

sions françaises (125), belges (126) et allemandes (127) à titre d'exemples.

*
*

195. — Après avoir examiné les différentes formes des interdictions non obligatoires, purement permissives, il échet maintenant d'étudier la catégorie des interdictions obligatoires, c'est-à-dire les *injonctions* que le juge constitutionnel émet à l'adresse du législateur.

TROISIÈME PARTIE

Les injonctions adressées
par le juge constitutionnel
au législateur

(125) *Supra*, n^{os} 168-174.
(126) *Supra*, n^{os} 176-193.
(127) *Supra*, n^{os} 164-167.

196. — C'est aux injonctions, véritables pièces maîtresses de notre travail, que la troisième partie est consacrée. Par injonctions, nous entendons les *habilitations datées d'un caractère obligatoire que le juge constitutionnel accorde au législateur pour la production de normes législatives futures* (1).

Au sein de la présente partie, nous suivrons la même structure qu'au cours de la précédente. Nous procéderons d'abord à une analyse générale de la jurisprudence constitutionnelle des pays de référence (titre 1^{er}) avant d'étudier un certain nombre de problèmes particuliers qui peuvent y être observés (titre 2).

(1) Voy. aussi *supra*, n° 95.2.

TITRE I MANIFESTATIONS ORDINAIRES DES INJONCTIONS

197. — Au cours du présent titre, nous procéderons à une analyse générale de la jurisprudence constitutionnelle de nos trois pays de référence. Cette analyse nous permettra de démontrer concrètement la *présence* des différentes formes d'injonctions dans la jurisprudence du juge constitutionnel français, belge et allemand (chapitre 1^{er}) et de mesurer l'*importance* — numérique et qualitative — de ce mécanisme d'interférence au sein de chaque ordre juridique (chapitre 2).

CHAPITRE I
PRÉSENCE DES INJONCTIONS
DANS LA JURISPRUDENCE
DU JUGE CONSTITUTIONNEL FRANÇAIS,
BELGE ET ALLEMAND

198. — À l'instar de ce que nous avons pu dire relativement aux lignes directrices (2), on peut relever que les injonctions constituent une technique *effectivement utilisée* par le juge constitutionnel français, belge et allemand. C'est à la démonstration de cette affirmation que le présent chapitre est consacré.

Les décisions qui documentent la présence d'injonctions dans notre champ de recherche seront soumises aux deux distinctions formelles déjà éprouvées, à savoir à la division entre interférences *déterminées et alternatives* (section 1^{ère}) et à celle entre interférences *positives et négatives* (section 2). À cette structure connue des lignes directrices, deux sections supplémentaires seront toutefois ajoutées : il est possible qu'une injonction de légiférer soit assortie d'un *délai* (section 3) et il arrive que le juge constitutionnel édicte des *mesures provisoires* qui sont applicables jusqu'à une nouvelle intervention du législateur (section 4).

SECTION I. — LA DISTINCTION ENTRE INJONCTIONS
DÉTERMINÉES ET ALTERNATIVES

199. — Débutons notre examen de jurisprudence par la distinction entre injonctions déterminées et alternatives. Celle-ci peut-elle être retrouvée au sein des décisions du Conseil constitutionnel, de la Cour d'arbitrage et du *Bundesverfassungsgericht* ? Nous nous intéresserons d'abord à la présence, au sein de ces décisions, des injonctions déterminées (sous-section 1^{ère}) avant d'étudier celle des injonctions alternatives (sous-section 2).

(2) Voir *supra*, n° 129.

200. — Avant d'entrer dans le vif du sujet, une remarque préliminaire doit encore être émise. Dans la présente section et dans la section suivante (section 2), nous examinerons les seules injonctions déterminées et alternatives qui ne contiennent ni *délais*, ni *mesures provisoires*; les interférences qui sont dotées de l'une ou l'autre de ces deux techniques (ou des deux) seront analysées au cours des sections 3 et 4 (3). Les présents développements se limitent donc aux injonctions 'simples', c'est-à-dire aux habilitations obligatoires de production normative qui sont *dépourvues de techniques juridiques accessoires*.

C'est un souci de méthode qui nous conduit à procéder de la sorte : il nous paraît le plus indiqué, en termes d'avancement systématique, de présenter d'abord le mécanisme injonctif *de base* — c'est-à-dire l'injonction dans son articulation la plus simple — avant d'aborder les interférences obligatoires plus élaborées qui contiennent, outre ce mécanisme, une technique juridique accessoire.

Cette remarque est importante car il ressortira de la présente section que le nombre d'injonctions 'simples' est *assez faible* dans notre champ de recherche. Ce constat n'établit toutefois pas une présence limitée des injonctions ordinaires *en général* mais seulement une faible utilisation des injonctions qui *ne sont pas accompagnées de techniques juridiques accessoires*. Comme le démontreront les sections 3 et 4, consacrées à ces injonctions plus élaborées, les juges constitutionnels belge et allemand ont en effet fréquemment recourus à ces techniques : tant le *Bundesverfassungsgericht* que la Cour d'arbitrage accompagnent presque systématiquement leurs injonctions d'un *délai*, encore que l'articulation précise de cette technique diffère dans les deux pays (4). Pour ce qui est de l'édition de *mesures provisoires* (c'est-à-dire de la production, par le juge constitutionnel, de normes générales et abstraites qui s'appliquent *dans l'attente d'une nouvelle intervention législative*), elle est également fréquemment utilisée par le juge de Karlsruhe, et il arrive même qu'une injonction soit à la fois assortie d'un délai et d'une mesure provisoire. Nous fournirons plus loin une statistique précise à cet égard (5).

(3) *Infra*, n° 222-271.

(4) *Infra*, n° 227-229.

(5) Voy. les tableaux présentés *infra*, au n° 275.

Notre remarque préliminaire peut donc être résumée en un mot : loin d'embrasser toutes les injonctions ordinaires (c'est-à-dire non atypiques), les deux premières sections n'en contiennent que la moindre partie (6). Cette importante observation faite, nous pouvons entamer l'examen de jurisprudence proprement dit.

Sous-section 1. — Présence d'injonctions déterminées

201. — Les injonctions déterminées peuvent être définies comme les habilitations de production normative *dotées d'un caractère obligatoire* qui sont accordées par le juge constitutionnel au législateur et qui soumettent la validité des normes qui peuvent être produites en vertu de cette habilitation exclusivement à des *conditions nécessaires et suffisantes*. La présence de cette catégorie d'interférences dans la jurisprudence constitutionnelle des pays de référence peut être observée dans divers champs du droit, notamment en matière institutionnelle (a) éducative (b) et professionnelle (c).

a) Injonctions déterminées en matière institutionnelle

202. — Dans le domaine des institutions, une décision du Conseil constitutionnel doit particulièrement être mentionnée. À la mi-février 1999, la Haute instance est saisie par le Premier ministre Jospin d'une loi organique relative aux institutions de la Nouvelle Calédonie. Cette législation a pour objectif de donner suite à une révision constitutionnelle intervenue quelques mois plus tôt (7). Nous avons déjà eu l'occasion de brièvement évoquer les nouvelles institutions néo-calédoniennes qui ont été créées par cette loi et de mentionner la littérature qui s'y intéresse plus particulièrement (8).

Ce qui retient notre attention ici est le contrôle, par le juge constitutionnel français, du titre II de la loi, consacré aux *compétences* des institutions de la Nouvelle-Calédonie. Comprenant les articles 20

(6) Précisons à cet égard que même lorsque nous avons examiné l'ensemble des *injonctions ordinaires* (en ce compris celles qui sont assorties d'un délai ou de mesures provisoires), nous n'avons pas encore analysé l'ensemble des injonctions, car à côté des injonctions ordinaires (auxquelles est consacré le présent titre), il existe encore les injonctions atypiques (qui seront examinées au cours du titre 2). Tout est donc dans la nuance.

(7) Loi constitutionnelle n° 98-610 du 20 juillet 1998, JO, 21 juillet, déjà mentionnée *supra*, n° 31.

(8) *Supra*, n° 31, note 101, et n° 38, note 22.

à 61 de la loi, c'est avant tout l'article 24 de ce titre qui nous intéresse dans le cadre de nos recherches. Celui-ci porte :

« Dans le but de soutenir ou de promouvoir l'emploi local, la Nouvelle-Calédonie prend au bénéfice des citoyens de la Nouvelle-Calédonie et des personnes qui justifient d'une durée suffisante de résidence des mesures visant à favoriser l'exercice d'un emploi salarié, sous réserve qu'elles ne portent pas atteinte aux avantages individuels et collectifs dont bénéficient à la date de leur publication les autres salariés.

De telles mesures sont appliquées dans les mêmes conditions à la fonction publique de la Nouvelle-Calédonie et à la fonction publique communale. La Nouvelle-Calédonie peut également prendre des mesures visant à restreindre l'accession à l'exercice d'une profession libérale à des personnes qui ne justifient pas d'une durée suffisante de résidence.

La durée et les modalités de ces mesures sont définies par des lois du pays. »

Dans sa décision du 15 mars 1999, le Conseil constitutionnel déclare cet article *conforme* à la Constitution mais interdire néanmoins avec l'activité normative du législateur *néo-calédonien*. La Haute instance précise en effet

« qu'il appartiendra aux « lois du pays » prises en application de l'article 24 (...) de fixer pour chaque type d'activité professionnelle et chaque secteur d'activité la « durée suffisante de résidence » mentionnée au premier et deuxième alinéas de cet article » (9).

Le caractère *obligatoire* de l'interférence ressort à suffisance des termes « il appartiendra aux lois de pays ... de fixer... ». Sa portée contraignante est encore renforcée par le fait — et le Conseil le relève expressément — que les lois de pays prises en application de l'article 24 seront

« susceptibles d'être soumises au contrôle du Conseil constitutionnel » (10).

Quant au *contenu* des lois de pays qui devront être édictées, le juge constitutionnel français souligne qu'elles doivent fixer la « durée suffisante de résidence » mentionnée à l'article 24 de la loi organique

« en se fondant sur des critères objectifs et rationnels en relation directe avec la promotion de l'emploi local » (11)

(9) CC, décision 410 DC du 15 mars 1999, considérant 17. C'est nous qui soulignons.

(10) *Ibidem*. C'est nous qui soulignons. Sur ce point, voy. aussi J.-E. SCHOZTER, « Mise en œuvre de l'accord de Nouméa », note sous CC, décisions 409 et 410 DC du 15 mars 1999, *AIDA*, 1999, 327.

(11) CC, décision 410 DC du 15 mars 1999, considérant 17. C'est nous qui soulignons. La doctrine a clairement mis en exergue le caractère *directif* de l'énoncé (voy. notamment J. PIERI, note sous cette décision, *RFDC*, 1999, 333).

On notera aussi que l'interférence est émise à l'occasion d'un contrôle d'une norme législative *nationale*, mais qu'elle a pour destinataire le législateur *néo-calédonien*. Cette circonstance n'enlève pas à l'interférence son caractère ordinaire, puisqu'elle est parfaitement conforme à l'expression :

H + O (C1, C2, C3, ... Cn) → NL

203. — Nous aurons encore l'occasion de revenir à deux reprises sur cette importante décision du Conseil constitutionnel qui contient par ailleurs une injonction négative (12) et une injonction atypique (13).

b) Injonctions déterminées en matière éducative

204. — Après cette première illustration d'une injonction déterminée en matière institutionnelle, nous voudrions en présenter une seconde qui ressortit au domaine de l'éducation. L'injonction déterminée qu'il s'agit d'exposer ici est contenue dans une décision du juge constitutionnel belge, rendue au printemps 1992 et relative à une norme législative que la Communauté française avait adoptée deux ans plus tôt sous le gouvernement du Ministre-président FÉAUX. La Cour d'arbitrage est saisie d'un recours en annulation contre le décret du 12 juillet 1990 « modifiant certaines dispositions de la législation de l'enseignement » (14). Dans le cadre de nos recherches, ce recours ne nous intéresse que dans la mesure où il est dirigé contre l'article 4 du décret. Cette disposition a trait aux *droits d'inscription* pour l'enseignement universitaire et porte :

« Le montant du droit d'inscription à une année d'études ne peut être inférieur à vingt-et-un mille francs; ce montant est toutefois ramené à deux mille francs s'il s'agit d'un étudiant boursier. » (15)

Plusieurs associations estudiantines et étudiants individuels attaquent la disposition devant la Cour d'arbitrage en invoquant que, si elle prévoit des droits d'inscription *minima*, elle laisse « toute latitude (...) aux établissements d'enseignement *au-delà* du minimum » (16), ce qui constitue, selon les requérants, une violation

(12) *Infra*, n° 217.

(13) *Infra*, n° 287.

(14) *Moniteur belge*, 26 octobre.

(15) Il s'agit d'un extrait de la disposition.

(16) CA, arrêt 33/92 du 7 mai 1992, considérant A.4.1., dernier alinéa. C'est nous qui soulignons.

des articles 10, 11 et 24, § 4, de la Constitution (17). Les demandeurs font en d'autres termes grief à l'article 4 du décret de ne pas fixer de droit d'inscription *maximum* et, donc, de ne pas prévenir des droits démesurément élevés. La Cour accueille favorablement le recours. Elle énonce :

« L'article 4 du décret entrepris prévoit que, en ce qui concerne les institutions universitaires, le montant du droit d'inscription à une année d'études ne peut être inférieur à 21.000 francs (...) ». (...)

S'il a fixé le montant minimum du droit d'inscription, le législateur n'a pas établi le montant maximum de ce droit. Le montant maximum du droit d'inscription à une année d'études universitaires constitue un élément essentiel de la législation relative à cet enseignement, en ce que le niveau du droit d'inscription a une influence déterminante sur l'accès effectif à l'université et a, en outre, une repercussion directe sur le système de financement de cet enseignement. En vertu de l'article [24], § 5, de la Constitution, cette mesure doit être fixée par le décret lui-même.

Il résulte de ce qui précède que (...) l'article 4 du décret entrepris doit être annulé dans la mesure où il laisse à des autorités autres que le législateur décreté sans leur imposer aucune limitation, la tâche de fixer le montant effectif du droit d'inscription qui peut être réclamé à un étudiant universitaire non boursier (...)

Par ces motifs, La Cour,

Annule (...) l'article 4 du décret de la Communauté française du 12 juillet 1990 (...) dans la mesure où cette disposition laisse à d'autres autorités que le législateur décreté, sans leur imposer aucune limitation, la tâche de fixer le montant effectif des droits d'inscription pour une année d'études universitaires » (18)

Si cette décision avait été rendue par le Conseil constitutionnel français, on aurait parlé d'un cas d'*incompétence négative du législateur* (19). En Allemagne, la même doctrine est connue sous le nom de *Wesentlichkeitstheorie* (20). Aucune de ces terminologies n'est usi-

(17) *Idem*, même considérant, premier alinéa.

(18) CA, arrêt 33/1992 du 7 mai 1992, considérants B.6.1. et B.6.3.-B.6.4. et point 1 du dispositif. Ces nous qui soulignons.

(19) Sur cette notion, voy. notamment G. SCHMITTER, « L'incompétence négative du législateur et des autorités administratives », *AIG*, 5 (1989), 137-176, et F. PRATER, « L'incompétence négative du législateur », *KFDG*, 1994, 59-85.

(20) Sur cette théorie, voy. notamment J. JENSSEN et P. KIROCHOR (éds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, tome 3, Heidelberg, C.F. Müller 1988, 337-342, P. BARTRA, *Staatsrecht - Systematische Einteilung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland*, Munich, C.H. Beck, 1986, 75-76 et 364-365, et E. STRIN et G. FRANK, *Staatsrecht*, 1^{re} édition, Tübingen, Mohr Siebeck, 2000, 153-154.

tée en Belgique (21), mais l'arrêt de la Cour d'arbitrage s'inscrit parfaitement dans la même optique.

En relevant que le montant maximum des droits d'inscription constitue un « élément essentiel » de la législation relative à l'enseignement universitaire et en précisant qu'il « doit être fixé par le décret lui-même », la Cour interfère clairement avec l'activité normative du législateur : elle émet une habilitation obligatoire de production normative, et donc une *injonction*. Celle-ci est en toutes parts conforme à la formule

H + O (C1, C2, C3, ... Cn) → NL.

Le législateur communautaire donne immédiatement suite à cette interférence : à peine sept semaines après l'arrêt de la Cour, il promulgue le décret du 26 juin 1992 (22) qui prévoit un droit d'inscription généralisé de 22.000 francs (23). Les travaux préparatoires de la nouvelle législation se basent expressément sur la décision du juge constitutionnel (24).

c) *Injonctions déterminées en matière d'accès à la profession*

205. — Après avoir mentionné une décision du juge constitutionnel français et une du juge constitutionnel belge, nous voudrions présenter un troisième jugement, rendu par le *Bundesverfassungsgericht* allemand (25). Il s'agit d'une affaire des années soixante, époque où la Cour constitutionnelle fédérale faisait encore preuve d'une assez grande retenue à l'égard du législateur : la décision reflète donc une certaine modération et prudence. Nul n'ignore cependant que la Cour de Karlsruhe va ensuite adopter un style de plus en plus énergique, qui culmine dans un véritable interventionnisme juridictionnel dont les arrêts du 28 mai 1993 (26) et 12 juillet

(21) Nous ne connaissons aucun auteur belge qui les ait jamais employées.

(22) *Motivier belge*, 10 septembre.

(23) Article 34 du décret. Cette norme est toujours en vigueur à l'heure actuelle ; elle a été complétée par l'article 39 du décret du 14 juillet 1997 (*Motivier belge*, 30 septembre) et adaptée en vue de l'introduction de l'euro par l'article 11 de l'arrêté du 8 novembre 2000 (*Motivier belge*, 12 décembre) pris en exécution du décret du 8 février 1999 (*Motivier belge*, 16 juillet).

(24) *Documents parlementaires*, Conseil de la Communauté française, session extraordinaire 1992, n° 39/2, pages 10-11 et 16-19.

(25) BVerfG, décision du 15 février 1967, *BVerfGE* 21, 173, aussi mentionnée par J.-Cl. BECQUIN, thèse précitée, 257-258.

(26) *BVerfGE* 88, 303.

1994 (27) (que nous présenterons plus loin (28)) sont de frappantes illustrations.

Mais dans le cas d'espèce, il s'agit d'une injonction 'simple', limitée à son mécanisme de base. L'affaire en question concerne une législation fédérale adoptée sous le gouvernement ADENAUER, à savoir la loi sur les conseillers en matière fiscale (*Steuerberater* ou *Steuerbevollmächtigte*) du 16 août 1961 (29). Cette législation introduit notamment une incompatibilité entre la profession de conseiller fiscal et toute autre activité commerciale. Le paragraphe 22, alinéa 4, de la loi stipule :

« Les activités suivantes doivent notamment être considérées comme incompatibles avec la profession de conseiller fiscal :
une activité commerciale

(...), » (30)

Un directeur d'une entreprise de produits chimiques de Hambourg exerce depuis 1936 l'activité de conseiller fiscal à titre parallèle. La nouvelle loi sur les conseillers fiscaux, et spécialement la disposition que nous venons de citer, a pour conséquence de rendre désormais impossible un tel cumul d'activités : le directeur hambourgeois devra choisir entre son activité commerciale et son activité de conseil. Or, ce choix le met devant un dilemme : soit il devient conseiller fiscal à temps plein mais perd le contrôle de sa propre entreprise, soit il reste à la tête de celle-ci mais perd soixante pour-cent de ses revenus professionnels (31).

La présente affaire constitue une illustration-type des grandes potentialités du recours constitutionnel : sans passer par une autre juridiction, le directeur d'entreprise en question adresse directement une *Verfassungsbeschwerde* à la Cour constitutionnelle de Karlsruhe et allègue que le paragraphe 22, alinéa 4, de la loi sur les conseillers fiscaux porte une atteinte disproportionnée à son droit fondamental

(27) *BVerfGE* 90, 286.

(28) *Vor.-sitzfr.*, n^{os} 269 et 270.

(29) *BGB*, série I, 1961, 1301.

(30) Texte original :

[Als Tätigkeiten, die mit dem Beruf des Steuerberaters und des Steuerbevollmächtigten nicht vereinbar sind, gelten insbesondere

1. eine gewerbliche Tätigkeit;

2. (...), »]

(31) La personne en question prouve en effet qu'elle tire en effet soixante pour-cent de ses revenus de son activité de conseiller fiscal (*BVerfGE* 21, 173 [176]).

de choisir librement sa profession, droit garanti par l'article 12, première phrase, de la Loi fondamentale (32).

L'argumentation est fine : le requérant ne conteste pas le principe l'instauration d'une incompatibilité entre la profession de conseiller fiscal et une activité commerciale (une telle mesure peut en effet se justifier) mais se plaint des effets que la disposition a sur les conseillers fiscaux qui exercent *depuis longtemps* la profession *conjointement* avec une autre activité. Le requérant relève qu'il est conseiller fiscal depuis plus de trente ans et que l'administration l'avait expressément *autorisé* à exercer cette profession à titre parallèle (33). Il soutient donc que la nouvelle loi sur les conseillers fiscaux est inconstitutionnelle dans la mesure où elle instaure des incompatibilités *sans prévoir des mesures transitoires* pour les conseillers fiscaux qui ont déjà une certaine ancienneté au moment de l'entrée en vigueur de la loi.

Dans une décision aussi courte que limpide, la Cour constitutionnelle fédérale déclare le recours recevable et fondé. Elle commence par présenter les liens qui existent entre une réglementation en matière d'incompatibilités professionnelles et le droit fondamental au libre choix de la profession :

« [L']incompatibilité [entre l'activité de conseiller fiscal et d'autres professions], telle qu'elle découle du paragraphe 22, alinéa 4, premier tiret, de la loi sur les conseillers fiscaux, a vocation à s'appliquer aux conseillers fiscaux qui exercent déjà cette profession, et notamment à ceux d'entre eux qui poursuivent à côté de cette profession, en toute légalité et parfois depuis longtemps, une activité commerciale. Ces personnes se voient obligées de choisir entre la poursuite exclusive de la profession de conseiller fiscal et celle, également exclusive, de l'activité commerciale.

L'abandon d'une activité professionnelle constitue une décision qui relève du domaine du libre choix de la profession. Lorsqu'un tel abandon est réalisé sous la pression d'une disposition légale que la personne concernée ne pouvait prévoir, l'exercice du droit fondamental du libre choix de la profession se trouve sensiblement restreint, car l'obligation de choisir entre deux professions donne non seulement lieu à des difficultés personnelles, inhérentes au fait même de

(32) Cette disposition porte :

« Tous les Allemands ont le droit de choisir librement leur profession, leur emploi et leur établissement de formation. »

[« Alle Deutschen haben das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. »]

(33) *BVerfGE* 21, 176. L'autorisation lui a été accordée en 1936, nous sommes en 1967.

devoir se décider, mais peut, le cas échéant, également causer un préjudice économique.» (34)

Ces développements amènent la Cour à l'hypothèse spécifique du requérant :

« Cette obligation [l'obligation de choisir entre deux professions] pèse d'autant plus lourd lorsqu'elle conduit à la cessation d'une profession qui a déjà été librement et légalement exercée. Une réglementation qui prévoit la cessation immédiate de toute activité commerciale pour pouvoir continuer la profession de conseiller fiscal ne semble exigée par aucun motif d'intérêt général. Il est certes compréhensible que le législateur entende réaliser le nouveau statut des conseillers fiscaux le plus rapidement possible, et il ne peut être reproché à la loi, y compris à ses règles relatives aux obligations professionnelles, de s'appliquer en principe aux conseillers fiscaux déjà en activité. » (35)

C'est à ce stade que le juge constitutionnel interfère avec l'activité normative du législateur :

« Mais le législateur doit, en vertu du principe de proportionnalité, prévoir des dispositions transitoires pour les cas dans lesquels la cessation immédiate de l'activité commerciale constitue une charge trop lourde. Il appartient au législateur de fixer le contenu de ces dispositions transitoires. (...) Dans le cas du requérant, qui est déjà relativement âgé, l'obligation de mettre fin à l'une des deux professions constituerait en tout cas une mesure excessive. » (36)

(34) BVerfG, décision du 15 février 1967, *BVerfGE* 21, 182-183. C'est nous qui soulignons. Texte original :

[« Die Einkommensteuerverordnung des § 22 Abs. 4 Nr. 1 StBerG, soweit sie sich auf die bereits im Berufsleben stehenden Steuerberufmächtigen bezieht (...) erfaßt (...) Personen, die bisher unangefochten bisweilen seit langer Zeit neben ihrem Beruf als Steuerberufmächtiger (« Helfer im Steuersachen ») eine gewerbliche Tätigkeit ausgeübt haben. Sie müssen wählen, ob sie Steuerberufmächtige bleiben oder allein die gewerbliche Tätigkeit ausüben wollen. Die Aufgabe des Berufs ist ein Akt der Berufswahl (BVerfGE 7, 33 [40]). Volzucht sie sich, wie hier unter dem Druck einer gesetzlichen Bestimmung, mit der der Berufszugehörige nicht zu rechnen braucht, so wird sein Grundrecht der freien Berufswahl empfindlich eingeschränkt; neben der inneren Zwangslage, in die er durch die ihm abgeforderte Einschließung gerät, drohen ihm unter Umständen auch wirtschaftliche Nachteile. »]

(35) *Ibidem*, 183. C'est nous qui soulignons. Texte original :

[« Dieser Zwang zur Aufgabe eines frei und zulässig gewählten und bereits ausgeübten Berufs wirkt ungleich stärker. Ein besonders wichtiges Gemeinschaftsinteresse, das gerade diese Regelung erfordert, ist nicht erkennbar. Daß der Gesetzgeber bestrebt ist, das neue Leitbild der steuerberatenden Berufe möglichst rasch zu verwirklichen, ist verständlich und berechtigt. Es ist daher grundsätzlich nicht zu beanstanden, daß die Regelungen des Gesetzes, namentlich die über die allgemeinen Berufspflichten, auch auf die beim Inkrafttreten des Gesetzes vorhandenen Steuerberufmächtigen Anwendung finden. »]

(36) *Ibidem*. C'est nous qui soulignons. Texte original :

[« Soweit aber der Zwang zur sofortigen Aufgabe einer gewerblichen Tätigkeit für die Betroffenen nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit unzumutbar wäre, muß der Gesetzgeber eine Übergangsregelung treffen. Wie sie zu gestalten ist, muß seiner Entscheidung vorbehalten bleiben. (...) Bei dem Beschwerdeführer (...) der in vorgeschriebenem Alter steht und den Doppelberuf als Steuerberufmächtiger seit Jahrzehnten ausübt, würde der Zwang, einen der beiden Berufe aufzugeben, eine unzumutbare Härte sein. »]

Le caractère obligatoire de l'interférence est manifeste (le législateur doit³⁷). Comme dans les deux illustrations qui précèdent (nos 202 et 204), il s'agit d'une injonction *déterminée*, conforme à la formule déjà mentionnée; elle ne contient par ailleurs ni délai, ni mesures provisoires.

SOUS-SECTION 2. — Présence d'injonctions alternatives

206. — Après avoir démontré dans le champ de recherche la présence d'injonctions déterminées, il importe d'établir l'existence d'injonctions alternatives. Par injonctions alternatives, nous entendons les habilitations de production normative qui sont dotées d'un caractère obligatoire et qui contiennent des conditions alternatives (C2a v C2b) relatives à la validité des normes qui peuvent être produites en application de cette habilitation.

207. — Des illustrations d'injonctions alternatives ne sont pas très fréquentes; quelques cas de figure peuvent néanmoins être cités. Ils nous semblent particulièrement instructifs (37).

208. — La première illustration d'une injonction alternative « simple » peut être trouvée dans un arrêt de la Cour constitutionnelle allemande relatif à un problème de droit familial (38). Le jugement réunit notre intérêt non seulement en raison de l'interférence qu'il contient mais aussi parce qu'il illustre d'une manière poignante que les meilleures intentions du législateur peuvent donner lieu à des *injustices majeures*, totalement imprévues au moment du vote de la loi. À cet égard, l'arrêt constitue un véritable cas d'école et mérite (ne fût-ce que pour cette raison) une analyse spécialement détaillée.

208.1 — Il y a vingt-cinq ans, dans une Allemagne gouvernée par le Chancelier SCHMIDT, la Cour de Karlsruhe est saisie de deux renvois préjudiciels (*Richtervorlagen*) qui lui sont adressés dans le cadre du contrôle concret de normes (39). Les renvois portent sur le *second*

(37) Outre les illustrations qui seront dans la suite présentées aux numéros 208 et 209, voy. notamment BVerfG, décision du 5 mars 1991, *BVerfGE* 84, 9 (21), arrêt du 1^{er} juillet 1998, *BVerfGE* 98, 169 (215), décision du 10 novembre 1998, *BVerfGE* 99, 216 (241), et décision du 2 mars 1999, *BVerfGE* 100, 226 (248).

(38) BVerfG, arrêt du 14 juillet 1981, *BVerfGE* 57, 361.

(39) Sur cette procédure, voy. *supra*, première partie, n^{os} 64.5, 55.1 et 64.1.

alinéa du paragraphe 1579 du Code civil (*Bürgerliches Gesetzbuch*, ci-après BGB), paragraphe qui fait partie d'un ensemble de plusieurs règles relatives aux obligations alimentaires entre époux *séparés* ou *divorcés*. Le grand principe qui sous-tend toutes ces règles est connu dans presque tous les pays : le partenaire qui n'a pas les moyens de subvenir à ses besoins a droit à une *pension* à charge de l'autre époux. Cette règle est inscrite aux paragraphes 1569 et suivants du BGB.

Ladite pension peut cependant être *réduite* ou *supprimée* dans un certain nombre d'hypothèses. Celles-ci sont énumérées au *premier* alinéa du paragraphe 1579. Aux termes de cette disposition :

« Aucune pension ne sera versée à l'époux demandeur lorsqu'il serait gravement inéquitable d'ordonner un tel versement à l'autre époux en raison d'un des motifs suivants :

1. le mariage était de courte durée (...);
2. l'époux demandeur a commis un crime ou un délit intentionnel et grave contre l'autre époux ou l'un de ses proches,
3. l'époux demandeur a lui-même créé la situation de besoin dans laquelle il se trouve, ou encore
4. pour tout autre motif de même gravité que ceux mentionnés aux n^{os} 1 à 3. » (40)

Le *second* alinéa de cette disposition instaure toutefois un *régime dérogatoire* à l'alinéa précédent et *empêche* toute réduction ou suppression de la pension alimentaire entre époux :

« L'alinéa 1^{er} n'est pas applicable lorsque le bénéficiaire de la pension ne peut exercer une activité rémunérée, en raison de l'éducation ou de l'accompagnement d'un enfant qu'il a eu en commun avec le débiteur de la pension. » (41)

C'est sur cette disposition que portent les deux renvois préjudiciels qui nous intéressent dans la présente affaire. Nous voudrions d'abord dégager la *ratio legis* de cet alinéa (n^o 208.2) avant d'examiner sa constitutionnalité (n^o 208.3).

