

SECONDE PARTIE

Les lignes directrices
adressées par le juge constitutionnel
au législateur

127. — Dans cette seconde partie, il convient d'examiner les *lignes directrices* que le juge constitutionnel adresse au législateur à l'occasion d'un contrôle de constitutionnalité de normes législatives. Par *lignes directrices* (1), nous entendons les *habitations non obligatoires que le juge constitutionnel accorde au législateur pour la production de normes législatives futures* (2).

Dans un premier temps, nous procéderons à une analyse générale de la jurisprudence, afin de vérifier l'existence de ce type d'intérences au sein des décisions du Conseil constitutionnel français, de la Cour d'arbitrage belge et du *Bundesverfassungsgericht* allemand (titre 1^{er}). Dans un second temps, nous examinerons un certain nombre de problèmes particuliers qui se manifestent dans la jurisprudence constitutionnelle de nos pays de référence (titre 2).

(1) Voy. aussi *supra*, n° 95.1.

(2) Par '*normes législatives futures*', nous entendons les normes qui n'ont pas encore été édictées.

TITRE I
MANIFESTATIONS ORDINAIRES
DES LIGNES DIRECTRICES

128. — Au cours du présent titre, nous procéderons à une analyse générale de la jurisprudence constitutionnelle de nos trois pays de référence. L'objectif de cet examen est double : il s'agit d'une part de concrètement démontrer la *présence* de lignes directrices dans la jurisprudence du juge constitutionnel français, belge et allemand (chapitre 1^{er}) ; il convient d'autre part de mesurer l'*importance* — non seulement numérique, mais aussi qualitative — de ce mécanisme d'interférence au sein de chaque ordre juridique (chapitre 2).

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

129. — L'affirmation-clef de ce premier chapitre tient en une phrase : loin de représenter un concept purement théorique dont la seule vocation serait d'alimenter les débats de quelques constitutionnalistes détachés de la réalité (3), les lignes directrices constituent un *outil fréquemment utilisé* par le juge constitutionnel français, belge et allemand.

C'est à la démonstration de cette affirmation que le présent chapitre est consacré. Les développements qui suivent montreront en effet que la distinction entre lignes directrices déterminées et natives (section 1^{ère}) peut tout aussi bien être documentée dans la jurisprudence constitutionnelle des trois pays de référence que la division entre lignes directrices positives et négatives (section 2).

* * *

130. — Avant d'entamer cet examen de jurisprudence, il importe d'émettre encore une observation préliminaire qui est valable pour l'*intégralité* de l'analyse de jurisprudence de notre étude. Nos travaux sont en effet limités aux seuls problèmes de constitutionnalité de *fond* et ne prennent pas en considération les décisions dans lesquelles le juge constitutionnel prononce l'inconstitutionnalité d'une norme législative pour un simple motif de *procédure*, sans mettre en cause le *contenu* de la norme. La raison à cette exclusion est simple :

(3) Ou, pour reprendre le langage journalistique, la réalité « du terrain ». Au vu de la fréquence avec laquelle cette expression est utilisée, on en arriverait presque à croire qu'elle désigne une réalité ... encore *plus* réelle que la réalité *tout court*. Nous avouons humblement ne pas être en mesure de fournir un travail « du terrain », dès lors que les décisions de justice constitutionnelle ne sont pas rendues sur la place publique — fort heureusement, d'ailleurs — mais par une juridiction constitutionnelle, au cours d'une procédure organisée par des règles générales et abstraites, dotées d'un caractère prescriptif. Pour nous, l'attrait de la « réalité du terrain » a ses limites...

lorsqu'une norme législative est déclarée contraire à la Constitution pour des simples raisons de forme, rien n'empêche que le contenu de la norme soit repris tel quel dans une disposition ultérieure qui respecte la procédure applicable.

Nous écartons dès lors de nos travaux les décisions dans lesquelles le juge constitutionnel constate l'irrégularité d'un amendement (4) ou plus généralement la violation des règles de *proposition et d'amendement* en matière législative (5), ou encore la transgression de dispositions relatives à l'*adoption* des lois (6). Nous excluons également les décisions qui invalident une norme législative au motif qu'elle n'a pas fait l'objet, comme elle aurait dû le faire, d'une consultation des assemblées territoriales (7) ou des autres législateurs concernés (8).

Pour des motifs identiques, nous ne prenons pas non plus en considération les décisions du juge constitutionnel qui déclarent une norme législative inconstitutionnelle parce que le législateur n'a pas opté, parmi plusieurs catégories de normes législatives disponibles, pour le bon *type* de lois. Les juges de la rue de Montpensier ont ainsi déclaré une loi *ordinaire* contraire à la Constitution, en signalant que la matière aurait dû être réglée par une loi organique (9). La Cour d'arbitrage belge s'est également reconnue compétente pour apprécier si une matière devait être réglée par une loi spéciale ou ordinaire (10), assurant de la sorte que le législateur fédéral ne modifie par des lois *ordinaires* la répartition des compétences entre les différents Pouvoirs législatifs du pays, qui est en règle fixée par des lois *spéciales* (11).

(4) Voy. notamment CC, décisions 225 DC du 23 janvier 1987, considérant 11, et 416 DC du 23 juillet 1999, considérant 55.

(5) Voy. notamment CC, décision 91 DC du 18 janvier 1978, *Rec.*, 19 (méconnaissance de l'article 40 de la Constitution).

(6) Voy. notamment CC, décision 420 DC du 16 décembre 1999, considérant 3.

(7) Voy. notamment, CC, décisions 122 DC du 22 juillet 1980, *Rec.*, 50, 129 DC des 30 et 31 octobre 1981, *Rec.*, 37, 131 DC du 16 décembre 1981, *Rec.*, 39-40, 269 DC du 22 janvier 1990, considérant 42, et 321 DC du 20 juillet 1993, considérants 31 et 34 (méconnaissance de l'article 74 de la Constitution).

(8) Voy. notamment, CA, arrêts 2/92 du 15 janvier 1992, considérant 2.B.5. (application de l'article 30bis (anciennement 124bis) de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage), 68/96 du 28 novembre 1996, considérants B.14.1.-B.14.4. (violation de la loi spéciale du 8 août 1980), 74/96 du 11 décembre 1996, considérant B.2.5. (*idem*), et 49/99 du 29 avril 1999, considérant B.6. et dispositif (application de l'article 30bis de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage).

(9) Voy. notamment CC, décisions 409 DC du 15 mars 1999, considérant 2, et 461 DC du 29 août 2002, considérant 93.

(10) CA, arrêt 18/90 du 23 mai 1990, considérant B.16.2. Il s'agit de l'un des arrêts les plus connus de la Cour.

(11) Chose que la Cour a souligné de manière expresse : « Cette condition de majorité spéciale fait partie intégrante du système de détermination de compétences. » (*Idem*)

Nous excluons pareillement de nos investigations les décisions du Conseil constitutionnel qui font état du caractère *financier* d'une règle qui est contenue dans une loi ordinaire (12) ou, au contraire, du caractère *non financier* d'une disposition qui figure dans une loi de finances (13) : ce problème n'existe que dans la jurisprudence constitutionnelle française (14) et manque dès lors d'intérêt dans une étude de droit comparé.

