « Deontic Logic and the Theory of Conditions », in : *même ouvrage*, 159-177, et G.H. von Wright, « On the Logic of Norms and Actions », in : *New Studies in Deontic Logic*, Dordrecht, Reidel, 1981, 3-35.

appelées *lignes directrices*. Elles peuvent être formalisées comme suit :

H (conditions de validité) \rightarrow NL

95.2 - Le second groupe d'interférences comprend les habilitations dont la mise en œuvre est sanctionnée par une obligation juridique. Le législateur est non seulement habilité à produire des normes législatives futures, mais une norme juridique lui impose par ailleurs de faire usage de cette habilitation (H + O). Les énoncés du juge constitutionnel ont par conséquent un caractère *obligatoire*. Ces interférences seront dénommées *injonctions* (20). Elles peuvent être décrites par la formule :

H + O (conditions de validité) \rightarrow NL

Les développements qui précèdent n'épuisent cependant pas encore le débat, car cette première division doit être suivie d'une seconde, qu'il convient maintenant de présenter.

b) La seconde distinction pertinente : *interférences déterminées et alternatives*

96. - Comme nous avons pu le démontrer (21), toute interférence constitue une habilitation de production normative. Une habilitation se définit à son tour comme la détermination des conditions de validité d'un acte juridique.

La division que nous venons d'examiner au cours du paragraphe précédent prend comme le critère distinctif la modalité déontique de l'habilitation (H ou H + O). Or, il est encore possible de différencier les interférences à l'aide d'un autre critère, à savoir en fonction de l'*articulation de leur conditions de validité*. Par conditions de validité, nous entendons les conditions qui régissent la validité des normes qui peuvent être produites en vertu de l'interférence. Dans les développements qui précèdent, nous avons représenté ces conditions par la formalisation provisoire

^e(conditions de validité)^a.

Cette présentation est cependant insuffisamment précise parce qu'elle recouvre deux possibilités distinctes, selon que ces conditions sont *nécessaires* et *suffisantes* ou *alternatives*.

(20) Tout comme les termes *interférence* et *ligne directrice*, cette appellation est purement conventionnelle, mais il faut bien disposer d'une terminologie.
(21) *Supra*, n° 86.

96.1 - Dans le premier cas de figure, le juge constitutionnel formule des conditions *nécessaires* et *suffisantes* pour la validité des normes qui peuvent être produites en vertu de l'habilitation. Si le législateur veut produire des normes en application de l'interférence, il est alors tenu de respecter l'*intégralité* des conditions qu'elle stipule. En même temps, il *suffit* que ces conditions soient remplies pour que la validité des normes produites soit établie. Ces différentes conditions peuvent être représentées par les symboles C1, C2, C3 (et ainsi de suite jusqu'à la condition Cn). Lors de chaque opération de production normative, le législateur doit donc se conformer à la condition C1 et à la condition C2 et à la condition C3 (et ainsi de suite jusqu'à la condition Cn). Les interférences de ce type peuvent être formalisées par l'expression :

H (C1, C2, C3, ... Cn) \rightarrow NL

96.2 - Mais les conditions de validité peuvent aussi être articulées d'une seconde manière. Au lieu de recourir à des conditions nécessaires et suffisantes, le juge constitutionnel peut également prévoir des conditions *alternatives*. Dans un tel cas, la validité d'une norme législative est établie lorsqu'elle respecte une condition (par exemple C2a) ou une autre (C2b). Pour produire des normes valides, il n'est donc pas requis de respecter la condition C2a, pour autant que la condition C2b soit remplie (et *vice versa*). Prises séparément, les conditions C2a et C2b ne constituent pas des conditions nécessaires; elles représentent des alternatives (C2a \vee C2b) (22). Les interférences de cette constellation peuvent être formalisées par l'expression :

H (C1, C2a \vee C2b, C3, ... Cn) \rightarrow NL

96.3 - La différence dans l'articulation des conditions de validité de l'habilitation fait ainsi apparaître deux catégories d'interférences, selon que ces conditions sont nécessaires et suffisantes ou alternatives. Les interférences de la première catégorie seront appelées *interférences déterminées*; celles de la seconde *interférences alternatives*.

*
*

(22) Précisons que le signe \vee , tiré du mot latin *vel*, constitue le symbole mathématique de la conjonction «ou».

97. — La combinaison des deux critères de distinction, l'un tiré de la modalité déontique de l'habilitation, l'autre de l'articulation des conditions de validité, donne ainsi naissance à quatre types d'interférences : les lignes directrices déterminées, les lignes directrices alternatives, les injonctions déterminées et les injonctions alternatives. Cette catégorisation peut être représentée à l'aide d'un tableau :

Dénomination de la catégorie d'interférence	Modalité déontique de l'interférence	Articulation des conditions de validité applicables aux normes à produire	Formalisation de l'interférence
Injonctions déterminées	obligatoire	nécessaires et suffisantes	$H + O$ (C1, C2, C3, ... Cn) → NL
Injonctions alternatives	obligatoire	alternatives	$H + O$ (C1, C2a ∨ C2b, C3, ... Cn) → NL
Lignes directrices déterminées	permis	nécessaires et suffisantes	H (C1, C2, C3, ... Cn) → NL
Lignes directrices alternatives	permis	alternatives	H (C1, C2a ∨ C2b, C3, ... Cn) → NL

98. — Cette division des interférences — qui peut à ce stade paraître fort abstraite — sera illustrée par de nombreuses décisions au cours des seconde et troisième parties de notre étude, l'une consacrée aux lignes directrices (seconde partie) et l'autre aux injonctions (troisième partie). C'est à l'occasion de cet examen de jurisprudence que nous aurons l'occasion d'analyser plus en profondeur les techniques et effets des différentes catégories d'interférences.

Avant d'entamer cette analyse, il nous reste cependant un certain nombre de problèmes particuliers à examiner; nous devrons par ailleurs répondre à l'importante question de savoir si le juge constitutionnel est *juridiquement compétent* d'émettre des interférences. C'est à ces sujets que nous consacrons le second chapitre du présent titre.

CHAPITRE 2

LA NOTION D'INTERFÉRENCE : PROBLÈMES PARTICULIERS ET PRÉSENCE DANS NOTRE CHAMP DE RECHERCHE

99. — La présentation générale que nous venons d'effectuer de la notion d'interférence nous a apporté deux éléments, à savoir la description de sa *nature juridique* (elle constitue une habilitation de production normative) et la détermination de critères qui permettent sa *catégorisation*. L'analyse du concept ne s'épuise cependant pas dans ces quelques développements généraux. Il importe maintenant d'aborder un certain nombre de questions spéciales (section 1^{ère}). Ensuite, nous ferons ressortir la différence entre *interférences* et *réserves d'interprétation* et vérifierons si le concept d'interférence, tel qu'il aura été présenté, est susceptible d'exister au sein d'un ordre juridique concret (France, Belgique, Allemagne) (section 2).

SECTION 1. — PROBLÈMES PARTICULIERS

100. — Débutons par l'analyse de deux difficultés spécifiques. Il s'agit d'une part de la distinction entre interférences *positives* et *négatives* (sous-section 1^{ère}) et d'autre part de la *pluralité* et *indétermination* des interférences (sous-section 2).

SOUS-SECTION 1. — La distinction entre interférences positives et négatives

101. — Nous avons déjà révélé plus haut (n° 7) que les interférences que le juge constitutionnel adresse au législateur peuvent être soit positives, soit négatives. Il importe à ce stade d'analyser cette distinction plus en détail et de préciser la signification des notions d'interférence *positive* et *négative*.

Nous l'avons dit, une interférence constitue une habilitation à *produire* des normes juridiques. Il est très important de souligner que cette caractéristique est commune à *toutes* les interférences,

qu'elles soient positives ou négatives. Au même titre que les interférences positives, les interférences négatives constituent donc des habilitations de *production* normative : elles habilitent leur destinataire, en l'occurrence le législateur, à *édicter* des normes juridiques ; elles ont pour objet la *production* d'une norme et non une *abstention* de production. Cette position est parfaitement conforme à la pensée de Kelsen qui souligne avec force l'impossibilité pour une habilitation d'autoriser la *non-production* juridique, c'est-à-dire l'*abstention normative*. La position du maître de Vienne est ferme : seules les habilitations de *production* sont susceptibles d'exister. C'est ainsi qu'il relève dans la seconde édition de la *Théorie pure du droit* :

« Dans la mesure où, dans le cadre d'un ordre juridique, « habilitier » signifie conférer un pouvoir juridique, c'est-à-dire la faculté de créer du droit, il ne peut y avoir d'habilitation qu'à une action positive, non à une abstention ». (23)

102. — Si les interférences positives et négatives ont un *objet* identique — la production d'une norme — elles se distinguent en revanche par le contenu de leurs *conditions de validité*.

Nous venons de voir au cours du chapitre précédent (24) que toute interférence soumet à certaines exigences la validité des normes qui peuvent être produites en vertu d'elle. Ces conditions de validité peuvent être définies comme *les exigences que l'habilitation formule pour que l'énoncé produit par le destinataire de l'habilitation soit considéré comme une norme juridique*. Nous les avons représentées par les symboles C1, C2, C3, etc.

Les exigences de validité sont d'ordres divers : elles peuvent concerner l'élaboration de la norme (25), son mode de publication (26), son entrée en vigueur ou encore sa durée de validité. Mais elles peuvent surtout — et c'est le point qui nous intéresse le plus dans le cadre de notre étude — avoir trait au *contenu* de la norme à produire.

(23) H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^e édition, traduction Ch. Eisenmann, ouvrage précité, 161. Texte original (*Reine Rechtslehre* [1960], ouvrage précité, 123) :

« Sofern ermächtigt werden innerhalb einer Rechtsordnung sozial bedenkter wie eine Rechtsmacht, das heißt, die Fähigkeit verliehen, Recht zu erzeugen, kann nur ein positives Handeln, nicht aber ein Unterlassen Gegenstand einer Ermächtigung sein ».

C'est nous qui soulignons.

(24) *Supra*, nos 87 et 96.

(25) Comme par exemple l'exigence que toute norme législative doit avoir été adoptée par une majorité au Parlement.

(26) Comme par exemple l'exigence que toute norme législative doit avoir été publiée au *Journal officiel*.