(40) Texte original :

[« Ein Unterhaltsanspruch besteht nicht, soweit die Inanspruchnahme des Verpflichteten grob unbillig wäre, weil

1. die Ehe von kurzer Dauer war (...),
2. der Berechtigte sich eines Verbrechens oder eines schweren vorsätzlichen Vergehens gegen den Verpflichteten oder eines nahen Angehörigen des Verpflichteten schuldig gemacht hat,
3. der Berechtigte seine Bedürftigkeit mutwillig herbeigeführt hat oder
4. ein anderer Grund vorliegt, der ebenso schwer wiegt wie die in den Nummern 1 bis 3 aufgeführten Gründe. »]

(41) Texte original :

[« Absatz 1 gilt nicht, solange und soweit von dem Berechtigten wegen der Pflege oder der Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes eine Erwerbstätigkeit nicht erwartet werden kann. »]

208.2 – La toute première préoccupation du législateur dans les hypothèses de séparation ou de divorce d'époux est le bien-être des *enfants* : quels que soient les torts de l'un ou l'autre parent, il faut éviter que les enfants du couple ne se trouvent pénalisés pour des faits pour lesquels ils n'ont aucune responsabilité (42). Le législateur veut par ailleurs, dans la mesure du possible, faire oublier aux enfants les tensions qui ont précédé la séparation de leurs parents et compenser l'absence du parent qui n'a pas leur garde par une *forte présence* du parent auquel ils sont confiés (43).

Cet objectif risque toutefois d'être compromis par le premier alinéa du paragraphe 1579 : lorsque la demande de pension émane du parent *qui a la garde des enfants*, le refus de la lui accorder peut avoir pour conséquence que le parent devra chercher d'autres moyens pour assurer un niveau suffisant de revenus. En clair : il devra aller travailler. Or, une absence quotidienne de huit ou neuf heures pour exercer une activité rémunérée peut – de l'avis du législateur – avoir des effets négatifs pour les enfants (44), qui n'ont de toute manière plus qu'un parent comme personne de contact (si l'on excepte un éventuel droit de visite de l'autre parent). Hanté par la peur que les enfants des couples divorcés puissent manquer d'affection et se retrouver abandonnés à la maison (45), le législateur prévoit au paragraphe 1579, alinéa 2, une garantie véritablement *maritale* en leur faveur : lorsque le parent *qui a la garde des enfants* demande une pension, l'autre parent (qui n'a pas leur garde) *ne peut invoquer* l'une des causes énumérées au premier alinéa du paragraphe 1579 BGB pour refuser le paiement. Telle est donc la *ratio legis* de la disposition : un profond et authentique souci de protection des enfants.

208.3 – Mais une disposition qui instaure une protection *maritale* à un groupe de personnes peut s'avérer *excessive* au regard d'autres personnes. Le paragraphe 1579, alinéa 2, n'échappe pas à ce grief : la disposition donne facilement lieu à des abus. L'intérêt des enfants est en effet à ce point protégé que la disposition aboutit à *exonérer*

(42) *BVerfGE* 57, 361 (383).

(43) *Idem*, 382, 383.

(44) *Idem*, 383.

(45) *Idem*, 382.

l'époux qui en a la garde contre son *propre dol* (46) ou sa *propre négligence* (47).

Ainsi, la situation suivante se produit : un couple marié a trois enfants mineurs. L'épouse trompe son mari; l'amant lui rend régulièrement visite au logement familial et finit par s'y installer (48). L'époux, contraint d'assister à des scènes d'adultère dans son propre logement, quitte la maison familiale et demande le divorce aux torts de l'épouse (49). Entre-temps, l'épouse demande la garde des enfants, ce qui lui est accordé (50). Une fois cette décision intervenue, l'épouse lance une action en justice contre son mari, visant à obtenir le paiement d'une pension alimentaire à *titre personnel*, en alléguant qu'elle ne peut aller travailler en raison de la garde des enfants (51).

L'action heurte le bon sens : c'est *l'épouse* qui est à l'origine de la rupture du ménage; elle a commis un adultère et a ensuite permis à son amant de s'installer dans le logement familial. En se comportant de la sorte, elle a moralement contraint son mari à quitter la maison conjugale. Dans ces circonstances, condamner le mari au versement d'une pension en sa faveur serait inique; ce n'est pas à *lui* de supporter les dépenses qui sont propres à *elle* (sans parler du fait qu'il lui verse déjà une pension pour les trois enfants dont elle a la garde).

C'est cet argument d'élémentaire équité que le père tente d'invoquer en justice, en se fondant sur le *premier* alinéa du paragraphe 1579 BGB qui prévoit qu'une pension ne doit pas être payée lorsque l'époux qui en fait la demande s'est lui-même placé dans la situation d'impécuniosité qui sert de fondement à la demande. Mais la mère est protégée par le régime d'exception prévu par le *second* alinéa du paragraphe 1579 : aucune des causes libératoires énumérées au premier alinéa ne peut être invoquée lorsque la partie demanderesse prouve qu'elle a la garde des enfants (ce qui est, il faut bien l'admettre, le cas). La règle de l'alinéa 2 a une portée absolue : il faut et il suffit que les enfants soient hébergés chez la mère pour lui

(46) Car le paragraphe 1579, alinéa 2, exclut l'application du paragraphe 1579, alinéa 1^{er}, 2^o.

(47) Car cette disposition exclut également l'application du paragraphe 1579, alinéa 1^{er}, 3^o.

(48) *VerfGH* 57, 361 (368).

(49) *Idem*.

(50) Cette garde étant dévolue dans le seul intérêt des enfants et sans avoir égard aux torts respectifs des parents.

(51) *VerfGH* 57, 361 (369).

ouvrir le droit à une pension à *titre personnel*, quelles que soient les fautes ou infractions par lui commises.

Visiblement troublés par cet état de la législation, deux tribunaux de province, les *Amtsgerichte* de Pinneberg et de Darmstadt, saisissent la Cour constitutionnelle fédérale de la question de savoir si l'exception prévue par le second alinéa du paragraphe 1579, *en ce que sa portée absolue ne permet aucun tempérament*, est conforme à la Loi fondamentale. La Cour de Karlsruhe répond par la négative. Elle confirme d'abord que l'alinéa en question a effectivement une telle portée, portée qui est motivée par le souci de protéger au maximum les enfants :

« La portée des dispositions du paragraphe 1579, alinéa 1^{er}, du BGB, qui sont fondées sur un motif d'équité, est restreinte à l'alinéa 2 [du même paragraphe] en ce sens qu'elles ne peuvent trouver application lorsque le demandeur de la pension ne peut exercer une profession en raison de l'éducation ou de l'accomplissement d'un enfant. Cela signifie : le droit à une pension pour l'éducation ou l'accomplissement d'un enfant ne peut souffrir d'aucune exception et se détermine exclusivement en fonction du niveau de vie des époux.

Dès lors que le législateur ouvre le droit à une pension pour éducation ou accomplissement d'un enfant et dès lors qu'il prévoit que ce droit ne peut souffrir aucune exception (paragraphe 1579, alinéa 2), le parent qui a la garde de l'enfant est dispensé, dans la mesure nécessaire, de toute activité professionnelle, aussi longtemps que le besoin d'éducation ou d'accomplissement existe chez l'enfant. Il a été la volonté du législateur de ne pas faire souffrir l'enfant du comportement fautif du parent chez lequel il vit, car si ce parent était économiquement contraint d'exercer une activité rémunérée, il risquerait de ne plus pouvoir consacrer suffisamment de temps aux tâches parentales. Il apparaît donc que le droit du parent à une pension pour cause d'éducation et d'accomplissement consolide sa position de parent et lui permet de pleinement assurer ses tâches de responsabilité qui constituent une part essentielle du rôle des parents décrit à l'article 6, alinéa 2, première phrase, de la Loi fondamentale » (52)

(52) *BVerfG*, arrêt du 14 juillet 1981, *BVerfGE* 57, 361 (381-382, 383). C'est nous qui soulignons. Texte original :

«Die Billigkeitklausel des §1579 Abs. 1 BGB ist in Absatz 2 dahin eingeschränkt, daß sie in den Fällen keine Anwendung findet, in denen von dem Unterhaltberechtigten wegen der Pflege oder Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes eine Erwerbstätigkeit nicht erwartet werden kann. Dies bedeutet: Der Unterhaltsanspruch wegen Kindesbetreuung (...) unterliegt keinem Ausnahmsfallbestand und bestimmt sich uneingeschränkt nach den ehelichen Lebensverhältnissen. (...)

Indem der Gesetzgeber den Unterhaltsbestand der Kinderbetreuung (...) geschaffen hat und diesen ausschließl. gestaltet hat (§1579 Abs. 2 BGB), stellt er den Eltern, bei dem sich das Kind befindet, von einer Erwerbstätigkeit frei, und zwar solange und soweit das Kind der Pflege der Erziehung bedarf. Nach dem Willen des Gesetzgebers soll das Kind nicht unter dem Fehlverhalten des ihn betreuenden Elternteils leiden, der im Fall einer wirtschaftlich erzwungenen Tätigkeit seiner Elternaufgabe zeitlich nur noch unzureichend nachkommen könnte »

Mais ces considérations sur l'objectif éducatif et familial de la disposition ne la préservent pas d'une censure pour cause d'inconstitutionnalité; le juge constitutionnel épingle en effet le caractère rigide et absolu de la règle et relève qu'elle ne permet aucune appréciation individuelle de la situation :

«Le paragraphe 1579, alinéa 2, du BGG est (...) contraire à l'article 2, alinéa 1^{er}, de la Loi fondamentale [liberté individuelle], en ce que son libelle rigide ne permet pas au juge d'adéquatement tenir compte des circonstances individuelles du cas d'espèce.» (53)

Et c'est précisément ce constat d'inconstitutionnalité qui donne lieu à une interférence avec l'activité normative du législateur :

«En raison de ces motifs, le législateur doit prévoir une nouvelle réglementation qui tienne compte du principe de proportionnalité. Le législateur est libre de s'y conformer soit par l'édiction d'une disposition additionnelle, soit par la modification du second alinéa du paragraphe 1579.» (54)

N'étant assortie d'aucun délai ni de mesures provisoires, mais dotée d'une portée obligatoire (55), cette interférence constitue une injonction alternative 'simple', conforme à la formule

H + 0 (C1, C2a v C2b, C3, ... Cn) → NL.

209. — Après avoir fourni une première illustration d'une injonction alternative 'simple', nous voudrions en présenter une seconde, également tirée de la jurisprudence de Karlsruhe. Pour cela, il est nécessaire d'avancer de quatorze ans, pour nous retrouver en 1995, à la fin de ce qui est convenu d'appeler en Allemagne '*die Ära KOHL*' (l'ère Kohl) (56).

À ce moment, la Cour constitutionnelle fédérale est appelée à se prononcer sur un problème de droit social (57). Le litige concerne

(53) *Idem*, 381. Texte original :

(§1579 Abs. 2 BGG ist (...) mit Art. 2 Abs. 1 GG insoweit nicht vereinbar, als die starre gesetzliche Regelung dem Richter keine Möglichkeit läßt, den individuellen Verhältnissen des Einzelnen hinreichend gerecht zu werden.)

(54) *Idem*, 388. C'est nous qui soulignons. Texte original :

(Der Gesetzgeber hat daher eine Regelung zu treffen, die dem Verhältnismäßigkeitsgebot Rechnung trägt. Ob er diesen Erfordernis durch eine ergänzende Regelung oder durch eine Umgestaltung des §1579 Abs. 2 BGG entspricht, liegt dabei in seiner Gestaltungsfreiheit.)

(55) Dans le même sens, F. W. BOSCH, note sous la présente décision, *FamRZ*, 1981, 732.

(56) Le Chancelier Helmut Kohl, détient en effet le record de longévité à la Chancellerie de la République fédérale, poste qu'il a occupé pendant seize ans, du 1^{er} octobre 1982 au 27 octobre 1998. À la fin de son exercice, sa personne fut tellement liée à la fonction de Chef de gouvernement que dans les jours qui ont immédiatement suivi l'élection de son successeur Gerhard Schröder, plusieurs présentateurs de radio et de télévision continuaient, par lapsus, de parler du «Chancelier Kohl», au lieu du «Chancelier Schröder». Il est vrai qu'après avoir utilisé pendant seize ans la première expression, il fallut s'habituer à la seconde...

(57) BVerfG, décision du 11 janvier 1995, *BVerfGE* 92, 53.

plus précisément le régime juridique des *primes* qui sont versées aux salariés en supplément au salaire ordinaire, telles la prime de vacances ou la prime de fin d'année. D'une manière générale, deux questions se posent à l'égard de ces primes. Il faut d'une part savoir si elles sont soumises aux *cotisations sociales*; il s'agit d'autre part de déterminer si elles sont prises en considération pour le calcul des *revenus de remplacement* qui sont accordés en cas de chômage, de maladie ou d'accident.

Deux grandes solutions viennent à l'esprit : soit on *assimile complètement* ces primes aux salaires mensuels ordinaires, soit on prévoit pour elles un régime *intégralement distinct*. Les deux formules sont également favorables au travailleur salarié : dans le premier cas, les primes sont soumises aux cotisations sociales mais sont intégrées dans le revenu annuel global à partir duquel les différents revenus de remplacement (allocation de chômage, de maladie ou d'invalidité) sont calculés. Dans la solution inverse, les primes ne sont pas prises en considération pour le calcul des revenus de remplacement mais ne sont pas non plus soumises au paiement de cotisations sociales.

Or, au lieu de retenir l'une ou l'autre de ces deux formules, le législateur allemand, visiblement inspiré par le souci de consolider les finances publiques (la réunification coûte cher) retient une solution intermédiaire, à tous égards défavorable au salarié : les primes sont assimilées aux revenus ordinaires au niveau des *cotisations sociales* (de sorte qu'elles font l'objet de prélèvements), mais elles sont soumises à un régime spécifique au niveau des *revenus de remplacement* (de sorte qu'elles ne sont pas prises en considération pour l'établissement du revenu global annuel à partir duquel les différents revenus de remplacement sont calculés).

C'est ce système bicéphale qui est attaqué devant la Cour de Karlsruhe dans le cadre d'un recours constitutionnel. Le moyen formulé à l'appui de la demande est simple : la violation de l'article 3 de la Loi fondamentale, qui consacre le principe d'égalité devant la loi. Afin de démontrer une discrimination contraire à cet article, le requérant, qui perçoit un montant élevé de primes, se compare à d'autres salariés qui disposent d'un revenu annuel égal mais qui touchent moins de primes. Or, entre ces deux catégories de travailleurs à *revenu annuel identique*, il existe une *différence* au niveau

du revenu de remplacement, selon la proportion que les primes représentent dans le revenu global (58).

Aux yeux du ministre des affaires sociales, chargé de défendre ce dispositif législatif devant la Cour constitutionnelle, aucune discrimination n'existe : dès lors que les revenus de remplacement sont versés selon une périodicité *mensuelle*, il serait normal que seuls les revenus gagnés avec la même périodicité (donc les revenus *ordinaires*) soient pris en considération pour l'établissement du revenu annuel global; il s'agirait là d'un « principe fondamental » (59) du régime légal des revenus de remplacement. Il en irait en revanche autrement pour les cotisations sociales, charges parafiscales, qui sont à l'instar des charges fiscales proprement dites calculées sur une base *annuelle*.

La Cour écarte ce raisonnement : le régime juridique actuel des primes salariales complémentaires est déclaré inconstitutionnel (60) et le législateur obligé de faire disparaître la violation de la Loi fondamentale constatée (61). Le *Bundesverfassungsgericht* relève cependant que le législateur dispose pour ce faire de *deux* possibilités : il peut *soit* procéder à une assimilation complète des primes aux salaires mensuels, *soit* prévoir pour elles un statut intégralement spécifique. Il s'agit donc bien d'une injonction *alternative* de légiférer. La Cour constitutionnelle fédérale énonce :

« Si le législateur estime indiqué (...) d'établir la capacité contributive des assurés [de l'assurance chômage et de l'assurance maladie-invalidité] sur base d'un laps de temps plus long que celui prévu pour le versement du revenu de remplacement [qui se fait à une périodicité mensuelle], le premier alinéa de l'article 3 de la Loi fondamentale exige que le revenu de remplacement soit lui aussi calculé sur base d'un laps de temps plus étendu, afin d'éviter un traitement inégal de différents groupes de personnes.

Le législateur est à cet égard libre de déterminer la manière dont il tiendra compte des primes régulièrement versées aux salariés en vertu d'une convention collective de travail ou d'un contrat de travail individuel. Il peut faire disparaître l'inégalité constatée *soit* en modifiant les règles qui soumettent ces primes au paiement de cotisations sociales, *soit* en incluant

(58) *BVerfGE* 92, 53 (62-63).

(59) [sein grundlegendes Prinzip] (*BVerfGE* 92, 53 [94]).

(60) *Idem*, 71.

(61) *Idem*, 74.

ces primes dans le revenu global annuel qui sert de base au calcul des revenus de remplacement » (62)

Le caractère alternatif (C2a v C2b) de l'injonction est manifeste.

* * *

210. — Après avoir documenté dans la jurisprudence constitutionnelle de nos trois pays de référence la présence d'injonctions déterminées et alternatives, il convient de procéder à une analyse identique pour les injonctions positives et négatives.

SECTION 2. — LA DISTINCTION ENTRE INJONCTIONS POSITIVES ET NÉGATIVES

211. — Nous l'avons dit (63), une interférence négative constitue, à l'identique de l'interférence positive, une habilitation de *production* normative. Si l'interférence négative ne se distingue pas de l'interférence positive par son *objet* (qui est dans les deux cas la production d'une norme), elle s'en différencie par le contenu de ses *conditions de validité* : alors que la seconde soumet la validité de la norme à produire exclusivement à des conditions positives, la première renferme certaines conditions négatives, c'est-à-dire précise à propos de la norme à produire qu'elle ne sera valide que si elle n'est pas dotée de tel ou tel contenu.

212. — Avant d'entamer l'examen des décisions concrètes, il importe aussi de rappeler que la distinction entre interférences positives et négatives opère de manière indépendante de celle entre interférences ordinaires et alternatives (64). Il nous est par consé-

(62) *Idem*, 72-73. C'est nous qui soulignons. Texte original :

[Hält es der Gesetzgeber (...) für angezeigt, bei der Ermittlung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Versicherten auf einen größeren Zeitraum und nicht mehr ausschließlich auf die einzelnen Entgeltabrechnungszeiträume abzustellen, so gebietet es Art. 3 Abs. 1 GG, zur Vermeidung einer unterschiedlichen Behandlung von Personengruppen bei der Bemessung von Lohnersatzleistungen ebenfalls in größeren Zeitschritten zu rechnen. Dem Gesetzgeber steht es dabei frei, wie er die wiederkehrenden, tarif- oder einzelvertraglich vereinbarten Sonderzahlungen berücksichtigen will. Er kann die Ungleichbehandlung entweder auf der Beitragsseite durch eine Änderung der Beitragsbemessung bei Einmalzahlungen besitzigen oder auf der Leistungsseite durch Einbeziehung von Einmalzahlungen in die Bemessungsgrundlage kurzfristiger Lohnersatzleistungen.]

(63) *Voy. supra*, n° 101-103.

(64) *Voy. supra*, n° 103.2.

quent possible de recourir au sein du présent exposé à des illustrations déjà précédemment utilisées : une injonction déterminée est susceptible de constituer *en même temps* une injonction positive (ou négative), et la même observation peut être émise pour les injonctions alternatives.

Sous-section 1. — Présence d'injonctions positives

213. — Afin de ne pas inutilement enfler le présent travail d'illustrations de jurisprudence (ce qui risquerait de le transformer en un grand recueil de résumés de jurisprudence), nous nous permettons donc de renvoyer, en ce qui concerne l'existence d'injonctions positives, aux décisions exposées aux nos 202 (65), 204 (66), 205 (67), 208 (68) et 209 (69), ainsi qu'aux tableaux qui seront présentés plus loin au n° 275.

Sous-section 2. — Présence d'injonctions négatives

214. — Nous en arrivons ainsi à la dernière des quatre modalités classiques des injonctions, aux *injonctions négatives*. Une injonction négative peut être définie comme l'habilitation obligatoire de production normative qui soumet *pour partie* la validité des normes à produire à des conditions *négatives*. Si les interférences de cette catégorie sont rares, elles peuvent néanmoins être documentées dans la jurisprudence constitutionnelle de notre champ de recherche. Nous en fournissons trois illustrations, une française, une belge et une allemande.

215. — Avant d'aborder ces exemples, nous voudrions encore insister sur l'antinomie parfois difficile à percevoir entre les notions d'*injonction négative* et d'*interdiction de légiférer*. D'apparence similaire, ces termes désignent en réalité des situations parfaitement opposées : une injonction négative oblige le législateur à *produire* une norme, alors qu'une interdiction de légiférer contraint le Pou-

voir législatif à la non-production. En ce qu'elles *définissent* une production normative plutôt que de la *permettre*, les interdictions de légiférer se situent aux antipodes de nos recherches, car notre concept-cléf, l'interférence, suppose par essence une production normative.

Mais ce net contraste théorique est parfois malaisé à identifier en pratique, avant tout parce que certaines interdictions de légiférer épousent des formulations proches des injonctions négatives. À titre d'exemple, on peut mentionner une décision du juge constitutionnel français rendue en 1960 (70). Saisie d'un problème en matière financière, la Haute instance signifie au législateur qu'il n'est pas possible de lever de nouvelles impositions parafiscales au cours d'un exercice budgétaire s'il existe déjà une loi de finances pour l'exercice budgétaire en question. Le Conseil souligne que la levée de taxes parafiscales ne peut faire l'objet que

« d'une autorisation annuelle du Parlement »

et que

« cette autorisation ne saurait être renouvelée en cours d'exercice sans qu'il soit porté atteinte au principe ainsi posé de l'annalité du contrôle parlementaire » (71).

Or, si cette formulation présente une certaine similitude avec les injonctions négatives (catégorie dont nous fournissons dans un instant quelques illustrations), elle ne renferme aucune habilitation à *produire* des normes : elle *prohibe* au contraire toute nouvelle intervention du législateur. Au lieu d'une *injonction négative*, susceptible de nous intéresser dans le cadre de nos recherches, elle constitue donc une *interdiction de légiférer*, dépourvue de toute valeur pour nos travaux.

* * *

216. — Après avoir clarifié la différence entre injonction négative et interdiction de légiférer, nous voudrions maintenant documenter la présence d'injonctions négatives dans la jurisprudence constitu-

(65) CC, décision 410 DC du 15 mars 1999.

(66) CA, arrêt 33/92 du 7 mai 1992.

(67) BVerfG, décision du 15 février 1967, *BVerfGE* 21, 173.

(68) BVerfG, arrêt du 14 juillet 1981, *BVerfGE* 57, 361.

(69) BVerfG, décision du 11 janvier 1995, *BVerfGE* 92, 53.

(70) CC, 8 DC du 11 août 1960, *GD*, n° 7 (*Présence radio-télévision*), notamment annotée par M. WAHNE, *RDP*, 1960, 1020-1022, et L. HANON, *D*, 1961, jurisprudence, 471-476. Comme le relèvent les professeurs Louis Favoreu et André Roux, cette décision du Conseil constitutionnel constituée par ailleurs la première à avoir été rendue sur base de l'article 61, alinéa 2, de la Constitution (*GD*, n° 7, *Observations*, par. 1).

(71) *Idem*, *Rec.*, 25. C'est nous qui soulignons.

tionnelle française, belge et allemande. Nous proposons de nous limiter à un exemple par pays.

217. — La première illustration provient de la jurisprudence du Conseil constitutionnel français. Nous avons déjà eu l'occasion de présenter la décision qui la renferme; il s'agit de la décision 410 DC sur la Nouvelle-Calédonie (72). Dans cette affaire, la Haute instance émet non seulement une injonction *positive* (que nous avons examinée plus haut au n° 202) mais formule encore deux injonctions *négligées* qu'il convient maintenant d'analyser. Comme la décision a déjà été étudiée, nous pouvons nous limiter à des considérations assez succinctes.

Pour les besoins de la cause, il suffit en effet de rappeler que le Conseil constitutionnel est saisi de la loi organique sur la Nouvelle-Calédonie et que cette loi contient un article 24 (73) aux termes duquel les autorités de l'île prendront un certain nombre de mesures en faveur des personnes qui bénéficieraient d'une « durée suffisante de résidence ». La disposition charge pour le reste le *législateur néo-calédonien* de la concrétisation de cette notion.

Appelé à se prononcer sur la constitutionnalité de l'article 24, le Conseil constitutionnel émet deux injonctions négatives à l'égard du législateur néo-calédonien : d'une part, les lois de pays qui détermineront la signification exacte de la notion de « durée suffisante de résidence » devront ce faire

« sans imposer de restrictions autres que celles strictement nécessaires à la mise en œuvre de l'accord de Nouméa » (74).

d'autre part, le Conseil avertit qu'il existe une *limite maximale* pour la fixation de la « durée suffisante de résidence », durée qui

« ne saurait excéder celle fixée par les dispositions combinées des articles 4 et 188 [de la loi organique] pour acquiescer à la citoyenneté de la Nouvelle-Calédonie » (75).

Le caractère négatif des deux injonctions, exprimé par les mots « sans » et « ne saurait », est manifeste.

Il convient toutefois de souligner (et nous l'avons déjà fait pour les *lignes directrices* (76)) que les injonctions négatives peuvent aisé-

(72) CC, décision 410 DC du 15 mars 1999.

(73) La reproduction intégrale de cette disposition peut être trouvée *supra*, au n° 202.

(74) CC, décision 410 DC du 15 mars 1999, considérant 17. C'est nous qui soulignons.

(75) *Ibidem*.

(76) *Supra*, n° 144-145.

ment être remplacées par des énoncés *positifs*. Ainsi, pour ne prendre que la dernière interférence (selon laquelle la durée suffisante de résidence « ne saurait excéder » une certaine longueur maximale), il est parfaitement possible de lui substituer l'exigence selon laquelle cette durée « devra rester inférieure » à la limite maximale prémentionnée. Si la première affirmation constitue formellement une injonction négative et la seconde une injonction positive, il ne semble en réalité exister aucune différence de signification entre les deux. Une opération similaire peut être réalisée pour l'autre interférence négative (77). On est donc fondé à affirmer qu'à l'instar de la distinction entre *lignes directrices* positives et négatives, la distinction entre *injonctions* positives et négatives repose sur une *simple différence de formulation*.

218. — Le second exemple d'injonctions négatives est tiré de la jurisprudence du juge constitutionnel allemand. Il s'agit d'une décision de 1976 (78) que nous avons choisie en lieu et place d'un certain nombre d'autres décisions qui auraient également pu être présentées (79). L'affaire en question concerne un problème de droit public tout à fait classique, présent dans presque toutes les grandes démocraties, à savoir le *remboursement des frais électoraux*. Le litige concerne plus spécifiquement les dépenses engagées au cours de la campagne pour les élections législatives fédérales d'automne 1969.

À ce scrutin, un candidat indépendant se présente dans la circonscription de Bonn et y réalise un résultat tout à fait exceptionnel, en recueillant plus de vingt pour-cent des suffrages (80). Une fois les élections terminées, le candidat demande, à l'identique des partis politiques qui avaient été en lice avec lui, le remboursement des frais qu'il a engagés au cours de la campagne électorale; il introduit à cet effet une demande auprès de la présidence du Bundestag, compétente pour octroyer ces versements. Mais le requé-

(77) En effet, au lieu d'exiger que la durée suffisante de résidence devrait être « sans imposer de restrictions autres que celles strictement nécessaires à la mise en œuvre de l'accord de Nouméa », le juge constitutionnel français aurait tout aussi bien pu préciser que cette durée devrait être déterminée « en n'imposant que les restrictions strictement nécessaires à la mise en œuvre de l'accord de Nouméa ».

(78) BVerfGE, décision du 9 mars 1976, BVerfGE 41, 399 (402).

(79) Contiennent également des injonctions négatives : BVerfG, décision du 14 février 1973, BVerfGE 34, 293 (307), décision du 23 mars 1990, BVerfGE 81, 363 (379), et arrêt du 3 avril 2001 (*Assurance soins de vieillissement [Pflegeversicherung]*), BVerfGE 103, 242 (270).

(80) BVerfG, décision du 9 mars 1976, BVerfGE 41, 399 (402).

rant voit sa demande rejetée : selon le président du Bundestag, un candidat *indépendant* est irrecevable à solliciter le remboursement des frais électoraux. La disposition légale applicable en la matière, le paragraphe 18 de la loi sur les partis politiques (*Parteien-gesetz*) (81), réservant l'intégralité des versements aux *partis politiques*.

Le candidat malheureux conteste cette décision devant le juge administratif. Pendant quatre années, le litige gravite tous les échelons de la hiérarchie des juridictions administratives et se retrouve finalement devant la Cour administrative fédérale (82) à Berlin. Fin 1973, celle-ci rend son arrêt (83) : la décision du président du Bundestag a été régulière, dès lors que le paragraphe 18 du *Parteiengesetz* réserve effectivement tous les versements aux partis politiques. La Cour confirme donc que les candidats indépendants sont irrecevables à demander le remboursement de leurs frais, quelque élatant que fût leur succès.

Mais le citoyen de Bonn ne se donne pas vaincu. Infatigable, il forme un *recours constitutionnel* contre l'arrêt de la Cour administrative fédérale et soutient que celui-ci méconnaît l'égalité des candidats aux élections protégée par l'article 38 de la Loi fondamentale. Nous retrouvons ici le mécanisme de la *Verfassungsbeschwerde* (84), dont nous avons déjà fait mention plus haut : un recours constitutionnel n'est pas introduit contre une *norme législative* mais contre une *décision de justice*, en l'occurrence celle du *Bundesverwaltungsgericht*.

Dans la situation du requérant (nous sommes en 1973), cette manière de procéder est particulièrement habile : le candidat aspire certes à faire constater l'inconstitutionnalité d'une norme législative (à savoir du paragraphe 18 de la loi sur les partis politiques), mais celle-ci ne peut plus être attaquée de manière directe, car le délai pour former un recours à son encontre a expiré (85). Le candidat

(81) Du 24 juillet 1967 (BGBl, série, I, 1967, 773), modifiée par la loi du 22 juillet 1969 (BGBl, série I, 1969, 925).

(82) Le *Bundesverwaltungsgericht*, en abrégé : BVerwG.

(83) BVerwG, arrêt du 16 novembre 1973, *BVerwGE* 44, 187, et *NJW*, 1974, 514.

(84) Sur cette notion, voy. *supra*, première partie, n° 51.1, note 127.

(85) Le délai pour former directement un recours constitutionnel contre une norme législative est en effet de *un an* à partir de l'entrée en vigueur de cette norme. Comme le paragraphe 18 en question date de la fin des années soixante (voy. *supra*, note 81), il n'est plus possible de l'attaquer directement par un recours constitutionnel en 1973. — Pour plus de détails sur les délais dans lesquels un recours constitutionnel doit être introduit, voy. *supra*, n° 55.2.

agit donc de manière *indirecte*, en soutenant que l'arrêt de la Cour administrative fédérale viole la Loi fondamentale. En procédant de la sorte, il parvient à contourner l'obstacle de l'expiration du délai de recours, tout en visant toujours la loi *elle-même*. Car si la décision du juge administratif est tenue pour contraire à la Constitution, la disposition légale qui en constitue le fondement le sera nécessairement aussi. En d'autres termes : l'annulation de l'arrêt du *Bundesverwaltungsgericht* entraînera automatiquement la déclaration d'inconstitutionnalité du paragraphe 18 du *Parteiengesetz*.