Enfin — et il s'agit là d'un élément important — il convient de signaler qu'en principe (15), le juge constitutionnel belge est tout simplement *incompétent* pour examiner la régularité procédurale d'une norme législative (16) : comme l'affirme une doctrine (17) et jurisprudence constante depuis les années 1880 (18), cette prérogative en matière financière, sur ce la jurisprudence du juge constitutionnel français en matière financière, voy. notamment les thèses de doctorat de F. NOUVE, *La jurisprudence budgétaire du Conseil constitutionnel*, thèse (Montpellier, 1986), non publiées, 451 pages dactylographiées et de J. VALLS, *Le contrôle des normes législatives financières par les Cours constitutionnelles espagnole et française*, thèse (Toulouse, 2001), Paris, LGDJ, 2002, 455 pages.

(12) Voy. notamment CC, décision 283 DC du 8 janvier 1991, considérant 47, *in fine*.
(13) Voy. notamment CC, décisions 136 DC du 31 décembre 1981, *Rec.*, 49; 154 DC du 20 décembre 1982, *Rec.*, 85; 422 DC du 21 décembre 1999, considérant 34, et 424 DC du 29 décembre 1999, considérant 64.

(14) Pour de plus amples développements sur ce la jurisprudence du juge constitutionnel français en matière financière, voy. notamment les thèses de doctorat de F. NOUVE, *La jurisprudence budgétaire du Conseil constitutionnel*, thèse (Montpellier, 1986), non publiées, 451 pages dactylographiées et de J. VALLS, *Le contrôle des normes législatives financières par les Cours constitutionnelles espagnole et française*, thèse (Toulouse, 2001), Paris, LGDJ, 2002, 455 pages.

(15) Sous réserve de l'application de l'article 30bis (anciennement 124bis) de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage. Pour des cas d'application, voy. notamment CA, arrêts 2/92 du 15 janvier 1992 et 49/99 du 29 avril 1999.

(16) Voy. notamment CA, arrêts 24/96 du 27 mars 1996, considérant B.6.2., alinéa 1^{er}, 35/2003 du 25 mars 2003, considérant B.2.2., 18/2004 du 29 janvier 2004, considérant B.2., et 88/2004 du 19 mai 2004, considérant B.8.3. — Plus particulièrement, la Cour d'arbitrage s'est refusée à vérifier si le législateur a demandé l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat (CA, arrêt 73/95 du 9 novembre 1995, considérant B.1.1. et B.1.4.), s'il a respecté les formalités de notification ou de consultation imposées par le droit européen (CA, arrêt 20/97 du 15 avril 1997, considérants B.12.1.-B.12.2.) et de décider si un ministre de la Communauté flamande domicilié dans la Région de Bruxelles-Capitale était bien en droit d'apposer sa signature sur l'original d'un décret de la Région flamande (CA, arrêt 36/98 du 1^{er} avril 1998, considérants B.5.1.-B.5.5.).

(17) Voy. notamment P. DE VISSCHER, « La Promulgation, la Signature et la Publication des Lois en Droit Belge », in : *La promulgation, la signature et la publication des textes législatifs en droit comparé*, Paris, Editions de l'Epargne, 1961, 41-61, ici 44-45, A. VANDER STICHELE, « Afkondiging en inwerktrading van wetten », *RW*, 1961-1962, col. 2359-2368, ici col. 2359-2360, P. WIJNY, *Cours de droit constitutionnel*, Bruxelles, Bruylant, 1973, 227, A. MAST et J. DURAK-DIN, *Overzicht van het Belgisch Grondwettelijk Recht*, 7^e édition, Gand, Story-Scientia, 1983, 214, A. ALLEN *Handboek van Belgisch Staatsrecht, ouvrage précité* (1995), 188-189, et F. DELFRÈSE, *Le droit constitutionnel de la Belgique, ouvrage précité* (2000), 802-803.

(18) Voy. avant tout Cass. belge, 14 janvier 1976 (*Fonds social pour les ouvriers diamantaires*), Pas, I, 538 (spécialement 544), sur concl. conf. du Premier avocat général F. DUMON. Voy. aussi antérieurement Corr. Bruxelles, 22 février 1889, Pas, 1890, III, 64, Cass. belge, 29 juin 1939, Pas, I, 341, et Gand, 5 juin 1951, *Revue de l'Administration et du droit administratif de la Belgique*, 99 (1952), 29, déjà sur concl. conf. de l'Avocat général F. DUMON.

tive appartient au seul Roi qui l'exerce au moment de la promulgation des lois (19).

*

* *

131. — Ces développements préliminaires étant présentés, le temps est venu d'aborder l'analyse de jurisprudence proprement dite et de relever l'existence de lignes directrices au sein des décisions des juges constitutionnels français, belge et allemand. À cet égard, il convient de préciser que nous renonçons à ce stade à une présentation de la jurisprudence *par pays*, dès lors que nos travaux ont pour objet de démontrer l'existence d'une *même technique* dans des ordres juridiques différents (20).

SECTION 1. — LA DISTINCTION ENTRE LIGNES DIRECTRICES DÉTERMINÉES ET ALTERNATIVES

132. — Débutions notre examen de jurisprudence par la distinction entre lignes directrices 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 lignes directrices déterminées (sous-section 1^{ère}) avant d'étudier celle des lignes directrices alternatives (sous-section 2).

SOUS-SECTION 1. — Présence de lignes directrices déterminées

133. — Les lignes directrices déterminées peuvent être définies comme les habilitations de production normative dépourvues de caractère obligatoire, qui soumettent la validité des normes pou-

(19) La promulgation des normes législatives qui sont adoptées par les *Communautés Régionales* n'est pas effectuée par le Roi mais par leurs gouvernements respectifs. Pour le reste, le régime juridique de la promulgation de ces normes est cependant calqué sur celui des lois fédérales. Ainsi, le Conseil d'État a pu juger que la promulgation d'un décret était inacceptable d'un contrôle juridictionnel (CE belge, arrêt n° 25-797 du 4 novembre 1985 [*Communauté flamande c/ Communauté française*]). *APT*, 1986, 159, avec la note de L.P. SUTRINS, *RW*, 1986-1987, col. 1092-1094. Bien que le point n'ait pas encore été tranché, la même solution devrait selon nous être retenue pour les ordonnances bruxelloises.

(20) Nous opérerons en revanche une division par pays au cours du chapitre 2 (*infra*, n° 147-156), lorsque nous mesurerons l'importance respective des lignes directrices dans les trois ordres juridiques de notre champ de recherche.

vant être produites en application de cette habilitation exclusivement à des conditions *nécessaires et suffisantes*. La présence de cette catégorie d'interférences dans la jurisprudence constitutionnelle des trois pays de référence peut être observée dans divers champs du droit, et notamment en matière économique (a) et institutionnelle (b).

a) Lignes directrices déterminées en matière économique

134. — Dans le domaine de l'économie, nous voudrions présenter deux illustrations, l'une française, l'autre belge.