Les conditions relatives au contenu d'une norme peuvent être formulées de deux manières : elles peuvent soit préciser ce que la norme *doit* contenir (conditions positives de validité), soit stipuler ce que la norme ne doit *justement pas* contenir (conditions négatives de validité). C'est cette différence qui fonde la distinction entre interférences positives et négatives : tandis qu'une interférence positive contient exclusivement des conditions positives de validité, une interférence négative renferme certaines conditions négatives de validité, c'est-à-dire précise que la norme à produire ne sera valide que si elle n'est *pas* dotée de tel ou tel contenu.

103. — À ces considérations générales, deux observations complémentaires peuvent être jointes.

103.1 — Il importe premièrement de souligner que toute habilitation contient *toujours*, dans une certaine mesure, des conditions positives de validité : il est impossible de concevoir une autorisation de production normative qui formule, du mode d'élaboration de la norme jusqu'à son contenu, *exclusivement* des conditions négatives. Ainsi — et pour ne prendre que deux exemples — l'exigence qui soumet la validité d'une norme législative à son approbation par une majorité parlementaire a par essence une portée positive ; il va de même de la condition qui soumet toute loi à une *publication* avant son entrée en vigueur. Ces exigences, respectées par toute loi française, belge (27) et allemande, sont insusceptibles d'être formulées d'une manière négative (28).

Dès lors que le recours à des conditions positives de validité est dans une certaine mesure indispensable, il convient d'entendre par 'interférences négatives' les habilitations de production normative dont *certaines* conditions de validité sont formulées de manière

(27) On se permettra à titre anecdotique de mentionner la publication, au *Monsieur belge* du 29 mars 2004, d'un texte intitulé « Loi du 4 février 2004 visant à modifier la date d'entrée en vigueur de la déclaration immédiate de l'emploi dans certains secteurs. Il s'agit là d'un cas d'école qui a toutes les chances de bientôt figurer dans la quasi-totalité des manuels de droit public belge. En effet, bien que publiée au *Journal officiel* belge et assortie de la formule de sanction et de promulgation, la prétendue « loi » n'a jamais été votée au Parlement et n'a jamais été sanctionnée par le Roi ; il s'agit en réalité d'un projet de loi qui figure au *Monsieur belge* par simple erreur. Si l'épisode ne pose aucun problème sur le plan des principes (le document en question, ne respectant pas les conditions de validité des normes législatives, ne peut constituer une loi), pareille négligence nous semble intolérable dans un État de droit (voy. aussi *Le Soir*, 3-4 avril 2004, 4).

(28) Sauf à imaginer de véritables contorsions linguistiques, telles que le recours à des phrases inutilement dotées de doubles négations.

négative. Si nous désignons ces conditions par le symbole Cx^- et représentons les conditions positives de validité par le symbole Cx , les interférences négatives peuvent être formalisées par les deux expressions suivantes, la première désignant une *ligne directrice négative*, la seconde une *injonction négative*

$$H(C1, C2^-, C3, \dots, Cn) \rightarrow NL$$

$$H + O(C1, C2^-, C3, \dots, Cn) \rightarrow NL$$

103.2 - La deuxième remarque vise à répondre à une éventuelle critique. On pourrait en effet relever que la structure de notre étude est basée sur une division en *quatre* catégories d'interférences (lignes directrices ordinaires, lignes directrices alternatives, injonctions ordinaires et injonctions alternatives), alors que chacune d'entre elles est encore susceptible d'une sous-distinction en interférences positives et négatives. La structure de notre travail ne devrait-elle dès lors pas être basée sur une division en *huit* catégories ?

Pour pertinente que cette remarque soit au niveau conceptuel, elle ne s'impose pas pour la structuration de notre travail. Il est certes exact que la distinction entre interférences positives et négatives opère indépendamment des deux autres distinctions et peut donc être combinée avec elles : on peut ainsi opérer une première distinction en fonction de la *modalité déontique* de l'habilitation (29), une seconde en fonction de l'*articulation de ses conditions de validité* (30) et une troisième en fonction du *contenu* de ces conditions (31). Trois raisons nous conduisent néanmoins à limiter la structure de notre travail à deux niveaux de distinction.

Il y a d'abord une évidente raison de simplicité : plus le nombre de divisions augmente, plus l'accès à un problème devient malaisé. Or, l'objet de notre étude nous a déjà paru suffisamment difficile pour ne pas encore y ajouter un obstacle supplémentaire au niveau de la structure du travail. Il convient deuxièmement de relever que les différents niveaux de distinction ne sont pas d'égal importance : il est autrement plus fondamental de savoir si le législateur est ou non obligé d'intervenir que de connaître la portée positive ou négative des conditions qui sont stipulées pour la validité de la norme à produire. Enfin, nous ne taisons absolument pas la distinction

(29) Habilitation purement permissive ou habilitation obligatoire.

(30) Conditions nécessaires et suffisantes ou conditions alternatives.

(31) Conditions positives ou négatives.

entre interférences positives et négatives ; au contraire : tant au sein de la partie relative aux lignes directrices (32) que dans celle consacrée aux injonctions (33), nous y consacrerons une *section distincte*. La problématique est donc entièrement couverte, sans qu'une division en huit ne soit pour autant nécessaire.

SOUS-SECTION 2. - *Pluralité et indétermination des interférences*

104. - Au cours de la présente sous-section, nous voudrions présenter un certain nombre de problèmes qui sont liés à la *pluralité* et à l'*indétermination* des interférences. Nous aborderons plus précisément quatre difficultés spécifiques : celle de la *pluralité* des interférences (a), celle de la *pluralité des destinataires* de l'interférence (b), celle de l'*indétermination partielle des destinataires* de l'interférence (c) et celle de l'*indétermination du contenu* de l'interférence (d).

a) *Pluralité d'interférences*

105. - Débutions avec le problème le plus simple : une même décision du juge constitutionnel peut contenir plusieurs interférences distinctes, *susceptibles d'exister l'une sans l'autre* (34). Une telle constellation ne constitue pas un phénomène exceptionnel. Pour illustrer nos propos, nous voudrions reproduire une décision assez récente du Conseil constitutionnel.

106. - En été 2000, la Haute instance est saisie par 60 députés d'une loi qui vise à modifier la législation relative à la liberté de communication (35). Sans qu'il soit besoin de procéder à une analyse détaillée de la loi soumise au Conseil et des griefs invoqués à son encontre, on peut dénombrer au moins deux interférences au sein de la décision (36).

(32) *Infra*, seconde partie, n° 138-145.

(33) *Infra*, troisième partie, n° 211-219.

(34) C'est en ceia que la pluralité des interférences se distingue de la pluralité des éléments au sein d'une même interférence.

(35) CC, décision 433 DC du 27 juillet 2000.

(36) On peut éventuellement y ajouter une troisième interférence, située au considérant 43, où le Conseil énonce qu'il « n'incombait pas moins au législateur, dans un contexte technique où la ressource radioélectrique demeure limitée, de prévenir, par des mécanismes appropriés, le contrôle par un actionnaire dominant d'une part trop importante du paysage audiovisuel; (...) ».

106.1. — Une première interférence est émise lors de l'examen des articles 65 et 66 de la loi, qui ont trait au contrôle, par une même personne, de plusieurs chaînes de télévision nationales :

« Considérant que la liberté d'entreprendre découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen; qu'il est cependant loisible au législateur de lui apporter des limitations justifiées par l'intérêt général ou liées à des exigences constitutionnelles; qu'il lui appartient par ailleurs de veiller, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, à la conciliation entre divers principes et règles de valeur constitutionnelle applicables à la communication audiovisuelle, que cette conciliation doit être opérée compte tenu des contraintes techniques et des nécessités économiques d'intérêt général propres à ce secteur; que, par suite, il incombe au législateur, en fixant les règles tendant à la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels, de veiller à ce que leur application ne limite pas la liberté d'entreprendre dans des proportions excessives au regard de l'objectif constitutionnel du pluralisme; (...) » (37).

Si les articles en question sont ensuite déclarés conformes à la Constitution (38), l'énoncé du juge constitutionnel affecte visiblement l'activité future du législateur, dès lors qu'il lui « *incombe* » de « *veiller* » à ce que l'application des règles tendant à la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels

« ne limite pas la liberté d'entreprendre dans des proportions excessives au regard de l'objectif constitutionnel du pluralisme ».

Étant donné que le juge constitutionnel n'exige en l'espèce aucune nouvelle intervention législative, l'interférence constitue une *ligne directrice*. La validité de la norme qui peut être produite en vertu de cette habilitation étant par ailleurs soumise à des conditions nécessaires et suffisantes, il s'agit d'une interférence *déterminée*.

106.2 — La seconde interférence de la décision est émise relativement à l'article 1^{er} de la loi soumise au Conseil. Cette disposition insère dans la législation existante un article 43-8 qui règle la responsabilité pénale des « hébergeurs », c'est-à-dire des

« personnes physiques et morales qui assurent, à titre gratuit ou onéreux, le stockage direct et permanent pour mise à disposition du public de signaux, d'écrits, d'images de sons ou de messages de toute nature accessibles par ces services, ne limite pas la liberté d'entreprendre dans des proportions excessives au regard de l'objectif constitutionnel du pluralisme » (39).

Quant à cette responsabilité, le juge constitutionnel français affirme :

(37) *Idem*, considérant 40. C'est nous qui soulignons.

(38) *Idem*, considérant 56.

(39) Texte de l'article 43-8 de la loi, reproduit par le Conseil constitutionnel, *idem*, considérant 58.

« Considérant qu'en l'espèce, au troisième alinéa du nouvel article 43-8 de la loi du 30 septembre 1986, le législateur a subordonné la mise en œuvre de la responsabilité pénale des « hébergeurs », d'une part, à leur saisine par un tiers estimant que le contenu hébergé « est illicite ou lui cause un préjudice », d'autre part, à ce que, à la suite de cette saisine, ils n'aient pas procédé aux « diligences appropriées »; qu'en omettant de préciser les conditions de forme d'une telle saisine et en ne déterminant pas les caractéristiques essentielles du comportement fautif de nature à engager le cas échéant la responsabilité pénale des intéressés, le législateur a méconnu la compétence qu'il tient de l'article 34 de la Constitution ». (40)

Le Conseil déclare ensuite *contraires* à la Constitution les dispositions de l'article 43-8 en question. L'interférence est particulièrement visible : la Haute instance constate que le législateur a *omis* de fixer avec un degré suffisant de précision le régime de responsabilité pénale des hébergeurs. Il s'ensuit que *si* le législateur souhaite maintenir son projet législatif, une *nouvelle intervention* du Parlement sera nécessaire. La mise en place d'un tel système n'est nullement obligatoire; le législateur peut tout aussi bien y renoncer. Il s'agit donc, ici aussi, d'une *ligne directrice*.