Trois années supplémentaires s'écoulent avant que la Cour constitutionnelle fédérale ne statue sur le recours (entre-temps, un nouveau scrutin législatif a déjà eu lieu). En mars 1976, la décision est finalement prononcée : l'arrêt du *Bundesverwaltungsgericht* du 16 novembre 1973 est jugé contraire à l'article 38 de la Loi fondamentale (86) et l'affaire renvoyée devant cette Cour (87). *En conséquence*, le paragraphe 18 de la loi sur les partis politiques est déclaré incompatible avec la Loi fondamentale (88) et les juges de Karlsruhe ordonnent au législateur de remplacer la disposition par une norme conforme à la Constitution (89). Ils obligent par ailleurs le *Bundesverwaltungsgericht* à surseoir à statuer jusqu'à ce que la nouvelle intervention législative ait eu lieu (90).

C'est relativement à cette nouvelle intervention du Pouvoir législatif que le juge constitutionnel fédéral émet un certain nombre d'interférences. La Cour constitutionnelle se prononce en effet d'une manière assez détaillée sur le contenu de la norme qui devra à l'avenir régler le remboursement des frais électoraux. C'est ainsi que le *Bundesverfassungsgericht* souligne la nécessité du sérieux de l'acte de candidature à une élection (91) et attire l'attention du législateur sur le risque de voir des personnes se présenter aux élections dans le seul but de bénéficier des versements publics (92). La Cour relève aussi que le système politique de la République fédérale repose pour

(86) BVerfG, décision du 9 mars 1976, *BVerfGE* 41, 389 (400).

(87) *Ibidem*.

(88) *Ibidem*, 426.

(89) *Ibidem*, 424.

(90) *Ibidem*, 426.

(91) *Ibidem*, 424.

(92) *Ibidem*.

l'essentiel sur un système de partis (93) et qu'il convient de prévenir l'émission de voix (94). Ces deux considérations (le sens de l'acte de candidature et la lutte contre la dispersion des suffrages) amènent la Cour à exiger l'installation d'un *pourcentage minimal de suffrages* en dessous duquel aucun remboursement ne pourra être sollicité (95).

Si ces exigences constituent des injonctions *positives* qui ne doivent pas retenir notre attention au sein de la présente sous-section, les magistrats de Karlsruhe formulent par ailleurs deux *interférences négatives*. Ils relèvent en effet que

«[Le législateur ne doit pas fausser la situation de compétition dans laquelle se trouvent les différents candidats à une élection à un moment donné. Le principe de l'égalité des chances des différents candidats interdit au législateur d'aggraver ces inégalités existantes par des aides financières. » (96)

D'autre part, ils soulignent qu'il

«serait incompatible avec les principes d'une élection égale et libre de prévoir un seuil minimal de suffrages à ce point élevé qu'un candidat indépendant se trouve exclu [du remboursement] alors qu'il réunit sur lui une portion considérable de voix. » (97)

Ces énoncés constituent de véritables injonctions et non des lignes directrices, car la décision du juge constitutionnel *oblige* le législateur à intervenir (98). Il ne s'agit donc pas de prescriptions qui conditionneraient une intervention *eventuelle* du Pouvoir législatif mais d'énoncés qui présentent le contenu de normes que celui-ci est tenu de produire. Une telle constellation correspond parfaitement au modèle de l'injonction négative : il s'agit d'habilitations *obligatoires* qui soumettent pour partie la validité des normes à produire à des conditions *négatives*.

(93) Partis dont l'existence est d'ailleurs consacrée par la Loi fondamentale (article 21 GG). Il en va de même en France (article 4 de la Constitution); aucune mention des partis politiques ne figure en revanche dans la Constitution belge.

(94) *Idem*, 421.

(95) *Idem*, 424.

(96) *Idem*, 414. C'est nous qui soulignons. Texte original :

[Der Gesetzgeber darf die vorgefundene Wettbewerbsslage nicht verflachen. Der Grundsatz der Chancengleichheit (...) verwehrt es dem Gesetzgeber (...) durch finanzielle Zuwendungen bestehende faktische Ungleichheiten der Wettbewerbschancen zu verschleifen.]

(97) *Idem*, 424-425. C'est nous qui soulignons. Texte original :

[Andererseits wäre es mit den Grundsatzen der gleichen und freien Wahl nicht vereinbar, den Mindeststimmenteil so hoch heranzusetzen, daß der unabhängige Bewerber auch bei einem beachtlichen Wahlerfolg leer ausgeht.]

(98) *Idem*, 424 et 426.

219. — La troisième et dernière illustration d'une injonction négative est d'origine belge. Elle est vingt ans plus récente que la décision du *Bundesverfassungsgericht* et concerne un problème de constitutionnalité en matière éducative.

En 1995, la Communauté flamande fixe par décret un certain nombre d'*objectifs finaux* (*endermen* en néerlandais) pour l'enseignement maternel et primaire (99). Par 'objectifs finaux', il faut entendre les capacités qu'un élève doit avoir acquises à tel et tel stade de sa scolarité; il s'agit en d'autres mots des *standards minimaux* pour accéder à l'année scolaire supérieure. Comme ces standards sont indispensables pour assurer l'équivalence de la formation dispensée dans les différentes écoles en Communauté flamande, ils sont également applicables aux écoles *privées*.

En fixant ces objectifs finaux, le législateur flamand fait cependant preuve d'une méconnaissance inouïe : il détermine les standards avec un tel degré de précision que les établissements d'enseignement privé se sentent privés de leur autonomie et affirment ne plus pouvoir adéquatement exprimer dans leurs programmes éducatifs les orientations pédagogiques, philosophiques ou religieuses qui leur sont propres (100). Convaincus d'être désormais ensermés dans une sorte de 'corset d'enseignement unique', deux associations d'enseignement privé saisissent le juge constitutionnel des dispositions décrétées en question. Les parties requérantes se basent sur l'article 24 de la Constitution qui garantit la liberté d'enseignement et demandent l'annulation totale du décret (101).

Le fait est suffisamment rare pour être souligné : dans son arrêt de décembre 1996, la Cour d'arbitrage donne pleinement satisfac-

(99) Décret du 22 février 1995, *Moniteur belge*, 19 mai.

(100) CA, arrêt 76/96 du 18 décembre 1996, notamment considérants A.4.2. et A.4.3.

(101) La demande d'annulation totale d'un texte législatif, élaborée par une Assemblée démocratiquement élue, devrait, du moins à notre sens, rester un acte exceptionnel, motivé par des circonstances particulières. La pratique des plaidoiries devant la Cour d'arbitrage démontre cependant que l'invalidation intégrale d'une loi est demandée assez fréquemment et parfois même avec une certaine légèreté. Est-il permis de se demander si, dans la plupart des cas, cette pratique ne dessert pas plus les requérants qu'elle ne les aide ? N'est-il en effet pas plus élégant de demander l'annulation d'un seul article sur 200 et de l'obtenir, plutôt que de demander l'invalidation de 200 dispositions et de se heurter à 199 rejets ? Il n'existe par ailleurs aucun risque que la Cour laisse subsister des dispositions intrinsèquement connexes qui ne seraient pas visées par la requête : si le juge constitutionnel décide d'annuler une disposition, il invalide nécessairement, sans qu'il faille en faire la demande expresse, toutes les dispositions qui y sont indissociablement liées.

tion aux requérants et procède à l'invalidation intégrale du texte législatif. Selon la Cour

«les objectifs finaux (...) sont à ce point vastes et détaillés qu'ils ne peuvent raisonnablement être considérés comme des objectifs minimaux».

Par ailleurs, ces objectifs

«ne laissent pas suffisamment de latitude pour pouvoir réaliser les objectifs d'un projet pédagogique propre. Il est ainsi porté atteinte à la liberté d'enseignement».

[Ces (...) objectifs finaux obligent tous les pouvoirs législatifs à s'y conformer. En sanctionnant (...) les objectifs finaux (...), le législateur décretaal viole la liberté d'enseignement garantie par l'article 24, §1^{er}, de la Constitution».

Par ces motifs, la Cour (...)

annule le décret de la Communauté flamande du 22 février 1995 sanctionnant (...) les objectifs finaux de l'enseignement maternel et primaire ordinaire» (102)

Il n'est pas difficile de constater que ces énoncés constituent une interférence négative dans l'activité normative du législateur : le Pouvoir décretaal ne peut prévoir une réglementation aussi détaillée ; il devra s'abstenir d'être précis à l'excès. En d'autres termes – et pour utiliser un vocabulaire qui est généralement utilisé à propos du juge constitutionnel – le législateur devra faire preuve de *self-restraint*.

Si le caractère négatif de l'interférence est ainsi aisément visible, il convient encore de consacrer un mot à son caractère *obligatoire*. Il faut en effet établir que nous nous trouvons en présence d'une injonction et non d'une simple ligne directrice. Ce point est plus difficile qu'il n'y paraît.

L'une des grandes règles en matière d'invalidation des normes législatives (et des normes en général) est que l'annulation d'une norme fait en principe *revivre la norme antérieure* (103). Or, si tel était le cas en l'espèce, l'arrêt de la Cour d'arbitrage ne pourrait

(102) CA, arrêt 76/96 du 18 décembre 1996, considérants B.9. et B.10. et second tiret du dispositif. C'est nous qui soulignons.

(103) L'existence de cette règle est expressément reconnue par le juge constitutionnel belge. Voy. notamment CA, arrêts 28/93 du 1^{er} avril 1993 (considérant B.1.2., alinéa 1^{er}), 13/2000 du 2 février 2000 (considérant B.2.3., dernier alinéa), 140/2000 du 21 décembre 2000 (considérant B.5.3., alinéa 1^{er}) et 195/2004 du 1^{er} décembre 2004 (considérant B.10.3.). Dans le même sens, voy. H. SIMONART, *Mise à jour*, 198, J. VERLAARS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof, ouvrage précité*, 296, et S. LUSR et P. POPULIER, «Rechtspraak door het Arbitragehof en de Raad van State door de uitsluiting van de vernietigingsbevoegdheid : de positieve en negatieve bijdrage aan de rechtsvorming», *RW*, 2001-2002, 1210-1224, id. 1212.

constituer une injonction de légiférer puisque l'annulation du décret ferait simplement revivre les dispositions antérieures relatives aux objectifs finaux. Il n'existerait donc aucun *vide juridique* et le législateur ne serait pas obligé d'intervenir à nouveau (104). L'annulation du décret flamand du 22 février 1995 ne fait cependant pas revivre une norme législative antérieure. Le décret constitue en effet la *première application* d'un nouveau mécanisme relatif à la fixation des objectifs finaux, mis en place par un décret de juillet 1991 (105). Les dispositions de ce décret exigent expressément l'intervention du législateur pour la fixation de ces objectifs (106). Il s'ensuit que l'annulation totale du décret du 22 février 1995, en tant que celui-ci constitue la première mise en œuvre du mécanisme instauré en 1991, crée un *vide juridique* : après l'arrêt de la Cour

(104) Son intervention serait des lors *purement facultative*, et ce serait par rapport à cette intervention facultative que le juge constitutionnel aurait formulé l'interférence selon laquelle le législateur ne peut fixer les objectifs finaux avec une trop grande précision.

(105) Article 3, paragraphe 2, du décret flamand du 17 juillet 1991 (*Moniteur belge*, 31 août), en tant que celui-ci introduit un article 6bis dans la loi du 20 mai 1993 modifiant certaines dispositions de la législation de l'enseignement.

(106) Le premier paragraphe de l'article 6bis nouvellement introduit fait en effet obligation au législateur flamand de sanctionner par une norme législative les différents objectifs finaux pour l'enseignement primaire et maternel. La disposition porte :

«L'Exécutif flamand définit les termes, sur avis conforme du Conseil flamand de l'Enseignement, on entend par termes, les objectifs minimaux à atteindre à la fin de l'enseignement maternel, primaire, secondaire et supérieur de type court, qui devront être soumis au Conseil flamand dans un délai de 1 mois. Le Conseil flamand sanctionne ces termes, sans les termes spécifiques de l'enseignement secondaire et supérieur de type court.» (C'est nous qui soulignons.)

Cette disposition n'est pas la seule en droit belge à faire naître une obligation de production normative à charge du législateur, alors que c'est ce même législateur qui l'a émise. Si ce procédé peut paraître curieux sur le plan de la logique, il ne souffre aucune contradiction sur le plan de la logique : aussi longtemps que la norme législative qui fait naître l'obligation de production normative n'est pas abrogée – ce que le législateur est bien entendu libre de faire à tout moment – le législateur demeure lié par celle-ci (le Conseil d'État, dans son avis, ne formule d'ailleurs aucune critique à l'égard de cette technique; voy. CE belge, avis du 5 avril 1991, *Documents parlementaires*, Conseil flamand, session ordinaire 1990-1991, n° 519/1, spécialement pages 72-79). Il existe encore d'autres exemples de ce procédé en droit belge : ainsi, le paragraphe 2 de l'article 39 de la loi spéciale du 16 janvier 1989 relative au financement des Communautés et des Régions (tel que modifié par la loi du 13 août 2001) charge une autre loi, à la majorité ordinaire, d'établir un certain nombre de critères qui sont nécessaires à son application (cette loi est intervenue le 23 mai 2000, *Moniteur belge*, 30 mai). Et la loi 16 janvier 1989 contient encore un autre exemple d'un renvoi de loi à loi au paragraphe 2 de son article 50 (paragraphe qui doit être lu en combinaison avec les paragraphes 1^{er} et 3 de l'article 71). On se permet d'ailleurs de signaler qu'il n'existe qu'un seul législateur au sein de l'Autorité fédérale (article 36 de la Constitution) et que toutes les lois, qu'elles soient votées à la majorité ordinaire ou spéciale, émanent juridiquement du même organe. – La question de savoir si le législateur peut s'obliger lui-même reçoit une réponse opposée – soit : négative – en France; voy. CC, décisions 142 DC du 27 juillet 1982 (*Rec.*, 63-64) et 160 DC du 19 juillet 1983 (*Rec.*, 46-48). Étant donné que les ordres juridiques belge et français sont souverains, cette coexistence de réponses différentes n'est en rien problématique.

d'arbitrage, il n'existe *plus aucune* fixation d'objectifs finaux pour les écoles primaires et maternelles en Communauté flamande. L'existence de tels standards est cependant requise par le décret de 1991, de sorte que le législateur flamand est juridiquement *obligé* d'intervenir à nouveau. Nous avons donc affaire à une véritable *injonction*.

220. — L'utilité de ces développements est double. D'une part, ils permettent de trancher la question concrète de savoir si l'énoncé du juge constitutionnel belge doit ou non être considéré comme une injonction de légiférer. D'autre part — et cet aspect est très important du point de vue théorique — l'exemple permet de comprendre que la bonne qualification d'une interférence *constitue par essence une opération « contextualisée »* : l'énoncé du juge constitutionnel *ne peut être analysé isolément*, considéré à lui seul ; il faut analyser le contexte normatif dans lequel il est émis.

À cet égard, le cas d'espèce est particulièrement éloquent : pour déterminer si l'énoncé du juge constitutionnel belge de décembre 1996 doit être considéré comme une ligne directrice ou une injonction, il faut remonter jusqu'au décret de 1991 (qui n'était pourtant pas entrepris dans le présent recours). C'est seulement l'analyse de *cette* norme qui permet de constater que l'invalidation du décret de 1995 ne fait renaitre aucune disposition antérieure. Or, cet élément est essentiel pour la qualification de l'énoncé du juge constitutionnel belge : si celui-ci peut être qualifié d'injonction, c'est *parce que* l'annulation de la norme législative crée un vide juridique que le législateur est tenu de combler. Or le voit : ligne directrice ou injonction, l'arrêt de 1996, *considéré à lui seul*, ne permet pas de trancher la question.

La conclusion de ces développements est : la classification d'une interférence suppose une analyse du contexte dans laquelle elle se trouve placée ; cette analyse est indispensable pour sa bonne qualification. C'est pour cette raison que nous avons décidé d'*assortir chaque énoncé que nous présentons au cours du présent travail d'un certain nombre de renseignements factuels* qui permettent d'appréhender le *contexte* dans lequel il a été émis. Cette démarche nécessaire certes un petit effort (y compris de la part du lecteur), mais la catégorisation correcte des interférences est à ce prix : l'opération ne peut être réalisée qu'au regard de la *situation d'ensemble*. L'exposé du *contexte* de chaque énoncé est donc *nécessaire* à la bonne classi-

fication des interférences. Si nous attachons tant d'importance à ce point, c'est *parce que* nous pensons qu'en sciences humaines, peu de choses sont aussi dangereuses que les énoncés tirés de leur contexte (107).

*
*

221. — Au cours des deux sections précédentes, nous avons pu documenter la distinction entre injonctions déterminées et alternatives (section 1^{ère}) et positives et négatives (section 2). Comme nous avons pu le préciser à l'ouverture de ces deux sections (108), nous nous sommes limitée, au cours de celles-ci, aux manifestations *les plus simples* des injonctions, c'est-à-dire aux interférences qui sont *dépourvues de techniques juridiques accessoires*.

Après avoir étudié ce mécanisme injonctif de base, il importe maintenant de s'intéresser aux injonctions plus élaborées qui contiennent, outre ce mécanisme, une *technique juridique accessoire*. Nous avons déjà relevé que les juges constitutionnels belge et allemand ont fréquemment recours à ces techniques et que les injonctions 'simples', présentées aux deux premières sections du présent chapitre, ne représentaient qu'une petite partie du nombre total des injonctions (109). Nous examinerons *deux* techniques accessoires. Nous analyserons d'une part les injonctions qui déterminent un *délai* dans lequel le législateur doit réaliser la production normative (section 3) (110), et nous étudierons d'autre part les injonctions qui contiennent des *mesures provisoires* pour cette production, c'est-à-dire qui prévoient des règles applicables *dans l'attente de la nouvelle intervention législative* (section 4) (111).

(107) Surtout quand l'énoncé cité fait en plus l'objet d'une *traduction*. C'est pour limiter ce risque linguistique que nous accompagnons toutes les citations de la Cour constitutionnelle allemande du texte original. Voy. aussi notre observation *supra*, introduction générale, note 7.

(108) *Ibidem*.

(109) *Ibidem*.

(110) Nos 222 à 263.

(111) Nos 264 à 271.

SECTION 3. — LA FIXATION DE DÉLAIS
DANS LESQUELS L'INTERVENTION LÉGISLATIVE
DOIT AVOIR LIEU

222. — Dans un certain nombre de décisions, les Cours constitutionnelles de nos pays de référence ne se limitent pas au simple constat de l'inconstitutionnalité de la norme législative mais indiquent au législateur le *laps de temps* dans lequel l'inconstitutionnalité doit être réparée.

Cette compétence découle en *Belgique* de l'article 8, alinéa 2, de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage qui 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. » (112)

En *Allemagne*, le pouvoir de la Cour de fixer des délais se fonde sur le paragraphe 35 de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale (113), paragraphe dont la formulation très large a été pleinement exploitée par la Cour. La disposition énonce :

« La Cour constitutionnelle fédérale peut déterminer dans sa décision à qui incombe son exécution; elle peut également préciser, pour un cas individuel, la manière dont il sera procédé à l'exécution. » (114)

En *France*, aucune disposition spécifique ne règle le point en question, ce qui se comprend assez bien dans un système qui vérifie la conformité des lois à la Constitution *a priori*. Cet agencement du contrôle de constitutionnalité ne signifie cependant pas que la problématique des délais serait complètement insusceptible de s'y déclarer, comme nous allons le voir dans un bref instant (n° 223.1).

(112) C'est nous qui soulignons. Nous avons déjà fait mention de cette disposition *supra*, au n° 63.1.

(113) Voy. notamment en ce sens : E. BRANDA et E. KLAR, *Verfassungsprozessrecht*, 2^e édition, Heidelberg, C.F. Müller, 2001, 528 (n° 1277) et 559 (n° 1359).

(114) C'est nous qui soulignons. Nous avons déjà fait mention de cette disposition *supra*, au n° 176, note 72. Texte original :

« Das Bundesverfassungsgericht kann in seiner Entscheidung bestimmen, wer sie vollstreckt; es kann auch im Einzelfall die Art und Weise der Vollstreckung regeln. »

Avant cela, il convient encore de souligner l'origine *autrichienne* du mécanisme de la fixation des délais, mécanisme qui est formellement consacré dans ce pays depuis 1920 (115).

* * *

223. — Cinq remarques liminaires doivent être faites par rapport aux *injonctions* qui sont *sorties d'un délai pour leur exécution*, auxquelles la présente section est consacrée.

223.1 — La première observation est de loin la plus importante : la question de savoir *dans quel laps de temps* le législateur doit donner suite à une injonction se pose non seulement pour les décisions dans lesquelles un délai de réaction est *expressément prévu* mais surtout à propos de *toute* injonction, même si un tel laps de temps n'est pas explicitement mentionné.

Ce point peut aisément être démontré. Le concept d'injonction implique l'existence d'une *obligation juridique* de légiférer. Or, si le législateur disposait, en cas d'absence de mention expresse de délai, d'un temps *illimité* pour se conformer à l'injonction reçue, le non-respect de l'obligation ne pourrait jamais être établi : le législateur pourrait tarder pendant des décennies, voire des siècles; le dernier jour utile pour s'exécuter ne viendrait, par hypothèse, jamais. Disons-le sans ambiguïté : une telle théorie nous paraît erronée; elle semble contraire aux règles élémentaires de l'État de droit qui soumettent le législateur au respect de la Constitution et aux décisions du juge constitutionnel.

Alternativement à cette théorie, il existe un modèle de pensée qui postule que *toute* injonction implique l'obligation pour le législateur d'intervenir dans un *délai raisonnable*. L'étendue exacte de ce délai

(115) L'article 139, alinéa 5, de la Loi constitutionnelle fédérale (*Bundes-Verfassungsgesetz*) du 1^{er} octobre 1920 (*BGBI* de la République d'Autriche), 1920, 1) porte :

« (...) L'annulation prend effet le jour de sa publication, à moins que la Cour constitutionnelle n'ait fixé un délai pour son entrée en vigueur; ce délai n'excède pas six mois; lorsque des dispositions législatives doivent être adoptées, il peut atteindre douze mois. »

Texte original :

« (...) Die Aufhebung tritt am Tage der Kundmachung in Kraft, wenn nicht der Verfassungsgerichtshof für das Aufgehören eine Frist bestimmt, die sechs Monate, wenn aber gesetzliche Vorschriften erforderlich sind, ein Jahr nicht überschreiten darf. »

Source du texte en langue allemande : F. BRUNNER, *Osterreichische Gesetze, Sammlung des Zivil-, Handels-, Straf- und Verfahrensrechts*, Vienne et Munich, Manz et C.H. Beck, fascicules mobiles (mis à jour au 14 novembre 2004); c'est nous qui soulignons.

peut être déterminée de deux manières, soit de manière explicite, par le juge constitutionnel, soit de manière implicite, à l'aide d'un certain nombre d'indices auxquels on peut se référer en cas de silence de la décision. La circonstance que dans cette dernière hypothèse, le laps de temps ne puisse être connu que de manière approximative ne constitue pas une objection dirimante : ce n'est pas parce qu'un délai est caractérisé par un certain degré d'indétermination qu'il est inexistant (116). Selon nous, une *injonction de légiférer suppose donc toujours l'existence d'un délai*, même lorsque le juge constitutionnel n'en dit mot.

223.2 – La seconde remarque concerne spécifiquement l'ordre juridique belge. Si, au pays de BRER, la technique des délais se base pour l'essentiel (117) sur le mécanisme du *maintien des effets*, tel qu'il est prévu à l'article 8, alinéa 2, de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage, tout maintien des effets n'a pas pour autant un caractère *injonctif*. En effet, lorsque la Cour d'arbitrage fait application de l'article 8 (118), elle peut parfaitement poursuivre d'autres buts que celui d'émettre une injonction : le maintien des effets de la disposition annulée peut être motivé par la sauvegarde de la *sécurité juridique* (119), par l'exigence de la *continuité du service public* (120) ou par le souci d'éviter que

^{«l'avantage que procurerait [aux] requérants l'effet rétroactif de l'annulation [ne soit] hors de proportion avec les perturbations qu'il causerait au service public»} (121)

223.3 – La troisième observation a quant à elle trait à l'ordre juridique français. Il n'existe à ce jour (122) aucune décision dans laquelle le Conseil constitutionnel ait *explicitement* indiqué au législateur le délai dans lequel celui-ci doit mettre fin à une inconstitutionnalité. Ce constat est facile à expliquer : l'articulation *a priori* du contrôle de constitutionnalité ne permet qu'à de très rares occasions au juge constitutionnel de formuler une véritable *injonction*

(116) Ce ne serait que s'il était *totalement* indéterminé que son existence s'en trouverait compromise.

(117) Sous réserve de ce que nous dirons *infra*, aux nos 233.1 et 238.2, ainsi qu'aux nos 256-261.

(118) Pour une liste des cas d'application de cette disposition, voy. *supra*, n° 178, note 74.

(119) Comme par exemple dans l'arrêt 45 du 20 janvier 1988 (voy. spécialement le considérant 5-B, dernier alinéa).

(120) Comme par exemple dans l'arrêt 4/91 du 21 mars 1991 (voy. spécialement le considérant B.9.).

(121) CA, arrêt 1/2005 du 12 janvier 2005, considérant B.3.1.

(122) 1^{er} juillet 2005.

(c'est-à-dire une *obligation juridique*) qui lie le législateur à l'avenir. Nous avons, jusqu'à présent (123), pu mentionner une seule décision à cet égard (la décision 410 DC (124)) et l'honnêteté scientifique commande de préciser qu'il s'agit là d'une interférence adressée au législateur *néo-calédonien*, organe qui est déjà doté d'un statut quelque peu subalterne (125). L'analyse du *tableau global* des injonctions dans nos pays de référence confirmera par ailleurs la très faible quantité d'injonctions en France (126).

Mais *ni* la rareté des injonctions en France, *ni* le constat que le juge constitutionnel français n'indique jamais de manière *expresse* le laps de temps dans lequel le législateur doit légiférer ne peuvent conduire à la conclusion que la problématique *générale* des délais pour légiférer serait inexistante en France : elle se pose, à l'instar des deux autres pays de notre aire de recherche, pour *toute* injonction. Ainsi, le législateur néo-calédonien, auquel le Conseil constitutionnel adresse plusieurs injonctions dans la décision 410 DC, ne peut *indéfiniment* tarder à s'exécuter, même si le juge constitutionnel ne lui a pas explicitement indiqué un laps de temps pour légiférer.

223.4 – La troisième remarque nous conduit à la quatrième. Les observations qui précèdent ont permis de démontrer que la problématique des délais est indissociable de la notion d'injonction et naît à l'occasion de *chaque* obligation de légiférer. Or, ce constat ne met pas en cause la différence fondamentale entre la fixation *explicite* d'un délai et sa détermination *implicite*. En effet, si les deux procédés visent à arrêter le laps de temps dans lequel le législateur doit produire une norme nouvelle, sa fixation *expresse* suppose une *énoncé positif, une action délibérée* du juge constitutionnel et permet de déterminer son étendue de manière *exacte*, tandis que le procédé *implicite* suppose l'*inaction* du juge et ne permet de connaître son étendue qu'avec un certain degré d'approximation (127).

(123) Par le mot 'jusqu'à présent', nous entendons 'sur base des développements faits *supra*, et sans préjudice de ce qui suit *infra*'.

(124) Mentionnée *supra*, aux nos 202 et 217.

(125) Avant tout parce que l'attribution précise de ses compétences n'est pas directement réglée par la Constitution, comme cela est le cas pour le législateur national, mais découlé d'une loi organique. Voy. aussi *supra*, n° 31.

(126) Voy. *infra*, n° 275. Ce tableau relève exactement six injonctions ordinaires dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

(127) Puisque le procédé repose sur un certain nombre d'indices, dont la pertinence peut varier d'un cas à l'autre.

Au vu de cette différence essentielle, la présente section sera limitée aux délais *explicites*, c'est-à-dire aux seules injonctions pour lesquelles le juge constitutionnel mentionne *dans le corps de la décision* le laps de temps dans lequel le législateur doit procéder à leur exécution.

Par rapport aux délais explicites, la situation au sein de l'ordre juridique français est claire : il *n'existe pas* de décision du Conseil constitutionnel qui fixe de manière expresse le laps de temps dans lequel le législateur doit intervenir. En revanche, cette technique est bien présente en Allemagne et en Belgique. Dans le premier de ces deux pays, le juge constitutionnel l'emploie avec une fréquence telle qu'elle peut être considérée comme un outil *habituel* de la Cour de Karlsruhe (128), et dans le second, le nombre de cas observables est en augmentation, particulièrement dans un passé très récent (129). La technique de la fixation explicite des délais, quoique non observable en France, constitue donc un mécanisme *essentiel* pour nos recherches ; elle mérite un examen détaillé.

223.5 – Nous en arrivons ainsi à la cinquième et dernière observation liminaire. L'on pourrait penser que la détermination explicite d'un délai pour légiférer provoquerait systématiquement un *renforcement*, un *durcissement* de l'injonction à laquelle elle se rapporte. Or, cette idée n'est pas conforme à la réalité, dès lors que la technique peut tout aussi bien avoir pour conséquence d'*atténuer* l'effet de l'injonction concernée.

Un allègement de l'obligation de légiférer peut notamment être observé lorsque le juge constitutionnel accorde au législateur un délai *très long* pour s'y conformer (ce laps de temps peut dépasser cinq ans (130)). Dans une telle constellation, le Pouvoir législatif est en mesure de reporter pendant de nombreuses années le débat sur la nouvelle intervention législative *sans que cette inertie ne puisse lui être reprochée* : il est *conforme* à la décision du juge constitutionnel d'encore attendre. Cette conséquence n'est pas anodine, car le juge constitutionnel a constaté une *violation de la Constitution* que le

(128) Il n'est en effet pas exagéré d'affirmer que si nous n'en faisons pas mention, les résultats de l'étude s'en trouveraient carrément faussés. Voy. aussi *infra*, n° 235.1, 235.2, 236.1, 236.2, 238.4, 239, 240, 241, 254.1, 254.2 et 255.

(129) Voy. *infra*, n° 238.1, 238.2, 238.3, 249, 250, 251 et 256-261.

(130) Voy. par exemple BVerfG, arrêt du 11 novembre 1999, BVerfGE 101, 158 (238), mentionné *infra* au n° 278.

législateur est *tenu de réparer*. La fixation d'un délai très étendu conduit donc – ce point mérite d'être souligné – à momentanément *atténuer* l'effet contraignant de l'interférence.

Il existe naturellement des cas (et statistiquement, ceux-ci sont majoritaires) où la détermination explicite d'un délai par le juge constitutionnel aboutit à *renforcer* l'effet de l'injonction prononcée. Ainsi, lorsque le juge constitutionnel arrête un délai très court (131), l'exigence d'une réaction immédiate a pour effet d'accentuer la portée de l'interférence adressée au législateur.

En somme, la technique de la fixation des délais n'a *a priori* aucune incidence *déterminée* sur l'intensité de l'injonction de légiférer. Elle permet la poursuite de finalités opposées et ce sont ses *utilisations concrètes* qui peuvent, au cas par cas, être considérées comme amplifiant ou atténuant les injonctions auxquelles elles se rapportent (132).

*
*

224. – Ces importantes remarques étant faites, nous pouvons entrer dans le vif du sujet et examiner dans leurs différentes manifestations *les injonctions de légiférer qui sont assorties d'un délai explicite pour leur exécution*. Nous procéderons selon le schéma habituel et donnerons un bref aperçu des différentes formes de délais (sous-section 1) avant d'illustrer cette classification à l'aide d'un certain nombre d'exemples tirés de la jurisprudence constitutionnelle de nos pays de référence (sous-section 2). En raison de son grand intérêt pratique, le volume de la seconde sous-section sera nettement supérieur à celui de la première.