134.1 — À la mi-janvier 1982, sous le second gouvernement MAUROY, le législateur (français) décide d'étatiser un certain nombre d'entreprises par le biais d'une *loi de nationalisation* (21). Saisi par l'opposition parlementaire des *deux Assemblées* (22), fondamentalement hostile à cette opération, le Conseil constitutionnel est appelé à apprécier la constitutionnalité de la loi en question. Outre le principe même des nationalisations, les requérants formulent des griefs plus spécifiques; ils mettent notamment en cause le régime d'*indemnisation* que la loi prévoit pour dédommager les propriétaires des entreprises à nationaliser. Comme le capital social de ces entreprises est essentiellement représenté par des actions, le législateur doit en effet déterminer le montant de l'*indemnité par action*.

En théorie, la solution est simple: l'*indemnité* est égale à la valeur de l'action au jour de la *dépossession* (c'est-à-dire au moment où la nationalisation devient effective). Or, un tel procédé est inéquitable en pratique car la perspective même de la nationalisation suffit pour faire chuter le cours de l'action. Le législateur ne peut donc fixer l'*indemnité* par référence à une cotation boursière si à la date de cette cotation la nationalisation est *déjà envisagée*. Pour surmonter cette difficulté lors du calcul de l'*indemnisation*, le législateur prévoit la formule suivante: il choisit comme cours de référence une date à laquelle les marchés boursiers avaient déjà connaissance de la perspective de nationalisation (le 1^{er} janvier 1982) et corrige ensuite ce cours en tenant compte, dans une certaine mesure, de la *valeur moyenne de l'action entre le 1^{er} janvier 1978 et*

(21) Il s'agit de la loi du 11 février 1982, *JO*, 13 février.
(22) Donc par 60 députés et 60 sénateurs.

le 31 décembre 1980, c'est-à-dire au cours d'une période *in tempore non suspecto*.

Ce système d'indemnisation ne trouve cependant pas les grâces du Conseil constitutionnel qui relève que le législateur n'a pas tenu compte de la *dépréciation monétaire* qui est intervenue entre le moment où ces cours ont été réalisés (entre 1978 et 1980) et le jour de référence fixé par la loi de nationalisation (le 1^{er} janvier 1982) (23). Dans sa décision du 16 janvier 1982 (24), la Haute instance commence par situer le cadre général de la fixation de l'indemnité :

« Considérant que la détermination de la valeur des actions inscrites à la cote officielle des agents de change au jour de la dépossession ne pouvait se faire de façon directe, notamment du fait que leur cotation en bourse avait été nécessairement affectée et ceci depuis un temps assez long par la perspective même des nationalisations; qu'il appartenait donc au législateur de déterminer des règles de calcul de la valeur d'échange propres à conduire, avec une approximation inévitable mais limitée, à des résultats comparables; qu'il pouvait légitimement tenir compte des nécessités de simplicité et de rapidité du jeu des règles de l'indemnisation, notamment en ce qui regarde le caractère préalable de l'indemnisation qui aurait été compromis si, pour l'essentiel de la valeur d'échange, la remise des obligations n'avait pu s'opérer au jour envisagé pour le transfert de propriété; (...)

Considérant que, sans doute, il était loisible au législateur de se référer, pour l'évaluation des actions, à une moyenne des cours de bourse pendant une certaine période, mais en assortissant cette méthode forfaitaire des aménagements propres à redresser les inégalités et les insuffisances substantielles qui pouvaient en découler ».

Puis, le Conseil vient au cœur du sujet et formule une ligne directrice à l'attention du législateur :

« Considérant que la moyenne en cours de bourse entre le 1^{er} janvier 1978 et le 31 décembre 1980 est composée de cotisations exprimées en francs courants; que si la dépréciation monétaire est vraisemblablement entrée en compte à la date où a lieu chaque cotation, il n'est pas moins été nécessaire pour une application correcte de ce système que l'utilisation de cotisations remontant loin dans le passé en vue d'exprimer la valeur des actions au 1^{er} janvier 1982 fût affectée d'une correction adéquate qui n'est pas prévue par la loi dans les dispositions présentement examinées; (...) » (25)

(23) Pour être intégré dans un calcul économique au 1^{er} janvier 1982, une indication monétaire de 1978 ou 1980 doit en effet être *réévaluée* afin de déterminer sa valeur *réelle* - par opposition à sa valeur *nominale* - en 1982.

(24) CC, décision 132 DC du 16 janvier 1982 (GD, n° 31, *Loi de nationalisation*). Le Conseil se prononcera encore une *seconde* fois sur cette loi, après la correction des inconstitutionnalités relevées dans la première décision; il s'agit donc d'un contrôle à *double détente*. Voy. CC, décision 139 DC du 11 février 1982 (GD, même numéro).

(25) *Rec.*, 26-27. C'est nous qui soulignons.

La ligne directrice tient donc en ce qu'une « correction adéquate » doit être prévue pour les cotations qui « remontent loin dans le passé » (le Conseil vise par là la période entre 1978 et 1980). Malgré l'emploi du passé (« il eût été nécessaire »), l'énoncé du juge constitutionnel a clairement une portée future : le régime indemnitaire qui est applicable aux entreprises à nationaliser *devra* tenir compte du phénomène de la dépréciation monétaire lors de l'appréciation de la valeur des actions. Le caractère non obligatoire (au sens strictement juridique) de l'interférence est tout aussi manifeste : le législateur n'est nullement obligé d'étatiser des entraprises; ce n'est que s'il décide de réaliser une telle opération que les conditions relatives au régime indemnitaire devront être respectées. Il s'agit donc d'une habilitation de production normative *purement permissive* (H); le législateur *peut* intervenir, il n'y est pas obligé.

134.2 - En matière économique, on peut également signaler deux arrêts du juge constitutionnel belge de 1993. Dans ces affaires, la Cour d'arbitrage est appelée à contrôler la constitutionnalité de normes fiscales émises par un législateur *régional*. Dans la première décision (26), le litige concerne un décret de la Région wallonne relatif à l'imposition de déchets (27), dans la seconde (28), une réglementation de la Région flamande relative à la taxation des eaux de refroidissement (29). Les décrets wallon et flamands ont pour caractéristique commune de s'inspirer du principe dit du « pollueur payeur » : plus un opérateur économique pollue, plus la taxation est élevée.

Divers consommateurs et autres opérateurs économiques intentent un recours en annulation contre ces normes et allèguent une discrimination à leur encontre. Si la Cour conclut au rejet des recours, elle n'en saisit pas moins l'occasion pour adresser une ligne directrice aux différents législateurs concernés :

« Lorsqu'elle s'inspire du principe dit du pollueur payeur, une fiscalité (...) n'obéit au principe de non-discrimination que si elle atteint ceux qui polluent

(26) CA, arrêt 41/93 du 3 juin 1993.