*
*
*

Pour conclure, il apparaît qu'une même décision du juge constitutionnel peut contenir plusieurs interférences distinctes. Celles-ci peuvent soit relever d'une même catégorie (comme cela est le cas dans l'illustration en question), soit appartenir à des catégories différentes.

Après avoir examiné le phénomène de la pluralité des *interférences*, il convient d'évoquer le problème de la pluralité de *leurs destinataires*.

b) *Pluralité de destinataires de l'interférence*

107. — Une interférence est caractérisée par une pluralité de destinataires lorsqu'elle vise expressément une multitude d'organes, c'est-à-dire lorsque l'habilitation qu'elle contient est simultanément accordée à plusieurs bénéficiaires clairement désignés. Cette hypothèse, parfaitement concevable en théorie, est assez peu fréquente en pratique. Comme illustration, on peut notamment mentionner

(40) *Idem*, considérant 61. C'est nous qui soulignons.

une décision du Conseil constitutionnel français de 1991 dans laquelle il affirme que

«il appartient au législateur de déterminer les cas dans lesquels la propagande ou la publicité en faveur des boissons alcooliques peut être autorisée; qu'il revient cependant au pouvoir réglementaire de mettre en œuvre, s'il y a lieu, les dispositions de la loi à la condition de ne pas en alterer la portée.» (41)
D'autres décisions peuvent encore être signalées (42).

c) *Indétermination partielle des destinataires de l'interférence*

108. — Une autre hypothèse est constituée par l'*indétermination partielle* des destinataires. Dans ce cas de figure, le juge constitutionnel ne désigne pas un *organe précis* comme destinataire de l'interférence mais se borne à simplement désigner un *groupe d'organes* parmi lesquels le ou les destinataires se trouveront.

Illustrons nos propos. Dans une décision du 14 juillet 1999, la Cour constitutionnelle allemande est appelée à examiner si certaines normes relatives aux terrains de loisir et de détente sont conformes à la Loi fondamentale. Les dispositions en question sont principalement législatives, mais, ne s'agissant pas d'une matière réservée à la loi par la Constitution, le domaine pourrait également être régi par des normes réglementaires. Le *Bundesverfassungsgericht* conclut

(41) CC, décision 283 DC du 8 janvier 1991, considérant 36. C'est nous qui soulignons.

(42) Voy. notamment les décisions du Conseil constitutionnel 162 DC des 19 et 20 juillet 1983 et 323 DC du 5 août 1983. Mais dans les deux cas, les interférences ont pour destinataires une pluralité d'organes non législatifs. Ainsi, dans la décision 162 DC le juge constitutionnel français s'adresse à la direction de certaines entreprises et aux juridictions :

«Considérant que la seule éventualité d'abus contraires à la Constitution dans l'application d'une disposition législative n'entraîne pas l'inconstitutionnalité de celle-ci; que la disposition critiquée ne saurait permettre que soit imposée en droit ou en fait, directement ou indirectement, l'adhésion ou le maintien de l'adhésion des salariés d'une entreprise à une organisation syndicale; qu'il appartiendrait à la direction des entreprises intéressées de refuser de souscrire à toute clause tendant à un tel résultat et, le cas échéant, aux juridictions compétentes, d'en prononcer la nullité ou d'en interdire l'application; (...).»

(*Rec.*, 63. C'est nous qui soulignons.) Il en va de même dans la décision 323 DC, où le Conseil constitutionnel interfre, de manière générale, dans l'activité normative des autorités administratives et judiciaires et ensuite, plus spécifiquement, dans celle des juridictions qui relèvent de l'Autorité judiciaire :

«Considérant qu'il appartient aux autorités administratives et judiciaires de veiller au respect intégral de l'ensemble des conditions de forme et de fond posées par le législateur; qu'en particulier il incombe aux tribunaux compétents de censurer et de réprimer les illegalités qui seraient commises et de pourvoir éventuellement à la réparation de leurs conséquences dommageables; qu'ainsi il revient à l'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle de contrôler en particulier les conditions relatives à la légalité, à la réalité et à la pertinence des raisons ayant motivé les opérations de contrôle et de vérification d'identité; qu'à cette fin il lui appartient d'apprécier, s'il y a lieu, le comportement des personnes concernées.»

(Considérant 10. C'est nous qui soulignons.) — Voy. aussi *infra*, seconde partie, n° 185, note 100.

à l'inconstitutionnalité des règles soumises, en relevant que celles-ci sont contraires au principe d'égalité devant les charges publiques. Il formule ensuite une injonction de faire cesser cette inégalité pour le 30 juin 2001.

L'injonction, chose notable, n'est pas adressée au législateur ou au Pouvoir réglementaire mais au « Pouvoir normatif » (« *Normgeber* »). C'est donc soit le législateur, soit le Pouvoir réglementaire, soit les deux qui devront réagir; la Cour ne privilégie aucune de ces différentes possibilités. Elle se borne à simplement énoncer :

«Relativement aux utilisateurs de terrains de loisir et de détente, il relève du législateur ou du Pouvoir réglementaire d'arrêter les modalités et le montant que ceux-ci devront payer afin de contribuer aux charges publiques affectées à ces terrains. La liberté d'appréciation du législateur ou du Pouvoir réglementaire est cependant réduite en ce qu'une participation adéquate des utilisateurs de ces terrains aux charges publiques devra être assurée. Les nouvelles dispositions, que le Pouvoir normatif devra avoir édictée avant le 30 juin 2001, devront aussi régir les cas dans lesquelles d'importantes charges publiques ont déjà été générées.» (43)

Si cet exemple illustre l'hypothèse de l'indétermination partielle des destinataires, il permet également de mieux apercevoir la différence entre cette hypothèse et celle de la pluralité des destinataires.

Il est certes vrai que dans les deux cas, plusieurs organes sont destinataires d'une habilitation du juge constitutionnel. Mais dans le premier, un organe peut *seul* mettre en œuvre tous les éléments d'une habilitation dont il bénéficie *au même titre que d'autres organes*. L'organe en question intervient donc en quelque sorte 'au nom de tous les organes habilités' et son intervention peut avoir pour conséquence que les autres organes ne pourront plus se servir de l'habilitation à leur tour (44). Dans le second cas en revanche, l'habilitation est éclatée en plusieurs segments *qui sont respectivement*

(43) BVerfG, décision du 14 juillet 1999, *BVerfGE* 101, 54 (105). C'est nous qui soulignons. Texte allemand :

«Auf welche Weise und in welcher Höhe die Nutzer von Erholungs- und Freizeitgrundstücken an den öffentlichen Lasten dieser Grundstücke zu beteiligen sind, muß der Entscheidung des Gesetz- oder des Verordnungsgebers vorbehalten bleiben. Deren Gestaltungsbefugnis ist allerdings insoweit eingeschränkt, als jedenfalls sichergestellt werden muß, daß die Nutzer der genannten Grundstücke an den öffentlichen Lasten angemessen beteiligt werden. In die Neuregelung, für deren Erlaß dem Normgeber eine Frist bis zum 30. Juni 2001 zur Verfügung steht, sind auch die Fälle einzubeziehen, in denen (...) bereits hohe öffentliche Lasten angefallen sind (...).»

(44) Dans l'illustration prémentionnée, tel est le cas: si le Pouvoir législatif intervient et met en œuvre l'intégralité de l'injonction, le Pouvoir réglementaire ne pourra plus intervenir sur ce point.

ment attribués à des organes différents : chacun de ces organes peut mettre en œuvre le seul segment qui lui est attribué, tout en étant par ailleurs l'unique organe à disposer de l'habilitation à faire usage de ce segment (45).

109. - D'autres exemples de l'indétermination partielle des destinataires peuvent être cités. Ainsi, on peut lire dans une décision du juge constitutionnel français de 1982 qu'

« il appartiendra aux autorités chargées de l'application de la présente loi de veiller à ce qu'aucune amende ne soit prononcée sur le fondement de la validité législative en raison de faits antérieurs à la date de mise en vigueur de la loi validant la délibération susvisée ». (46)

Après avoir présenté les problèmes de la pluralité des intervenants, de la pluralité des destinataires et de l'indétermination partielle des destinataires, il nous reste à brièvement consacrer quelques mots au dernier point de la présente sous-section, à savoir l'indétermination du contenu de l'interférence.

d) Indétermination du contenu de l'interférence

110. - Pour être susceptible de nous intéresser dans le cadre de nos recherches, le contenu de l'interférence doit avoir un minimum de précision. Certains énoncés que le juge constitutionnel adresse au législateur sont en effet formulés d'une manière tellement générale que nous ne pourrions les prendre en considération au titre de véritables interférences ; ils reviennent en définitive à affirmer que le législateur est simplement tenu au respect de la Constitution. Comme exemple de tels énoncés indéterminés, on peut mentionner une décision du juge constitutionnel français de 1987 dans laquelle il énonce :

« Considérant (...) qu'aux termes du onzième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, confirmé par celui de la Constitution du 4 octobre 1958, la Nation « garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique

(45) Ainsi, dans la décision 162 DC, précitée (note 42), un segment de l'habilitation est attribué à la direction de certaines entreprises, un autre aux juridictions compétentes. Chacun des deux groupes d'organes a un segment - en quelque sorte son « segment exclusif » - que l'autre groupe ne pourra mettre en œuvre.

(46) CC, décision 155 DC du 30 décembre 1982, *Rec.*, 93. C'est nous qui soulignons. Les termes « les autorités chargées de l'application de la présente loi » ne peuvent en effet guère être considérés comme suffisamment précis pour permettre à eux seuls la détermination précise des organes qui bénéficient de l'habilitation.

ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence » ;

Considérant qu'il incombe, tant au législateur qu'au Gouvernement, conformément à leurs compétences respectives, de déterminer, dans le respect des principes proclamés par le onzième alinéa du Préambule, les modalités de leur mise en œuvre ». (47)

On peut également citer une autre décision du Conseil constitutionnel dans laquelle il relève que

« le législateur peut prendre à l'égard des étrangers des dispositions spécifiques à la condition de respecter les engagements internationaux souscrits par la France et les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République ». (48)

L'appréciation du caractère suffisamment ou insuffisamment précis d'un énoncé du juge constitutionnel est naturellement sujette à discussion ; il s'agit là d'une question d'interprétation que chacun est libre d'effectuer selon ses propres critères : dépouvé de toute normativité, un tel arbitrage ne s'impose jamais à personne (49) et chacun demeurera libre de préférer le sien au nôtre (50). Ce n'est cependant pas pour cela que notre travail serait dépourvu d'intérêt : tout discours scientifique est soumis aux règles de la logique (51), et une argumentation qui respecte ces règles a une valeur

(47) CC, décision 225 DC du 23 janvier 1987, considérants 16-17. C'est nous qui soulignons. Dans le même sens, CC, décisions 296 DC du 29 juillet 1991, considérant 17, et 325 DC du 13 août 1993 (*GD*, n° 46), considérants 124-125. Notons aussi que si l'énoncé que nous venons de citer avait été plus précis, il aurait constitué un bel exemple d'une interférence dotée d'une pluralité de destinataires : « Considérant qu'il incombe, tant au législateur qu'au Gouvernement, conformément à leurs compétences respectives, de déterminer (...) ».