SOUS-SECTION 1. – *Présentation générale des différentes formes de délais*

225. – La notion de *délati*, dans le contexte des injonctions de légiférer, est plus complexe qu'il n'y paraît. Il existe en effet plusieurs manières de fixer un délai au législateur, manières qui se distinguent par la norme qu'elles prennent pour *point de référence*. Nous

(131) Comme par exemple dans la décision mentionnée *infra* au n° 241. (132) Sur ce point, voy. *infra*, n° 277-279.

voudrions ici présenter ses deux manifestations principales, à savoir le *décal de sollicitation* (I) et le *décal d'abrogation* (II) (133).

I. Le cas le plus simple est sans doute celui où le juge constitutionnel indique au législateur le moment pour lequel il doit avoir produit la norme *destinée à faire disparaître l'inconstitutionnalité* (par exemple pour le 30 juin 2005 (134)). Un grand nombre de décisions peuvent être citées à cet égard, particulièrement en Allemagne (135).

Il importe de préciser que ce délai, que nous dénommerons 'délai de sollicitation', exige non seulement la *production* d'une norme mais requiert en outre qu'à la date indiquée, la disposition nouvellement produite soit déjà *entrée en vigueur* : l'inconstitutionnalité ne cesse en effet qu'au moment où la règle qui y remédie devient *applicable*.

II. L'autre catégorie de délais, celle des 'délais d'abrogation', constitue en quelque sorte l'opposé logique de la première. Au lieu de se rattacher à la *nouvelle* norme, le délai prend comme point de référence l'*ancienne* disposition. Concrètement, le juge constitutionnel indique au législateur le laps de temps au cours duquel la norme *qu'il déclare inconstitutionnelle peut encore être appliquée*. Il énonce par exemple que telle norme législative peut encore être appliquée jusqu'au 31 décembre 2005 (136).

226. — Les deux techniques de délais peuvent naturellement se combiner : ainsi, le juge constitutionnel peut énoncer (et le *Bundesverfassungsgericht* allemand le fait (137)) que telle disposition cessera d'être applicable à telle date et qu'une nouvelle disposition législative devra être produite pour ce moment.

*
*

227. — Mais en dépit de leur apparente similitude, les délais de sollicitation et d'abrogation se distinguent d'une manière assez substantielle. Ces différences sont bien plus profondes que des sim-

(133) Ces dénominations sont nouvelles, mais il faut bien disposer d'une terminologie. Nous reviendrons *infra* (note 238) sur ce choix terminologique.

(134) Comme dans BVerfG, décision du 3 mars 2004, 1 BvR 2378/98.

(135) Voy. *infra*, n°s 233-242.

(136) Voy. la décision mentionnée *infra*, au n° 251.

(137) Voy. *infra*, n° 254.

ples disparités de style. Elles sont de deux ordres, l'un théorique, l'autre pratique.

La différence théorique, clairement visible et déjà mentionnée, consiste en ce que le délai de sollicitation prend comme point de référence la *nouvelle* norme tandis que le délai d'abrogation se rattache à la disposition *ancienne*.

Mais là n'est pas l'essentiel. C'est au niveau pratique, par leurs conséquences juridiques, que les deux articulations des délais se distinguent fondamentalement. Disons-le d'emblée : la différence majeure réside en ce que le *dépassement* d'un délai d'abrogation crée *automatiquement* un vide juridique alors que tel n'est pas le cas pour le dépassement d'un délai de sollicitation. Nous voudrions expliquer ce point essentiel à l'aide de quelques développements.

228. — Débutions avec la seconde hypothèse, celle du délai d'abrogation : le juge constitutionnel indique au législateur la période pendant laquelle la norme *déclarée inconstitutionnelle* peut encore être appliquée. Reprenons notre exemple d'il y a quelques instants et supposons que l'écoulement de ce délai soit fixé au 31 décembre 2005. Se posera alors la question de savoir quelle sera la situation juridique au 1^{er} janvier 2006 si le législateur *n'intervient pas* au cours du temps imparti.

La réponse est simple : au 1^{er} janvier 2006, la norme déclarée inconstitutionnelle *n'existera plus* ; la situation factuelle qui était jusqu'alors régie par cette disposition ne le sera plus ; *si le législateur n'intervient pas pendant le délai indiqué, un vide juridique naîtra automatiquement au 1^{er} janvier 2006* (138).

229. — Il en va autrement lorsque le juge constitutionnel a recours à un délai de sollicitation, c'est-à-dire indique au législateur le moment auquel ce dernier devra avoir produit une *nouvelle* norme qui met fin à l'inconstitutionnalité.

(138) Dans le cadre de la présente partie, exclusivement consacrée aux *injonctions*, il faut supposer que l'invalidation de la norme *ne donne pas lieu à la 'renaissance' d'une norme antérieure*, dès lors que cette exigence conditionne l'existence même de l'injonction de légiférer : comme nous avons pu le démontrer plus haut (*supra*, n° 219), un énoncé du juge constitutionnel ne peut être qualifié d'injonction que si l'invalidation d'une norme *oblige le législateur à intervenir*, ce qui n'est pas le cas lorsque l'annulation emporte la 'renaissance' d'une norme antérieure. Dans ce dernier cas, on a affaire à une simple *ligne directrice*, dépourvue de force obligatoire.

Soyons de nouveau le plus concret possible et supposons que le juge constitutionnel informe le législateur que la nouvelle disposition devra être produite pour le 31 décembre 2005 au plus tard. Quelle sera la situation juridique si le législateur ne donne pas suite à l'injonction de légiférer dans ce délai ?

La réponse diffère nettement de l'hypothèse précédente : si le législateur n'est pas intervenu pour le 31 décembre 2005, la norme déclarée inconstitutionnelle demeure applicable ; le dépassement du délai ne crée pas, en tant que tel, un vide juridique. Si le législateur ne respecte pas l'obligation de produire la norme nouvelle pour le 31 décembre 2005, cette non-observation n'invalide pas la norme ancienne au 1^{er} janvier 2006 (139). En se limitant à énoncer que la norme déclarée inconstitutionnelle devra avoir été remplacée au 31 décembre 2005 au plus tard, le juge constitutionnel relève simplement — ni plus, ni moins — qu'une norme législative nouvelle devra être produite dans le délai imparti.

230. — Il est naturellement possible que le juge constitutionnel formule un délai de sollicitation et précise par ailleurs que la norme déclarée inconstitutionnelle ne pourra plus être appliquée à partir du 1^{er} janvier 2006. Le *Bundesverfassungsgericht* a parfois recourus à ce procédé et nous aurons l'occasion d'en présenter deux illustrations plus loin (140). Mais il ne faut pas perdre de vue que nous nous trouvons alors en présence de deux délais, l'un étant un délai de sollicitation, l'autre un délai d'abrogation. En effet, l'énoncé par lequel le juge constitutionnel détermine la date à laquelle la norme déclarée inconstitutionnelle cesse d'être applicable constitue un délai d'abrogation.

*
*
*

231. — Après avoir effectué ce rapide aperçu théorique des différentes formes de délais dont les injonctions de légiférer peuvent être assorties, nous voudrions débiter notre tour d'horizon pratique et étudier un certain nombre d'injonctions en provenance de la juris-

(139) Il est naturellement possible que le défaut d'exécuter l'injonction dans le délai fixé engage la responsabilité de l'État, mais ce point est étranger au présent débat (sur ce point voy. *infra*, conclusion générale, n^{os} 357-359).
(140) *Infra*, n^o 254.

prudence constitutionnelle de nos pays de référence (141). Cette présentation rendra beaucoup plus visible la distinction théorique que nous venons d'opérer.

SOUS-SECTION 2. — Illustrations jurisprudentielles

232. — Dans l'exposé des illustrations concrètes, il semble opportun de procéder de la même manière qu'à un cours des développements théoriques. Nous fournirons donc d'abord un certain nombre d'exemples de la technique des délais de sollicitation (a), avant d'aborder celle des délais d'abrogation (b). Nous présenterons enfin quelques constellations particulières de délais (c).

a) La catégorie des délais de sollicitation : le juge constitutionnel indique le laps de temps au cours duquel le législateur doit intervenir

233. — La première constellation est celle où l'injonction de légiférer est accompagnée d'un délai au cours duquel le législateur doit intervenir, c'est-à-dire au cours duquel une nouvelle norme, conforme à la Constitution, doit être produite. Un grand nombre d'énoncés correspondent à ce modèle, et nous ne pourrions les présenter tous (142). Les développements qui suivent ont donc plus modestement pour objectif de faire ressortir, à l'aide de quelques exemples seulement, la grande richesse qui existe à l'intérieur de la catégorie des délais de sollicitation.

Mais avant de passer en revue les différentes articulations de cette technique de délais, nous voudrions encore émettre trois brèves remarques. Il nous semble premièrement utile de signaler que la problématique des délais est peu — trop peu — discutée dans la littérature constitutionnelle de langue française (143). Si l'on excepte les travaux, d'une constance remarquable, du professeur FROMONT (144) et les importantes thèses de doctorat de ses disciples

(141) Comme nous venons de le dire (*supra*, n^o 223-3), il ne s'agit en l'occurrence que de l'Allemagne et de la Belgique.

(142) Nous avons déjà signalé que le volume de la jurisprudence constitutionnelle allemande nous contraint à une sélection. Sur les décisions de cette sélection qui comportent un délai, voy. le tableau général *infra*, au n^o 275.

(143) Sans doute parce qu'il ne se pose en principe pas en France, mais ceci n'est pas une raison pour ne pas en parler dans des études de droit comparé.

(144) L'on songe ici avant tout à ses précieuses chroniques consacrées à la jurisprudence constitutionnelle allemande dans la *RDP*.

Jean-Claude BÉGUIN (145) et Olivier JOUANJAN (146), elle n'est, malgré son importance substantielle dans un certain nombre de pays (Italie, Allemagne, Autriche, Belgique), presque pas abordée par la doctrine publiciste francophone (147).

Notre deuxième observation concerne spécifiquement la Belgique. Dans ce pays, la technique des délais de sollicitation s'est à ce jour (148) assez peu manifestée (149). Le juge constitutionnel de ce pays préfère en effet recourir à la catégorie des délais d'abrogation et indiquer la date à laquelle la *norme déclarée inconstitutionnelle* ne peut plus être appliquée.

La troisième remarque vise simplement à signaler que les propos de la présente sous-section (nos 232 à 263) ne se veulent absolument pas exhaustifs, tant le sujet est riche (150).

234. – Débutions donc notre tour d'horizon au sein de la catégorie des délais de sollicitation. Le juge constitutionnel applique cette technique de plusieurs manières différentes. Le moment avant lequel une nouvelle intervention législative devra avoir lieu peut en effet être arrêté de *plusieurs manières différentes*, selon que l'échéance du délai est déterminée

– par référence à une *date fixe* (i),

(145) J.-Cl. BEAUX, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République fédérale d'Allemagne*, thèse (Dijon, 1979), Paris, Economica, 1982, 311 pages, et spécialement 229-293. Malgré l'excellence de ce travail, il faut convenir qu'il commence à dater. *Temps fugit...*

(146) O. JOUANJAN, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, thèse (Dijon, 1990), Paris, Economica, 1992, 449 pages, et spécialement 319-321 et 325-326.

(147) Nous disons bien *francophone* et non *française*. Comme heureuses exceptions à la règle, l'on nommera les chroniques annuelles sur le droit allemand qui paraissent, en langue française, dans le *AJIC* (comme notamment celle du Président de la Cour constitutionnelle fédérale W. ZEMMERM, *AJIC*, 3 [1997], 37-57, et spécialement 44-54). L'on mentionnera aussi les contributions de J.-M. GARIBOLDI-LACKANNE, «L'obligation de légiférer», in: *Droit et politique à la croisée des cultures, Mélanges Philippe Ardat*, Paris, LGDJ, 1999, 305-321, spécialement 317, et de O. JOUANJAN, «La modulation des effets des décisions des juridictions constitutionnelle et administratives en droit allemand», *RZD*, 2004, 676-689, spécialement 677-683.

(148) 1^{er} juillet 2005.

(149) Le lecteur désireux d'approfondir ce point consultera notamment J. TRSNER, *Rechtsfolgen der Verfassungsminderheiten von Norm und Einzelakt*, thèse d'habilitation (Göttingen, 1980), Bade-Bade, Nomos, 1980, 332 pages, spécialement 114-117 et 266-271; Chr. GÜNEY, *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, thèse d'habilitation (Hagen, 1983), Berlin, Duncker & Humblot, 1985, 278 pages, spécialement 188-196 et 205-213; M. KLASIKER, *Gesetzgebungsanträge des Bundesverfassungsgerichts*, thèse (Münster, 1992), Berlin, Duncker & Humblot, 1993, 196 pages; Chr. MAYER, *Die Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers*, thèse (Karlsruhe, 1995), Bade-Bade, Nomos, 1996, 273 pages, et Y. ORO, *Die Pflicht des Gesetzgebers zur Beseitigung von Gesetzesmängeln*, thèse (Hambourg, 2002), non publiée, 197 pages dactylographées, disponible sur internet à l'adresse www.sub.uni-hamburg.de/fiase/637/assetation.pdf.

– par référence à un *événement* dont la date précise n'est pas encore connue (ii),

– par référence à la notion de '*délai raisonnable*' (iii),

– par référence à la notion d'*'avenir proche*' (iv),

– par référence à la notion de '*célérité*' (v) ou encore

– par référence au terme '*immédiatement*' (vi).

(i) *L'intervention législative doit avoir lieu avant une date précise*

235. – Parmi les six hypothèses que nous venons de mentionner, le cas de figure le plus simple est sans aucun doute celui où le juge constitutionnel détermine le délai dans lequel le législateur doit réagir par référence à une *date précise*. Nous voudrions fournir quelques exemples à cet égard.

235.1 – Dans une décision de la Cour constitutionnelle allemande de 1998, rendue dans le cadre de la procédure de l'*Urteilsverfassungsschwerde* (mécanisme qui nous est maintenant familier (151)), on peut lire :

«Les recours constitutionnels sont (...) fondés. Les décisions juridictionnelles directement attaquées par ces recours ainsi que la disposition [légale] sur laquelle elles se fondent contrairement au droit fondamental de la requérante, protégé par l'article 12, alinéa 1^{er}, de la Loi fondamentale [liberté professionnelle], (...)»

La violation de la Constitution n'entraîne cependant pas l'annulation de la norme parce que plusieurs solutions s'offrent au législateur pour mettre fin à l'inconstitutionnalité constatée. (...) La Cour se limite dès lors à simplement constater l'incompatibilité [Unvereinbarkeit] de la norme inconstitutionnelle avec l'article 12, alinéa 1^{er}, de la Loi fondamentale. (...)

Le législateur est obligé de remplacer la disposition en cause par une réglementation conforme à la Constitution avant le 1^{er} janvier 2001. (...)

La procédure de base (dont le jugement avait donné lieu au recours constitutionnel) doit être suspendue afin de mettre la requérante en mesure de bénéficier, le cas échéant, de la nouvelle mesure à édicter par le législateur, qui [la mesure] pourrait lui être favorable.» (152) (153)

(151) Et que nous avons notamment rencontré *supra*, au n° 218.

(152) BVerfG, décision du 10 novembre 1998, *BVerfGE* 99, 202 (211-216). C'est nous qui soulignons. Texte original :

[Die Verfassungsbeschwerden sind (...) begründet. Die unmittelbar angegriffenen gerichtlichen Entscheidungen und die ihnen zugrundeliegende [gesetzliche] Bestimmung verletzen die Beschwerdeführerin in ihrem Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG.

Der Verfassungsverstöß führt nicht zur Nichtigkeit der beanstandeten Norm, da der Gesetzgeber die Verfassungswidrigkeit auf verschiedene Weise beseitigen kann. (...). Es ist daher

235.2 – Une autre illustration peut être trouvée dans une décision de 1996, également rendue dans la procédure de l'*Urtausverfassungsver-schwerde*. L'affaire concerne un problème assez complexe en matière de sécurité sociale et de pensions. Comme notre intérêt porte ici sur la seule problématique des *délais*, un exposé approfondi du contexte n'est pas indispensable (154); nous pourrions donc procéder à une citation plus directe.

Dans la décision d'espèce, la Cour déclare *fondés* un certain nombre de recours constitutionnels qui avaient été introduits contre une série de décisions juridictionnelles, et constate *par ricochet* que la disposition législative sur laquelle ces décisions se fondent est contraire au principe d'égalité (article 3, alinéa 1^{er}, de la Loi fondamentale). Ainsi, les magistrats de Karlsruhe énoncent :

«Lorsqu'une règle de rang législatif est contraire au principe d'égalité, la Cour constitutionnelle fédérale se limite à simplement constater l'incompatibilité [*Unvereinbarkeit*] de cette norme à la Loi fondamentale et n'en prononce pas l'annulation. La disposition en cause (...) doit dès lors être déclarée incompatible avec l'article 3, alinéa 1^{er}, de la Loi fondamentale, et ce dans la mesure indiquée au dispositif (...)»

Le législateur est obligé de remplacer la réglementation inconstitutionnelle par une réglementation conforme à la Constitution. Il semble approprié de prévoir un laps de temps jusqu'au 30 juin 1998 pour l'élaboration et la mise en œuvre des décisions nécessaires dans ce contexte » (155).

235.3 – Il peut aussi arriver que le juge constitutionnel fixe au sein d'une même décision plusieurs délais distincts, relatifs à des problèmes juridiques différents. Ces délais peuvent être soit *identi-*

nur die Unvereinbarkeit der verfassungswidrigen Regelung mit Art. 12 Abs. 1 GG festzustellen. (...)

Der Gesetzgeber ist verpflichtet, die beanspruchte Regelung bis zum 1. Januar 2001 durch eine verfassungsgemäße Regelung zu ersetzen. (...)

Das Ausgangsverfahren ist anzusetzen, damit die Beschwerdeführerin die Möglichkeit erhält, aus der vom Gesetzgeber zu treffenden und für sie möglicherweise günstigen Neuregelung Nutzen zu ziehen. »]

(153) Nous avons déjà évoqué la technique de la déclaration d'incompatibilité, l'*Unvereinbarkeitsklärung*, *supra* au n° 220.

(154) Oed par dérogation à ce que nous avons dit au n° 220.

(155) BVerfG, décision du 12 mars 1996, BVerfGE 94, 241 (265-266). C'est nous qui soulignons. Texte original :

«Bei Verstößen gegen den Gleichheitssatz beschränkt sich das Bundesverfassungsgericht darauf, die Unvereinbarkeit der verfassungswidrigen gesetzlichen Regelung mit dem Grundgesetz festzustellen, und sieht von einer Nichtigerklärung ab. Die Vorschrift (...) ist danach in dem aus der Entscheidungsformel ersichtlichen Umfang für mit Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar zu erklären. (...)

Der Gesetzgeber ist verpflichtet, die verfassungswidrige Regelung durch eine verfassungsgemäße Regelung zu ersetzen. Für die in diesem Zusammenhang erforderlichen Entscheidungen und deren Verwirklichung erscheint ein Zeitraum bis zum 30. Juni 1998 angemessen. »]

ques, c'est-à-dire avoir la même date d'échéance (156), soit de longueur *différente*, ce qui constitue(rait) un cas particulièrement intéressant (157).

(ii) *L'intervention législative doit avoir lieu avant la réalisation d'un événement certain mais dont la date exacte n'est pas connue d'avance*

236. – Une autre manière de procéder pour déterminer l'étendue du laps de temps dont le législateur dispose pour intervenir consiste à indiquer non pas une *date précise* mais un *événement* dont la survenance est certaine (158). Cet événement peut notamment tenir en la *fin de la législature* de l'Assemblée législative concernée. Nous voudrions également illustrer cette constellation à l'aide de quelques exemples.

236.1 – Une première illustration peut être trouvée dans l'une des décisions les plus connues de la Cour constitutionnelle fédérale (159), la célèbre décision de 1963 relative aux circonscriptions électorales (160). L'affaire est conceptuellement intéressante et mérite un mot d'explication.

En septembre 1961 a lieu la cinquième élection au Bundestag (la première élection ayant eu lieu en 1949). Suite à la reconstruction de l'Allemagne et à sa division en deux États distincts (jusqu'en 1961 pas encore séparés par une frontière étanche), une grande fluctuation de population est intervenue depuis 1949 sur le territoire national : de nombreux réfugiés des anciens territoires allemands aujourd'hui situés en Pologne et Russie ainsi que de nombreuses personnes de la zone soviétique se sont installés sur le

(156) Comme notamment dans BVerfG, décision du 14 juillet 1999, BVerfGE 101, 54 (104-105). La Cour constitutionnelle fédérale fixe en l'occurrence les deux délais au 30 juin 2001. Sur cette décision, déjà citée, voy. aussi *supra*, n° 108.

(157) Mais à notre connaissance inexistant : malgré d'intenses recherches, nous n'avons pu trouver aucun exemple d'un tel délai 'en plusieurs phases' au sein des délais de *solicitation*, présentement examinés. Nous avons en revanche identifié un tel énoncé au sein des délais d'*abrogation* : voy. *infra*, n° 255.

(158) Même si la *date exacte* de cette survenance demeure inconnue : sans cette condition, la seconde rubrique se confondrait avec la première, qui suppose justement que la date de l'échéance du délai soit connue au moment où le juge constitutionnel se prononce.

(159) Et à ce titre mentionnée par J.-Cl. Bédouin, *Mise précisée*, 276-279. Il s'agit en effet d'une décision assez incontournable.

(160) Voy. BVerfG, décision du 22 mai 1963 (*Chronoscriptions electorales* [*Wahlkreisinteilung*]), BVerfGE 16, 130.

territoire fédéral (161). Malgré ces importants flux migratoires intra-allemands, la répartition de la République fédérale en circonscriptions électorales n'a plus été revue depuis 1949 (162). Lorsqu'en septembre 1961 les cinquièmes élections fédérales ont lieu, la répartition des sièges au Bundestag est donc sérieusement faussée. Il est certes inévitable que le nombre de voix pour être élu ne soit pas strictement égal entre les différentes circonscriptions (pour cela, il faudrait que le nombre de voix soit partout exactement divisible en sièges, sans laisser de suffrages restants) mais c'est le *degré* des écarts qui, en 1961, douze ans après la fixation de 1949, pose problème.

Après les élections de 1961, un individu conteste les résultats officiels du scrutin à l'aide d'un recours constitutionnel. Indirectement, l'action met en cause la constitutionnalité de la loi de 1949, puisque c'est sur base de cette législation que les élections de 1961 ont été organisées. La Cour de Karlsruhe se trouve alors devant un choix corrélien : si elle *rejette* le recours, elle cautionne une inégalité manifeste et se discrédite en tant que (encore jeune (163)) gardienne des droits fondamentaux. Quoi de plus essentiel en effet à une démocratie — surtout au vu de l'histoire allemande — que des élections honnêtes et *égales*? Mais la solution inverse est encore pire : si elle *accueille* la requête et constate l'inconstitutionnalité des résultats officiels, elle doit non seulement invalider l'élection, mais cette décision entraînera la déchéance de tous les mandats parlementaires et il n'existera plus de Bundestag. Or, par quel organe, sinon le Bundestag, la nouvelle loi électorale, conforme à la Constitution, pourrait-elle être édictée? (164)

(161) On observera la distinction, essentielle, entre territoire national et territoire fédéral, ce dernier ne comprenant à l'époque qu'une partie du premier. C'est précisément cette distinction qui a justifié, jusqu'en 1960, l'existence de l'article 23 (ancienne version) de la Loi fondamentale, qui permettait à d'autres régions du territoire national de se joindre au territoire fédéral.

(162) Sauf de minimes corrections. Voy. *BVerfGE* 16, 130 (137).

(163) N'oublions pas que la première décision de la Cour (*BVerfGE* 1, 1) date seulement de septembre 1951.

(164) Ainsi, Peter Wyrig note :

L'invalidation de la loi électorale et du dernier scrutin aurait provoqué la dissolution du Bundestag. Aucune instance n'aurait donc plus été en mesure d'édicter une nouvelle réglementation électorale, conforme à la Constitution. Cette situation aurait provoqué une crise constitutionnelle.

C'est nous qui soulignons. Texte original : (Die Ungültigkeitserklärung des Wahlgesetzes und der vergangenen Wahl [Häkel] zur Auflosung des Bundestages geführt. Damit wäre keine Instanz

On le voit, il n'existe qu'une seule possibilité : chercher désespérément une *troisième* voie, fit-elle peu orthodoxe. C'est ce que fait la Cour dans sa décision du 22 mai 1963 : elle *rejette* le recours constitutionnel mais oblige néanmoins le législateur à intervenir, en lui signifiant que la répartition actuelle en circonscriptions électorales *ne pourra plus être appliquée* aux prochaines élections. Les magistrats de Karlsruhe énoncent :

*Le recours constitutionnel est recevable (...) mais non fondé (...)

La répartition des circonscriptions électorales, telle qu'elle se présente à l'heure actuelle, ne peut plus être appliquée aux prochaines élections au Bundestag. Cette répartition est devenue inconstitutionnelle par ce qu'il est évident qu'elle ne correspond plus à la répartition actuelle de la population et qu'on ne peut plus s'attendre à ce que ce déséquilibre diminue à l'avenir. Le législateur fédéral est dès lors tenu de modifier la répartition des circonscriptions électorales encore pendant la législature en cours, en veillant, lors de cette intervention, à réduire l'écart des chiffres de population entre les différentes circonscriptions à un niveau compatible avec la Constitution et en attribuant à chaque Land un nombre de circonscriptions qui correspond à la quote-part de ce Land à la population fédérale. » (165)

Le raisonnement de la Cour en 1963 laisse transparente son embarras. Car après avoir admis, comme nous venons de le voir, que le déséquilibre entre circonscriptions est évident (*eindeutig*) au moment où elle statue (soit en mai 1963), elle souligne que

*l'inconstitutionnalité de la répartition des circonscriptions électorales n'était (...) pas encore à ce point évidente qu'il eût fallu, le 17 septembre 1961 [jour des élections], considérer cette dernière comme non valide. » (166)

mehr vorhanden gewesen, die ein neues Wahlrecht in verfassungsgemäßer Form hätte beschließen können. Die Folge wäre eine Verfassungskrise gewesen.»

(P. Wyrig, « Politische Rücksichten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts », *Der Staat*, 8 (1969), 137-153, tel 150).

(165) BVerfG, décision du 22 mai 1963 (*Circonscriptions électorales [Wahlkreisenteilung]*), *BVerfGE* 16, 180 (135, 141-142). C'est nous qui soulignons. Texte original :

[L]Die Beschwerde [ist] zulässig (...) aber nicht begründet. (...)

[Die Wahlkreisenteilung (dort) in ihrer bisherigen Form der nächsten Bundestagswahl nicht mehr zurechnend gelegt werden. Die Wahlkreisenteilung ist verfassungswidrig geworden, weil offensichtlich ist, daß sie mit der gegenwärtigen Bevölkerungsverteilung nicht mehr im Einklang steht und nicht mehr erwartet werden kann, daß sich die heutige Diskrepanz wieder ausgleicht. Der Bundgesetzgeber ist daher gehalten, noch während der laufenden Legislaturperiode für eine Änderung der Wahlkreisenteilung Sorge zu tragen, indem er die Abweichungen der Einwohnerzahlen der Wahlkreise vom Bundesdurchschnitt auf das verfassungsrechtlich zulässige Maß zurückführt und die Verteilung der Wahlkreise auf die einzelnen Länder wieder deren Anteil an der Gesamtbevölkerung anpaßt. »]

(166) *Iidem*, 142. C'est nous qui soulignons. Texte original :

*Die Verfassungswidrigkeit der Wahlkreisenteilung war jedoch am 17. September 1961 noch nicht so eindeutig erkennbar, daß diese auch schon zu jenem Zeitpunkt als unzulässig angesehen werden muß. »]

Il est manifeste que ce constat n'est pas exempt de tout *arbitrary thinking*, mais il faut reconnaître que la Cour est confrontée à la grande difficulté de

«déterminer le moment précis auquel la répartition des circonscriptions électorales est devenu inconstitutionnelle», (167)

Or, cette détermination est malaisée à opérer parce qu'il s'agit en l'espèce d'une

«évolution graduelle dont la direction ne pouvait pas être prévue avec une certitude suffisante.» (168)

La Cour s'accroche à ce constat pour énoncer que

«la violation du principe de l'égalité des voix n'était à ce moment [moment des élections] pas encore établie avec une évidence suffisante pour compromettre, dès ce moment, la validité de la répartition des circonscriptions électorales. (...)

Le recours ne peut dès lors être accueilli.» (169)

Pour nos recherches, et sans apprécier le bien-fondé de la décision (170), il importe de constater que la décision contient une *injonction* de légiférer, malgré le rejet du recours constitutionnel. Le législateur est par ailleurs tenu de donner suite à l'injonction dans un certain *déla*i, à savoir pendant la *législature en cours*.

236.2 - Nous l'avons dit, le critère de la fin de la législature donne naissance à une échéance certaine, mais le moment précis de sa survenance ne peut être connu à l'avance. Il existe en effet toujours le risque que l'Assemblée législative concernée soit dissoute

(167) *Ibidem*. C'est nous qui soulignons. Texte original :

[Die Schwerkrieg, die darin besteht, den genauen Zeitpunkt zu bestimmen, an dem die ursprünglich verfassungsmäßig gewesene Wahlkreiserteilung verfassungswidrig geworden ist (...), s]

(168) *Ibidem*. C'est nous qui soulignons. Texte original :

[« (...) betrifft im vorliegenden Fall vor allem darauf, daß diese Entwicklung von fließenden Übergängen gekennzeichnet und ihr "Trend" in den Einzelheiten nicht mit genügender Sicherheit voraussehen war. »]

(169) *Iidem*, 143 et 144. C'est nous qui soulignons. Texte original :

[Die] fehle dem Verstoß gegen die Wahlrechtsgleichheit vor den letzten Bundestagswahlen noch die Evidenz, die erforderlich gewesen wäre, um der Wahlkreiserteilung schon zu jener Zeit ihre Geltungskraft zu nehmen (...)

Die Beschwerde kann deshalb insoweit keinen Erfolg haben.]

(170) Voy. les opinions approuvées de P. WITTMIG, «Politische Rücksichten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts», *précitée* (1969) et Chr. BÖCKENFORD, *Die sogenannte Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze, Eine Untersuchung über Inhalt und Folgen der Rechtsatzkonkretisierungen des Bundesverfassungsgerichts*, thèse (Münster, 1965), Berlin, Duncker & Humblot, 1966, 81-82 et 134. Pour une appréciation moins favorable, voy. J. FROEYEN, «Gleichheit der Wahl und Größe der Wahlkreise», *DGV*, 1963, 387-382, spécialement 381. Pour un évaluation ouvertement critique, voy. H.H. KLINER, *Bundesverfassungsgericht und Staatsratson, Über Grenzen normativer Gebundenheit des Bundesverfassungsgerichts*, Franfort-sur-le-Main, Metzner, 1968, 12-13.

*prématu*rement. Ce scénario s'est produit dans l'affaire suivante qui est à cet égard exemplaire (171).