(27) Décret du 25 juillet 1991 relatif à la taxation des déchets en Région wallonne, *Moniteur belge*, 20 novembre.

(28) CA, arrêt 79/93 du 9 novembre 1993.

(29) Décrets du 25 juin 1991 contenant diverses mesures d'accompagnement du budget 1992, *Moniteur belge*, 17 juillet, et du 18 décembre 1992 contenant des mesures d'accompagnement du budget 1993, *Moniteur belge*, 29 décembre.

et si elle tient compte de la mesure dans laquelle chaque redevable contribue à la nuisance contre laquelle la taxation s'efforce de lutter. » (30)

Le mot « Lorsque » indique bien que les différents législateurs ne sont pas obligés de consacrer le principe du pollueur payeur; ce n'est que s'ils décident de le faire que certaines conditions doivent être respectées. La conjonction « et » démontre quant à elle clairement qu'il s'agit d'une ligne directrice *déterminée*, composée de conditions nécessaires et suffisantes.

b) *Lignes directrices déterminées en matière institutionnelle*

135. - Des lignes directrices déterminées sont également présentes en matière institutionnelle. Nous nous permettons de nous limiter à deux exemples, l'un en provenance de Paris, l'autre de Karlsruhe.

135.1 - Au printemps 2000, le législateur français adopte une loi qui abaisse à 18 ans l'âge d'éligibilité aux élections européennes pour les ressortissants européens *non français*, tout en le maintenant à 23 ans pour les candidats français (31). La réponse du Conseil, saisi de la loi, est simple: si le législateur désire réaliser un tel abaissement, il doit le prévoir pour l'*intégralité* des candidats. Cette interférence dans l'activité normative (future) du législateur est formulée en les termes suivants:

« Considérant que l'article critiqué réduit à dix-huit ans l'âge d'éligibilité des ressortissants d'un État de l'Union européenne autre que la France, alors que, pour les citoyens français, s'applique l'âge d'éligibilité à l'Assemblée nationale, soit vingt-trois ans conformément à l'article L.O. 127 du code électoral dans sa rédaction issue (...) de la loi organique relative aux incompatibilités soumise par ailleurs au Conseil constitutionnel; que si il était loisible au législateur de fixer à dix-huit ans l'âge d'éligibilité au Parlement européen, il ne pourrait le faire qu'en traitant également tous les candidats; que, dès lors, la discrimination critiquée méconnaît le principe d'égalité; qu'il y a lieu, par suite, de déclarer contraire à la Constitution l'article 20 de la loi déferée. » (32)

Le caractère purement *permissif* de l'interférence est patent: aucune disposition constitutionnelle n'impose un quelconque abaissement de l'âge minimal d'éligibilité; ce n'est que si le législateur juge opportun de réaliser cette réforme qu'il doit procéder d'une manière uniforme.

(30) Arrêt 41/93 du 3 juin 1993, considérant B.3.4., et arrêt 79/93 du 9 novembre 1993, considérant B.7.2., alinéa 2. C'est nous qui soulignons.

(31) Loi n° 2000-295 du 5 avril 2000, JO, 6 avril.

(32) CC, décision 426 DC du 30 mars 2000, considérant 19. C'est nous qui soulignons.

135.2 - Mais l'une des illustrations les plus fécondes de la technique des lignes directrices est fournie par le juge constitutionnel allemand. Il s'agit d'un arrêt du *Bundesverfassungsgericht* de 1966, dont on nous permettra de reproduire quelques extraits. La décision se démarque par son caractère particulièrement explicite et *démontre par ailleurs que les lignes directrices sont présentes dans la jurisprudence constitutionnelle depuis quarante ans*; il ne s'agit donc pas, loin s'en faut, d'un effet de mode.

Dans son jugement du 19 juillet 1966, la Cour constitutionnelle allemande est appelée à se prononcer sur la constitutionnalité de la loi du 18 mars 1965 (33) dont certaines dispositions prévoient le remboursement des frais que les grands partis nationaux avaient engagés lors de la dernière campagne électorale fédérale. La Cour commence par énoncer que la *décision de principe* de prévoir ou non le remboursement des dépenses électorales par des mesures législatives relève de la liberté d'appréciation du législateur:

« L'importance particulière des élections peut justifier (...) que l'État rembourse aux partis politiques les dépenses nécessaires pour mener une campagne électorale adéquate. La question de savoir si le législateur devrait en non prévoir un tel remboursement relève cependant du domaine de la politique constitutionnelle et n'a pas à être tranchée par la Cour. » (34)

L'habilitation de production normative est donc, aux termes mêmes de l'arrêt, simplement permissive (H). Dans les développements subséquents, la Cour constitutionnelle va cependant ajouter un certain nombre de conditions que le législateur devra respecter s'il se décide à mettre en place un tel système de remboursement. C'est ainsi qu'elle souligne:

« Lorsque le législateur prévoit un remboursement des frais électoraux, les dispositions qu'il édicte doivent respecter la liberté qu'accorde aux partis l'article 21 de la Loi fondamentale. Il [le législateur] devra par ailleurs faire en sorte que sa « répartition » ne transgresse pas le principe de l'égalité des chances des partis politiques. Ce principe vaut non seulement dans le domaine du droit électoral au sens strict, pour la préparation du scrutin (par exemple pour l'admission de candidatures), pour la concurrence des partis pour l'obtention de donations et pour leur propagande électorale à la radio mais pour tout ce qui

(33) BGEI, série II, 1965, 193.

(34) BVerfGE, arrêt du 19 juillet 1966, BVerfGE 20, 56 (114-115). C'est nous qui soulignons. Texte original:

« Die besondere Bedeutung der Parteien für die Wahlen läßt es (...) gerechtfertigt erscheinen, ihnen die notwendigen Kosten eines angemessenen Wahlkampfes von Staats wegen zu ersetzen. Es ist aber eine verfassungspolitische und deshalb nicht vom Gericht zu entscheidende Frage, ob der Gesetzgeber eine solche Erstattung von Wahlkampfkosten vorsehen soll. (...) »

a trait à ce que l'on pourrait appeler la « période préélectorale », donc aussi pour les dispositions législatives relatives au remboursement des dépenses électorales. Dans tous ces domaines, le principe a une portée strictement formelle. Lors de l'élaboration d'une telle législation, la liberté d'appréciation du législateur se trouve en conséquence nettement réduite. Tout traitement différent de partis politiques qui ne peut être justifié par un motif particulièrement impérieux lui est ainsi constitutionnellement interdit. (...)