(48) CC, décision 269 DC du 22 janvier 1990, considérant 33. C'est nous qui soulignons.

(49) *Voy. supra*, n° 79-80.

(50) Il existe ainsi des cas qui se situent « sur la frontière » et pour lesquels il est malaisé de dire si l'énoncé est ou non suffisamment déterminé pour constituer une véritable interférence. A titre d'exemple, on peut mentionner le considérant 11 de la décision 326 DC du 11 août 1993, au cours duquel le juge constitutionnel français relève

« qu'il est loisible au législateur, compétent pour fixer les règles de procédure pénale en vertu de l'article 34 de la Constitution, de prévoir des règles de procédure différentes selon les faits, les situations et les personnes auxquelles elles s'appliquent, mais à la condition que ces différences de procédures ne procèdent pas de discriminations injustifiées et que soient assurés aux justiciables des garanties égales, notamment quant au respect du principe des droits de la défense ».

(C'est nous qui soulignons.) En l'espèce, l'énoncé nous semble encore suffisamment précis pour pouvoir être considéré comme une véritable interférence (c'est-à-dire une ligne directrice). Mais il convient de répéter que nous ne sommes pas, en tant que simple particulier, habilité à trancher cette question d'une manière normative ; la réponse que nous y apportons n'engage dès lors que nous.

(51) *Voy. notamment* Th. HOBBS, citation mentionnée *supra*, page vii.

certaine, même si elle n'a pas, en tant que simple activité d'interprétation, de caractère normatif.

*
*
*

111. — Pour clore la présente sous-section, il convient enfin de noter que les problèmes que nous venons de mentionner au a), b) et c) peuvent se cumuler : on peut imaginer que plusieurs interferences au sein d'une même décision se caractérisent par une indétermination partielle de leurs destinataires; on peut également concevoir que plusieurs interferences aient à leur tour plusieurs destinataires.

SECTION 2. — DIFFÉRENCE AVEC LES RÉSERVES D'INTERPRÉTATION ET PRÉSENCE AU SEIN D'UN ORDRE JURIDIQUE CONCRET

112. — Après avoir abordé un certain nombre de questions spéciales, il convient de faire ressortir les différences qui existent entre les concepts d'interférence et de 'réserve d'interprétation' (sous-section 1^{ère}). Nous tenterons ensuite de répondre à la question de savoir si les juridictions constitutionnelles de notre champ de recherche sont effectivement compétentes pour émettre de telles interferences (sous-section 2).

SOUS-SECTION 1. — Différence entre interferences et réserves d'interprétation

113. — Les notions 'interférence' et 'réserve d'interprétation' (52) recouvrent des réalités distinctes; elles peuvent même être considérées comme antinomiques.

(52) Dans le cadre du présent exposé, nous traiterons comme synonymes les termes 'réserves d'interprétation' et 'décisions d'interprétation'. La seconde notion, d'origine italienne, a été introduite en droit français par le professeur Thierry DI MANNO dans sa thèse de doctorat intitulée *Le juge constitutionnel et la technique des décisions 'interprétatives' en France et en Italie* (Aix-Marseille III, 1996, Aix-en-Provence et Paris, PUAM et Economica, 1997, 617 pages). L'assimilation des deux termes nous paraît justifiée dans la mesure où, avant d'introduire cette notion, Thierry DI MANNO utilise lui-même à plusieurs reprises le terme 'réserves d'interprétation' (pages 14, 15, 16 [2 fois] et 18 de la thèse) et précise que la notion italienne de 'décisions d'interprétation' constitue «[l]a technique équivalente à celle de nos réserves d'interprétation» (18). Lors de la délimitation de son champ de recherche, il relève par ailleurs que «s'agissant de

113.1 — Une *réserve d'interprétation* a pour objectif d'éviter au juge constitutionnel l'invalidation de la loi qui lui est soumise, en attribuant à certaines de ses dispositions une signification spécifique, qui permet de les déclarer conformes à la Constitution. Comme le relève le professeur Thierry DI MANNO, une réserve d'interprétation

«agit *directement* sur le contenu ou le substrat normatif des lois de manière à le mettre en conformité avec la Constitution. Ce faisant, le juge constitutionnel évite de prononcer une annulation pure et simple de la loi en tant qu'acte. Mais si celle-ci reste formellement intacte, sa substance normative a été, pour reprendre un terme italien approprié, «manipulée» pour satisfaire aux exigences constitutionnelles.» (53)

La réserve d'interprétation assure donc la constitutionnalité de la norme soumise *sans* qu'il soit nécessaire au législateur d'intervenir à nouveau; elle suffit à *elle seule* à absoudre la norme du grief d'inconstitutionnalité qui pèse sur elle. En d'autres termes, les réserves d'interprétation

«sont, pour reprendre un néologisme italien, «auto-applicatives», c'est-à-dire qu'elles s'appliquent d'elles-mêmes, directement, sans qu'il soit nécessaire au législateur d'intervenir pour qu'elles produisent leurs effets.» (54)

113.2 — Ce caractère «auto-applicatif» de l'énoncé du juge constitutionnel fait en revanche défaut chez les *interferences*. Au lieu de résoudre le problème de constitutionnalité par l'interprétation d'une norme législative *déjà existante*, elles indiquent, au travers d'une habilitation, le contenu de normes *encore à produire*. Une interfe-rence suppose donc nécessairement une *nouvelle* intervention législative (intervention qui peut être obligatoire ou facultative).

114. — La profonde différence entre réserves d'interprétation et interferences a été mise en exergue par Thierry DI MANNO dès 1996 :

«Pour reprendre la terminologie italienne, on peut dire que les (...) décisions interprétatives sont «*auto-applicatives*», c'est-à-dire qu'elles se suffisent à elles-mêmes, en ce qu'elles sont *directement* applicables et n'exigent, donc, pas l'intervention préalable du législateur pour produire des effets.» (55)

En revanche,

la France, *seront prises seulement* en compte les réserves d'interprétation énoncées par le Conseil constitutionnel dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois organiques et ordinaires (19; c'est nous qui soulignons).

(53) Th. DI MANNO, *thèse précitée*, 19. C'est l'auteur qui souligne.

(54) *Ibidem*.

(55) Th. DI MANNO, *thèse précitée*, 275. C'est l'auteur qui souligne.

« on ne saurait y intégrer les directives adressées au législateur qui sont, elles, d'une autre nature, puisqu'elles postulent pour être exécutées, une indispensable intervention du législateur » (56)

Il apparaît ainsi que réserves d'interprétation et interférences se distinguent par le fait que, pour produire des effets, les premières n'exigent aucune intervention préalable du législateur tandis qu'une telle intervention est nécessaire pour mettre en œuvre les secondes.

115. — Si l'étude de DI MANNO n'aborde pas le problème des interférences, cela tient à la délimitation de son champ d'investigation : l'auteur se borne à analyser les décisions dont la mise en œuvre ne nécessite pas une nouvelle intervention du législateur.

« Par conséquent, échappent à notre champ d'investigation [les] décisions (...) par lesquelles le juge constitutionnel adresse des directives au législateur. En effet, dans ce cas, le juge constitutionnel ne détermine qu'indirectement la norme législative conforme à la Constitution, puisqu'il revient au seul législateur de tirer toutes les conséquences normatives des directives du juge constitutionnel. » (57)

En revanche, dans le cadre de nos recherches, l'exclusion opère en sens inverse : nous nous intéressons exclusivement aux décisions qui nécessitent une nouvelle intervention du législateur. D'un point de vue conceptuel, les deux études — celle de DI MANNO et la nôtre — sont donc parfaitement complémentaires ; elles se situent l'une à côté de l'autre, sans se chevaucher (58).

*
*
*

(56) *Ibidem*. C'est nous qui soulignons.

(57) Th. DI MANNO, *thèse précitée*, 19. C'est l'auteur qui souligne.

(58) À cela, une toute petite nuance doit être apportée. Les notions d'interférence et de réserve d'interprétation sont en effet susceptibles de se chevaucher dans un cas spécifique : lorsqu'elles concernent l'activité normative d'organes non législatifs. Pour THIERRY DI MANNO, une décision du juge constitutionnel est « auto-appliquée » (et peut donc constituer une réserve d'interprétation) dès lors qu'elle ne requiert pas une nouvelle intervention du législateur, même si l'intervention ultérieure d'un organe non législatif (tel le Pouvoir réglementaire) est nécessaire (*thèse précitée*, 19). Or, une telle constatation peut parfaitement constituer une interférence (ligne directrice ou injonction) dont le destinataire est un organe non législatif. Parmi de nombreux exemples qui constituent à la fois une réserve d'interprétation et une interférence, on peut notamment citer une décision relativement récente dans laquelle le Conseil constitutionnel intervient par plusieurs injonctions dans l'activité normative du Pouvoir exécutif :

« Considérant que (...) les mesures réglementaires d'application de la loi devront prévoir des épreuves de concours de nature à permettre de vérifier les connaissances juridiques des intéressés ; Considérant, par ailleurs, que (...) le pouvoir réglementaire devra veiller à ce que soient strictement appliquées, outre la compétence juridique des intéressés, leur aptitude à juger (...) ; Considérant, enfin, que le pouvoir pour le jury de ne pas pourvoir tous les postes offerts au concours devra expressément être prévu ; Considérant que, sous ces réserves, l'article 23 est conforme aux règles et principes de valeur constitutionnelles.

Après avoir fait ressortir la différence entre interférences et réserves d'interprétation, nous pouvons ainsi aborder le dernier problème du présent titre — sans doute le plus difficile de tout notre travail — c'est-à-dire la question de savoir si, au sein de notre champ de recherche, le juge constitutionnel est juridiquement compétent pour émettre de telles interférences.

Sous-section 2. — Des interférences sont-elles susceptibles d'exister au sein d'un ordre juridique concret? (59)

116. — La question de savoir si le juge constitutionnel est juridiquement compétent pour interférer — au sens technique — avec l'activité normative du Pouvoir législatif appelle un certain nombre de développements.