Dans une décision de mars 1972 (172), la Cour constitutionnelle fédérale avait accordé au législateur un *déla*i jusqu'à la fin de la *législature en cours* - soit jusqu'à l'automne 1973 - pour remédier à une inconstitutionnalité dans le domaine du droit pénal (173). Or, suite à une décision du Président fédéral HEINEMANN, prise sur proposition du Chancelier BRANDT, le Bundestag est déjà dissous en automne 1972 (174). En 1975, les juges de Karlsruhe, de chef saisis de l'affaire (175), sont alors obligés de fixer une *nouvelle* échéance. Ils le font en mentionnant explicitement leur décision antérieure :

«La Cour constitutionnelle fédérale avait déterminé, comme point final du *déla*i, la fin de la 6^e législature du Bundestag (BVerfGE 33, I [13]).

(...) Or, les éléments factuels qui ont présidé à la fixation de ce *déla*i ont sensiblement changé, puisque la 6^e législature du Bundestag n'a pas pris fin comme on pouvait le supposer, à l'automne 1973 mais déjà à l'automne 1972. Le législateur s'exposerait cependant au grief d'une inactivité fautive et même du non-respect d'une décision de la Cour si l'attendait encore pendant 4 années - à partir de l'automne 1973 - à intervenir. Dans sa séance (...) du 18 juin 1975, la commission parlementaire extraordinaire chargée de la réforme du droit pénal a adopté à l'unanimité (...) le projet de loi relatif à l'exécution des mesures privatives de liberté [Strafpolizgesetze]. Ce projet a été transmis au Bundestag, où son vote en séance plénière est prévu (...) pour le 7 novembre 1975. On peut dès lors s'attendre à ce que la version définitive de la loi sur l'exécution des mesures privatives de liberté sera très prochainement adoptée [au Bundestag] et promulguée [par le Président fédéral]. Quoiqu'il en soit, il devra en toute hypothèse être possible qu'au moins les parties de la loi relatives aux restrictions des droits fondamentaux des détenus entrent en vigueur pour le 1^{er} janvier 1977 au plus tard.» (176)

(171) Mentionnée aussi par J.-Cl. BÉGIN, *thèse précitée*, 287-289.

(172) BVerfG, décision du 14 mars 1972, BVerfGE 33, I.

(173) BVerfGE 33, I (12-13).

(174) Le Président fédéral dissout le Bundestag sur proposition du Chancelier. Il existe deux procédures distinctes qui diffèrent fondamentalement. L'art. 63, alinéa 4, et l'article 68, alinéa 1^{er}, de la Loi fondamentale. En l'occurrence, l'acte de dissolution est pris sur base de la dernière disposition.

(175) N'oublions pas que le juge constitutionnel ne s'autorise pas et qu'aucun recours constitutionnel ne peut aboutir contre la décision du Président fédéral de dissoudre le Bundestag (cet acte étant parfaitement constitutionnel). La seconde saisine de la Cour constitutionnelle fédérale était donc plus difficile à mettre en œuvre qu'il n'y paraît.

(176) BVerfG, décision du 29 octobre 1975, BVerfGE 40, 276 (283-284). C'est nous qui soulignons. Texte original :

[Als Endpunkt [der] Übergangfrist hat das Bundesverfassungsgericht das Ende der 6. Legislaturperiode festgesetzt (BVerfGE 33, I [13]).

On le voit, cette fois-ci, le juge constitutionnel allemand ne prend plus de risques : le temps imparti est déterminé par référence à un *jour précis*. Après avoir vainement tenté de fixer le délai à l'aide d'un *événement*, c'est la détermination d'une *date exacte* qui a les faveurs de la Cour.

236.3 — Comme dernier exemple d'une décision du juge constitutionnel qui fixe le délai de légiférer par référence à un *événement*, l'on peut mentionner l'arrêt 73/2003 de la Cour d'arbitrage belge du 26 mai 2003. Le classement de cette décision dans la catégorie des délais de sollicitation n'étant toutefois pas aisée, nous avons préféré l'analyser plus loin au sein de la rubrique c), 'constellations particulières' (*infra*, nos 256-261).

(iii) *L'intervention législative doit avoir lieu dans un 'délai raisonnable'*

237. — Après avoir examiné deux illustrations dans lesquelles le juge constitutionnel détermine le délai pour légiférer par référence à la *fin de la législation*, il convient dans un troisième temps d'examiner l'hypothèse où le magistrat constitutionnel fixe l'échéance en se référant simplement à la notion de *délai raisonnable*.

Cette troisième manière de procéder se distingue nettement des deux précédentes : lorsque la fin du délai est déterminée à l'aide d'une *date précise* ou par la *fin de la législation*, il est toujours possible de connaître le *moment exact* de l'écoulement du délai. Dans l'hypothèse de la fin de la législation, cet instant n'est certes pas spécifié *d'avance*, mais il *servira* un jour connu : les règles du droit constitutionnel permettent en effet de déterminer le moment précis auquel la législation expire ou, s'il y a dissolution anticipée, auquel celle-ci devient effective. La fixation du délai par référence

à la durée de la législation permet donc *toujours* de connaître le moment précis auquel il prend fin, *sans* qu'une nouvelle saisine du juge constitutionnel ne soit nécessaire pour obtenir cette information.

Il en va autrement dans la troisième constellation : lorsque le juge constitutionnel enjoint au législateur d'intervenir dans un *délai raisonnable*, l'étendue *exacte* de ce délai ne sera *jamais* connue sans une nouvelle intervention du juge constitutionnel. La différence avec la seconde rubrique saute aux yeux : pour savoir si le législateur, à un moment donné, a respecté l'injonction qui lui était faite de réagir avant la *fin de la législation*, il suffit de vérifier si la législation est toujours en cours. Ce constat peut être effectué par tout citoyen généralement quelconque, sans que le concours du juge constitutionnel ne soit nécessaire. En revanche, le citoyen n'est pas en mesure de décider si le législateur a dépassé le *délai raisonnable* : c'est le juge constitutionnel qui a le monopole de concrétiser cette notion ; sans lui, un dépassement ne peut être normalement constaté (177).

238. — C'est dans la présente rubrique, consacrée au délai raisonnable, que l'on peut trouver les rares occasions où le juge constitutionnel belge a recouru à la technique des délais de sollicitation (178).

238.1 — Dans un arrêt du 6 mai 1993, on peut ainsi lire que

«le maintien temporaire de la compétence des juridictions militaires à l'égard des membres de la gendarmerie, le délai de seize mois qui s'est écoulé depuis l'entrée en vigueur de la disposition attaquée (...) n'apparaît pas encore comme manifestement de nature à rendre discriminatoire la disposition attaquée.» (179)

En l'occurrence, la Cour d'arbitrage estime que ce délai n'est pas encore dépassé :

«Compte tenu des difficultés spécifiques que pose la transformation du statut de la gendarmerie, le délai de seize mois qui s'est écoulé depuis l'entrée en vigueur de la disposition attaquée (...) n'apparaît pas encore comme manifestement de nature à rendre discriminatoire la disposition attaquée.» (180)

(177) Il est bien sûr loisible à chaque citoyen de développer une interprétation *personnelle* de la notion de 'délai raisonnable', mais celle-ci n'étant pas normative, son dépassement ne donne lieu à aucune conséquence juridique.

(178) Sous réserve de ce que nous dirons *infra*, au nos 256-261.

(179) CA, arrêt 35/93 du 6 mai 1993 (*Société désignataire de la gendarmerie*), considérant B.5.2., alinéa 4. C'est nous qui soulignons. Arrêt notamment mentionné par P. VANDERVOORT, «Le principe d'égalité dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage», *APJ*, 1997, 89-113, spécialement 101. (180) *Ibidem*, considérant B.5.2., alinéa 5, et dispositif. C'est nous qui soulignons.

(...) Da die 6. Legislaturperiode nicht wie erwartet im Herbst 1973, sondern bereits im Herbst 1972 endete, haben sich die tatsächlichen Voraussetzungen für die damalige Fixsetzung des Bundesverfassungsgesetzes entscheidend geändert. Dem Gesetzgeber wäre aber ein schadhaftes Zögern und sogar ein Verstoß gegen die Entscheidung des Gerichts vorzuziehen, wenn er bis zur Verabschiedung des Gesetzes weitere 4 Jahre - vom Herbst 1973 an gerechnet - verschieben ließe. Der Sonderausschuß für die Strafrechtsreform hat in seiner (...) Sitzung am 18. Juni 1975 den Entwurf eines Strafvollzugsgesetzes einstimmig (...) verabschiedet. Die Verabschiedung im Plenum des Bundestages (...) ist für den 7. November 1975 vorgesehen. Daher darf erwartet werden, daß das Strafvollzugsgesetz zügig verabschiedet und demnächst verbindlich wird. Jedemfalls muß es möglich sein, daß der Teil eines Strafvollzugsgesetzes, der die gesetzlichen Grundlagen für Eingriffe in Grundrechte der Gefangenen enthält, bis spätestens zum 1. Januar 1977 in Kraft tritt.»

Le recours est par conséquent rejeté.

238.2 — Il va de même onze ans plus tard, dans un arrêt qui est également rendu sur recours en annulation (181). L'affaire concerne une question spécifiquement belge, à savoir le statut linguistique des magistrats à Bruxelles. Sans entrer dans les détails de cette problématique à la fois sensible et complexe, on peut relever que la Cour *rejette* le recours intenté contre la loi soumise mais oblige le législateur d'intervenir à nouveau dans un *délai raisonnable*. Ce point ressort clairement du considérant B.11.4. de l'arrêt :

« Sous réserve que soient prises dans un *délai raisonnable* les mesures structurelles susdites, la mesure litigieuse (à savoir la loi du 18 juillet 2002 remplaçant l'article 43^{quinties} et insérant l'article 66 dans la loi du 15 juin 1935 concernant l'emploi des langues en matière judiciaire), en tant qu'elle prévoit une augmentation du nombre de juges de complément pour le ressort de la Cour d'appel de Bruxelles, n'est pas manifestement disproportionnée. » (182)

Plus loin dans l'arrêt, la Cour fait expressément référence à ce considérant :

« Il ne saurait être reproché aux autorités de lutter contre l'arrière judiciaire là où cet arrière est le plus important et où son élimination semble la plus urgente. Il en est ainsi d'autant plus que la désignation de juges de complément n'a qu'un caractère temporaire et qu'elle vise à faire face, selon les nécessités du service, à des circonstances exceptionnelles, dans l'attente d'une intervention législative plus globale, comme il est indiqué au B.11.4. » (183)

238.3 — Afin de démontrer le parallélisme entre les juges de Bruxelles et Karlsruhe dans l'utilisation de la notion de 'délai raisonnable', nous voudrions rapidement clore la présente rubrique par un exemple allemand. Dans une affaire de 1968 relative à un problème en matière fiscale, le *Bundesverfassungsgericht* indique au législateur qu'

« [il] sera sa tâche, de faire disparaître (...) la différence de charge fiscale dans un *délai raisonnable*. » (184)

(181) O.A., arrêt 47/2004 du 24 mars 2004.

(182) *Idem*, considérant B.11.4., *in fine*. C'est nous qui soulignons.

(183) *Idem*, considérant B.15.3. C'est nous qui soulignons.

(184) BVerfG, décision du 7 mai 1968, BVerfGE 23, 242 (257-258). C'est nous qui soulignons.

Texte original :
 * Das wird seine [des Gesetzgebers] Aufgabe sein, die (...) unterschiedliche steuerliche Belastung in angemessener Frist zu beseitigen. »

(iv) *L'intervention législative doit avoir lieu dans un avenir proche*'

239. — L'exigence du 'délai raisonnable' laisse au législateur un temps de réaction assez confortable; pour ne pas le dépasser, il suffit au Parlement de simplement ne pas tarder d'une manière déraisonnable. Il arrive cependant que le juge constitutionnel entende impartir au Pouvoir législatif un *délai moins étendu*. Une illustration d'un tel énoncé peut être trouvée dans une décision allemande de 1973, rendue dans le cadre de l'affaire BAADER-MEINHOF, coupable tristement célèbre de terroristes d'extrême gauche dont le groupement est notamment responsable du dramatique assassinat, en octobre 1977, du Président de la Contédération allemande de l'Industrie (BDI), Hanns-Martin SCHLEYER.

Dans l'affaire en question (qui se déroule quatre années avant cet odieux crime), la Cour constitutionnelle fédérale est saisie d'un recours constitutionnel introduit par l'avocat de l'un des membres du groupe BAADER-MEINHOF, la terroriste Gudrun ENSSLIN. L'avocat de Madame ENSSLIN est en effet soupçonné d'avoir entrepris des liens de complicité avec elle et d'avoir facilité la commission des infractions mises à sa charge (185). Sur requête du Procureur général fédéral — on aperçoit l'importance de l'affaire — l'avocat se voit interdire l'exercice de sa profession dans *cette affaire*; il lui est donc défendu de représenter Madame ENSSLIN en justice. C'est cette décision d'exclusion du procès ENSSLIN, rendue par la Cour fédérale de Justice (186), qui fait l'objet du recours constitutionnel.

Le *Bundesverfassungsgericht* accueille favorablement le recours introduit par l'avocat et décide qu'*aucune disposition du droit allemand positif* ne permet de l'exclusion du procès, même si des soupçons de complicité pèsent sur lui. La Cour énonce :

« Le recours constitutionnel est recevable et fondé. La décision entreprise [la Cour fédérale de Justice] viole le droit fondamental du requérant protégé par l'article 12, alinéa 1^{er}, de la Loi fondamentale [liberté professionnelle]. L'exclusion du mandat *ad litem* constitue une atteinte à la liberté professionnelle, atteinte qui n'est permise par aucune disposition légale et par aucune pratique courante.

(185) Détail piquant, l'avocat n'est autre que l'ancien ministre fédéral de l'Intérieur, Otto SCHILLY.

(186) *Bundesgerichtshof* (3^e Chambre criminelle), arrêt du 25 août 1972, NJW, 1972, 2140, avec note de H. WUTTEK, NJW, même année, 1984-1988.

(...) Le droit de défendre un client en matière pénale figure parmi les missions essentielles de la profession d'avocat. Ce droit bénéficie de la protection accordée par l'article 12, alinéa 1^{er}, de la Loi fondamentale.

Comme la décision entreprise a pour effet de restreindre le droit du demandeur d'assumer des défenses en matière pénale, il est nécessaire, conformément à l'article 12, alinéa 1^{er}, seconde phrase, de la Loi fondamentale, que cette restriction se fonde sur une habilitation légale directe ou sur une réglementation qui procède elle-même d'une habilitation législative. » (187)

Or, la Cour note sèchement :

« De telles dispositions n'existent pas. Les dispositions (...) invoquées par la Cour fédérale de Justice ne contiennent pas l'autorisation en question. » (188)

Il résulte de ce constat qu'en droit allemand positif, il n'est pas possible — faute de dispositions légales pertinentes — d'écartier d'un procès pénal un avocat qui est soupçonné d'avoir contribué en tant que complice à la réalisation d'un crime. De l'avis de la Cour elle-même, cet état du droit est intenable :

« La Cour constitutionnelle fédérale ne méconnaît pas que ce régime est au plus haut point insatisfaisant sur le plan juridique; son maintien est à tout point de vue incompatible avec les exigences inhérentes au bon déroulement du procès pénal. » (189)

Et c'est précisément ce constat d'insuffisance législative qui lui permet d'enjoindre au législateur d'agir :

« Le législateur est dès lors tenu de déterminer dans un avenir proche les conditions dans lesquelles un avocat peut être exclu de la défense de son client. » (190)

(187) BVerfG, décision du 14 février 1973, *BVerfGE* 34, 293 (299). C'est nous qui soulignons. Texte original :

[« Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig und begründet. Die angerufene Entscheidung verletzt den Beschwerdeführer in seinem Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG. Der Ausschluß von der Verteidigung enthält einen Eingriff in die Freiheit seiner Berufsausübung, der weder durch Gesetz noch Gewohnheitsrecht gedeckt ist. »

(...) Die Verteidigung in Strafsachen gehört zu den wesentlichen Berufsaufgaben des Anwalts. Dieses Recht (...) hat (...) teil am Schutz des Art. 12 Abs. 1 GG.

Da die Befugnis des Beschwerdeführers, als Strafverteidiger aufzutreten, durch die von ihm beantragte Maßnahme eingeschränkt wird, muß hierfür nach Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG eine Regelung durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes getroffen sein. »]

(189) *Idem*. C'est nous qui soulignons. Texte original :

[« Das ist bisher nicht geschehen. Die vom Bundesgerichtshof herangezogenen Bestimmungen (...) enthalten eine solche Regelung nicht. »]

(189) *Idem*, 306. Texte original :

[« Das Bundesverfassungsgericht verkennt nicht, daß mit diesem Ergebnis ein höchst unbefriedigender Rechtszustand aufgedeckt worden ist, dessen Aufrechterhaltung sich mit dem Interesse an einer geordneten Strafrechtspflege in keiner Weise vereinbaren läßt. »]

(190) *Idem*. C'est nous qui soulignons. Texte original :

[« Der Gesetzgeber wird daher die Voraussetzungen der Verteidigerausschlusses in naher Zukunft zu regeln haben. »]

(v) *L'intervention législative doit être réalisée 'avec célérité'*

240. — L'étendue du délai peut encore être restreinte *de manière*, toujours sans mentionner de date précise. En effet, au lieu de signifier au législateur qu'il doit intervenir 'dans un avenir proche', il est possible de l'obliger à légiférer 'avec célérité', ce qui est encore plus restrictif. À titre d'exemple, on peut mentionner une décision de la Cour constitutionnelle fédérale de 1975, dans laquelle elle enjoint au législateur sarrois de réformer *rapidement* le statut pécuniaire des députés :

« Le Parlement du Land [de la Sarre] est tenu de faire en sorte qu'une nouvelle réglementation soit mise en place avec célérité (*wortdringlich*). » (191) (192)

(vi) *L'intervention législative doit avoir lieu 'immédiatement'*

241. — Le seuil de l'urgence est franchi au sein de la dernière rubrique, qui vise le cas de figure où le juge constitutionnel commande au législateur de légiférer '*immédiatement*'. Comme illustration, on peut citer une décision du *Bundesverfassungsgericht* relative à une loi du Land de Hesse, dans laquelle les juges de Karlsruhe énoncent sans retenue qu'

« il appartenait au législateur d'immédiatement remplacer la réglementation actuelle. » (193)

* * *

242. — Après avoir passé en revue six articulations différentes du laps du délai pour légiférer (que nous avons dénommé '*délai de sollicitation*'), nous voudrions émettre quelques conclusions provisoires.

(191) BVerfG, arrêt du 5 novembre 1975, *BVerfGE* 40, 296 (329). C'est nous qui soulignons. Texte original :

[« Der Landtag hat jedoch *wortdringlich* die Neuregelung in Angriff zu nehmen (...). »]

(192) Il peut être utile d'observer que le mot '*wortdringlich*' est malaisé à traduire en français; il exprime une relative urgence (*Dringlichkeit*) mais aussi l'idée — quelque peu moins forte — que l'action désignée soit *prioritaire* (*vorrangig*). Ce qui est '*wortdringlich*' n'est donc pas encore *tout à fait* urgent (*dringlich*), mais presque : les trois lettres du préfixe '*vor*' adoucissent très légèrement l'adjectif qui suit.

(193) BVerfG, arrêt du 15 novembre 1971, *BVerfGE* 32, 199 (218). C'est nous qui soulignons. Texte original :

[« Deshalb muß es dem Gesetzgeber überlassen bleiben, *unverzüglich* die gegenwärtige Regelung (...) zu ersetzen (...). »]

Pour déterminer le laps de temps dans lequel le législateur doit intervenir (le délai de sollicitation), le juge constitutionnel dispose de *deux grandes voies*. Il peut soit rattacher l'expiration du délai de sollicitation à une date précise — que celle-ci soit (i) ou non (ii) connue d'avance — soit rester plus discret sur ce point et se limiter à des indications *approximatives* (iii, iv, v et vi).

Si la *première* voie (i et ii) paraît plus transparente, plus 'mathématique', elle possède — précisément en raison de sa transparence — le juge constitutionnel d'une partie de son pouvoir. En effet, à partir du moment où l'échéance exacte du délai est connue de *tout le monde*, la Cour se lie et peut être contrainte, en cas d'événements imprévus, de *modifier* l'échéance du délai (194). Or, une telle opération n'est pas sans risques car la re-détermination du délai est d'une part soumise à la condition que la Cour soit *seize à nouveau* (ce qui n'est pas certain (195)) et peut d'autre part entrer en conflit avec le principe de *confiance légitime* (196), en déjouant les attentes d'un certain nombre de personnes.

Quant à la *seconde* voie (iii, iv, v et vi), elle peut encourir des reproches tirés de son manque de précision; c'est toutefois justement *cette* caractéristique qui permet au juge constitutionnel de faire preuve, le cas échéant, de souplesse: lorsqu'il s'agit d'apprécier si le législateur s'est ou non conformé à *temps* à la décision du juge constitutionnel, un léger manque de précision peut être *dans l'intérêt* du législateur (197). Cela ne veut pas dire que les exigences d'une intervention législative dans un 'délai raisonnable' ou dans un 'avenir proche' seraient à ce point indéterminées que leur non-respect ne pourrait être établi; ces notions, quoique approximatives, possèdent toujours une extension *maximale*. Celle-ci se précisera au travers de leurs applications (concrétisations), et leur indétermination se réduira corrélativement. En laissant une plus grande marge de manœuvre au juge constitutionnel, la seconde

(194) Voy. l'illustration présentée *supra*, au n° 236.2.

(195) Voy. notre observation *supra*, note 175.

(196) Du moins dans les ordres juridiques où celui-ci est reconnu. Pour un premier accès à cette notion, voy. O. PRESKMANN, «Regard externe sur la protection de la confiance légitime en droit constitutionnel allemand», *RFDJ*, 2000, 236-245.

(197) Car le manque de précision fait en sorte que le dépassement du délai n'est pas apparemment *das le premier jour*. Cette circonstance n'est pas anodine, notamment lorsqu'il s'agit d'apprécier l'existence d'une éventuelle *verantwortlichkeit de l'État législateur*. Voy. aussi *infra*, conclusion générale, n°s 337-339.

voie ne nous semble pas, en tant que telle, compromettre la sécurité juridique.

b) *La catégorie des délais d'abrogation*: le juge constitutionnel indique *le laps de temps au cours duquel la norme déclarée inconstitutionnelle peut encore être appliquée*

243. — Après avoir illustré un certain nombre de facettes des délais de sollicitation, il importe de nous pencher sur les délais d'abrogation, c'est-à-dire sur les énoncés dans lesquels le juge constitutionnel indique la période pendant laquelle la norme déclarée inconstitutionnelle *peut encore être appliquée*. Cette technique est *avant tout employée en Belgique* (198) et, dans une moindre mesure, en Allemagne.

244. — L'objectif des présents développements est de déterminer dans quelle mesure la technique des délais d'abrogation est *symétrique* à celle des délais de sollicitation. Pour le savoir, nous allons analyser les manifestations de l'une sur base de la *même* subdivision que celles de l'autre; la confrontation des deux techniques de délais à une structure identique permettra d'identifier leurs similitudes et différences. Les différentes manifestations des délais d'abrogation seront donc soumises à la division déjà connue en *six rubriques*, selon que le juge constitutionnel formule le délai

- par référence à une date fixe (i),
- par référence à un événement certain mais dont la date n'est pas encore connue (ii),
- par référence à la notion de délai raisonnable (iii),
- par référence à la notion d'avenir proche (iv),
- par référence à la notion de 'célérité' (v) ou
- par référence au terme 'immédiatement' (vi).

245. — Un rapide coup d'œil sur la jurisprudence constitutionnelle de nos pays de référence suffit pour constater que la symétrie entre les délais de sollicitation et d'abrogation est loin d'être parfaite: sur les six rubriques que nous venons de mentionner — toutes présentes, nous l'avons vu, au sein des délais de sollicitation — seule *une* peut

(198) Contrairement aux délais de sollicitation, auxquels la Cour d'arbitrage n'a que rarement recours: voy. *supra*, D^{no} 238.1, 238.2, 238.3 et *infra*, n° 256-261.

être retrouvée au sein des délais d'abrogation; les cinq autres rubriques restent 'vides', c'est-à-dire aucun délai d'abrogation ne correspond à leurs critères.

246. — Avant de nous consacrer à cette seule rubrique restante (i) et de démontrer sa présence dans la jurisprudence constitutionnelle, il importe de brièvement se demander *pourquoi* aucun délai d'abrogation ne correspond aux rubriques ii, iii, iv, v et vi. Si nos connaissances ne permettent pas de fournir une réponse définitive, nous voudrions au moins présenter quelques pistes de réflexion, fussent-elles provisoires et incomplètes.

246.1 — Le cas de figure dont l'absence semble le plus facile à expliquer est la rubrique (vi), qui se réfère au terme '*immédiatement*' (199). Le défaut de cette constellation au sein des délais d'abrogation découle d'un argument *logique*. Lorsque la norme déclarée inconstitutionnelle cesse *immédiatement* ses effets, il ne peut y avoir de délai d'abrogation. Car si la disparition de la norme inconstitutionnelle est immédiate, elle intervient au moment où la décision du juge constitutionnel devient effective. Or, cette constellation est incompatible avec le mécanisme même du délai d'abrogation qui suppose que la disparition de la norme inconstitutionnelle intervienne *postérieurement* à la prise d'effet de la décision du juge constitutionnel.

246.2 — L'absence de l'hypothèse (v), qui détermine le délai par référence à la *notion de 'célérité'*, s'explique par un argument linguistique: la notion de 'célérité' est tout simplement *inadaptée* pour déterminer la période pendant laquelle une norme déclarée inconstitutionnelle peut encore être appliquée. Il serait en effet absurde de préciser que telle norme inconstitutionnelle «*cesse d'être applicable avec célérité*». En revanche, la notion de 'célérité' est parfaitement adéquate pour délimiter un délai de *sollicitation*: la phrase «*le législateur doit intervenir avec célérité*» (200) est irréprochable du point de vue linguistique.

246.3 — L'absence des rubriques (ii), (iii) et (iv), qui se réfèrent respectivement à un *événement* (ii), et aux notions de 'délai raison-

nable' (201) (iii) et d'«*avenir proche*» (202) (iv), semble, quant à elle, s'expliquer par un argument de politique jurisprudentielle: son utilisation porterait gravement atteinte à la sécurité juridique.

Ce point nécessite quelques explications. Le caractère particulièrement *périsseux* de la fixation d'un délai d'abrogation respectivement par un événement (ii), ou par les notions de 'délai raisonnable' (iii) ou d'«*avenir proche*» (iv) s'explique en effet par la différence fondamentale qui existe entre les délais de sollicitation et d'abrogation. Comme nous avons déjà eu l'occasion de le préciser (203), les délais de sollicitation *ne mettent pas* automatiquement fin à l'existence des normes qu'ils visent; si le législateur n'intervient pas à temps, la norme *continue* d'exister. Dans ces conditions, il n'est guère risqué de fixer l'échéance du délai par référence à un *événement* ou une *notion telle que celles présentées au (iii) et (iv)*, car la norme dont le remplacement est exigé *demeure en tout état de cause applicable* jusqu'à la nouvelle intervention du législateur.

Il en va autrement pour les délais d'abrogation. Cette catégorie met automatiquement fin à l'application de la norme et il est dès lors hautement dangereux de rattacher l'échéance du délai à un événement: l'application de la norme *prendra fin à une date qui n'est pas connue au jour où le juge constitutionnel se prononce*. Or, un tel procédé soulève de très importants problèmes de sécurité juridique: si le moment précis auquel la norme disparaît ne peut être connu d'avance, les citoyens ne sont pas en mesure de prévoir toutes les conséquences juridiques de leurs actes (204). Les résultats statistiques de nos recherches démontrent que le juge constitutionnel n'a jamais eu recours à cette technique: au vu des

(201) Pour les délais de sollicitation qui appartiennent à cette rubrique, voy. *supra*, n° 237-238.

(202) Pour les délais de sollicitation qui appartiennent à cette rubrique, voy. *supra*, n° 239.

(203) Voy. *supra*, n° 227.

(204) Selon la Cour d'arbitrage, le principe fondamental de sécurité juridique exige en effet que les sujets de droit soient «en mesure de prévoir les conséquences juridiques de leurs actes» (CA, arrêt 10/93 du 11 février 1993, considérant B.9.3., alinéa 2). La Cour avait d'abord utilisé une formulation légèrement différente (CA, arrêt 36/90 du 22 novembre 1990, considérant IV 2.), mais la nouvelle formulation est confirmée par l'arrêt 59/93 du 16 juillet 1993 (considérant B.8.3.).

(199) Pour les délais de sollicitation qui appartiennent à cette rubrique, voy. *supra*, n° 241.

(200) Voy. *supra*, n° 240.

dangers qui sont inhérents à cette technique de délais, il s'agit là d'une fort heureuse constatation.

*
*

247. — Nous l'avons dit, des six constellations observables au sein des délais de sollicitation, seule *une* peut être retrouvée au sein des délais d'abrogation. Loin de constituer une faiblesse, ce manque de parallélisme des deux catégories de délais constitue un résultat précieux, puisqu'il démontre la *spécificité* de chacune d'entre elles. Au cours des développements qui suivent, nous voudrions présenter quelques illustrations de la rubrique restante, à savoir de la détermination d'un délai d'abrogation par une *date précise* (1).

(1) *La norme déclarée inconstitutionnelle demeure applicable jusqu'à une date précise*

248. — Pour illustrer la constellation où le juge constitutionnel met fin à l'application d'une norme inconstitutionnelle à une *date précise*, nous voudrions présenter trois décisions du juge constitutionnel belge, rendues à quelques mois d'intervalle seulement (205). La première concerne une affaire de grande importance et mérite à ce titre un traitement plus détaillé (n° 249); nous serons plus bref pour les deux autres (nos 250 et 251).

249. — En juin 2004, la Cour constitutionnelle belge est amenée à trancher une affaire qui touche *l'intégralité* des personnes régies par les normes de l'ordre juridique belge (206); elle concerne le journal officiel de la Belgique, le *Moniteur*.

(205) Elles datent respectivement du 16 juin, 14 juillet et 22 septembre 2004.

(206) L'intérêt fondamental de cette affaire se manifeste déjà par le fait — très exceptionnel dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage — que l'intérêt à agir du requérant est reconnu *per se*, c'est-à-dire est à suffisance démontré par la seule circonstance que le requérant est connu près de 2000 affaires jugées à ce jour (la 2000^e sera l'arrêt 138/2005), nous ne connaissons que deux autres applications de ce raisonnement. L'une se trouve dans l'arrêt 5/92 du 5 février 1992 dans lequel la Cour déclare que

« l'habes corpus est aspect à ce point essentiel de la liberté du citoyen, en toute circonstance, que toute personne physique se trouvant sur le territoire belge possède un intérêt permanent à ce que les règles relatives à la prise de corps et à la mise à disposition de la justice répressive garantissent la liberté individuelle (considérant B.2). »

L'autre peut être trouvée dans l'arrêt 17/97 du 25 mars 1997, dans lequel la Cour relève que « [p]our faire usage du droit fondamentalement garanti à l'article 32 de la Constitution [droit d'accès aux documents administratifs], il ne faut pas, en principe, démontrer un intérêt particulier. Il suffit d'être concerné en tant que citoyen » (considérant B.3.3.).

249. I — Pour notifier à leurs sujets les règles de droit en vigueur, la plupart des États modernes, à l'exception notable du Royaume-Uni (207), procèdent à la *publication* des textes dans un journal officiel. Cet acte *conditionne* l'entrée en vigueur des normes nouvelles; une disposition non publiée n'a aucun effet en droit.