En décidant que les partis politiques sont remboursés, par des moyens financiers de la Fédération, des dépenses qu'ils ont eues pour mener une campagne appropriée pour les élections au Bundestag, le cercle des bénéficiaires de ces fonds étatiques est fixé. seuls peuvent prétendre à ces paiements les partis qui ont participé à la campagne électorale. D'autre part, le principe de l'égalité formelle des chances entre partis politiques commande que tous les partis, sans exception, qui ont participé à la campagne électorale soient pris en considération lors de la distribution de ces fonds. Le principe de l'égalité des chances serait violé si les moyens n'étaient octroyés aux seuls partis qui étaient déjà représentés au Parlement avant l'élection ou s'ils étaient réservés aux partis qui obtiennent des sièges à l'issue de celle-ci. L'égalité des partis ne s'oppose cependant pas à toute différenciation; elle permet un traitement différent des partis lorsque celui-ci est fondé sur un motif particulièrement impérieux. Un tel motif existe lorsque le législateur prend des mesures destinées à assurer que le remboursement des frais électoraux ne débouche sur une dispersion disproportionnée des voix et des partis.

(...) Déjà lors de l'élection, le législateur peut (...) prendre des mesures destinées à prévenir la dispersion des voix et la formation de partis politiques mineuscules, en restreignant en ce sens le remboursement des frais électoraux. Il est certes exact que le législateur ne peut accorder le remboursement aux seuls partis qui franchissent le seuil des 5 pour cent des voix. Une telle mesure reviendrait à doubler l'effet restrictif que ce seuil a déjà à lui seul et ferait en sorte qu'il deviendrait quasiment impossible pour un nouveau parti d'entrer au Bundestag. En même temps, les conditions fixées par la loi sur les élections au Bundestag (*Bundeswahlgesetz*) pour la participation d'un nouveau parti politique sont insuffisantes pour empêcher que des groupuscules prennent abusivement part à la campagne électorale au seul motif que celle-ci est financée par l'État. Le législateur peut faire dépendre le remboursement des dépenses électorales de l'obtention, par chaque parti, d'une certaine proportion des voix. Cette proportion doit cependant se situer en-dessous du seuil des 5 pour cent nécessaire pour l'attribution des sièges au Parlement. (...)

Les partis se distinguent en fonction de leur taille, de leur poids politique et de leur performance, donc en fonction de leur importance - importance qui est susceptible de varier dans le temps. La manière dont ils participent à la campagne électorale, et en particulier le choix de leur moyens de propagande et l'ampleur de leur publicité, est en rapport avec la taille et le poids politique des partis. Le principe de l'égalité des chances n'exige pas que ces différences soient compensées par l'action de l'État. Ce serait aller à l'encontre du sens même du remboursement étatique que de permettre à tous les partis de mener une campagne électorale de même ampleur, sans tenir compte de l'importance de leur

propre potentiel humain, idéologique et matériel. L'État fausserait ainsi la situation concurrentielle réelle entre les différents partis. Le législateur est certes obligé de ne pas encore accentuer l'inégalité déjà existante entre les différents partis. (...) Mais lorsqu'il fixe la hauteur des remboursements des partis déjà représentés au Bundestag, le législateur devra tenir compte du fait que ceux-ci n'ont dans le passé bénéficié d'aucun financement public. Le mode de répartition ainsi décrit (...) devra être étendu mutatis mutandis à des formations politiques qui n'auront à l'avenir et qui participeront à des campagnes électorales futures. » (35)

(35) *Izern*, 116-119. Notre soulignage; usage de l'italique par la Cour. - Texte original :

(S)ieht der Gesetzgeber eine Erstattung der Wahlkampfkosten vor, so muß er bei seiner Regelung die den Parteien durch Artikel 21 GG gewährleistete Freiheit achten. Er wird weiterhin zu beachten haben, daß sein »Verteilungsschlüssel« nicht mit dem Grundsatz der Chancengleichheit der Parteien in Widerspruch gerät. Dieser Grundsatz gilt nicht nur für den Bereich des Wahlrechts im engeren Sinne, für die Wahlvorbereitung (vgl. etwa für die Zulassung von Wahlvorschlügen), für den Wettbewerb der Parteien um die Erlangung von Spenden und für ihre Wahlpropaganda im Rundfunk, sondern im gesamten »Vorfeld« der Wahlen, also auch für eine gesetzliche Regelung der Erstattung der Wahlkampfkosten. In allen diesen Bereichen ist er streng formal zu verstehen. Bei einer solchen Regelung sind deshalb der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers enge Grenzen gesetzt. Jede verschiedene Behandlung der Parteien, die sich nicht durch einen besonderen zwingenden Grund rechtfertigen läßt, ist ihm verfassungsmäßig versagt.

(...) Mit der Entscheidung, daß den politischen Parteien die ihnen erwachsenen Kosten eines angemessenen Bundestagswahlkampfes aus Mitteln des Bundes ersetzt werden können, stellt einerseits der Kreis derjenigen fest, die an den staatlichen Geldleistungen teilhaben können : nur die Parteien, die am Wahlkampf teilgenommen haben. Der Grundsatz der streng formalen Chancengleichheit gebietet es andererseits, daß grundsätzlich alle Parteien, die am Wahlkampf teilgenommen haben, bei der Verteilung der Mittel berücksichtigt werden. Es widerspricht dem Grundsatz der Chancengleichheit, wenn diese Mittel von vornherein nur für die Parteien vorgesehen werden, die im Parlament bereits vertreten waren oder die auf Grund der Wahl Sitze im Parlament erlangen. Dieser Grundsatz verbietet jedoch nicht jede Differenzierung; er läßt eine verschiedene Behandlung der Parteien aus einem besonderen zwingenden Grund zu. Ein solcher Grund ist anzuerkennen, wenn der Gesetzgeber bei der Erstattung von Wahlkampfkosten der Gefahr einer übermäßigen Aufspaltung der Stimmen und der Parteien entgegenzuwirken sucht.

(...) Der Gesetzgeber kann (...) schon bei der Wahl einer Zerspaltung der Stimmen und der Bildung von Zweigparteien vorbeugen und die Erstattung von Wahlkampfkosten dementsprechend beschränken. Zwar kann die Erstattung der Wahlkampfkosten einer Partei nicht davon abhängig gemacht werden, daß sie 5 v.H. der abgegebenen Stimmen erhalte. Diese Maßnahme würde den Effekt verdoppeln, den die 5 v.H.-Klausel hat, und einer neuen Partei den Einzug ins Parlament praktisch unmöglich machen. Andererseits genügen die im Bundeswahlgesetz vorgeschriebenen Voraussetzungen für die Beteiligung einer neuen politischen Partei an einer Wahl noch nicht, um den Mißbrauch zu verhindern, daß sich kleine Splittergruppen nur deshalb am Wahlkampf beteiligen, weil er vom Staat finanziert wird. Der Gesetzgeber kann daher den Ersatz der Wahlkampfkosten einer Partei davon abhängig machen, daß sie einen Mindestanteil an Stimmen erreicht. Dieser muß freilich unter der 5 v.H.-Grenze liegen, deren Erreichung für die Zuteilung von Mandaten erforderlich ist. (...)