116.1 — Nous avons pu voir au cours du titre précédent que toute construction linguistique ne constitue pas un énoncé juridique et que seuls les énoncés prescriptifs ont une portée en droit (60). Or, le caractère prescriptif d'un énoncé ne peut être constaté comme tel mais dépend du contexte dans lequel il est émis. Ainsi, la phrase « Par ces motifs, l'accusé est condamné à la réclusion à perpétuité » est

Ainsi qu'il ressort du dernier considérant, ces injonctions constituent en même temps des réserves d'interprétation. La présente remarque n'affecte cependant en rien la séparation tout à fait nette entre réserves d'interprétation et interférences envisagées au niveau de l'activité normative du Pouvoir législatif, qui seule fait l'objet de nos recherches (Les citations émanant de la décision 445 DC du 19 juin 2001, considérants 42-45 ; c'est nous qui soulignons.).

(59) Relativement à cette sous-section, une remarque liminaire nous sera permise : les passages qui suivent (nos 116-125) constituent ceux dont la rédaction nous a demandé le plus grand effort. La question de savoir si le juge constitutionnel est réellement habilité à émettre des normes juridiques que nous qualifions d'« interférences » est en effet l'une des plus cruciales de notre réflexion. Dans ce contexte, on ne peut qu'être étonné combien peu la doctrine constitutionnelle française, belge et allemande s'intéresse à cette question fondamentale : un grand nombre d'auteurs semble avoir une appréhension certaine de ce genre de problèmes, appréhension qui les conduit à fermer les yeux devant les interrogations les plus existentielles et à contourner celles-ci de la manière la plus élégante possible. Tel est notamment le cas en France pour le problème des réserves d'interprétation : la doctrine décrit ces réserves avec la plus grande minutie, mais évite (mis à part un auteur ou deux) soigneusement de répondre à la question de savoir si le juge constitutionnel est effectivement habilité à émettre ces réserves. Les plus attentifs qui gardent ainsi le silence considèrent-elles — à tort — que le seul fait que le Conseil constitutionnel ait formulé des réserves d'interprétation soit suffisant pour conclure qu'il était autorisé à le faire ? Malgré leur caractère indigent, les développements qui suivent, et qui tentent d'aborder la question de savoir si le juge constitutionnel allemand, belge et français est autorisé à interférer (au sens technique) avec l'activité normative du législateur, ont donc au moins le mérite de ne pas taire une question fondamentale — sans doute la plus fondamentale — de nos recherches.

(60) Voy. *supra*, n° 70, et O. PFERSMANN, « Définition et délimitation du système juridique, Les normes en général », in : L. FAVOREU et autres, *Droit constitutionnel*, 7^e édition, ouvrage cité, 55.

dotée d'un caractère prescriptif lorsqu'elle figure dans un arrêt d'une Cour d'assises mais revêt un caractère non prescriptif lorsqu'elle est employée dans un roman. De même, l'appel d'un officier à ses troupes d'effectuer une marche de vingt kilomètres n'a aucune valeur en droit s'il est émis en plaisantant mais possède une portée juridique s'il est émis lors de la communication de l'ordre du jour. Le caractère prescriptif ou non prescriptif d'une construction linguistique ne peut donc s'apprécier sur base des seuls mots qui la composent; il faut analyser le *contexte* dans laquelle elle est émise.

116.2 — Un second élément est important pour nos travaux. Alors qu'un roman est généralement considéré comme *dépourvu* de toute valeur juridique, un jugement (par exemple la décision d'une juridiction française, belge ou allemande) est considéré comme *doté* d'une certaine force en droit. Mais le fait qu'une décision de justice possède une portée juridique — c'est-à-dire un caractère prescriptif — n'implique pas que *tous* ses énoncés soient dotés de ce caractère: le juge peut se livrer au sein d'un jugement à des considérations surabondantes *dépourvues* de toute valeur juridique (61). Notre second point tient donc en ce que tout énoncé d'une décision de justice *n'a pas nécessairement une portée prescriptive* (62).

117. — Ces deux constats ont des conséquences directes pour nos recherches. Notre travail a pour objectif de démontrer que le juge constitutionnel français, belge ou allemand interfère au travers de ses décisions avec l'activité normative du législateur. Pour établir ce point, il est nécessaire de procéder à une analyse de la jurisprudence

(61) Ainsi, il n'est pas rare de voir une décision de la Cour constitutionnelle allemande atteindre cent pages. Personne ne prétendrait cependant que *tous* les énoncés d'une telle décision soient dotés d'une portée juridique, c'est-à-dire constitueraient des énoncés *normatifs*. Comme exemple d'une décision fleurie, voy. notamment l'arrêt *A.W.A.G.S.* du 12 juillet 1994 (*BVerfGE* 90, 286) que nous analyserons *infra*, troisième partie, n° 270; il ne constitue pas un cas isolé.

(62) En évoquant la possibilité qu'une décision juridictionnelle puisse contenir des énoncés non prescriptifs (et donc non normatifs), nous avons à dessein fait abstraction du terme *obiter dictum*. Cette notion nous paraît soit inutile, soit inappropriée pour nos recherches. Elle est inutile si l'on suppose que le concept «*obiter dictum*» comprend tout énoncé non normatif (car dans ce cas il suffit de parler des énoncés non normatifs), elle est inappropriée pour nos travaux si sa signification s'en écarte (c'est-à-dire si l'on suppose que la notion d'*obiter dictum* ne comprend pas tous les énoncés non normatifs ou comprend à l'inverse certains énoncés normatifs). À ceci on peut ajouter que depuis que le professeur Wilfried SCHLÖTTER a consacré sa thèse d'habilitation à cette notion (W. SCHLÖTTER, *Das Obiter dictum*, these d'habilitation [Münster, 1971], Munich, C.H. Beck, 1973, 204 pages), les difficultés théoriques qu'elle soulève sont devenues pleinement apparentes.

de ces juridictions et d'isoler les énoncés qui constituent, selon nous, des interférences.

Or, dès lors que tous les énoncés d'un acte juridictionnel ne sont pas nécessairement dotés d'un caractère prescriptif et ne disposent, en conséquence, pas nécessairement d'une valeur juridique, *rien ne garantit a priori qu'une telle valeur doive être reconnue aux énoncés que nous aurons isolés au cours de notre analyse de jurisprudence comme des interférences du juge constitutionnel dans l'activité du législateur*. Ainsi, l'énoncé par lequel le juge constitutionnel affirme que le législateur est obligé de légiférer avant une telle date (63) n'est pas doté d'une valeur juridique pour la seule raison qu'il se trouve au sein d'une décision du juge constitutionnel. Étant donné que les interférences sont des normes juridiques (64), nous devons donc établir que les énoncés que nous analyserons dans les deuxième et troisième parties de notre travail ont une portée *en droit*, c'est-à-dire constituent des *normes juridiques*. À défaut d'apporter cette preuve, ces énoncés ne peuvent être considérés comme des interférences.

118. — Une question très simple mais importante découle des développements qui précèdent: sommes-nous autorisés à conclure au caractère *juridique* des énoncés que nous rencontrons dans la jurisprudence constitutionnelle française, belge ou allemande et qui satisfont pour le reste aux critères de l'interférence?

Cette interrogation contient en réalité deux questions distinctes. La première vise à savoir si le juge constitutionnel français, belge ou allemand est *juridiquement capable, conformément à ses règles de compétence*, d'émettre des énoncés prescriptifs qui prennent la forme d'une interférence. Quant à la seconde question, elle n'a de raison d'être que s'il est répondu affirmativement à la première. Elle consiste à se demander si le juge constitutionnel français, belge ou allemand fait *effectivement usage* de la possibilité théorique d'émettre des interférences; il s'agit en d'autres termes de savoir si tel énoncé *déterminé* a ou non un caractère prescriptif (et, partant, une valeur en droit).

C'est à la *première* de ces deux interrogations, fondamentale, qu'est consacrée la présente sous-section. La seconde question ne

(63) A. Linskar de la décision du juge constitutionnel allemand citée *supra* au n° 3.4.

(64) Ce point a déjà été développé *supra*, n° 86.

peut être abordée à ce stade (elle le sera ultérieurement, au cours des deuxième et troisième parties de notre travail) : outre le fait qu'elle est subordonnée à une réponse affirmative à la première, elle est insusceptible de recevoir une réponse négative. En effet, à supposer qu'il soit établi que le juge constitutionnel français, belge ou allemand soit en mesure d'émettre des interférences dotées d'une valeur juridique, l'appréciation de cette valeur dans le chef d'un énoncé déterminé constitue une opération qui est nécessairement individuelle.

119. — Concentrons-nous donc sur la première question et vérifions si le juge constitutionnel est, conformément à ses règles de compétence, capable d'émettre des interférences. Le Conseil constitutionnel français, la Cour d'arbitrage belge et le *Bundesverfassungsgericht* allemand sont-ils habilités à produire des normes juridiques qui satisfont à notre définition de l'interférence ?

Le bref survol des normes de compétence du juge constitutionnel français, belge et allemand que nous avons pu effectuer (65) nous a permis de voir qu'il n'existe dans aucun de ces trois pays une disposition *expresse* (constitutionnelle ou législative) qui accorde au juge constitutionnel la compétence d'interférer — au sens technique — avec l'activité du législateur (66). Mais malgré cette absence d'habilitation explicite, on peut constater qu'il existe au sein de la jurisprudence des juges constitutionnels français, belge et allemand des énoncés qui correspondent à notre définition de l'interférence — à condition que leur caractère juridique puisse être établi.

Pour déterminer le caractère juridique ou non de ces énoncés, il est nécessaire d'avoir recours aux notions d'interprétation et de concrétisation d'une part ainsi que de validité et de conformité de l'autre (67). Comme nous avons eu l'occasion de le rappeler, toute norme juridique ne peut être produite qu'en vertu d'une autre (68) ; le caractère juridique des interférences est donc établi s'il peut être démontré que le juge constitutionnel français, belge

(65) Voy. *supra*, titre 2 (n° 34-66).

(66) C'est-à-dire qui habiliterait le juge constitutionnel à produire des normes juridiques qui correspondent à un certain nombre de caractéristiques que nous avons décrites plus haut et auxquelles nous avons donné l'appellation « interférences ».

(67) Voy. *supra*, titre 3 (n° 67-83).

(68) Voy. *supra*, n° 74 et 86, et note 4 du présent titre.

ou allemand dispose d'une habilitation à émettre des énoncés dont le contenu correspond à cette définition.