Organe de la publication des textes légaux et réglementaires depuis 1831 (208), le *Moniteur belge* est devenu, à l'instar du *Bundesgesetzblatt* en Allemagne ou du *Journal officiel* en France, un élément essentiel de la vie juridique du Royaume (209). La prolifération des normes juridiques — phénomène particulièrement visible en Belgique en raison de la défédéralisation d'un grand nombre de compétences — a toutefois provoqué une véritable explosion du volume annuel du journal. Alors qu'il tenait en moins de six mille pages en 1900 et faisait neuf mille en 1950, il comprend quarante-trois mille en l'an 2000 (210). Et la croissance exponentielle du *Moniteur* continue, ainsi que l'attestent les premiers millésimes du nouveau millénaire : 45.768 pages en 2001, 59.196 en 2002, 62.806 en 2003 et 87.430 en 2004. En quelques décennies, le volume du journal a donc décuplé, ce qui coûte très cher à l'État et met l'imprimerie du *Moniteur*, toujours située dans des locaux exigus au centre de Bruxelles, devant des difficultés logistiques insurmontables.

(207) Le Royaume-Uni ne dispose en effet pas de *Journal officiel*. Les *Acts of Parliament*, l'équivalent des lois continentales, entrent en vigueur, sans stipulation contraire de leur part, au jour de leur signature par la Reine et ne sont publiés qu'une fois entrés en vigueur. Au Royaume-Uni, ce n'est donc pas la publication d'une norme législative qui en conditionne l'entrée en vigueur mais bien l'entrée en vigueur qui en commande la publication. Cette différence est fondamentale. Pour plus de détails, voy. C. BARRASRY, «La notion de parliamentary sovereignty en droit constitutionnel anglais : fondements, paradoxes et problèmes contemporains», *Revue de droit international et de droit comparé*, 2002, 221-289, spécialement 227.

(208) Le premier numéro date du 16 juin 1831. Une collection complète, en libre accès, des *Moniteurs* dès le premier numéro est rare; il en existe notamment une à la bibliothèque de la Faculté de Droit de Gand.

(209) Précisons en passant que pendant le court laps de temps entre la déclaration d'indépendance de la Belgique le 4 octobre 1830 et la création du *Moniteur belge*, les textes légaux et réglementaires — et avant tout celui de la Constitution — furent publiés au *Bulletin des arrêtés et actes du Gouvernement provisoire et des décrets du Congrès national de la Belgique*, dont il n'existe que deux années de publication (1830 et 1831). À partir de 1832, cette collection fut poursuivie sous une appellation différente (d'abord, entre 1832 et 1845, sous le titre *Bulletin officiel des lois et arrêtés royaux de la Belgique*, puis, à partir de 1846, sous celui de *Recueil des lois et arrêtés royaux de la Belgique*).

(210) Les chiffres exacts sont 6.824 pour l'année 1900, 9.193 pour l'année 1950 et 43.680 pour l'année 2000.

Comme souvent dans la vie politique belge (mais la même chose vaut sans doute pour beaucoup d'autres États), il faut de nombreuses années avant qu'un problème *commun* ne soit réellement traité. Tel est aussi le cas en l'espèce : après avoir tardé à réagir pendant près de vingt ans – le problème de l'inflation normative est dénoncé depuis les années quatre-vingt (211) – c'est en 2002 qu'une mesure intervient. Celle-ci se singularise par son caractère radical : le gouvernement VERHOFFSTADT décide de tout simplement arrêter l'impression du *Moniteur* et de désormais assurer la publication des textes officiels par la seule voie électronique, via un site internet quotidiennement mis à jour (212).

Adoptée en commission, la mesure est votée au Parlement juste avant les vacances d'hiver 2002, le Roi la sanctionne le jour du Réveillon de Noël (213) et elle paraît au *Moniteur* à la Saint-Sylvestre. Applicable dès le lendemain (214), elle met fin – à l'insu de l'écrasante majorité des Belges – à 172 années d'existence du *Moniteur* 'papier'. Par l'effet de sept petites dispositions « perdues dans une loi-programme de plusieurs centaines d'articles » (215) – loi hâtivement adoptée de surcroît (216) – le journal le plus important du Royaume appartient désormais au monde intangible des bytes et kilobytes.

(211) Voy. par exemple F. DERUBÈKE, « Inflation législative et réglementaire en Belgique », in : *L'infation législative et réglementaire en Europe*, Actes du colloque tenu à Aix-en-Provence en octobre 1985, Paris, Editions du CNRS, 1986, 63-73.

(212) Un sénateur libéral avait proposé une solution alternative, moins radicale, à savoir le maintien de la version papier pour tous les textes légaux et réglementaires et la voie électronique pour toutes les autres informations. (*Documents parlementaires*, Sénat de Belgique, session ordinaire 2002-2003, n° 1890/5, page 6). La suggestion fut toutefois rejetée.

(213) Loi-programme (I) du 24 décembre 2002.

(214) Soit dès le 1^{er} janvier 2003 (article 478 de la loi-programme).

(215) C. de THRAWAGNE et al., « La fin de la version papier du *Moniteur* belge », *Revue d'Inquiry*, 2003, n° 15, 3. Il s'agit des articles 472 à 478 de la loi-programme.

(216) La mesure est habilement introduite au Parlement : à l'automne 2002, les Chambres sont saisies de deux volumineux projets de loi-programme que le gouvernement y a déposés. Fin novembre, alors que l'examen de ces projets est déjà en cours, le gouvernement introduit les dispositions relatives à la suppression du *Moniteur* 'papier' par le biais d'un amendement à l'un de ses projets (amendement n° 114 du 27 novembre 2002 au projet de loi-programme 1, *documents parlementaires*, Chambre des Représentants, session 2002-2003, n° 2124/9). Comme le temps plus fait l'objet de longues discussions, le Ministre compétent se contente d'ailleurs d'une note explicative d'une seule page (*document précité*, 3). Le manque de temps protège aussi contre d'éventuelles critiques du Conseil d'État : le gouvernement oblige la Section de législation de se prononcer dans un délai de *trois jours* ce qui réduit la Haute Juridiction efficacement au silence (avis 34.398 VR du 25 novembre 2002, annexé au *document précité*).

249.2 – La 'virtualisation' du *Moniteur* pose cependant le problème de l'authenticité du texte de la loi. À cette difficulté, le législateur apporte une réponse suffisante : l'article 474 de la loi-programme prévoit que trois exemplaires dudit journal seront encore imprimés sur papier, l'un est conservé à la Direction du *Moniteur belge*, un autre est transmis au Ministre de la Justice et un dernier est déposé à la Bibliothèque royale de Belgique (217). Pour le reste, la publication du *Journal officiel* belge se fait désormais exclusivement par voie électronique, comme le précise l'article 475 de la loi :

« Toute autre mise à disposition du public est réalisée par l'intermédiaire du site internet de la Direction du *Moniteur belge*. Les publications mises à disposition sur ce site internet sont les reproductions exactes dans un format électronique des exemplaires sur papier prévus à l'article 474. »

Désormais, le citoyen est donc prié de consulter tous textes officiels 'en ligne' et d'en imprimer, s'il en ressent le besoin, un exemplaire chez lui (avec sa propre imprimante et son propre papier, s'entend). La même chose vaut – et ce point ne doit pas être perdu de vue – pour toutes les administrations, services publics et universités du Royaume, qui doivent également se livrer, à charge de leurs divers budgets, à de nombreuses opérations d'impression individuelles. Si la suppression de la version papier du *Moniteur* a donc pour effet d'alléger le budget de l'Autorté fédérale (218), on peut douter que des économies réelles soient réalisées à une échelle plus large (tous budgets confondus) : la charge financière est sans doute davantage déplacée que réduite.

249.3 – Mais ce ne sont pas les conséquences budgétaires de la mesure qui font naître des doutes sur sa constitutionnalité : la suppression de la version papier du journal officiel touche aux fondements de l'État de droit. En effet, les textes que le citoyen est tenu de respecter lui seront désormais accessibles par la seule voie électronique : s'il ne dispose pas d'une connexion internet, il ne pourra, en principe, en prendre connaissance.

(217) En pratique, le *Moniteur* est encore imprimé en cinq exemplaires (donc deux de plus que légalement prévu). Ces deux exemplaires supplémentaires ne sont cependant pas authentifiés par le directeur du *Moniteur belge*. L'un d'entre eux est conservé par la Direction du *Moniteur belge*, l'autre transmis au Service de coordination. Voy aussi *ibid.*, note 220.

(218) Charles-Eric GRESSE rapporte que le gain budgétaire de la suppression de la version papier est estimé à 2 millions d'Euros (Ch.-E. GRESSE, « De la fin du «*Moniteur*» papier à la mort de «*Nemo censetur ...*», *JT*, 2002, 835, note 1).

À cette objection, le législateur estime avoir trouvé la parade : il prévoit à l'article 474 de la loi que l'un des trois exemplaires papier du *Moniteur belge*

« est disponible pour consultation auprès de la Direction du *Moniteur belge*. »

Un seul exemplaire consultable pour dix millions d'habitants, accessible aux heures de bureau et pendant les jours ouvrables (219) : cette mesure est-elle suffisante au regard des exigences de l'état de droit ? (220) La suppression de la version papier ne doit-elle pas être accompagnée d'autres mesures qui assurent que des personnes sans connexion à internet puissent sans difficulté prendre connaissance des textes qui sont obligatoires pour elles ? Cette question se pose avec d'autant plus d'acuité qu'aucune disposition légale ou réglementaire ne confère aux particuliers le droit d'accéder gratuitement à un ordinateur situé dans un local public (221).

249.4 – Au vu de l'importance de la réforme, il ne peut guère surprendre que les articles 474 et suivants de la loi-programme du 24 décembre 2002 soient déferés devant le juge constitutionnel dans le cadre d'un recours en annulation. Le moyen invoqué à leur rencontre est simple : les requérants dénoncent une violation du principe d'égalité et de non-discrimination consacré aux articles 10 et 11 de la Constitution. Selon eux, les nouvelles dispositions relatives à la publication des textes légaux et réglementaires rendent

« la consultation du *Moniteur belge* moins aisée et extrêmement coûteuse puisqu'il faut disposer d'un matériel informatique performant et d'une connexion à Internet pour accéder au contenu du *Moniteur belge*. Les dispositions

(219) À cela s'ajoute que toutes les personnes auxquelles s'appliquent les normes juridiques belges ne résident pas nécessairement en Belgique : la capacité et l'état civil des Belges en Belgique continuent à être régi par la loi belge.

(220) Il est sans doute vrai que seules deux personnes se sont présentées à la Direction dudit journal entre janvier 2003 et juin 2004 (moment auquel intervient l'arrêt de la Cour d'arbitrage dont il sera question dans un instant) pour y consulter la version papier du *Moniteur*. – Nous saisissons l'occasion pour remercier Monsieur VERREZKE, directeur adjoint du *Moniteur belge*, de nous avoir aimablement reçu dans ses bureaux en septembre 2004 pour un entretien d'information sur les aspects pratiques de la loi-programme du 24 décembre 2002 et l'arrêt de la Cour d'arbitrage dont il sera question *infra*. Lors de cette visite, nous avons personnellement pu constater que le *Moniteur papier* du jour peut sans aucune difficulté être consulté par tout citoyen qui se présente à la Direction du *Moniteur*.

(221) Dans la plupart des communes, les administrations permettent sans doute un tel accès par *convoi*, mais la courtoisie, aussi louable soit-elle, ne confère pas un droit ; d'autre part, l'accès aux bibliothèques (dans les communes où elles existent) peut être soumis au paiement d'un droit d'inscription, de sorte que la consultation du *Moniteur électronique* n'y est pas nécessairement gratuite.

attaquées [oréat] donc une discrimination entre les citoyens selon leur situation financière ou sociale puisque seuls les citoyens riches et initiés [ont] accès au site Internet du *Moniteur belge*. Ces dispositions [marquent] également une rupture d'égalité entre fonctionnaires, quelques-uns seulement ayant une connexion à Internet. » (222)

En définitive, ce qui est donc reproché aux dispositions en cause, c'est de traiter *également* des situations *différentes* (223), en soumettant *indistinctement* tous les citoyens à la nouvelle réglementation, alors que

« chacun n'a pas un accès égal aux techniques informatiques. » (224)

249.5 – Pour ce qui est de la mesure *principale* de la loi entreprise, la suppression de la version papier du journal officiel belge, la Cour d'arbitrage estime qu'elle ne renferme, en tant que telle, aucune discrimination. La mesure est déclarée *conforme* à la Constitution :

« La suppression de l'édition imprimée sur papier du *Moniteur belge* (...) et son remplacement par une mise à la disposition du public par l'intermédiaire du site Internet (...) sont des mesures dont il peut raisonnablement être admis qu'elles sont en rapport avec l'objectif du législateur (...). Elles s'inscrivent (...) dans l'évolution de la société, les techniques informatiques devenant un procédé de communication de plus en plus courant. » (225)

Ce qui pose en revanche problème, c'est la constitutionnalité des mesures d'*accompagnement*, destinées à *compléter* la mesure principale. Ici, l'appréciation de la Cour est différente : la possibilité, déjà énoncée, de consulter un exemplaire papier du journal à Bruxelles est jugée insuffisante. La Cour énonce :

« La possibilité de consulter les exemplaires déposés à la Direction du *Moniteur belge* (...) n'assure pas à chacun un accès aux textes qui l'intéressent, sans difficulté excessive. » (226) (227)

(222) CA, arrêt 106/2004 du 16 juin 2004, considérant B.10.

(223) Selon une jurisprudence constante de la Cour, aussi répétée dans la présente décision, « le principe d'égalité et de non-discrimination peut être violé lorsque le législateur traite de la même manière des personnes qui se trouvent dans des situations essentiellement différentes » (considérant B.14. de l'arrêt).

(224) *Idem*, considérant B.14.

(225) *Idem*, considérant B.15.

(226) *Idem*, considérant B.19.

(227) Épinglons en passant un aspect tout à fait singulier (pour ne pas dire anormal) de l'arrêt du 16 juin 2004. Le recours en annulation porte sur les articles 474 à 478 de la loi-programme du 24 décembre 2002. Si la possibilité de consulter l'exemplaire papier du *Moniteur belge* parmi ces cinq dispositions (elle est consacrée à l'article 474), on est surpris de voir que la Cour examine encore une autre mesure d'accompagnement qui ne figure pas parmi ces dispositions. Le juge constitutionnel belge accepte en effet de vérifier la constitutionnalité de la possibilité pour les particuliers de se faire délivrer une copie certifiée conforme d'un texte paru au *Moniteur électronique*. N'étant mentionnée par aucun des cinq articles entrepris dans le présent

249.6 – Le reste du raisonnement s'impose presque d'une manière automatique. Le juge constitutionnel constate que

« du fait des dispositions entreprises, un nombre important de personnes se verront privées de l'accès effectif aux textes officiels, en particulier par l'absence de mesures d'accompagnement qui leur donneraient la possibilité de consulter ces textes, alors qu'elles avaient la possibilité, antérieurement, de prendre connaissance du contenu du *Moniteur belge* sans devoir disposer d'un matériel particulier et sans avoir d'autre qualification que de savoir lire.

Faute d'être accompagnée de mesures suffisantes qui garantissent un égal accès aux textes officiels, la mesure attaquée a des effets disproportionnés au détriment de certaines catégories de personnes.

Elle n'est dès lors pas compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution » (228)

249.7 – Lorsque la Cour se prononce sur la constitutionnalité des dispositions entreprises en juin 2004, la version papier du *Moniteur belge* est cependant déjà supprimée depuis plus d'un an et plus de 100.000 pages de textes officiels ont été publiés selon le nouveau procédé. Comme il paraît dans ces conditions impossible d'ordonner l'annulation pure et simple de la loi, avec tous les problèmes de rétroactivité que cela entraînerait, la Cour décide, conformément à

recours (ni à l'ailleurs par aucune autre disposition législative), la seule trace écrite de cette mesure peut être trouvée dans les documents parlementaires du Sénat. Dans un document n° 1380/5 (services des services du *Moniteur* délivreront, dans les 24 heures de la demande, une copie conforme et authentifiée de l'acte ou du document. C'est également cette procédure qui est ouverte pour les personnes qui ne disposent pas d'outils informatiques pour accéder aux informations électroniques. » (page 10)

Quel que soit l'intérêt pratique de la mesure, il est étonnant (c'est un euphémisme) de voir la Cour d'arbitrage, compétente pour vérifier la constitutionnalité des seules normes législatives, différence fondamentale entre les interventions personnelles des parlementaires et le texte définitif de la loi : faute d'avoir été consacrée par une norme législative, la constitutionnalité de la procédure des copies conformes ne pouvait être examinée par la Cour. Faisant fi de ces considérations, le juge constitutionnel belge accepte de contrôler la constitutionnalité de cette procédure, en énonçant au considérant B.18, de l'arrêt :

« [L]a mesure permettant d'obtenir une copie d'un acte ou d'un document du *Moniteur belge* n'est pas de nature à remédier aux effets négatifs des dispositions entreprises. Ceux qui ne disposent pas de matériel informatique ne pouvant consulter eux-mêmes le *Moniteur belge*, il sera en effet partiellement malade à qui recherche un texte de pouvoir identifier l'exemplaire où le texte en question est publié.

Cette mesure introduit ainsi une différence de traitement entre celui qui, ayant accès à un matériel informatique, peut consulter aisément tous les numéros du *Moniteur belge* édités depuis la mise en vigueur des dispositions attaquées et y trouver le texte qui l'intéresse, et celui qui, n'ayant pas accès à l'informatique, ne peut identifier le numéro dans lequel ce texte est publié. (C'est nous qui soulignons, italiques dans le texte.)

(228) *Ibidem*, considérants B.21., alinéa 2, et B.22. C'est nous qui soulignons.

l'article 8, alinéa 2, de la loi spéciale, de maintenir l'effet des dispositions annulées (229) jusqu'à une date précise :

« Compte tenu de ce que la mesure attaquée est d'application depuis le 1^{er} janvier 2003, de ce que le législateur a le choix des mesures à prendre pour mettre fin à la discrimination constatée, mais que leur mise en œuvre peut demander du temps, il y a lieu, en application de l'article 8, alinéa 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, de maintenir les effets des dispositions annulées de la manière indiquée au dispositif.

Par ces motifs, la Cour

– annule les articles 474 et 475 de la loi-programme (1) du 24 décembre 2002;

– maintient définitivement les effets des publications effectuées jusqu'au 31 juillet 2005 en exécution des dispositions annulées » (230)

249.8 – Il nous reste à établir que le dispositif du présent arrêt renferme bien un délai d'abrogation. Ceci peut être aisément démontré. Un délai d'abrogation se rapporte à la norme déclarée inconstitutionnelle, en déterminant le laps de temps au cours duquel celle-ci peut encore être appliquée. Tel est bien le cas en l'espèce : l'annulation du juge constitutionnel stipule que la norme jugée contraire à la Constitution cesse ses effets au 31 juillet 2005 ; à l'expiration de ce délai, un *vide juridique* se réalise *automatiquement* si de nouvelles normes ne sont pas édictées à temps.

Consacrons aussi un mot au caractère juridiquement obligatoire de l'annulation du juge constitutionnel. Le fait que le législateur soit tenu de procéder à une nouvelle intervention – c'est-à-dire qu'il soit des tinataire d'une véritable *injonction* – découle clairement des termes de l'arrêt : la Cour d'arbitrage invoque expressément (231) l'article 190 de la Constitution, aux termes duquel aucune norme à portée générale

« n'est obligatoire qu'après avoir été publiée dans la forme déterminée par la loi » (232) (233).

(229) La doctrine souligne à juste titre souligné que l'on

« peut en pensant aux conséquences qui, sans cette dérogation au principe de la rétroactivité des arrêts d'annulation, seraient résultées du caractère illégal des publications officielles véhiculées par le seul Internet (observations sous CA, arrêt précité, signés M.M. J.T., 2004, 615).

(230) O.A. arrêt précité, considérant B.23. et dispositif. C'est nous qui soulignons.

(231) Considérant B.3.1. de l'arrêt.

(232) *Bulletin officiel*, année 1931, n° 14. La disposition, inchangée depuis, portait à l'époque le numéro 129. C'est nous qui soulignons.

(233) La règle de l'article 190 n'était toutefois pas applicable aux normes édictées par le *Conseil d'Etat* de la Belgique, puisque la première Constitution d'un pays est logiquement antérieure à toute autre norme (y compris à celle qui en établit le *Journal officiel*). Cela ne signifie pas que la publication de la Constitution belge au *Bulletin officiel* n° 14 de l'année 1931 était inutile – il fallait bien porter ce texte à la connaissance du public – mais que *normativement*,

Or, suite à l'invalidation des articles 474 à 478 de la loi-programme au 31 juillet 2005, *plus aucune* norme législative ne donnera exécution à cette disposition constitutionnelle au 1^{er} août 2005 (234). Pour prévenir la survenance d'un vide juridique, le législateur est donc tenu de mettre en place un nouveau mode de publication avant cette date; nous avons affaire à une véritable *injonction de légiférer*, conforme à la formule

H + O (C1, C2, C3, ... Cn) → NL

Quant à la réaction législative, elle intervient *in extremis*, à 48 heures de l'expiration du délai (235).

*
*
*

Après ces longs développements relatifs à l'arrêt 'Montieur' de juin 2004 (236), nous voudrions brièvement présenter deux autres décisions du juge constitutionnel belge, rendues respectivement en juillet et septembre de la même année.

250. – Dans une décision du 22 septembre 2004, la Cour d'arbitrage est saisie d'un recours en annulation dirigé contre une loi fédérale en matière de circulation routière. Sans qu'il soit besoin d'exposer l'affaire en détail, il suffit de constater que le procédé est parfaitement identique à l'arrêt 'Montieur': le juge constitutionnel procède à l'annulation de la norme législative, tout en maintenant ses effets pendant une certaine période afin de permettre une nouvelle intervention du Pouvoir législatif. La Haute instance énonce :

« Afin d'éviter une insécurité juridique et afin de permettre au législateur de donner l'exécution appropriée au présent arrêt, il y a lieu, par application de l'article 8, alinéa 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage,

cette publication ne pouvait constituer une application de l'article 190 de la Constitution (puisque cet article figurait lui-même dans le texte constitutionnel à publier). – Sont en revanche soumise à la formalité de l'article 190 de la Constitution toutes les modifications ultérieures de la Constitution, décidées par le *constituant dérivé*.

(234) À notre connaissance, il n'existe en effet aucune disposition législative qui *redéfinirait* applicable suite à l'invalidation des dispositions prémentionnées.

(235) *Montieur belge*, 29 juillet (3^e édition). Il s'agit des articles 4 à 8 de la loi du 20 juillet 2005.

(236) À propos de cet arrêt, voir aussi la note Y. THIRY, « La Cour d'arbitrage au chevet des non-surtaxés », *JLMR*, 2004, 1135-1137, F. ABU DALU et J.-P. HERRMOTT, « Disparition de la version papier du *Montieur belge*, obligations positives et large marge d'appréciation: le prix du Docteur Pauser », *Revue du Droit des Technologies de l'Information*, n° 20 (2004), 93-100, et la contribution de G. MASS, « Bekenndmaking van wegeving », *Rechtspraak kennis en bindende Kracht*, *Nieuw Juristisch Weekblad*, 2004, 1118-1125.

de maintenir les effets de la disposition annulée, comme il est indiqué au dispositif.

Par ces motifs, la Cour

– annule l'article 25 de la loi du 7 février 2003 portant diverses dispositions en matière de sécurité routière;

– maintient les effets de la disposition annulée jusqu'au 31 décembre 2004 n. (237) (238)

251. – Une décision rendue quelques semaines plus tôt, à propos d'une loi fédérale en matière de communications radiophoniques, contient un dispositif un peu plus particulier. La Cour d'arbitrage procède en effet à l'annulation des dispositions incriminées et formule un délai pour l'édiction d'une réglementation nouvelle, mais ajoute – fait unique dans sa jurisprudence – que la nouvelle législation *devra être prise « de commun accord »* (239) *entre l'Autorité fédérale et les Communautés* (240). La Cour relève ainsi que

« les compétences de l'État fédéral et des communautés en matière d'infrastructure des communications électroniques sont dévotées à ce point imbriquées, par suite de l'évolution technologique, qu'elles ne peuvent plus être exercées qu'en coopération.

Il s'ensuit qu'en réglant unilatéralement la compétence du régulateur des télécommunications, le législateur [fédéral] a violé le principe de proportionnalité propre à tout exercice de compétences.

Afin d'éviter l'insécurité juridique qui découlerait de l'annulation et de permettre au régulateur de continuer à exercer ses activités, les effets des dispositions annulées doivent être maintenus, par application de l'article 8, alinéa 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, jusqu'à l'entrée en vigueur d'une réglementation prise de commun accord et au plus tard jusqu'au 31 décembre 2005. (...)

Par ces motifs, la Cour

– annule l'article 14 de la loi du 17 janvier 2003 « relative au statut du régulateur du secteur des postes et des télécommunications belges » en tant que sont attribuées à l'Institut belge des services postaux et des télécommunications des

(237) C.A., arrêt 154/2004 du 22 septembre 2004, considérant B.7. et dispositif. C'est nous qui soulignons.

(238) On comprend maintenant pourquoi nous parlons d'un délai d'« abrogation »: la norme inconstitutionnelle est invalidée, mais *uniquement pour le futur*; ses effets passés sont maintenus. Or, tel est précisément le *modus operandi* de l'« abrogation ».

(239) C.A., arrêt 132/2004 du 14 juillet 2004, considérant B.7.1. C'est nous qui soulignons.

(240) Il est vrai que l'arrêt de la Cour d'arbitrage fait seulement mention des Communautés flamande et française et non de la Communauté germanophone, mais on semble devoir partir du principe qu'une norme prise de commun accord entre l'Autorité fédérale et les Communautés doit recueillir l'assentiment de *toutes* les Communautés. Il en va d'autant plus que toutes les trois Communautés disposent, dans leurs sphères territoriales respectives, de compétences strictement identiques en matière de communications radiophoniques.

compétences en matière d'infrastructure de transmission électronique, qui est commune à la radiodiffusion et à la télévision, ainsi qu'aux télécommunications;

— maintient les effets de la disposition annulée jusqu'à l'entrée en vigueur de la réglementation prise de commun accord visée au B.7.1. et au plus tard jusqu'au 31 décembre 2005», (241)

Or, l'exigence d'une *entente préalable* à une nouvelle réglementation rend la fixation d'un délai particulièrement délicate : dès lors que toutes les autorités impliquées (l'Autorité fédérale et les Communautés flamande, française et germanophone) sont dotées de compétences exclusives, l'*obligation de conclure un accord de coopération* confère à chacune de ces entités un véritable *droit de veto*. Le type de dispositif employé dans le présent arrêt revient donc en définitive à adresser une injonction à *plusieurs législateurs à la fois*, ce qui met en exergue les riches potentialités de la technique des interférences.

La pluralité de destinataires (242) de cette injonction pose cependant le problème de savoir à quelle(s) autorité(s) un éventuel *non-respect* du délai serait imputable. S'il est exact que l'inconstitutionnalité a été commise par l'Autorité fédérale, l'on ne conçoit pas qu'une Communauté puisse s'opposer à toute proposition nouvelle. Quant à la Cour d'arbitrage, elle semble parfaitement consciente de ces difficultés, puisqu'elle suggère, sans détour, de *revoir* les règles de compétences en matière de communications radiophoniques (243) :

« Il appartient au législateur spécial d'apprécier si, pour régler l'infrastructure des informations électroniques, il y a lieu de prévoir une coopération obligatoire ou s'il s'impose de modifier la répartition des compétences en matière de télécommunications afin de garantir une politique cohérente » (244)

*
*

252. — Après avoir présenté un certain nombre d'exemples des deux grandes catégories de délais que sont les délais de sollicitation

(241) CA, arrêt 132/2004 du 14 juillet 2004, considérants B.6.2., B.7.1. et points 1 et 2 du dispositif. C'est nous qui soulignons.

(242) Sur ce point voy. *supra*, n° 107.

(243) Notons que si les règles de compétences étaient modifiées avant l'écoulement du délai, l'injonction de la Cour deviendrait sans objet, du moins pour les Pouvoirs législatifs auxquels la compétence en la matière aura été enlevée.

(244) CA, arrêt 132/2004 du 14 juillet 2004, considérant B.7.2. — Par 'législateur spécial' il faut entendre le Pouvoir législatif fédéral agissant dans les conditions de majorité prévues à l'article 4 de la Constitution.

(a) et d'abrogation (b), nous voudrions clore la présente section par un certain nombre de constellations particulières (c) qui peuvent également être observées dans la jurisprudence constitutionnelle de nos pays de référence.

c) Constellations particulières de délais

253. — Dans les situations particulières de délai que nous soulignons évoquer, nous voudrions nous limiter à trois cas de figure (nos 254, 255 et 256-261), avant de mentionner une dernière décision qui, malgré son apparence, ne contient justement pas de délai (n° 262).

*
*

254. — La première de ces trois constellations est celle où une même décision du juge constitutionnel contient *simultanément* un délai de sollicitation et d'abrogation (245). Dans une telle hypothèse, le magistrat constitutionnel détermine non seulement la période au cours de laquelle le législateur doit *intervenir* (délai de sollicitation) mais précise également pendant quel laps de temps les dispositions déclarées inconstitutionnelles *peuvent encore être appliquées* (délai d'abrogation). Ces deux délais ne doivent pas nécessairement coïncider : il est parfaitement possible qu'ils viennent à échéance à des moments différents. Nous voudrions illustrer ces deux constellations (échéances identiques / échéances distinctes) à l'aide de deux décisions tirées de la jurisprudence constitutionnelle allemande (nos 254.1 et 254.2).

254.1 — Débuts avec le cas de figure le plus simple : les deux délais arrivent à échéance à un moment *identique*. Dans un arrêt du 3 avril 2001 relatif à la *Pflegeversicherung*, l'assurance allemande des soins de vieillesse (246), la Cour de Karlsruhe déclare que le législateur *doit intervenir* (délai de sollicitation) avant le 31 décembre 2004 ; elle précise par ailleurs que les dispositions déclarées inconstitutionnelles *cesseront d'être applicables* (délai d'abrogation) à la même date. Le *Bundesverfassungsgericht* énonce ainsi qu'il

(245) Nous y avons déjà fait allusion : voy. *supra*, n° 226.

(246) *BVerfGE* 103, 242, notamment commenté dans *Le Monde* du 5 avril 2001, 1.

«incombe au législateur de vérifier par quelles modifications législatives il pourra mettre le droit en conformité avec la Constitution, tout en obtenant une majorité parlementaire et en restant réaliste du point de vue financier, il vient dans le cas d'espèce de permettre l'application des dispositions déclarées inconstitutionnelles du Code de la sécurité sociale [Sozialgesetzbuch] jusqu'au 31 décembre 2004.» (247)

Il ajoute :

«Pour cette date au plus tard, le législateur devra avoir édicté une réglementation conforme à la Constitution.» (248).