Die Parteien unterscheiden sich jeweils nach Größe, politischem Gewicht und Leistungsfähigkeit, also nach ihrer - sich wandelnden - Bedeutung. Die Art ihrer Beteiligung am Wahlkampf, insbesondere die Wahl der Werbemittel und die Aufwendigkeit der Werbung, steht in einem gewissen Verhältnis zu Größe und politischem Gewicht der Parteien. Der Grundsatz der Chancengleichheit verlangt nicht, daß diese Unterschiede durch staatliche Maßnahmen ausgeglichen werden. Es würde dem Sinn des Ersatzes der Wahlkampfkosten aus öffentlichen Mitteln widersprechen, wenn alle Parteien, die sich an der Wahl beteiligen, ohne Rücksicht auf ihre Bedeutung und ihr eigenes personales, ideelles und materielles Potential in den Stand gesetzt würden, den gleichen Aufwand zu treiben. Denn dadurch würde gerade die vom Staat vorge-

En définitive, la décision reflète le moule classique des lignes directrices : il existe une l'habilitation de production normative *purement permissive* (qui tient en ce que la création d'un système de remboursement de frais électoraux est laissée à la libre appréciation du législateur), et ce n'est que si le législateur souhaite en faire usage qu'un certain nombre de conditions (relatives aux modalités concrètes d'un tel mécanisme) devront être respectées. La formule H (C1, C2, C3, ... Cn) → NL se trouve donc pleinement confirmée.

*
* * *

136. — C'est par la discussion de cette décision de 1966 que nous voudrions clore l'exposé relatif à la présence des lignes directrices déterminées. Beaucoup d'autres décisions pourraient encore être mentionnées, mais elles ne feraient que confirmer le constat des illustrations qui précèdent : les lignes directrices déterminées sont présentes au sein de la jurisprudence de nos pays de référence. C'est au cours du deuxième chapitre du présent titre que nous aborderons l'aspect *quantitatif* de la présence des lignes directrices, c'est-à-dire la question de savoir quelle *importance numérique* cette présence atteint dans les différents pays (36). À ce moment, nous aurons aussi l'occasion d'indiquer un certain nombre de lignes directrices que nous n'aurons pas individuellement commentées.

SOUS-SECTION 2. — *Présence de lignes directrices alternatives*

137. — Après avoir examiné la présence des lignes directrices *déterminées*, il importe de vérifier celle des lignes directrices *alternatives*. Par lignes directrices alternatives, nous entendons les habilitations de production normative purement permissives qui soumettent la validité des normes qui peuvent être produites en application de cette habilitation du moins pour partie à des conditions alternatives (C2a v C2b).

fundene tatsächliche Wettbewerbslage verfälscht werden. Andererseits wäre der Gesetzgeber gehalten, die bestehende faktische Ungleichheit der Wettbewerbschancen der Parteien nicht zu verschärfen. (...) Bei den Aufwendungen der im Bundestag vertretenen Parteien wird er dabei jedoch zu berücksichtigen haben, daß ihnen öffentliche Mittel bisher nicht zugeflossen sind. Dieser Verteilungsmodus (...) wird entsprechend auf künftig neu entstehende und am Wahlkampf teilnehmende Parteien zu erstrecken sein.»

(36) *Infra*, n° 148-152.

L'on peut d'emblée signaler que les développements relatifs à ce type d'interférences seront à ce *stade* relativement brefs; nous serons cependant amené à reparler de cette catégorie plus loin au titre 2, lorsque nous analyserons au sein des lignes directrices un certain nombre de *problèmes particuliers* (37).

138. — Des illustrations de lignes directrices alternatives ne sont pas très fréquentes, mais quelques cas de figure peuvent néanmoins être mentionnés.

138.1 — Dans une décision rendue le 13 décembre 1985 (38), le Conseil constitutionnel se prononce sur la constitutionnalité d'une loi « portant diverses dispositions relatives à la communication audiovisuelle », promulguée le même jour (39). L'objectif de la loi est double : d'une part permettre un développement optimal du réseau de télévision et d'autre part faciliter l'accès et la maintenance des installations techniques. C'est dans la poursuite de ces deux objectifs que la loi met à la disposition des services de télévision deux outils juridiques : une servitude administrative et un droit de visite. La *servitude administrative* peut grever tout terrain non bâti et permet d'y ériger des installations de télévision; le *droit de visite* permet un accès aisé aux installations techniques, même à celles situées à l'intérieur de logements privés. Par rapport à ces deux outils, le Conseil formule d'abord quelques observations générales :

« Considérant (...) que l'article 3-II permet à l'établissement public de diffusion de procéder à des travaux et installations d'importance non précisée sur des propriétés non bâties publiques ou privées et prévoit que les agents de l'établissement public peuvent être autorisés à pénétrer à l'intérieur de ces propriétés, y compris dans les locaux d'habitation, notamment pour l'exploitation des équipements installés, que ces installations et le droit de visite qu'elles impliquent pourraient faute de précisions suffisantes entraîner une atteinte à des droits et libertés constitutionnellement garantis qu'il appartient à la loi de sauvegarder. »

Il émet ensuite une ligne directrice *déterminée* à l'adresse du législateur (40) :

« Considérant que, si la mise en œuvre d'une telle sauvegarde relève d'un décret d'application, il revenait au législateur de déterminer lui-même la nature des garanties nécessaires; qu'en tout état de cause il devait poser la règle que

(37) *Infra*, n° 102-107.

(38) Sur cette décision, voy. aussi G. DRAGO, *thèse précitée*, 134-135.

(39) *JO*, 14 décembre.

(40) Nous soulignons la conjonction « et ».

la servitude doit être établie non par l'établissement public mais par une autorité de l'Etat et prévoir le principe d'une procédure destinée à permettre aux intéressés d'une part, d'être informés des motifs rendant nécessaire l'établissement de la servitude, d'autre part, de faire connaître leurs observations; »

Ce n'est qu'après cette ligne directrice déterminée que le juge constitutionnel formule une ligne directrice *alternative*, clairement identifiable par la conjonction «ou» qu'elle contient :

«Considérant que, faute d'avoir institué une procédure d'information et de réclamation assortie de délais raisonnables ou tout autre moyen destiné à écarteler le risque d'arbitraire dans la détermination des immeubles désignés pour supporter la servitude, les dispositions de l'article 3-II relatives à son institution doivent être déclarées non conformes à la Constitution; (...)

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que l'article 3-II doit être déclaré contraire à la Constitution». (41)

Par rapport à cette décision, trois observations peuvent être faites. On remarquera d'abord que les conditions *alternatives* de validité (Cxa v Cxb) sont parfaitement apparentes. L'on précisera ensuite que si le Conseil constitutionnel utilise formellement l'imparfait (42), l'énoncé est doté d'une portée future : pour réaliser son projet législatif, le législateur devra respecter les conditions formulées par le Conseil. Enfin, il n'est pas inintéressant de noter que déjà en 1986, un an après la décision, le doyen FAVOREU affirme que le Conseil constitutionnel a en l'occurrence émis une «réserve d'interprétation directive» à l'intention du législateur (43). Si nous avons déjà souligné que le terme «réserve d'interprétation» nous paraît inadéquat pour désigner une interférence (44), l'adjectif «directive» est quant à lui parfaitement conforme à l'esprit de cette ligne directrice.