120. — Nous avons dit qu'aucun texte ne consacre de manière expresse l'habilitation au juge constitutionnel d'émettre des interférences ; les dispositions qui régissent les effets des décisions du juge constitutionnel dans les trois pays de notre champ de recherche sont très brèves et demeurent silencieuses sur la question.

120.1 — L'article 62, alinéa 2, de la Constitution française du 4 octobre 1958 porte :

« 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. »

La doctrine a à juste titre relevé le

« caractère tout à la fois abrupt et ambigu [de cette disposition, qui mériterait sans doute d'être réécrite] à l'occasion d'une révision de la Constitution » (69).

Les mots « Elles s'imposent aux pouvoirs publics » indiquent toutefois que le *Parlement* figure parmi les destinataires des décisions du Conseil et est donc lié par celles-ci. Dans sa récente thèse de doctorat, précisément consacrée à l'article 62, alinéa 2, Valérie BAQUET-BRÉHANT souligne ainsi que

« [Le Président de la République, le Gouvernement et le Parlement apparaissent comme les premiers destinataires du Conseil constitutionnel en matière de contrôle de constitutionnalité des lois et traités (...). Le Parlement (...) ne saurait, sans violer l'article 62, alinéa 2, de la Constitution, ni voter un texte de loi identique à celui que le Conseil constitutionnel a jugé contraire à la Constitution, ni saisir le Conseil constitutionnel de dispositions législatives sur lesquelles il a déjà statué. » (70)

Quant à l'ordonnance organique du 7 novembre 1958, elle n'apporte aucune précision supplémentaire au débat en question.

120.2 — En Belgique, le problème des effets des décisions du juge constitutionnel est régi par les articles 9 à 18, 24 et 28 de la loi spéciale du 6 janvier 1959 ; le premier groupe de dispositions (art. 9-18) vise les effets des arrêts d'*annulation*, l'article 24 ceux des arrêts de *suspension* et l'article 28 ceux des arrêts rendus sur *question préju-*

(69) Th. REXOUX, « Autorité de chose jugée ou autorité de la Constitution ? À propos de l'effet des décisions du Conseil constitutionnel », in : *Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2003, 842 ; c'est l'auteur qui souligne.

(70) En ce sens, voy. notamment V. BAQUET-BRÉHANT, *L'article 62, alinéa 2, de la Constitution du 4 octobre 1958. Contribution à l'étude de l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel*, thèse (Paris II, 2003), Paris, LGDJ, 2005, 81-82 ; c'est nous qui soulignons.

diciale. Parmi ces dispositions, ce sont incontestablement les articles 9 et 28 qui sont les plus importants pour nos travaux. Ils sont rédigés comme suit :

« Art. 9. §1^{er}. - Les arrêts d'annulation rendus par la Cour d'arbitrage ont l'autorité absolue de la chose jugée à partir de leur publication au *Moniteur belge*. »

§2. - Les arrêts de la Cour d'arbitrage portant rejet des recours en annulation sont obligatoires pour les juridictions en ce qui concerne les questions de droit tranchées par ces arrêts. »

« Art. 28. - La juridiction qui a posé la question préjudicielle, ainsi que toute autre juridiction appelée à statuer dans la même affaire sont tenues, pour la solution du litige à l'occasion duquel ont été posées les questions visées à l'article 26 [c'est-à-dire les questions préjudicielles], de se conformer à l'arrêt rendu par la Cour d'arbitrage. »

Comme le signale l'un des meilleurs spécialistes en la matière (71), ces dispositions n'épuisent cependant pas le débat sur les effets des décisions de la Cour (72).

120.3 - En République fédérale d'Allemagne, les alinéas 1^{er} et 2, première et seconde phrase, du paragraphe 31 de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale, coordonnée le 11 août 1993, portent :

« Alinéa 1^{er}. - Les décisions de la Cour constitutionnelle fédérale lient les organes constitutionnels de la Fédération et des Länder ainsi que toutes les juridictions et autorités administratives. »

Alinéa 2. - Dans les cas visés au paragraphe 13, numéros 6, 11, 12 et 14 de la présente loi la décision de la Cour a force de loi [notre remarque : ces numéros visent le contrôle abstrait des normes (n° 6), le contrôle concret des normes (n° 11), la vérification de l'appartenance d'une règle du droit des Gens au droit fédéral (n° 12) et la procédure visée à l'article 126 de la Loi fondamentale (n° 14)]. Il en va de même lorsque la Cour déclare, en application du numéro 8a du paragraphe 13 [notre remarque : il s'agit du recours constitutionnel fédéral], une loi conforme ou contraire à la Loi fondamentale ou décide son annulation. » (73)

(71) V. THRY, *La Cour d'arbitrage, Compétence et procédure*, Diegem, Kluwer, 1997, 143.

(72) Sur ce point, voy. aussi la contribution substantielle de G. ROSOUX et F. TULKENS, « Considérations théoriques et pratiques sur la portée des arrêts de la Cour d'arbitrage », in : *La Cour d'arbitrage : un juge comme les autres?*, Actes du Colloque organisé par le Jeune Barreau de Liège le 28 mai 2004, Liège, Editions du Jeune Barreau de Liège, 2004, 95-160.

(73) Texte original :

§(1) Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts binden die Verfassungsgorgane des Bundes und der Länder sowie alle Gerichte und Behörden.

(2) In den Fällen des §13 Nr. 6, 11, 12 und 14 hat die Entscheidung Gesetzeskraft. Das gilt auch in den Fällen des §13 Nr. 8a, wenn das Bundesverfassungsgericht ein Gesetz als mit dem Grundgesetz vereinbar oder unvereinbar oder für nichtig erklärt. »

120.4 - Après avoir passé en revue les dispositions qui gouvernent les effets des décisions du juge constitutionnel dans notre champ de recherche et constaté le *silence de ces textes* sur le point de savoir si le juge constitutionnel est juridiquement habilité à interférer dans l'activité normative du législateur, il convient de répondre à une objection très importante : ce silence ne suffit-il pas pour conclure à l'*incompétence* du juge constitutionnel d'émettre des interférences? Ne faut-il pas convenir que le juge constitutionnel dispose des seules compétences qui lui sont *textuellement* reconnues?

121. - Pour maintenir la thèse selon laquelle les interférences constituent des énoncés *de droit*, il convient de répondre à cette question par la *négative* : il *n'est pas* exact d'affirmer que le juge constitutionnel dispose des seules compétences qui lui sont expressément reconnues par les textes (74).

L'affirmation selon laquelle le juge constitutionnel ne dispose que des compétences qui lui sont textuellement attribuées débouche en effet sur une tautologie et doit être rejetée. Il semble utile d'expliquer ce point. Comme l'a affirmé Herbert HARR, *toutte norme juridique généralement quelconque* donne *toujours* lieu à deux sortes de cas d'application : les *core cases* et les *penumbra cases* (75). On se trouve en présence d'un *core case* lorsque l'application d'une règle au cas d'espèce rentre manifestement dans le champ d'application de la règle. Ainsi, lorsque le juge constitutionnel français est saisi par le Premier ministre d'une loi organique non encore promulguée, deux jours après le vote de celle-ci par l'Assemblée et le Sénat, il

(74) Précisons que si nous avons fourni la réponse *inverse* - c'est-à-dire si nous avions affirmé que le juge constitutionnel n'est autorisé à faire que ce que les textes lui *permettent expressément* de faire - nous aurions été dans l'impossibilité d'affirmer que les interférences possèdent un caractère *juridique* (puisque'il n'existe aucune disposition textuelle expresse qui autorise leur émission). Un raisonnement similaire s'imposerait pour les *réserves d'interprétation*, que le juge constitutionnel émet également sans disposer d'une autorisation textuelle expresse. Or, cette vision des choses, qui aboutit à contestation radicale du caractère juridique des interférences et des réserves d'interprétation, nous paraît très éloignée de la réalité : ne faut-il pas convenir qu'une vision du droit qui *nie l'existence de règles implicites* et qui part du principe que, pour être juridique, *tout* doit être *expressément* formulé, n'est plus tenable à notre époque? N'existe-t-il pas dans chaque ordre juridique moderne des contre-exemples?

(75) H.L.A. HARR, *The Concept of Law*, 2^e édition, Oxford, Clarendon Press, 1994, 123 : « All rules involve recognizing or classifying particular cases as instances of general terms, and in the case of everything which we are prepared to call a rule it is possible to distinguish clear central cases, where it certainly applies and others where there are reasons for both asserting and denying that it applies. Nothing can eliminate this duality of a *core of certainty* and a *penumbra of doubt* when we are engaged in bringing particular situations under general rules. »
C'est nous qui soulignons.

s'agit là d'une application-type du premier alinéa de l'article 61 de la Constitution aux termes duquel le Premier ministre est obligé de saisir le Conseil constitutionnel pour apprécier la constitutionnalité de la loi organique soumise. De même, constitue une application exemplaire de l'article 1^{er} de la loi spéciale du 6 janvier 1989 l'hypothèse où la Cour constitutionnelle belge est saisie d'un recours en annulation qu'un citoyen a envoyé par lettre recommandée deux mois après la publication d'une loi fédérale au *Moniteur belge*. Les exemples pourraient être multipliés à l'infini.

L'hypothèse du *penumbra case* vise une constellation différente : l'applicabilité de la règle au cas d'espèce n'est pas certaine; il n'existe pas d'unanimité sur ce point. Pour illustrer ce cas de figure, les exemples ne manquent pas non plus; pour des raisons de place, nous voudrions nous limiter à une illustration tirée du droit français (76).