254.2 – Mais les deux délais peuvent également venir à échéance à des moments *différents* : dans un arrêt rendu trois ans plus tôt, en 1998 (249), le délai de sollicitation est fixé par référence à la notion de 'célérité' tandis que le délai d'abrogation est arrêté au 31 décembre 2000. Une telle réglementation différenciée combine les avantages des deux techniques de délais, tout en évitant leurs inconvénients : le juge constitutionnel enjoint au législateur de réagir *avec célérité* mais prévoit néanmoins une date *maximale* à laquelle la norme actuellement en vigueur cessera ses effets. Les citoyens ont donc l'assurance que si le législateur ne respecte pas le délai de sollicitation, la norme déclarée inconstitutionnelle ne restera pas indéfiniment en vigueur ; elle deviendra en toute hypothèse inapplicable au 31 décembre 2000. Ayant recours à ce procédé, le *Bundesverfassungsgericht* fait état de l'

«obligation pour le législateur de réagir avec célérité» (250),

tout en précisant que la disposition déclarée inconstitutionnelle «reste provisoirement applicable, et ce jusqu'au 31 décembre 2000 au plus tard.» (251)

255. – La seconde constellation particulière de délais contient également plusieurs échéances différentes, mais il s'agit en l'occu-

(247) *Idem*, 270. C'est nous qui soulignons. Texte original :

[¹Im Interesse der Rechtssicherheit und im Hinblick darauf, dass Gesetzgeber prüfen muss, welche Wege zur Herbeiführung einer verfassungskonformen Rechtslage tragfähig und finanzierbar sind, ist es im vorliegenden Fall geboten, die Weiterentwicklung [der für verfassungswidrig erklärten Bestimmungen des] SGB bis zum 31. Dezember 2004 zuzulassen.]

(248) *Idem*. C'est nous qui soulignons. Texte original :

[Spätestens bis zu diesem Zeitpunkt hat der Gesetzgeber eine verfassungskonforme Neuregelung zu treffen.]

(249) BVerfG, arrêt du 1^{er} juillet 1998, *BVerfGE* 98, 169.

(250) *Idem*, 215 (délai de la première catégorie). C'est nous qui soulignons. Texte original :

[Pflicht des Gesetzgebers, umgehend tätig zu werden.]

(251) *Idem* (délai de la seconde catégorie). C'est nous qui soulignons. Texte original :

[Das Bundesverfassungsgericht (...) ordnet deshalb an, daß [die für verfassungswidrig erklärte Bestimmung] zunächst, längstens bis zum 31. Dezember 2000, anwendbar bleibt.]

rence de délais de la *même* catégorie et non de catégories distinctes. Lorsque nous avons fait état de cette constellation plus haut (252), nous avons déjà précisé que nous n'en connaissons aucun cas d'application dans le domaine des délais de sollicitation, mais seulement dans celui des délais d'abrogation.

Comme illustration, on peut mentionner une décision du 10 novembre 1998 (253) dans laquelle la Cour de Karlsruhe fixe deux délais d'abrogation *distincts* :

«Les normes inconstitutionnelles demeurent (...) provisoirement applicables.

1. La réglementation anticonstitutionnelle du paragraphe 33c de la loi sur l'impôt sur le revenu [Einkommensteuergesetz] demeure applicable jusqu'au 31 décembre 1999. (...)

2. Quant à la réglementation relative à la «quotité exonérée d'impôt pour frais de ménage» [Haushaltsfreibetrag], elle pourra être appliquée jusqu'au 31 décembre 2001.» (254)

D'autres décisions peuvent également être citées (255).

* *

256. – La troisième constellation particulière de délais a déjà été évoquée plus haut (*supra*, n° 263.3) ; il s'agit de l'arrêt 73/2003 de la Cour d'arbitrage (256), auquel il convient de consacrer quelques développements spécifiques (n° 257-261). La difficulté de cette décision tient en effet en ce que son 'classement' dans l'une ou l'autre grande catégorie de délais est *particulièrement malaisé*, même si nous avons, pour notre part, estimé que le délai qu'elle contient constitue un délai de sollicitation.

257. – L'arrêt 73/2003 représente non seulement l'une des décisions les plus importantes de la Cour en ses vingt années d'existence mais constitue aussi – pour reprendre les termes du doyen

(252) Voy. *supra*, n° 235.3 et note 157.

(253) BVerfG, décision du 10 novembre 1998, *BVerfGE* 99, 216.

(254) *Idem*, 244. C'est nous qui soulignons. Texte original :

[Die verfassungswidrigen Normen bleiben (...) vorübergehend weiterhin anwendbar.

Die für verfassungswidrig erklärten Regelungen des § 33c EStG sind bis zum 31. Dezember 1999 weiterhin anzuwenden. (...)

Die Regelung über den Haushaltsfreibetrag bleibt bis zum 31. Dezember 2001 weiterhin anwendbar.]

(255) Voy. notamment BVerfG, arrêt du 11 novembre 1999 (Péremption financière entre Länders (Finanzmangel)). *BVerfGE* 101, 158 (159-160 et 238).

(256) Du 20 mai 2003 (circularisation décalorale de Brunelles-Hal-Visorde).

Jean-Claude SCHOLSEM – une décision « à très haute teneur communautaire » (257). Le caractère particulièrement sensible de l'arrêt résulte du fait que la Cour avait déjà été saisie du même problème neuf ans plus tôt (258) – quoique dans des conditions assez différentes (259) – et que la solution dérogée à l'époque ne semble plus emporter l'adhésion des partis politiques flamands. Le problème de fond qui est soumis à la Cour fait donc l'objet d'un *désaccord croissant* entre les partis francophones et néerlandophones. Ces éléments sont essentiels pour saisir la portée de l'arrêt de la Cour et, plus précisément, pour mesurer l'impact de la décision sur l'*activité normative future du Pouvoir législatif*, auquel une injonction de légiférer est adressée. Avant de présenter cette intervenue plus en détail et d'évoquer le *déjà* qui l'accompagne, il s'indique de débiter par un petit rappel des faits.

257.1 – En décembre 2002, le législateur fédéral belge décide de modifier la répartition du Royaume en *circonscriptions électorales* (260). Jusqu'alors, il en existait vingt (261) dans le pays, qui coïncidaient le plus souvent (262) avec les arrondissements administratifs. Au centre du pays, il existait cependant une vaste circonscription spécifique : la circonscription électorale de *Bruxelles-Hal-Vilvorde*. Celle-ci, véritable casse-tête institutionnel, s'étendait sur *plusieurs* arrondissements administratifs à la fois (précisément les arrondissements administratifs de Bruxelles (263), de

(257) J.-C. SCHOLSEM, « Des « principes » et de l'usure du temps », note sous CA, arrêt 73/2003 du 26 mai 2003, *JLMR*, 2003, 1165. Dans le même sens : K. MUYLLE et J. VAN NIEUWERHOVE.

(258) De Raad van State en de splitsing van de kieskring Brussels-Halle-Vilvoorde, *TBP*, 2003, 165. Signalons que l'adjectif « communautaire » est ici employé dans son acception *spécifiquement belge*, en faisant référence aux différentes communautés linguistiques du pays.

(259) CA, arrêt 90/94 du 22 décembre 1994, spécialement les considérants B.5.8.-B.5.11.

(260) Circonscription que la Cour souligne dans l'arrêt : « A la différence de la loi (...) qui était en cause dans l'arrêt 90/94, la loi du 13 décembre 2002 [a] examiné [...] » (CA, arrêt 73/2003 du 26 mai 2003, considérant B.9.4. C'est nous qui soulignons).

(261) Loi « modifiant le Code électoral » et loi portant diverses modifications en matière de législation électorale, toutes deux promulguées le 13 décembre 2002 et publiées au *Moniteur belge* du 10 janvier 2003.

(262) Pour une carte de ces vingt circonscriptions, voy. A. ALIN et K. MUYLLE, *Compendium van het Belgisch Staatsrecht*, 2^e édition, Malines, Kluwer, tome 1A, 2003, 223.

(263) Des exceptions à cette règle existaient dans les provinces de Limbourg, Luxembourg et Namur ainsi que – comme nous allons le voir maintenant – au centre du pays.

(264) L'arrondissement administratif de Bruxelles constituait le seul arrondissement du Royaume à ne faire partie d'aucune province, il forme à lui seul la région bilingue de Bruxelles-Capitale (en néerlandais : *Tweestalig gebied Brussel-Hoofdstad*) visée à l'article 4 de la Constitution.

Hal (264) et de Vilvorde) et enjambait la frontière linguistique. L'existence de cette dernière circonscription est depuis quarante ans critiquée par un certain nombre de partis politiques flamands, qui estiment que les circonscriptions électorales ne devraient pas s'étendre sur plusieurs régions linguistiques à la fois.

257.2 – Ce point de discord est sous-jacent à la réforme législative de décembre 2002, dont l'objectif est de *modifier* la répartition du Royaume en circonscriptions électorales. Le législateur estime en effet que les circonscriptions actuelles, pour l'essentiel organisées par arrondissements, sont devenues trop étroites et qu'il convient de les fusionner à un niveau provincial : il prévoit dès lors qu'il n'existera désormais *plus qu'une circonscription par province*. Cette règle est énoncée à l'*article 2* de la loi du 13 décembre 2002 portant modification du Code électoral. Cette disposition est entrée en vigueur avant les élections législatives de mai 2003 et a déjà été appliquée à celles-ci.

257.3 – Si la création des circonscriptions provinciales fait l'objet d'un consensus entre partis francophones et néerlandophones, il en va autrement pour le second volet de la réforme, à savoir la délimitation des circonscriptions électorales au *centre* du pays. Ici, les positions sont diamétralement opposées : aucun parti francophone n'accepte la suppression de la circonscription de Bruxelles-Hal-Vilvorde et aucun parti néerlandophone n'est d'accord pour la maintenir telle quelle. Pour sortir de l'impasse, le législateur imagine alors un scénario de compromis digne des plus grands maîtres du surréalisme belge : la loi du 13 décembre 2002 stipule en ses *articles 3 et suivants* – nous simplifions à l'extrême – que la circonscription de Bruxelles-Hal-Vilvorde est *à la fois* supprimée et maintenue. Il est en effet prévu que l'entité est supprimée pour les électeurs *néerlandophones* mais maintenue pour les électeurs *francophones* : si les premiers font désormais partie d'une circonscription *encore* plus grande, celle de Bruxelles-Hal-Vilvorde-*Louvain*, les seconds connaissent le *statu quo* et votent comme avant la réforme.

257.4 – Cette construction originale soulève cependant un important problème de constitutionnalité : l'article 63 de la Constitution

(264) L'arrondissement administratif de Hal (en néerlandais : *Halle*) fait partie de la province de Brabant flamand, dont il constitue l'un des trois arrondissements. Les deux autres arrondissements sont Vilvorde (Vilvoorde) et Louvain (Leuven).

stipule que le nombre de sièges dévolus à chaque circonscription doit être connu *avant* le scrutin (265). Mais dès lors qu'il n'existe en Belgique aucune 'sous-nationalité' (266) et que l'électeur décide librement de l'appartenance linguistique de sa voix (267), il est impossible de connaître à l'avance le nombre d'électeurs néerlandophones et francophones dans les arrondissements de Bruxelles, Hal et Vilvorde. Or, comme seules les voix *néerlandophones* de ces arrondissements sont jointes aux suffrages de l'arrondissement de Louvain, on ne peut prédéterminer le nombre de *sièges* qui sont dévolus aux candidats domiciliés dans les arrondissements de Bruxelles, Hal et Vilvorde, d'une part, et dans l'arrondissement de Louvain, de l'autre. C'est cette incertitude sur le nombre de sièges à attribuer qui est jugée contraire à la règle constitutionnelle prévue à l'article 63.

En raison de son inconstitutionnalité manifeste, le régime des deux circonscriptions électorales superposées (et aux contours géographiques et démographiques variables) n'a jamais trouvé à s'appliquer : suspendu par la Cour d'arbitrage encore avant les élections législatives du 18 mai 2003 (268), il est définitivement annulé quelques jours après celles-ci par la décision du 26 mai (arrêt 73/2003), qu'il convient maintenant d'examiner. C'est en effet cette décision qui renferme la *technique de délai* qui nous intéresse dans le cadre des présents développements.

258. — L'essentiel de l'arrêt — on aurait tendance à le négliger — tient en ce qu'il décide de *ne pas invalider l'article 2* de la loi du 13 décembre 2002, disposition qui règle la fusion des circonscriptions électorales au niveau provincial et qui est applicable à tous les arrondissements du pays à l'exception de quatre. Ce point est de la plus haute importance, car il signifie que pour l'écrasante majorité

(265) Cette répartition des sièges a lieu par arrêté royal (voy. par exemple l'arrêté royal du 22 janvier 2003, *Monsieur belge*, 7 février). Pour plus de détails sur ce point, voy. A. Aibar et K. MUYLLER, *Compendium van het Belgisch Stadsrecht*, 2^e édition, ouvrage précité, tome 1A, 2003, 222-224.

(266) Contrairement par exemple à la Suisse, on chaque citoyen est d'abord et avant tout citoyen d'une *commune* qui, elle, fait partie d'un *canton*, qui lui fait à son tour partie de la *Confédération*. En Allemagne, les Länder sont également habilités à organiser une citoyenneté propre, encore qu'il n'existe à notre connaissance aucune législation fédérale qui se serait servie de cette compétence.

(267) C'est-à-dire le vote pour un candidat francophone ou un candidat néerlandophone. (268) CA, arrêt 30/2003 du 26 février 2003, et note G. ROSOUR, 'Lépons de l'éphémère. La Cour d'arbitrage et le «renouveau» électoral — La Cour d'arbitrage et la suspension», *RBDG*, 2003, 13-68.

des arrondissements de la Belgique, la réforme opérée par la loi du 13 décembre 2002 *demeure applicable*. Ce n'est que dans les arrondissements de Bruxelles, Hal, Vilvorde et Louvain que la réforme subit le fœnet de l'invalidation : les *articles 3 et suivants* de la loi sont annulés (269), de sorte que la création des deux circonscriptions superposées ne peut avoir lieu.

258.1 — Lorsque le juge constitutionnel prononce l'invalidation d'une norme législative, c'est en principe la norme législative *antérieure* qui redevient applicable (270) ; pour utiliser la terminologie anglaise, très parlante sur ce point, la règle ancienne *'springs back into force'*. Appliqué au cas d'espèce, le principe de la renaissance du droit antérieur soulève cependant un problème particulier.

En effet, comme la Cour d'arbitrage décide de ne pas invalider l'article 2 de la loi soumise (disposition qui est applicable à tous les arrondissements de Belgique à l'exception de quatre), l'invalidation des articles 3 et suivants de la loi (qui sont précisément destinés à ces quatre arrondissements) a pour conséquence que le régime juridique antérieur renaît *dans les seuls arrondissements de Bruxelles, Hal, Vilvorde et Louvain*, cependant que le nouveau droit, issu de la réforme de décembre 2002, demeure applicable dans *tous les autres arrondissements* : l'article 2, non invalidé, *n'a pas le même champ d'application géographique* que les articles 3 et suivants, invalidés.

Il en résulte que la répartition du pays en circonscriptions électorales s'opère désormais en fonction de *deux législations différentes*, selon que l'on se situe à l'intérieur ou à l'extérieur des quatre arrondissements prémentionnés (271). Les provinces d'Anvers, de Brabant wallon, de Flandre occidentale, de Flandre orientale, de Hainaut, de Liège, de Limbourg, de Luxembourg et de Namur disposent de circonscriptions électorales homogènes (c'est-à-dire identiques au territoire de la province), tandis que la province de Brabant flamand est soumise à un régime différent : deux de ses trois arrondissements font partie de la circonscription de Bruxelles-

(269) CA, arrêt 73/2003 du 26 mai 2003, considérant B.5.5., alinéa 2.

(270) Voy. aussi *supra*, n° 219.

(271) Si ce régime a déjà trouvé à s'appliquer aux élections du 18 mai 2003, il convient de relever qu'il ne s'agissait pas, en l'occurrence, d'une conséquence de l'arrêt 73/2003 *ici en cause* mais de l'arrêt de suspension du 26 février 2003 (CA, arrêt 30/2003, précité) : l'arrêt 73/2003 n'a été prononcé que *postérieurement* au scrutin.

Hal-Vilvorde, et le troisième constitue une circonscription à part (272).

Cette différence de traitement est loin d'être anodine, car toute personne qui se porte candidat à l'élection de la Chambre des Représentants est tenue de le faire *au sein d'une circonscription donnée*; nul ne peut se présenter dans plusieurs circonscriptions à la fois (273). Cette règle fait que les candidats qui se présentent dans la province de Brabant flamand sont soumis à un régime *différent* que les autres candidats en Belgique; jamais ils ne pourront se présenter devant les électeurs de toute la province; s'ils se portent candidat dans l'arrondissement de Louvain, les habitants des arrondissements de Hal et Vilvorde ne pourront voter pour eux, et s'ils se présentent au sein de la circonscription de Bruxelles-Hal-Vilvorde, les habitants de l'arrondissement de Louvain ne peuvent leur accorder leur voix. Il apparaît ainsi qu'il existe, sur le plan du droit électoral, une *différence de traitement* entre la province de Brabant flamand et les autres provinces du Royaume.

258.2 — Chez un constitutionnaliste, cette différence de traitement ne peut qu'éveiller des suspensions: est-il conforme au principe d'égalité de faire coïncider le territoire des circonscriptions électorales partout dans le pays avec le territoire des provinces, *sauf* dans la province de Brabant flamand?

258.3 — Pour la Cour d'arbitrage, la réponse à cette question est simple: dès lors qu'il s'agit d'un scrutin *national*, les règles qui président à la délimitation des circonscriptions électorales doivent être les *mêmes* partout dans le Royaume. La Cour admet certes qu'au centre du pays (274), des

«modalités spéciales [peuvent être prévues pour] garantir les intérêts légitimes des néerlandophones et des francophones» (275),

et confirme (276) également sa jurisprudence de 1994, selon laquelle la circonscription de Bruxelles-Hal-Vilvorde n'est, en tant

(272) Les élections législatives de 2003 ayant été antérieures à l'arrêt 73/2003, il s'ensuit que les premières élections qui seront réellement concernées par cet arrêt seront celles qui précéderont à la composition des Assemblées de la 53^e législature, législature qui débutera en principe en 2007.

(273) Article 118, alinéa 2, du Code électoral.

(274) C'est-à-dire dans l'ancienne province de Brabant, disparue au 31 décembre 1994, et dont le territoire est aujourd'hui réparti entre les provinces de Brabant flamand, de Brabant wallon et l'arrondissement de Bruxelles.

(275) CA, arrêt 73/2003 du 26 mai 2003, considérant B.9.7.

(276) CA, arrêt 73/2003 du 26 mai 2003, considérant B.9.2.

que telle, pas inconstitutionnelle (277). Mais mis à part ces dérogations spécifiques, la position de la Cour est univoque: la différence de traitement entre la province de Brabant flamand et les autres provinces du pays est *contraire* au prescrit constitutionnel de l'égalité. Si ce constat n'est nullement explicitement mentionné dans l'arrêt — ceci à notre surprise (278) — il n'en constitue pas moins le soutien nécessaire. La Cour tient en effet à souligner que

«la loi du 13 décembre 2002 (...) fait coïncider les circonscriptions électorales avec les provinces, sauf en ce qui concerne la province du Brabant flamand et l'arrondissement administratif de Bruxelles-Capitale. (...)»

En maintenant la circonscription de Bruxelles-Hal-Vilvorde, le législateur traite les candidats de la province du Brabant flamand différemment des candidats des autres provinces, puisque, d'une part, ceux qui se présentent dans la circonscription électoral de Bruxelles-Hal-Vilvorde se trouvent en compétition avec des candidats qui se présentent ailleurs que dans cette province, et que, d'autre part, les candidats qui se présentent dans la circonscription électoral de Louvain ne sont pas traités de la même façon que ceux qui se présentent dans la circonscription électoral de Bruxelles-Hal-Vilvorde.» (279)

259. — C'est à ce stade qu'intervient l'énoncé le plus remarquable de la décision: après avoir soigneusement préparé le terrain, la Cour relève sur un ton parfaitement nonchalant qu'

«[e]n cas de maintien des circonscriptions électorales provinciales pour l'élection de la Chambre des représentants, une nouvelle composition des circonscriptions électorales de l'ancienne province de Brabant peut être accompagnée de modalités spéciales qui peuvent différer de celles que qui valent pour les autres circonscriptions électorales (...)» (280)

Loin de constituer une habilitation purement permissive, cet énoncé contient, en des termes choisis, une véritable *injonction de légiférer* (281). Pour s'en apercevoir, il suffit de débarrasser la phrase de tous les ajouts accessoires et d'examiner la seule *structure de base*: la Cour d'arbitrage affirme que les circonscriptions provinciales peuvent être maintenues «*en cas d'une nouvelle composition des*

(277) CA, arrêt 90/94 du 22 décembre 1994, considérants B.5.8.-B.5.11. Cet arrêt fut cependant rendu à un moment où les circonscriptions électorales étaient encore essentiellement organisées par *arrondissement administratif* et non par province. Il s'agit là d'une différence essentielle.

(278) Car ce jugement d'inconstitutionnalité n'a rien d'extraordinaire; il peut s'appuyer sur des données objectives.

(279) *Idem*, considérant B.9.5. C'est nous qui soulignons.

(280) *Idem*, considérant B.9.7.

(281) Dans le même sens: K. MUYLLER et J. VAN NIEUWERENHOVE, «De gedeeltelijke vernietiging van de kieshervoorming», *TBP*, 2003, 623, et «De Raad van State en de splitsing van de kieskring Brussel-Halle-Vilvoorde», *TBP*, 2005, 166 et 168.

circonscriptions électorales de l'ancienne province de Brabant. Ce faisant, le juge constitutionnel *subordonne* l'existence des circonscriptions provinciales à une intervention législative et affirme donc en définitive que le législateur *doit* procéder à une

«une nouvelle composition des circonscriptions électorales de l'ancienne province de Brabant» (282)
s'il veut maintenir

«les circonscriptions électorales provinciales» (283).

Les potentialités du considérant vont cependant encore plus loin, car l'intervention du législateur est non seulement requise dans l'hypothèse où le législateur décide de *maintenir* les circonscriptions provinciales électorales mais également dans le cas où il se résout à *ne pas* les maintenir. En effet, s'il opte pour la suppression des circonscriptions électorales provinciales, le législateur échappe certes à l'obligation d'organiser

«une nouvelle composition des circonscriptions électorales de l'ancienne province de Brabant»

mais il devra alors *abroger la base légale* des circonscriptions provinciales, soit l'article 2 de la loi du 13 décembre 2002, que la Cour a décidé de ne pas invalider. Or, comme toute abrogation suppose nécessairement la production d'une norme nouvelle (284), le législateur est obligé de légiférer quoi qu'il advienne, soit pour réaliser une nouvelle composition des circonscriptions électorales dans l'ancienne province du Brabant, soit pour abroger les dispositions de la loi du 13 décembre 2002 qui n'ont pas été invalidées par la Cour (285). L'énoncé de la Cour d'arbitrage, malgré son caractère conditionnel, ne constitue donc pas une *ligne directrice*, simplement facultative, mais une véritable *injonction* de légiférer; son caractère alternatif est par ailleurs patent (286).

260. — Après avoir exploré le cadre juridique de l'injonction qui est contenue dans la décision du 26 mai 2003, nous voudrions maintenant présenter l'énoncé qui contient *le délai* qui nous intéresse

(282) *Ibidem*. C'est nous qui soulignons.

(283) *Ibidem*. C'est nous qui soulignons.

(284) Ne fait-ce que pour supputer que telle norme est abrogée.

(285) Auquel cas on reviendrait *partout* en Belgique au droit antérieur à la réforme.

(286) Concluent également au caractère alternatif de l'injonction: K. MUYLLE et J. VAN NIEUWENHOVE, «De gedeeltelijke vernietiging van de kiesvervoorming», *JBP*, 2003, 628. — Notons qu'il s'agit là, à notre connaissance, de la seule injonction alternative en droit belge. Voir aussi *supra*, n° 275, pour le tableau récapitulatif des injonctions dans notre site de recherche.

particulièrement au sein des présents développements. À l'instar du considérant qui renferme l'injonction de légiférer, il s'agit d'une phrase d'apparence anodine, dont on risque, si l'on prend pas garde, de ne pas apercevoir toutes les potentialités. Après avoir enjoint au législateur d'agir, la Cour relève en effet qu'il

«peut être admis que la repartition en circonscriptions électorales opérée par la loi entreprise soit maintenue pendant le délai de quatre ans prévu par l'article 65 de la Constitution prenant cours au moment déterminé par l'article 105 du Code électoral.» (287)

C'est cet énoncé qui constitue, à notre connaissance, le seul cas où la Cour d'arbitrage fixe un délai de sollicitation par référence à un simple *événement*.

261. — Par rapport à cette phrase fort peu explicite, trois observations importantes peuvent être émises.

261.1. — La première concerne la question de savoir si ce délai doit être classé dans la catégorie des délais de sollicitation ou d'abrogation. Comme nous l'avons relevé plus haut (288), le juge constitutionnel belge a pour l'essentiel recours à la catégorie des délais d'abrogation, en indiquant le laps de temps pendant lequel la norme invalidée peut encore être appliquée.

Dans l'arrêt 73/2003, ce n'est cependant pas cette technique qui est employée (289): l'article 2 de la loi, qui établit les circonscriptions électorales provinciales, n'est pas annulé. C'est pourtant bien cet article qui est à l'origine de la différence de traitement: si l'article 2 de la loi du 13 décembre 2002 n'existait pas, la province de Brabant flammand ne serait pas traitée différemment des autres provinces belges.

Ce point est essentiel pour comprendre qu'en l'occurrence, la Cour d'arbitrage émet un délai de sollicitation, c'est-à-dire détermine le laps de temps dans lequel le législateur est tenu d'intervenir, sans que la règle de droit concernée par ce délai soit automatiquement invalidée à l'expiration de celui-ci. Le Pouvoir législatif fédéral est donc averti que la disposition en question ne pourra pas indéfiniment subsister dans la législation belge et qu'un laps de temps lui est accordé pour pourvoir à son remplacement, mais la Cour se

(287) CA, arrêt 73/2003 du 26 mai 2003, considérant B.9.8. C'est nous qui soulignons.

(288) *Supra*, n° 233.

(289) Point également relevé par K. MUYLLE et J. VAN NIEUWENHOVE, «De gedeeltelijke vernietiging van de kiesvervoorming», *JBP*, 2003, 628.

garde bien de préciser que l'article 2 de la loi perdrait *automatiquement* sa validité à l'expiration du délai prévu. Elle se borne en effet à énoncer au dispositif :

« Par ces motifs, la Cour

1. annule : les articles 3, 4, 5, 6, 9, 10 et 11 de la loi du 13 décembre 2002 « modifiant le Code électoral et son annexe »; (...)

2. rejette les recours en annulation pour le surplus, compte tenu de ce qui est précisé en B.9.2. à B.9.9 » (290)

Or, le délai dont nous venons de faire état *figure précisément au considérant 9.7*. On le voit : l'article 2 de la loi n'est pas inva-
lidé, mais la Cour enjoint au législateur d'intervenir dans un certain laps de temps. Ce faisant, elle ne *fait aucune date* à laquelle la dis-
position visée par ce délai *cesserait ses effets*; la Cour renonce donc à l'utilisation d'un délai d'abrogation.

261.2 – La seconde remarque relative au délai qui est accordé au législateur a trait à la détermination précise de sa *durée*. *Avant quel moment* le législateur devra-t-il être intervenu ? Sur ce point, l'énoncé donne également des indications précieuses, et chaque mot porte : le juge constitutionnel énonce que la répartition en circonscriptions électorales prévue par la loi entreprise sera maintenue « pendant le délai de quatre ans prévu par l'article 65 de la Constitution ».

Cette formulation est particulièrement ambiguë et peut aisément induire en erreur : on pourrait croire que le délai accordé au législateur serait délimité par une date *fixe*, après l'écoulement de quatre années. Or, c'est précisément ce que le juge constitutionnel *ne dit pas* : après avoir fait mention d'un laps de temps

« de quatre ans »

il ajoute – et ceci est capital – que le délai pour légiférer correspond à celui énoncé à

« l'article 65 de la Constitution ».

Or, l'article 65 de la Constitution détermine la durée de la *législature* (291), de sorte qu'en accordant au législateur un

« délai (...) prévu à l'article 65 de la Constitution »,

la Cour d'arbitrage exige en réalité une réaction législative *pendant la législature en cours* :

(290) CA, arrêt 73/2003 du 26 mai 2003, dispositif. C'est nous qui soulignons.

(291) La disposition porte :
« Les membres de la Chambre des représentants sont élus pour quatre ans. La Chambre est renouvelée tous les quatre ans ».

l'échéance du délai est donc déterminée par un simple *événement* (292) (293). Dans ce contexte, il faut rappeler que la durée de *principe* de chaque législature ne correspond pas nécessairement à sa durée *réelle* (294), et le doyen Jean-Claude SCHOLSEM regrette à juste titre que la formulation choisie par la Cour d'arbitrage

« ne tient pas compte de la possibilité, toujours imprévisible, d'élections anticipées. » (295)

Cette observation est d'autant plus pertinente qu'en Belgique, *plus aucune* législature n'est allée à son terme depuis 1920 (296).

261.3 – Nous voudrions enfin émettre une troisième observation relative à ce délai. Comme nous avons pu le démontrer, le laps de temps qui est accordé au législateur constitue un délai de *sollennisation* et non d'abrogation. Au terme de nos développements relatifs à l'arrêt 73/2003, il peut dès lors être intéressant de se demander *pourquoi* le juge constitutionnel belge n'emploie pas, en l'occurrence, un délai d'abrogation, comme il le fait habituellement.

(292) Amsi, K. MEYILIE et J. VAN NIEUWENHOVE précisent dans leur contribution de 2005 que le délai court

« jusqu'à la fin de la présente législature » [« tot het einde van deze zittingsperiode »].

encore que les mêmes auteurs avaient considéré deux ans plus tôt (en 2003) que le délai n'était *justement pas* limité par la présente législature, mais expirait au bout de *quatre ans fixes*. Il semble donc que les auteurs aient modifié leur position sur la question (ce qui est tout à leur honneur). Les contributions auxquelles nous faisons ici référence sont : « De Raad van State en de splitsing van de kieskring Brussel-Halle-Vilvoorde », *TBP*, 2005, 165, et « De gedeeltelijke vernietiging van de kiesvervoering », *TBP*, 2003, 628, note 9.

(293) L'intention de la Cour d'arbitrage d'accorder au législateur un délai d'une *législature* est non un délai *fixe* ressort de deux éléments. *D'une part*, il convient de faire état d'un raisonnement *a contrario* : si la Cour constitutionnelle belge avait vraiment eu l'intention d'accorder au législateur un délai *fixe*, on ne comprend pas pourquoi elle aurait versé dans le superflu et mentionné l'article 65 de la Constitution, alors que les termes « dans un délai de quatre ans » sont parfaitement suffisants à eux seuls. On peut *d'autre part* relever que dans tous les autres cas où le juge constitutionnel accorde un délai (cf. la liste présentée *infra*, n° 275), il ne mentionne pas de disposition spécifique pour délimiter ce laps de temps mais se borne à simplement mentionner sa *durée d'existence* (par exemple : jusqu'au 30 juin 2007). Or, dans le cas d'espèce, la Cour d'arbitrage s'écarte du procédé habituel et *fait* mention d'une disposition spécifique dans l'énoncé relatif au délai. La seule manière de donner une véritable *signification juridique* à cette référence – en l'occurrence l'article 65 de la Constitution – est d'admettre que celle-ci *modifie* le sens de l'énoncé en question, il faut donc admettre que le délai qui est accordé au législateur n'est pas de quatre années fixes (car tel serait précisément la signification de l'énoncé sans ladite référence à l'article 65), mais expire à la fin de la *législature*. Cette interprétation semble d'autant plus s'imposer que l'article 65 de la Constitution a justement trait à la durée de la législature.