138.2 - Il nous est possible de fournir encore un autre exemple d'une ligne directrice alternative, contenue dans un jugement du Conseil constitutionnel que nous avons déjà eu l'occasion de commenter (45). Dans sa décision de 1982 relative à la loi de nationalisation, la Haute instance affirme en effet :

«Considérant (...) que les dispositions des articles présentement examinés ont pour effet nécessaire de priver les anciens actionnaires des dividendes qu'ils auraient perçus au titre de l'exercice 1981 (...);

(41) CC, décision 198 DC du 13 décembre 1985, *Rec.*, 80-81. C'est nous qui soulignons.

(42) Il renvoie au législateur de ...» (C'est nous qui soulignons).

(43) L. FAVOREU, «La décision de constitutionnalité», *RIDC*, 1986, 624.

(44) *Supra*, n° 112-115.

(45) *Supra*, n° 134.1.

Considérant (...) que (...) le refus de reconnaître aux anciens actionnaires le bénéfice de dividendes attachés à l'exercice 1981 ou de leur accorder, sous une forme appropriée un avantage équivalent, amputé sans justification les indemnités auxquelles ont droit les anciens actionnaires». (46)

Comme dans la première illustration, les conditions relatives au contenu de la norme législative future, *relées par la conjonction «ou»* (Cxa v Cxb), sont clairement visibles.

SECTION 2. - LA DISTINCTION ENTRE LIGNES DIRECTRICES POSITIVES ET NÉGATIVES

139. - Après avoir documenté la présence de lignes directrices déterminées et alternatives au sein de notre champ de recherche, il convient de procéder à une analyse identique pour les lignes directrices positives et négatives.

Nous l'avons dit (47), une interférence négative constituée, à l'identique de l'*interférence positive*, une habilitation de production normative. 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), mais par le contenu de ses *conditions de validité* : alors que la seconde soumet la validité de la norme à produire exclusivement 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 ne sera pas dotée de tel ou tel contenu.

140. - Avant d'entamer l'examen des décisions concrètes, une remarque préliminaire doit encore être émise. Comme la distinction entre interférences positives et négatives opère de manière indépendante de celle entre interférences déterminées et alternatives (48), il nous est possible de recourir au sein de la présente section à des illustrations que nous avons déjà précédemment utilisées : une ligne directrice déterminée peut en effet *en même temps* constituer une interférence positive (ou négative), et une observation identique vaut pour les lignes directrices alternatives.

(46) CC, décision 132 DC du 16 janvier 1982, *précitée*, *Rec.*, 27. C'est nous qui soulignons.

(47) *Voy. supra*, n° 101-103.

(48) *Voy. supra*, n° 103.2.

SOUS-SECTION 1. — *Présence de lignes directrices positives*

141. — Si l'on examine les décisions mentionnées au cours de la section relative aux lignes directrices déterminées et alternatives, on constate qu'elles contiennent exclusivement des interférences positives, c'est-à-dire des habilitations de production normative qui soumettent la validité des normes à produire intégralement à des conditions positives. Il s'ensuit que la présence de lignes directrices positives au sein de la jurisprudence constitutionnelle française, belge et allemande peut être documentée par un simple renvoi aux illustrations mentionnées aux numéros 134.1 (49), 134.2 (50), 135.1 (51), 135.2 (52), 138.1 (53) et 138.2 (54). Dans tous ces cas de figure, le juge constitutionnel habilite en effet le législateur à produire des normes législatives dont la validité est formulée par des conditions exclusivement positives.

SOUS-SECTION 2. — *Présence de lignes directrices négatives*

142. — Nous en arrivons ainsi à la modalité la plus particulière des lignes directrices, les *lignes directrices négatives*. Une ligne directrice négative peut être définie comme l'habilitation purement permissive 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 cependant être documentées dans la jurisprudence constitutionnelle de nos pays de référence.

143. — Dans un arrêt rendu quatre jours avant la réunification des deux Allemagne (55), le *Bundesverfassungsgericht* est appelé à se prononcer sur la constitutionnalité des dispositions législatives qui vont déterminer le seuil électoral (56) pour les premières élections de

(49) CC, décision 132 DC du 16 janvier 1982 (GD, n° 31, Loi de nationalisation).

(50) CA, arrêts 41/83 du 3 juin 1983 et 79/93 du 9 novembre 1993.

(51) CC, décision 426 DC du 30 mars 2000.

(52) BVerfG, arrêt du 19 juillet 1966, BVerfGE 20, 56 (114-115).

(53) CC, décision 198 DC du 13 décembre 1985.

(54) CC, décision 132 DC du 16 janvier 1982.

(55) Réunification intervenue au 3 octobre 1990. Voy aussi *supra*, n° 17.

(56) Par «seuil électoral», nous entendons le pourcentage de voix qu'un parti politique doit obtenir pour se voir attribuer des sièges au parlement, en l'occurrence au Bundestag.

l'Allemagne réunifiée, prévues pour l'hiver 1990-91. Selon les dispositions en question, un parti politique doit obtenir cinq pour-cent des voix pour se voir attribuer des sièges au Bundestag. Dans son arrêt, la Cour de Karlsruhe conclut à la contrariété de ces dispositions à la Loi fondamentale, au motif que le *mode de calcul* dudit seuil méconnaît le principe de l'égalité des chances des partis politiques. L'installation d'une exigence minimale de suffrages n'étant pas constitutionnellement requise (57), les élections auraient ensuite parfaitement pu se dérouler en l'absence de toute forme de seuil. On sait cependant que le législateur allemand est traditionnellement très attaché à la technique du seuil (58), de sorte qu'il est fort probable qu'il va encore prendre de nouvelles dispositions législatives en ce sens avant le scrutin (sans qu'il soit, répétons-le, juridiquement obligé de le faire). C'est par rapport à cette intervention possible du législateur que la Cour formule un certain nombre d'interférences que nous analyserons dans un instant plus en détail.

S'il existait, à l'instar des *Grandes décisions du juge constitutionnel* (59), une collection des «Grandes décisions de la Cour constitutionnelle allemande», l'arrêt du 29 septembre 1990 y trouverait sûrement sa place (60). Le professeur Olivier JOUANJAN en a souligné l'importance dès 1991, en l'annotant dans une revue française (61). La décision témoigne en effet non seulement de la présence de lignes directrices négatives, mais constitue plus généralement une bonne illustration du style rédactionnel qu'emploie le juge constitutionnel allemand (même si celui-ci ne l'observe pas de manière homogène dans toutes ses décisions) : approche dépouillée du problème, terminologie accessible et grand souci de motivation. La décision du 29 septembre est par ailleurs

(57) Point que la Cour rappelle dans le corps même de l'arrêt : «Il lui est loisible [au législateur] de renoncer à l'installation d'un seuil.» [«Dabei steht es ihm [dem Wahlgesetzgeber] frei, auf eine Sperrklausel zu verzichten»] (BVerfGE 82, 322 [339]).