À deux reprises, le Conseil constitutionnel français a officiellement déclaré la *vacance* de la Présidence de la République par un avis publié au *Journal officiel* (77). Pour ce faire, la Haute instance s'est fondée sur le quatrième alinéa de l'article 7 de la Constitution qui porte :

« En cas de vacance de la présidence de la République pour quelque cause que ce soit, ou d'empêchement constaté par le Conseil constitutionnel saisi par le Gouvernement et statuant à la majorité absolue de ses membres, les fonctions du Président de la République (...) sont provisoirement exercées par le président du Sénat (...). »

La disposition qui est censée définir les modalités d'application de cet alinéa, l'article 31 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre

(76) Des exemples en droit belge et allemand viennent cependant directement à l'esprit :

En droit belge, on peut notamment évoquer la question de savoir si c'est à juste titre que la Cour d'arbitrage s'est déclarée compétente pour connaître d'une question préjudicielle portant sur un arrêté-loi de temps de guerre, norme législative non issue d'une assemblée parlementaire représentative mais prise par le seul Gouvernement (la première décision en ce sens fut l'arrêt 115/99 du 10 novembre 1999). Avant que la Cour ne réponde par l'affirmative — selon nous à juste titre car la valeur législative de ces normes avait déjà été antérieurement reconnue par la Cour de Cassation (Cass. belge, arrêts du 11 février 1919, *Pas.*, I, 9, et 11 décembre 1944, *Pas.*, I, 1945, 65) et les Chambres législatives étaient dans l'impossibilité de se réunir — la doctrine notamment H. STONNAERT, *thèse précitée*, 84-85 : « Sur le plan des principes, il y a lieu de tenir que les arrêtés-lois ni les arrêtés de pouvoirs spéciaux confirmés par loi ou décret ne peuvent être soumis à la Cour d'arbitrage. » J. VAN VELAERS avait en revanche pris la position inverse, qui allait devenir celle de la Cour (*Van Arbitragehof tot Grondwettelijke Hof, ouvrage précité*, 109).

En droit allemand, on peut s'interroger sur la compétence de la Cour constitutionnelle de connaître de recours constitutionnels dirigés contre des omissions législatives. Voy. sur ce point nos développements *supra*, n° 55.2 et note 196.

(77) La première fois suite à la démission du général DE GAULLE et la seconde suite au décès du Président POWRILOU. Voy. les déclarations du Conseil constitutionnel du 23 avril 1969 (JO, 29 avril) et du 3 avril 1974 (JO, 4 avril).

1958, ne mentionne cependant pas l'hypothèse de la *vacance* mais seulement celle de l'*empêchement* (78). On peut dès lors se demander si le Conseil constitutionnel dispose réellement de la compétence de déclarer la vacance de la présidence de la République par une publication au *Journal officiel* (79).

Ce qui importe de voir, c'est que, pour trancher ce débat, la question de savoir si la compétence du Conseil avait été expressément prévue par les *textes* n'est d'aucun recours : les ordres juridiques français, belge et allemand sont des systèmes de droit écrit (80) ; dès lors, si le juge constitutionnel français a compétence pour officiellement déclarer la vacance, il l'a, par hypothèse, en vertu d'un *texte*, c'est-à-dire d'une règle écrite (81). En revanche, si le Conseil constitutionnel n'est pas compétent pour déclarer la vacance de la présidence de la République, il ne peut y avoir de fondement *textuel* pour établir une telle compétence puisque cette juridiction est — par hypothèse — incompétente. Il s'ensuit que dans un système de droit écrit, l'affirmation selon laquelle le juge constitutionnel est compétent pour poser les seuls actes qui lui sont reconnus par les textes revient à affirmer que le juge constitutionnel est compétent pour les seuls actes pour lesquels il est compétent, ce qui est parfaitement tautologique. Le recours à l'argument textuel est donc inopérant, du moins si l'on admet — comme nous le faisons (82) — qu'en droit

(78) Elle dispose :

« Lorsqu'il est saisi par le Gouvernement, dans les cas prévus à l'article 7 de la Constitution, pour constater l'empêchement du Président de la République, le Conseil constitutionnel statue à la majorité absolue des membres le composant. »

Pour plus de détails, voy. notamment G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français, ouvrage précité*, 189-190.

(79) G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français, ouvrage précité*, 190.

(80) Les trois ordres juridiques font en effet partie de la famille des systèmes juridiques romano-germaniques. À propos de ces systèmes, le professeur François TARRÉ observe :

« Les règles du droit sont certes différentes dans les divers pays appartenant à la famille romano-germanique. Parcourt cependant, dans ces pays, on classe les règles dans les mêmes catégories, on emploie le même vocabulaire, issus de la science des romanistes. Partout, aussi, à notre époque, on considère que la base du droit se trouve dans la législation, et cette conception a conduit de façon générale à promulguer des codes, notamment des codes civils. »

(F. TARRÉ, *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, 1991, 34. C'est nous qui soulignons.)

(81) Il convient à cet égard au moins de nommer l'article 7, alinéa 4, de la Constitution.

(82) Dans le même sens, le professeur René CHARPUS écrit :

« Lorsque d'une façon générale on s'interroge sur les sources d'une norme juridique, c'est pour déterminer ses sources formelles. Il ne peut en être autrement »

(R. CHARPUS, *Droit administratif général*, 15^e édition, tome 1, Paris, Montchrestien, 2001, 27).

français, belge et allemand, le fondement de toute norme se trouve nécessairement dans un texte (83).

122. — Revenons donc à notre constat initial (n° 120) : aucune disposition constitutionnelle ou légale n'accorde au juge constitutionnel la compétence d'édicter des interférences; aucune ne l'interdit non plus. Nous avons dès lors affaire à un cas d'*indétermination* normative, c'est-à-dire une situation où les normes qui fixent les compétences du juge constitutionnel ne contiennent pas suffisamment de précisions pour clairement trancher la question de savoir si la production d'interférences se situe à l'*intérieur* ou à l'*extérieur* du périmètre de l'habilitation qui est accordée au juge constitutionnel.

En évoquant l'hypothèse de l'indétermination, il faut combattre l'idée selon laquelle celle-ci constituerait un *défaut* auquel il conviendrait de remédier. L'indétermination d'une norme peut certes être plus ou moins importante, mais comme le relève Herbert HART, elle ne saurait intégralement disparaître, dès lors qu'elle est *inhérente* à toute règle générale et abstraite (84). En effet, selon le professeur d'Oxford :

« Whichever device (...) is chosen for the communication of standards of behaviour, these, however smoothly they work over the great mass of ordinary cases, will, at some point, where their application is in question, prove indeterminate; they will have what has been termed an *open texture*. So far we have presented this, in the case of legislation, as a general feature of human language; uncertainty at the borderline is the price to be paid for the use of general classifying terms in any form of communication concerning matters of fact. » (85)

Et c'est précisément cet usage de « general classifying terms » qui permet à l'auteur de conclure que

(83) Il ne rentre pas dans nos intentions, dans le cadre du présent travail, de démontrer pour quoi il ne peut y avoir, à notre sens, des sources non écrites de droit au sein des ordres juridiques français, belge et allemand. Pour les besoins de la présente cause, il importe seulement de relever que nous ne croyons pas à l'existence de telles sources *au niveau législatif et constitutionnel* : toute règle constitutionnelle est écrite, toute loi l'est également. Cette affirmation n'est pas contredite par l'existence, en droit constitutionnel français, des *principes fondamentaux des lois de la République* dont l'existence est expressément consacrée par le Préambule de la Constitution. Pour ce qui est de la notion de *coutume constitutionnelle*, elle nous semble davantage recouvrir des conventions politiques que des normes juridiques (en ce sens aussi : A. ALEN, *Compendium van het Belgisch Staatsrecht*, 3^e édition, tome 1A, Malines, Kinwer, 2003, 139); la réponse précise à cette question est toutefois susceptible de différer d'un ordre juridique à l'autre.

(84) En ce sens déjà *supra*, n° 79.

(85) H.L.A. HART, *The Concept of Law, ouvrage prééité*, 127-128. Usage de l'italique par l'auteur; notre soulignage.

« [t]his imparts to all rules a fringe of vagueness or 'open texture'. » (86)

Ce constat vaut avec une particulière acuité pour les normes constitutionnelles et législatives; on se permet à cet égard de rap- peler l'observation de Adolf MERKL selon laquelle

« l'indétermination partielle de la loi lui est inhérente. » (87)

C'est à ce stade qu'intervient l'opération cruciale, la *concrétisation* de la norme indéterminée par le juge constitutionnel.

123. — La concrétisation d'une norme juridique se définit comme une opération d'application-production (88). L'organe qui procède à cette concrétisation fait *application* d'une norme juridique, en *produisant* une autre norme.

Dans le cas d'espèce, l'organe qui procède à la concrétisation est le juge constitutionnel; la norme concrétisée est la disposition qui détermine ses compétences; enfin, la norme produite au cours de ce processus est la décision du juge constitutionnel. L'hypothèse qui retient notre attention est caractérisée par une *pluralité* de normes, ceci à la fois au niveau des règles à partir desquelles la concrétisation est effectuée et au niveau des normes qui sont produites : les compétences du juge constitutionnel ne sont pas fixées par une norme *unique*, et la décision qui constitue le « produit » de l'opération de concrétisation ne se limite (selon toute vraisemblance) pas non plus à une seule norme (89).

La concrétisation est une opération *inhérente* à l'activité du juge constitutionnel; elle se réalise chaque fois que celui-ci pose un acte juridictionnel. Au cours de cette opération, le juge constitutionnel est amené à déterminer la signification des dispositions qui fixent les limites de sa compétence, c'est-à-dire des normes qui arrêtent le périmètre de l'habilitation dont il bénéficie. Le magistrat constitutionnel peut poser les seuls actes qui peuvent être *rattachés à un élément de compétence situé à l'intérieur de ce périmètre*; s'il dépasse cette limite, l'acte produit sera entaché de non-conformité.

(86) *Idem*, 123. C'est nous qui soulignons.

(87) *Supra*, note 43 au titre 3.

(88) Voy. *supra*, n° 80.

(89) La décision contiendra en effet autant de normes qu'elle renferme d'énoncés qui ont une valeur en droit.

Comme nous l'avons relevé au n° 120, les normes qui fixent les compétences du juge constitutionnel français, belge et allemand sont assez indéterminées, du moins quand il s'agit de connaître – et c'est précisément le point qui nous intéresse – les effets de leurs décisions. Plus l'indétermination de ces normes est grande, plus le juge constitutionnel a de la latitude au niveau de leur concrétisation; autrement dit, plus il devient malaisé de soutenir que les décisions qu'il rend (ou certains énoncés de celles-ci) dépassent le périmètre d'habilitation et sont entachées de non-conformité.

Un exemple français est très instructif à cet égard. Le 5 août 1993, le Conseil constitutionnel rend une décision relative aux contrôles d'identité, décision qui comporte un grand nombre de réserves d'interprétation (90). Dès le lendemain, le 6 août, l'Association professionnelle des magistrats (APM)

⁽⁹⁰⁾critique violemment le Conseil [et] demande aux juges et procureurs de «ne tenir aucun compte des réserves d'interprétation (du Conseil constitutionnel) qui ne sont qu'une glose oiseuse.» (91)

Retranscrite en des termes plus techniques, l'Association des magistrats soutient donc en substance que le Conseil constitutionnel, en formulant ces réserves d'interprétation, a dépassé son périmètre d'habilitation.