(294) Sur ce point, voir la décision du juge constitutionnel allemand commentée *supra* au n° 236.2.

(295) J.-Cl. SCHOLSEM, « Des « principes » et de l'insure du temps », *proclix*, 1174.

(296) F. DARRÈSSE, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles et Paris, Bruylant et LGDJ, 2000, 985.

263. — Au cours de la troisième section qui vient de s'achever ici et dont la longueur était justifiée par son importance (300), nous avons pu étudier les différentes articulations de *l'une* des deux techniques juridiques qui accompagnent parfois les injonctions de légiférer, à savoir la fixation d'un *déla* dans lequel la réaction législative doit avoir lieu. Dans la quatrième et dernière section que nous allons maintenant entamer (301), nous allons nous pencher sur *l'autre* technique accessoire aux injonctions, c'est-à-dire la fixation, par le juge constitutionnel, d'un certain nombre de *mesures provisoires* qui sont destinées à régir des situations juridiques *dans l'attente* de cette réaction.

SECTION 4. — LA DÉTERMINATION
DE MESURES PROVISOIRES APPLICABLES EN ATTENDANT
L'INTERVENTION LÉGISLATIVE

264. — Lorsque le juge constitutionnel enjoint au législateur de réagir suite à une décision d'inconstitutionnalité, il se peut qu'il *prévo*, dans le corps de la décision, des règles qui s'appliquent *en attendant* cette réaction. C'est à cette technique, que nous dénomerons '*mesures provisoires*', que la présente section est consacrée. Ces mesures permettent au juge constitutionnel de mettre *immédiatement* fin à l'application de la norme inconstitutionnelle, tout en évitant un vide juridique : la situation est temporairement régie par un certain nombre de règles prétorienne.

265. — La technique des mesures provisoires appelle deux observations générales.

265.1 — La première concerne les rapports que cette technique entretient avec le mécanisme des *déla*s. La relation entre ces deux procédés est profondément ambivalente : les mesures provisoires sont compatibles avec les *déla*s de sollicitation, mais totalement incompatibles avec les *déla*s d'abrogation (302).

(300) Nos 222 à 263.

(301) Nos 264 à 271.

(302) Cette importante distinction relative aux mesures provisoires *présuppose* la présentation des deux grandes catégories de *déla*s. On comprend donc pourquoi nous avons, dans notre travail, d'abord présenté les techniques de *déla*s (section 3) avant d'étudier les *mesures provisoires* (section 4).

La *compatibilité* des mesures provisoires avec les *déla*s de sollicitation est aisée à comprendre : on peut parfaitement concevoir que le juge constitutionnel accorde au législateur un *déla* pour intervenir et détermine *parallèlement* les règles qui sont applicables *jusqu'à* cette intervention.

L'incompatibilité totale entre les mesures provisoires et les *déla*s d'abrogation nécessite quelques développements supplémentaires. Lorsque le juge constitutionnel fixe un *déla* d'abrogation, il fait en sorte que la norme inconstitutionnelle reste, pour une certaine période, applicable *au-delà* du constat d'inconstitutionnalité. En d'autres termes, la situation juridique demeure *la même* qu'avant ce constat : la norme inconstitutionnelle *continue d'être applicable* et peut causer un dommage aux justiciables. C'est précisément un tel préjudice que la technique des mesures provisoires tente de prévenir : en fixant des règles *prétorienne*s, applicables *dans l'attente* d'une nouvelle disposition législative, elle élimine *instantanément* la règle inconstitutionnelle. L'antagonisme avec les *déla*s d'abrogation est manifeste : alors que ceux-ci *prolongent* l'application de la norme inconstitutionnelle, les mesures provisoires y mettent *justement* fin avec *effet immédiat* (303).

265.2 — La deuxième remarque tient en ce que la technique des mesures provisoires doit être soigneusement distinguée d'un procédé d'apparence proche, à savoir de la réglementation, par le juge constitutionnel, des conséquences juridiques d'un *dépassement de déla*s (304). Malgré leur similitude, ces deux mécanismes se distinguent sous au moins trois aspects :

— la réglementation du *dépassement d'un déla* suppose un *manquement* du législateur, tandis que la technique des mesures provisoires *ne le présuppose* pas mais requiert un simple constat d'inconstitutionnalité (305) ;

(303) Il est vrai que dans l'arrêt *IVG II* du 26 mai 1993 (voy. ci-après, n° 269), le juge constitutionnel allemand émet des mesures provisoires tout en précisant que les dispositions déclarées inconstitutionnelles *restent en vigueur jusqu'au 15 juin 1993*. Il s'agit toutefois là d'un cas tout à fait particulier, puisque ce *déla* de 18 jours a pour seul objectif la *publication* de l'arrêt au *Journal officiel*. Cette formalité est accomplie le 12 juin (*BFGH*, série I, 1993, 820).

(304) Voy. à titre d'exemple les décisions suivantes : *BVerfG*, décision du 24 novembre 1993, *BVerfGE* 99, 300 (304, 331-332), décision du 29 janvier 1969, *BVerfGE* 25, 167 (187-188), arrêt du 27 juin 1991, *BVerfGE* 84, 239 (284-285), décision du 11 janvier 1995, *BVerfGE* 92, 53 (72-73), et décision du 10 novembre 1998, *BVerfGE* 99, 216 (233, 234, 241, 242-243, 244).

(305) Le simple constat d'une inconstitutionnalité n'est à notre sens pas constitutif d'un *manquement*. Le législateur ne faillit à ses obligations que lorsqu'il ne met pas fin à une inconstitutionnalité *après qu'elle ait été constatée*.

— la réglementation du dépassement d'un délai produit ses effets nécessairement *plus tard* (puisque'il faudra attendre l'écoulement du délai), tandis que l'application des mesures provisoires est *immédiate*; enfin

— la mise en œuvre de la réglementation relative au dépassement de délai n'est qu'*éventuelle* (puisque'elle ne s'appliquera que si le législateur n'intervient pas au cours du délai impartit), tandis que celle des mesures provisoires est *certaine*.

266. — Ces observations (nos 265.1 et 265.2) étant émises, il convient d'examiner la présence des mesures provisoires dans notre champ de recherche; pour cela, il est nécessaire de distinguer les situations en France, en Belgique et en Allemagne.

266.1 — Pour un juriste français, l'idée que le juge constitutionnel puisse édicter des règles à portée générale, applicables *en lieu et place de la loi*, doit nécessairement paraître incongrue: une telle démarche est en effet *inconcevable* dans un système qui contrôle la constitutionnalité des lois *a priori*, avant leur promulgation.

266.2 — D'un point de vue purement conceptuel, la situation est plus propre en Belgique, où la constitutionnalité des normes législatives est exclusivement vérifiée *a posteriori*. Jusqu'à présent, le législateur spécial n'a cependant pas fait usage de ces possibilités théoriques, et la Cour d'arbitrage *ne dispose pas*, en droit positif, de la compétence d'émettre des mesures provisoires (306).

266.3 — Les choses sont fondamentalement différentes au sein de l'ordre juridique allemand, où la Cour de Karlsruhe *édicte effective-ment* des mesures provisoires; elle module donc *temporairement*, *par des règles préliminaires*, des situations juridiques qui sont en principe régies par le législateur. La question de savoir si le *Bundesverfassungsgericht* est réellement compétent pour émettre de telles règles ne semble guère l'intriguer: il la résout à sa manière, en invoquant, d'une manière parfaitement lapidaire, le *paragraphe 35* de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale. Cette disposition, que nous avons déjà rencontrée au cours de la section précédente (n° 222), porte:

(306) L'article 8, alinéa 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage stipule certes que

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

mais le terme provisoirement qui figure dans cette disposition ne concerne pas l'application d'une règle produite par le juge constitutionnel mais l'application de la norme déclarée inconstitutionnelle.

«La Cour constitutionnelle fédérale peut déterminer dans sa décision à qui incombe son exécution; elle peut également préciser, pour un cas individuel, la manière dont il sera procédé à l'exécution.» (307)

La Cour concrétise la seconde moitié de phrase d'une manière très extensive, en considérant qu'elle lui attribue la compétence d'énoncer des règles à portée générale, applicables *aussi longtemps que le législateur n'aura pas édicte de norme conforme à la Constitution*. Dans plusieurs décisions, elle mentionne ainsi le paragraphe 35 BVerfGG comme base légale des mesures provisoires qu'elle édicte (308).

Cette interprétation très généreuse du paragraphe 35 est contestée par une grande partie de la doctrine, qui reproche aux magistrats de Karlsruhe de se muer en un 'pouvoir législatif auxiliaire' (309) et de s'apparenter de la sorte à une 'entreprise de réparation du parlementarisme' (310). Certaines plumes vont encore plus loin et dénoncent une véritable 'érosion de la séparation des pouvoirs' (311) et la mise en place d'une 'oligarchie dans la démocratie' (312) (313).

* * *

(307) C'est nous qui soulignons. Texte allemand *supra*, au numéro indiqué.

(308) Voy. notamment BVerfG, arrêt du 25 février 1975 (*interruption volontaire de grossesse I* [*Schwangerschaftsabbruch I*]), BVerfGE 39, 1 (2), présenté ci-après, et arrêt du 28 mai 1993 (*interruption volontaire de grossesse II* [*Schwangerschaftsabbruch II*]), BVerfGE 98, 203 (336), également présenté ci-après.

(309) W. ALEXANDROTTI, «Das Bundesverfassungsgericht als Ersatzgesetzgeber?», note sous BVerfG, arrêt du 29 mai 1975 (BVerfGE 35, 79), *Bücher für deutsche und internationale Politik*, juillet 1975, 705-714.

(310) H.-P. SCHNEIDER, «Acht an der Macht! Das BVerfG als 'Reparaturbetrieb' des Parlamentarismus?», note sous BVerfG, décision du 10 novembre 1998 (BVerfGE 99, 216), N° 17, 1999, 1303-1305.

(311) R. LAMPESCOTTI, «Oligarchie in Karlsruhe: Über die Erosion der Gewaltenteilung», N° 17, 1994, 3272-3274.

(312) W. BRONKH, «Die Funktion des BVerfG - Oligarchie in der Demokratie?», N° 17, 2001, 1-10.

(313) Sur cette problématique, voy. aussi CHR. GUSY, *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, thèse d'habilitation (Hagen, 1983), Berth. Duncker und Humblot, 1985, 278 pages, M. KREUER, *Gesetzgebungsanfrage des Bundesverfassungsgerichts*, thèse (Münster, 1992), Berlin, Duncker & Humblot, 1993, 196 pages, B. GUGGERBERGER et Th. WITTEBERGER (éds.), *Heiter der Verfassung oder Lenker der Politik? Das Bundesverfassungsgericht im Widerstand*, Bielefeld, Nomos, 1998, 320 pages, I. BERNER, «Einscheidungspezifische und adressatenspezifische Durchsetzungsbedingungen der Justiz des Bundesverfassungsgerichts», in: *Durchsetzung und Wirkung von Rechtsentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts im Widerstand*, M. SCHULTE, «Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts», in: *Rechtsprechungslehre*, Actes du second colloque international tenu à Münster en 1998, Cologne, Carl Heymanns, 1992, 179-192, W. FRENZ, «Eine begrenzte Gesetzgebungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts im

267. — La technique de la fixation de mesures provisoires, telle que nous venons de la décrire, présente un intérêt certain pour nos recherches et mérite d'être évoquée dans le cadre de notre travail. Exclusivement observable en Allemagne et seulement présente dans un nombre assez restreint de décisions (314), elle est cependant moins importante que le mécanisme des délais, auquel nous avons consacré une étude très détaillée. Comme il nous paraît important d'adapter le volume de l'exposé en fonction de l'importance de la matière, nous nous limiterons, après l'exposé substantiel consacré aux délais, à une analyse plus concise du problème dont nous sommes saisi ici (nos 268 à 271).

268. — Le premier véritable cas d'application des mesures provisoires peut être trouvé dans un arrêt de la Cour constitutionnelle allemande de 1975, rendu à propos d'une loi adoptée sous le gouvernement SCHMIDT. Cette législation, la Cinquième loi de réforme du droit pénal (315) procède à la *dépenalisation partielle de l'avortement*. Promulguée le 18 juin 1974 par le Président HEINEMANN, elle est applicable dès le lendemain (316).

Or, la loi fait l'objet de controverses au sein même du Corps législatif : un grand nombre de parlementaires de l'opposition socio-chrétienne y voient une atteinte à la vie humaine et la soumettent au *Bundesverfassungsgericht* dans le cadre d'un contrôle abstrait des normes (317). Sur un certain nombre de points, les magistrats de Karlsruhe donnent raison aux requérants et constatent l'inconstitutionnalité de la loi. Dans un arrêt du 25 février 1975, ils énoncent ainsi que

«Le paragraphe 218a du Code pénal, tel qu'il a été inséré par la cinquième loi de réforme du droit pénal, est incompatible avec l'article 2, second alinéa, première phrase, de la Loi fondamentale, lu en combinaison avec l'article premier, premier alinéa, de la même Loi, en ce qu'il ôte à certaines interruptions volontaires de grossesse leur caractère délictueux sans que cette exonération pénale puisse être justifiée au regard de la hiérarchie des valeurs consacrée par

Getüge der Gewaltenteilung, ZG, 8 (1993), 248-264, A. SÖLNER, «Der Richter als Ersatzgesetzgeber», ZG, 10 (1995), 1-16, A. SÖLNER, «Zum Eingriff der Rechtsprechung in die Gesetzgebung», ZG, 11 (1996), 241-260, et P. OSSENRITH, «Bundesverfassungsgericht und beach, 2001, 33-53.

(314) Pour un relevé précis, voy. les tableaux *infra* au n° 275.

(315) *Fünftes Gesetz zur Reform des Strafrechts*, ZGBI, série I, 1974, 1297.

(316) Article 12, alinéa 1^{er}, de la loi.

(317) Sur cette procédure, voy. *supra*, nos 54.1 et 55.1.

la Loi fondamentale. Le paragraphe en question doit par conséquent être annulé. C'est au législateur qu'il incombe d'établir une distinction plus précise entre, d'une part, les situations dans lesquelles une interruption volontaire de grossesse est interdite [c'est-à-dire exemptée de poursuites pénales] et, d'autre part, les situations dans lesquelles elle n'est pas interdite [et demeure donc susceptible de poursuites] » (318)

Mais *l'énoncé-clé* du jugement figure dans la phrase qui suit immédiatement ce constat d'inconstitutionnalité :

« Dans l'intérêt de la clarté du droit (*Rechtssicherheit*), il semble indiqué de prévoir, conformément au paragraphe 35 de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale, une réglementation provisoire qui sera applicable jusqu'à ce que de nouvelles dispositions aient été édictées par le législateur. La teneur précise de cette réglementation figure au dispositif du présent arrêt. » (319)

Ce dispositif comprend deux alinéas (I et II). L'alinéa I procède, conformément à ce qui avait déjà été annoncé aux motifs, à l'annulation du paragraphe 218a du Code pénal :

« DISPOSITIF :

Alinéa I.

Le paragraphe 218a du Code pénal, tel qu'il a été inséré par la cinquième loi portant réforme de la législation pénale du 18 juin 1974 est annulé (...) dans la mesure où il ôte tout caractère délictueux aux interruptions volontaires de grossesse pour lesquelles il n'existe pas de raisons pertinentes — pertinentes au regard de la hiérarchie des valeurs établie par la Loi fondamentale — qui militent en faveur de leur exonération pénale. » (320)

La *réglementation provisoire* figure, quant à elle, à l'alinéa II :

(318) BVerfG, arrêt du 25 février 1975 (*interruption volontaire de grossesse I* [*Schwangerschaftsabbruch I*]), *EyRfGH* 39, 1 (68). C'est nous qui soulignons. Texte original :

« Nach alledem ist § 218a StGB in der Fassung des früheren Strafrechtsreformgesetzes mit Art. 2 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG insoweit unvereinbar, als er den Schwangerschaftsabbruch auch dann von der Strafbarkeit ausnimmt, wenn keine Gründe vorliegen, die nach den vorstehenden Ausführungen vor der Wertordnung des Grundgesetzes Bestand haben. In diesem Umfang war die Nichtigkeit der Vorschrift festzustellen. Es ist Sache des Gesetzgebers, die Fälle des indizierten und des nicht indizierten Schwangerschaftsabbruchs näher voneinander abzugrenzen. »]

(319) *Ibidem*. C'est nous qui soulignons. Texte original :

« Im Interesse der Rechtsklarheit bis zum Inkrafttreten der gesetzlichen Regelung erschien es geboten, gemäß § 35 BVerfGG eine Anordnung des aus dem Urteilstenor ersichtlichen Inhalts zu erlassen. »]

(320) *Ibidem*, 2. C'est nous qui soulignons. Texte original :

« § 218a des Strafgesetzbuchs in der in der Fassung des Fünftens Gesetzes zur Reform des Strafrechts vom 18. Juni 1974 ist mit Artikel 2 Absatz 1 Satz 1 in Verbindung mit Artikel 1 Absatz 1 des Grundgesetzes insoweit unvereinbar und nichtig, als er den Schwangerschaftsabbruch auch dann von der Strafbarkeit ausnimmt, wenn keine Gründe vorliegen, die — im Sinne der Einzelmeinungsgründe — vor der Wertordnung des Grundgesetzes Bestand haben. »]

«Alinéa II.

Dans l'attente de l'entrée en vigueur d'une nouvelle réglementation législative sur ce point, la Cour ordonne, conformément au paragraphe 35 de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale, ce qui suit:

1. Les paragraphes 218b et 219 du Code pénal, tels qu'ils résultent de la cinquième loi portant réforme de la législation pénale du 18 juin 1974 (...), sont également applicables aux interruptions volontaires de grossesse qui sont pratiquées au cours des douze premières semaines qui suivent la conception.

2. L'interruption qui est pratiquée, avec l'accord de la femme enceinte, par un médecin au cours des douze premières semaines de grossesse, n'est pas punissable au sens du paragraphe 218 du Code pénal lorsque la femme a été victime d'un acte visé aux paragraphes 176 à 179 du Code pénal [viol de personnes majeures, viol de mineurs d'âge, viol de personnes handicapées] et que des éléments sérieux autorisent la présomption que la grossesse résulte de cet acte.

3. Les tribunaux sont autorisés à ne pas infliger la peine prévue au paragraphe 218 du Code pénal lorsque l'interruption a été pratiquée au cours des douze premières semaines de grossesse par un médecin, avec le consentement de la femme enceinte, dans le but de la protéger contre un grave péril auquel il ne peut être autrement remédié.» (321)

Ces mesures sont immédiatement applicables (322) et la Cour ne fixe aucun délai pour l'intervention du législateur. Celui-ci met plus d'un an pour réagir: c'est par la loi du 18 mai 1976 (323), entrée en

(321) *Ideem*, 2.3. C'est nous qui soulignons. Texte original:

[411. Bis zum Inkrafttreten einer gesetzlichen Neuregelung wird gemäß §35 des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht angeordnet:

1. §218b und §219 des Strafgesetzbuches in der Fassung des Fünften Gesetzes zur Reform des Strafrechts (5. StrRG) vom 18. Juni 1974 (Bundesgesetzbl. I S. 1297) sind auch auf Schwangerschaftsabbrüche in den ersten zwölf Wochen seit der Empfängnis anzuwenden.

2. Der mit Einwilligung der Schwangeren von einem Arzt innerhalb der ersten zwölf Wochen seit der Empfängnis vorgenommene Schwangerschaftsabbruch ist nicht nach §218 des Strafgesetzbuches strafbar, wenn an der Schwangeren eine rechtswidrige Tat nach den §§176 bis 179 chen, daß die Schwangerschaft auf der Tat beruht.

3. Ist der Abbruch der Schwangerschaft in den ersten zwölf Wochen seit der Empfängnis von einem Arzt mit Einwilligung der Schwangeren vorgenommen worden, um von der Schwangeren die auf andere ihr zumutbare Weise nicht abzuwendende Gefahr einer schwerwiegenden Notlage abzuwenden, so kann das Gericht von einer Bestrafung nach §218 des Strafgesetzbuches absehen.]

(322) Pour être tout à fait exact, elles sont applicables à partir de la publication de l'arrêt au *Journal officiel* fédéral (qui est en l'occurrence intervenue au 28 février 1975). Comme cette publication est nécessaire l'adoption d'un *arrêté du ministre de la Justice*, deux à trois semaines peu-vent s'écouler avant la publication de la décision au *Bundesgesetzblatt*. Voy. en l'espèce l'arrêté ministériel, particulièrement rapide, du 27 février 1975 portant publication de l'arrêt précité (BGBI, série I, 1975, 625 (édition du 28 février)).

(323) *Quinzième loi modifiant le droit pénal [«Wünfzigstes Strafrechtsänderungsgesetz»]* du 18 mai 1976, BGBI, série I, 1976, 1213.

vigueur un mois plus tard (324), qu'il met un terme à l'application des mesures édictées par le *Bundesverfassungsgericht*.

269. — Le domaine des interruptions volontaires de grossesse donne aussi lieu à la seconde illustration de mesures provisoires, qui constitue sans aucun doute sa manifestation la plus éclatante — et la plus controversée. L'affaire se situe dans le droit fil de celle qui précède (n° 268), de sorte que les deux arrêts constituent de véritables 'jumeaux' (d'où leur appellation 'arrêt IVG I' et 'arrêt IVG II').

Après avoir adopté, comme nous venons de le dire, la législation de 1976 pour répondre à l'arrêt *IVG I* de 1975, le législateur allemand entreprend, une quinzaine d'années plus tard, une nouvelle réforme de la législation de l'avortement. Le 27 juillet 1992, il édicte ainsi la loi 'portant des mesures d'aide aux femmes enceintes et aux familles' (325). Cette loi, qui émane d'une simple proposition de loi et ne fait pas partie de l'accord gouvernemental de la coalition conservatrice du Chancelier Kohl (326), entend rendre la législation plus 'progressiste' et plus centrée sur les intérêts de la femme. Or, une protection plus grande des intérêts de la femme enceinte implique corrélativement une protection moins grande de l'enfant à naître.

Après de vives controverses lors de son adoption au Bundestag, un grand nombre de parlementaires estiment la réforme législative contraire au 'Saint des Saints' de la Loi fondamentale, à savoir à l'*Artikel 1er* qui garantit la dignité humaine; les fractures idéologiques transgressent la division habituelle des parlementaires en majorité gouvernementale et opposition. C'est ainsi qu'une demande de contrôle abstrait de normes est déposée devant la Cour constitutionnelle fédérale par 249 députés du Bundestag (327), parmi lesquels figurent le Chancelier Kohl (328) et plusieurs autres ministres du gouvernement fédéral (329).

(324) Soit au 18 juin, conformément à l'article 6 de la loi.

(325) BGBI, série I, 1992, 1398.

(326) *BVerfGE* 88, 220 et suivantes.

(327) *BVerfGE* 88, 205-208.

(328) *BVerfGE* 88, 206. Précisons que les membres du gouvernement fédéral conservent au cours de leur mandat leur qualité de député du Bundestag.

(329) Notamment celles de Norbert Blum (ministre des Affaires sociales) et Theodor Waigel (ministre des Finances).

Parallèlement à cette action, une demande de contrôle abstrait de normes est également introduite par le gouvernement de Bavière (330). Ce second recours va cependant encore plus loin et formule non seulement des moyens contre la loi de 1992, mais également contre celle de 1976 (331) qui avait été adoptée suite à l'arrêt *IVG I*. Aussi surprenant que cela puisse paraître, cette action, qui intervient *quatorze ans* après la promulgation de la norme concernée (1976-1992), *n'est pas tardive* : le mécanisme du contrôle abstrait de normes, réservé aux requérants institutionnels (332), n'impose en effet aucun délai pour le dépôt du recours (333).

C'est au printemps de l'année suivante, en mai 1993, que la Cour de Karlsruhe rend sa décision; il s'agit du célèbre arrêt *IVG II* (334) que la doctrine a abondamment commenté (335). Dans ce

(330) *BVerfGE* 88, 205.

(331) Quinzième loi modifiant le droit pénal du [Eingeführtes Strafgesetzbuchengesetz], *BGBI*, série I, 1976, 1213.

(332) *Vor. supra*, n° 54.1.

(333) *Vor. supra*, n° 55.1.

(334) Arrêt *Schwangerschaftsabbruch II* du 28 mai 1993, *BVerfGE* 88, 203.

(335) Parmi un choix de lecture tout à fait important, l'on consultera entre autres : le numéro exclusivement consacré à cet arrêt (1993 pages), C. STRAUC, « Der verfassungsrechtliche Schutz des ungeborenen menschlichen Lebens. Zum zweiten Abtreibungsurteil des BVerfG », *JZ*, 1993, 816-822, G. HÄRMAS et S. WALTRER, « Schwangerschaftsabbruch zwischen Recht und Unrecht. Das zweite Abtreibungsurteil des BVerfG und seine Folgen », *NJW*, 1993, 2337-2347, J. BRUNCKMANN, W. KLUTH, « Der rechtswidrige Schwangerschaftsabbruch als erlaubte Handlung », *FamRZ*, 1993, 1382-1390, A. LAURS et E. REINIKO, « Verfassungsrechtliche Grenzen der Regelung des Schwangerschaftsabbruchs », *Medizinrecht*, 1993, 301-322, J. KERRN (éd.), *Paragraf 218. Urteil und Urtelscheidung*, Fribourg-en-Brisgau, Herder, 1993, 512 pages, H. THOMAS et W. KLUTH (éd.), *Das zumutbare Kind. Die zweite Bonner Präsidentschaft vor dem Bundesverfassungsgericht*, Herford, Busse-Seewald, 1993, 418 pages, A. WISS, « Das Leben ungeborener Kinder und ihr strafrechtlicher Schutz in der Schwangerschaft », *Juristische Rundschau*, 1993, 449-457, et « Das Verfassungsverhältnis, der Prozeß und das Recht », *meine revue*, 1994, 315-319, J. GRIEGER et Cl. v. LAURE, « Das zweite Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Schwangerschaftsabbruch: Ein Schritt vorwärts, zwei Schritte zurück », *Jura*, 1994, 20-30, A. ESER, « Schwangerschaftsabbruch: Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Reform der §§218ff. — ein Schritt zurück! », *Geldammer's Archiv für Strafrecht*, 1994, 147-163, W. HASSMANN, « Prozessuale Rechtfertigungen, Bäder, Nomos, 1994, 731-751, L. SCHULZ, « Versöhnung Wege des Lebensschutzes. Zum zweiten Abtreibungsurteil des BVerfG », *Strafverteiler*, 1994, 38-46, M. SACHS, « Neue Regelung des Schwangerschaftsabbruchs », *Juristische Rundschau*, 1994, 69-72, H. THOMAS, « Das Schwangerschaftsabbruch und Familienhilfendengesetz », *NJW*, 1995, 3010-3019, E. KAUSCH, « Legalität und Moralität im jüngsten Abtreibungsurteil des Bundesverfassungsgerichts », *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1995, 496-516, C. BELTING, « Die Rechtfertigungsprobleme aktiv beim Lebensrecht des Ungeborenen im Spannungsfeld zwischen gesetzgeberrischem Handlungs- und dem Verbot staatlicher Eingriffe », *Medizinrecht*, 1995, 184-189, H. THOMAS, « Preisgabe des Lebensschutzes, Auswirkung des 2. Präsidentschaftsurteils », *Schriftersätze der*

jugement, le *Bundesverfassungsgericht* déclare une grande partie de la réforme *contraire* à la Constitution et prononce l'annulation des dispositions concernées. Quant aux dispositions de la loi de 1976, entreprises par le gouvernement bavarois, il relève :

« Le premier alinéa du paragraphe 218a du Code pénal dans sa version actuelle [de 1976] lui en cause, n'est pas conforme à l'article 1^{er} alinéa 1^{er} de la Loi fondamentale (égalité humaine), in conjointement avec l'article 2, alinéa 2, première phrase de la même Loi (protection de la personnalité), en ce qu'il prévoit que l'interruption volontaire de grossesse « n'est pas illégale » si elle est pratiquée, sur demande de la femme enceinte, par un médecin dans les douze semaines de la conception, et après que la femme se soit présentée à un entretien de conseil conformément au paragraphe 219 du Code pénal. L'alinéa doit être annulé. (...) »

Le paragraphe 219 du Code pénal dans sa version actuelle [de 1976] lui en cause, ne satisfait pas non plus aux exigences de la protection de la vie humaine prénatale (article 1^{er} alinéa 1^{er}, et article 2, alinéa 2, première phrase, de la Loi fondamentale); il doit également être annulé. » (336)

Ces constats d'inconstitutionnalité amènent la Cour à la conclusion qu'« il est indiqué d'édicter, sur base du paragraphe 35 de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale, des dispositions qui réglementent provisoirement, et d'une manière conforme à la Constitution, l'entre-tien de conseil [évoqué au paragraphe 219 annulé] et qui permettent ainsi de faire échapper certaines interruptions de grossesse à l'interdiction de principe posée au paragraphe 218 du Code pénal. Ces exonerations pénales ont vocation à se substituer provisoirement à celles de l'alinéa 1^{er} du paragraphe 218a du Code pénal qui est annulé par la présente décision. » (337)

Juristen, Veranlassung Lebensrecht, n° 12 (1995), 91-115, et R. HORN, « Der verfassungsgemäße Naturzustand. Über einige Irrwege des Bundesverfassungsgerichts », in: *Theorie und Praxis, Festschrift für Nikolaus Lohkowitz zum 65. Geburtstag*, Berlin, Duncker & Humblot, 1996, 311-350. — La décision du 28 mai 1993 n'est en revanche pas reprise dans l'ouvrage de J. MENZEL (éd.), *Verfassungssprache, Handwörterbuch der Bundesverfassungsgerichts in Praxispakete*, (Übungen, Mohr-Siebeck, 2000, 692 pages), ce qui est curieux : l'arrêt figure sans conteste parmi les décisions les plus importantes rendues par la Cour de Karlsruhe en cinquante ans d'existence. L'auteur de l'ouvrage en question nourrit-il une profonde aversion contre ce jugement ?

(336) BVerfG, arrêt du 28 mai 1993 (*interruption volontaire de grossesse II* [Schwangerschaftsabbruch II]), *BVerfGE* 88, 203 (299 et 301). C'est nous qui soulignons. Texte original :

« § 218a Abs. 1 StGB n.F., wonach Schwangerschaftsabbrüche, die innerhalb der ersten zwölf Schwangerschaftswochen nach Beratung gemäß § 219 StGB n.F. auf Verlangen der schwangere Frau durch einen Arzt vorgenommen werden, nicht rechtswidrig sind, ist mit der Schutzpflicht für das ungeborene menschliche Leben (Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) unvereinbar und nichtig. (...)

§ 219 StGB n.F. genügt in seiner derzeitigen Fassung den verfassungsrechtlichen Anforderungen an den Schutz des ungeborenen menschlichen Lebens (Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) nicht; er ist daher mit dem Grundgesetz unvereinbar und nichtig. »

(337) *Ibidem*, 336-337. C'est nous qui soulignons. Texte original :
 [L]Es [ist] geboten, im Wege einer Anordnung nach § 35 BVerfGG Übergangsweise eine verfassungsrechtlich ausreichende Berechtigungsregelung zu treffen, die unter den übrigen — vom Gesetzgeber in § 218a Abs. 1 StGB n.F. bestimmten — Voraussetzungen den Ausschluss des Strafcharakters des § 218 StGB n.F. bewirkt. »