À cette affirmation, quatre objections peuvent être faites :

1. Les dispositions de la Constitution et de l'ordonnance organique relative au Conseil constitutionnel qui concernent les effets de ses décisions sont fortement indéterminées; une transgression du périmètre d'habilitation est donc difficile à démontrer.
2. À supposer qu'un tel dépassement puisse néanmoins être établi, cette position reposera – il faut bien le reconnaître – sur une interprétation de ces dispositions. Or, l'interprétation étant par essence dépourvue de toute force normative (92), le Conseil constitutionnel peut parfaitement s'en écarter.
3. Contrairement à l'interprétation non normative des particuliers, la concrétisation de ces mêmes dispositions par le Conseil

(90) CC, décision 323 DC du 5 août 1993, immédiatement commentée par L. FAVOREU, *Le Figaro*, 7 et 8 août 1993, 6.

(91) *Le Monde*, 8-9 août 1993, 9 (Italiqnes dans l'original). L'épisode est aussi mentionné par D. TURPIN, *Contentieux constitutionnel*, 2^e édition, Paris, PUF, 1994, 301, et par A. VALLA, *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, thèse (Montpellier I, 1998), Paris, LGDJ, 1999, 288.

(92) Voy. *supra*, n° 80.

constitutionnel est normative puisqu'elle constitue un processus de production normative (93) : la signification que le Conseil attribue aux dispositions qui fondent sa compétence s'impose ainsi *médiatement*, par le biais des normes qu'il produit en application de celles-ci, aux destinataires de ces normes. Appliqué à l'hypothèse concrète des réserves d'interprétation, cela signifie que lorsque le juge constitutionnel produit de telles réserves au cours de l'opération de concrétisation, celles-ci s'imposent à leurs destinataires en raison du caractère obligatoire des décisions du Conseil constitutionnel (94). Si des juges et procureurs sont destinataires d'une telle norme (comme tel est notamment le dans la décision 323 DC), ils sont tenus de s'y conformer (quelle que puisse être la position de leur Association professionnelle (95)).

4. Enfin, l'éventuelle non-conformité des réserves d'interprétation n'affecte pas leur caractère obligatoire : un énoncé ne perd pas son caractère normatif par le seul fait que l'habilitation sur laquelle il se fonde soit transgressée; il faut encore que cette transgression soit *officiellement constatée*. Or, comme les décisions du juge constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours, elles continuent à être valides et, partant, obligatoires.

124. – Un raisonnement analogue permet de répondre à la question de savoir si le juge constitutionnel français, belge et allemand est juridiquement capable d'édicter des *interférences*. À l'instar des réserves d'interprétation, aucune habilitation explicite ne peut, dans les trois pays, être trouvée dans une disposition textuelle. Cette absence ne permet cependant pas, en tant que telle, d'affirmer que le magistrat constitutionnel serait incompétent pour émettre des interférences : en raison de l'indétermination des normes qui fondent sa compétence (et en particulier de celles qui régissent les effets de ses décisions (96)), le juge constitutionnel peut concrétiser ces règles de façon à *invoquer* la production des interférences dans le

(93) *Ibidem*.

(94) Article 62, dernière phrase, de la Constitution. Ce caractère obligatoire s'étend à tous les énoncés prescriptifs des décisions du Conseil constitutionnel.

(95) C'est à juste titre que le professeur Dominique TURPIN qualifie le communiqué de l'APM d'*«excessif»*. (D. TURPIN, *Contentieux constitutionnel, ouvrage précité*, 301).

(96) Voy. *supra*, n° 120.

périmètre de son habilitation (97). Cette concrétisation, dotée de normativité, s'impose ensuite à tous les destinataires des normes ainsi produites, c'est-à-dire à tous les organes qui sont visés par les interférences (98). Ce constat demeure vrai même lorsque le périmètre de l'habilitation est *effectivement excédé* : le dépassement n'a aucune incidence sur la *validité* des normes produites mais seulement sur leur *conformité*. Or, comme la concrétisation, par le juge constitutionnel, de ses propres normes de compétence est insusceptible de recours (99), il est impossible que la non-conformité soit *officiellement établie*. Le caractère obligatoire d'une norme dépendant de sa seule validité, les interférences produites par le juge constitutionnel, *qu'elles soient ou non conformes*, lient leurs

(97) Nous n'affirons pas — loin s'en faut — que le périmètre d'habilitation de ces normes pourrait être étendu à l'infini : même la norme la plus indéterminée interdira toujours de faire le contraire de ce qu'elle prescrit. L'organe bénéficiaire de l'habilitation dispose d'un périmètre particulièrement large, mais il s'agit toujours d'un périmètre, *assorti d'une limite*. On verse dans l'hypothèse d'une disposition *totalément* indéterminée lorsqu'elle autorise le bénéficiaire à faire une chose *et son contraire*, c'est-à-dire lorsqu'elle n'interdit pas à son bénéficiaire de faire l'inverse de ce qu'elle prescrit. Dans un tel cas, en effet, l'énoncé n'a plus aucune signification prescriptive et ne peut plus être considéré comme une norme juridique.

(98) Dans aucun des trois pays de notre champ de recherche, il n'est contesté que les décisions du juge constitutionnel s'imposent au législateur. Voy. :

En France, l'article 62 de la Constitution dont la dernière phrase dispose : « Elles [les décisions du Conseil constitutionnel] s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles ». Le législateur faisant partie des « pouvoirs publics » visés par cette disposition, les décisions du Conseil constitutionnel sont obligatoires pour le législateur (V. BACQUET-BRÉHANT, *L'article 62 de la Constitution du 4 octobre 1958. Contribution à l'étude de l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel*, thèse [Paris II, 2003], Paris, LGDJ, 2005, 81-82, citée *supra* à la note 70, ainsi que L. PHILIP, « Le Conseil constitutionnel », in : *L'écriture du 8 au 10 septembre 1958. Actes du Colloque du XXX^e anniversaire tenu à Aix-en-Provence du 8 au 10 septembre 1988*, Aix-en-Provence et Paris, PUAM et Economica, 1992, 472).

Il en va de même en Belgique où Vincent Thiery relève à propos de l'article 9 de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage, qu'«[un arrêt d'annulation à l'autorité de la chose jugée à partir de sa publication au *Moniteur belge*. Il s'impose à tous : citoyens, juges, législateurs ou autorités administratives. » (V. TANSY, *La Cour d'arbitrage. Compétence et procédure, ouvrage précité*, 144 ; c'est nous qui soulignons). Pour ce qui est des arrêts rendus sur question préjudicielle, ils n'ont certes pas de portée *erga omnes* et ne peuvent annuler les dispositions jugées inconstitutionnelles, mais il paraît excessif d'affirmer que le législateur serait autorisé à les ignorer complètement : selon nous, le législateur engage la responsabilité de l'État s'il poursuit et amplifie délibérément par de nouvelles dispositions une politique législative dont certains éléments ont déjà été déclarés contraires à la Constitution par la Cour d'arbitrage. Nous aurons plus loin (*infra*, conclusion générale, n^o 337-339) l'occasion de revenir sur point.

Les décisions du juge constitutionnel lient enfin le législateur en Allemagne, où le premier alinéa du paragraphe 81 de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale (*précité*) dispose que «[les décisions de la Cour constitutionnelle fédérale lient les organes constitutionnels de la Fédération et des Länder]. La force obligatoire à l'égard du législateur (et des autres organes constitutionnels) vaut d'ailleurs pour toute décision de la Cour, quelle que soit la voie de saisine (Chr. GUSY, *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, thèse d'habilitation [Hagen, 1983], Berlin, Duncker und Humblot, 1985, 235).

(99) Du moins dans les trois ordres juridiques sur lesquels portent nos recherches. Voy. *supra*, n^o 77, note 80.

destinataires (100) ; seul l'exercice fructueux d'une voie de recours (inexistante en l'occurrence) pourrait y mettre fin (101).

125. — Résumons-nous : grâce au mécanisme de la concrétisation des règles de compétence, le juge constitutionnel dispose de la possibilité d'interférer — au sens technique du terme — avec l'activité normative du législateur. Dans les ordres juridiques français, belge et allemand, le magistrat constitutionnel est donc en mesure d'émettre des énoncés dotés d'une *valeur juridique* qui ont pour effet d'accorder des habilitations — obligatoires ou facultatives — de production normative aux différents législateurs.

(100) Comme nous l'avons déjà dit plus haut (*supra*, n^o 77), ce constat doit néanmoins être émis de manière pondérée. Le besoin de crédibilité et légitimité du juge constitutionnel auprès du monde politique, des citoyens et de la doctrine font en sorte qu'une méconnaissance *systématique* et *persistante* de ses règles de compétence est très peu probable. Car si les énoncés non conformes atteignent une proportion inacceptable, le juge constitutionnel se verrait exposé à un véritable faisceau de réactions hostiles — sociales, académiques et surtout politiques — qui dépasseraient de loin sa capacité de résistance. Des énoncés non conformes du juge constitutionnel peuvent donc exister, mais dans une certaine proportion seulement.

(101) Mis à part l'exercice fructueux d'une voie de recours, l'on pourrait, d'un point de vue théorique, aussi songer à une intervention directe du constituant pour outrepasser la décision du juge constitutionnel.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

126. — Au cours de la première partie qui s'achève par le présent paragraphe, nous avons pu préciser la signification des termes *juge constitutionnel* (102), *législateur* (103) et — opération longue mais indispensable — *interférence* (104). La présentation de cette dernière notion nous a amené à présenter dans les grandes lignes les compétences et les modes de saisine des juridictions constitutionnelles française, belge et allemande (105) et à exposer un certain nombre de notions théoriques (106).

Nous sommes maintenant en mesure d'aborder le travail de recherche proprement dit et de vérifier si le juge constitutionnel fait *effectivement usage* de la possibilité d'interférer avec l'activité normative (future) du législateur. Il s'agit en d'autres termes d'analyser les *manifestations concrètes* de l'interférence des juridictions constitutionnelles française, belge et allemande avec l'activité normative des différentes autorités législatives de ces pays.

Cette analyse comprendra deux parties. Nous examinerons d'abord les interférences non obligatoires, appelées *lignes directrices* (seconde partie). Nous étudierons dans la suite les interférences obligatoires, dénommées *injonctions* (troisième partie); celles-ci constituent le mécanisme-phare de nos travaux.

(102) Titre 1^{er}, chapitre 1^{er}.

(103) Titre 1^{er}, chapitre 2.

(104) Titre 4.

(105) Titre 2.

(106) Titre 3.