(58) Technique qu'il utilise depuis la création de la République fédérale.

(59) L. FAVORIS et L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 12^e édition, Paris, Dalloz, 2003, 1058 pages.

(60) Un tel recueil existe langue allemande : voy. J. MENZEL (éd.), *Verfassungsrechtsprechung. Hundert Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in Retrospektive*, Tübingen, Mohr-Siebeck, 2000, 692 pages. En langue française, il convient de signaler l'existence d'un résumé d'une vingtaine d'arrêts de la Cour constitutionnelle rédigé il y a plus de vingt ans par Jean-Claude BÉGIN dans la revue *Pouvoir*, 22 (1982), 135-143.

(61) O. JOUANJAN, «Le juge constitutionnel allemand. Loi électorale et le principe d'égalité», note sous BVerfG, arrêt du 29 septembre 1990 (BVerfGE 82, 322), RFD, 1991, 669-680. Voy. aussi M. FROMONT, «République fédérale d'Allemagne. La jurisprudence constitutionnelle en 1990 et 1991», RDP, 1993, 1547-1583, ici 1559-1561.

importante d'un point de vue historique puisqu'elle pose les bases pour les premières élections démocratiques de la Nation allemande (62) organisées depuis 1932 (63). Enfin, l'arrêt se fonde sur la disposition-maître du droit constitutionnel, le principe d'égalité. Il y donc de bonnes raisons de le reproduire d'une manière un peu plus extensive, d'autant plus qu'il ne semble pas encore avoir fait l'objet d'une traduction en langue française.

La Cour commence par présenter les bases juridiques du problème qui est soulevé devant elle :

« L'extension de la loi sur les élections fédérales (*Bundeswahlgesetz*) au territoire des Länder de la République démocratique d'Allemagne a pour conséquence que ces Länder deviennent partie intégrale du territoire électoral au sens de cette loi. Les premières élections législatives de l'Allemagne réunifiée se

(62) Jusqu'à la réunification, la République fédérale d'Allemagne s'était toujours considérée comme une partie seulement de la Nation allemande, de sorte que la frontière inter-allemande ne constituait pas, aux yeux de la République fédérale, une frontière internationale.

(63) Elections législatives du 6 novembre 1932, suite auxquelles le Chancelier von PAPEN rend sa démission. Remplacé par le général von SCHLICHER le 3 décembre 1932, ce dernier démissionne à son tour le 28 janvier 1933. Accablé par la grave crise économique et institutionnelle, le Président du Reich, le général von HINDEBURG, âgé de 86 ans et fragilisé par la vieillesse, ne voit alors aucune autre solution que de nommer à la Chancellerie, après beaucoup d'hésitations, le leader du parti national-socialiste Adolf HITLER, personnage qui avait déjà purgé une peine criminelle pour avoir participé à une tentative (avortée) de putsch en 1923. HITLER, qui possède la nationalité allemande depuis un an à peine (25 février 1932) et dont le parti ne dispose pas d'une majorité de sièges au parlement, peut s'appuyer sur une coalition avec certains partis de droite; il entre en fonction le 30 janvier 1933 et signe déjà cinq jours plus tard, le 4 février, le premier arrêté ouvertement antisémite. Dès le 26 du même mois, il restreint par voie d'arrêté certains droits fondamentaux et rétablit la peine de mort, mesures parfaitement conformes à la Constitution qui ne protège qu'insuffisamment ces droits. Notamment en raison de ces restrictions, les élections législatives suivantes, qui se déroulent le 5 mars 1933, ne peuvent plus être considérées comme entièrement démocratiques. Lors de ce scrutin, HITLER n'obtient toujours pas la majorité absolue des sièges (son parti recueille 43 pour-cent des voix), mais parvient à reconduire la coalition, de sorte que le Président von HINDEBURG se voit obligé de le maintenir à la Chancellerie. Une fois confirmé à ce poste, tout va très vite : deux semaines plus tard (22 mars), le gouvernement HITLER obtient par une erreur impardonnable du Parlement la *délegation exécutive et illimitée de pouvoir édicter des normes législatives*; le 14 juillet, tous les partis politiques à l'exception du parti national-socialiste sont interdits; le 30 juin 1934, HITLER fait assassiner son prédécesseur à la Chancellerie, le général von SCHLICHER, dans le cadre d'une vaste opération d'épuration qui coûte la vie à 200 dirigeants de l'opposition allemande. Une loi rétroactive signée quelques jours plus tard (3 juillet) déclare ce massacre parfaitement légal. Enfin, en août de la même année, le Président von HINDEBURG décède et HITLER réunit en sa personne les fonctions de Chef de l'État et de Chancelier : la boucle est bouclée. Si nous prenons la peine de relier tous ces faits, c'est pour démontrer l'utilité concrète des Constitutions écrites et du droit constitutionnel en général : les règles constitutionnelles sont certes incapables de faire cesser des violences physiques, mais elles peuvent au moins faire en sorte qu'il soit impossible de mettre en place, en quelques mois, un État totalitaire parfaitement respectueux des règles de droit positif. La Constitution de Weimar a été insuffisamment protectrice des droits fondamentaux et n'a prévu aucun garde-fou contre un dépouillement des prérogatives du parlement. Aucune juridiction n'ayant compétence pour connaître de ce point, le dernier rouage institutionnel capable de mettre un frein au totalitarisme aurait été le Chef de l'État, dont l'état de santé et le grand âge ont cependant rendu impossible l'exercice réel de ses importantes prérogatives.

dérouleront juste un an après la révolution pacifique qui a eu lieu en République démocratique d'Allemagne. À peine trois mois se seront écoulés entre l'établissement du nouveau territoire électoral fédéral, qui réunit des territoires qui ont été divisés pendant quarante ans, et le jour du premier scrutin législatif de l'Allemagne réunifiée. Cette évolution rapide implique qu'un certain nombre de partis politiques n'auront, par manque de temps, pas eu l'opportunité d'adéquatement étendre leurs activités politiques à la partie respective du territoire électoral dans laquelle ils n'étaient jusqu'alors pas actifs, de s'y présenter et d'y récolter des suffrages avec une possibilité raisonnable de succès. (...)

Lorsqu'on tient compte de cette situation de départ, le maintien d'un seul électoral général de 5 pour-cent, calculé sur la totalité des suffrages émis dans le territoire fédéral, est sensiblement plus préjudiciable aux partis dont l'activité politique était jusqu'à présent limitée à la République démocratique d'Allemagne qu'à ceux qui étaient actifs en seule République fédérale d'Allemagne. D'après les calculs de la commission parlementaire « Réunification allemande » au Bundestag, les partis exclusivement actifs en République démocratique d'Allemagne devraient, pour franchir le seuil des 5 pour-cent au niveau national et donc pour être représentés au Bundestag, obtenir en Allemagne de l'Est - c'est-à-dire dans leur sphère d'activité originale - 23,75 pour-cent des voix, alors que les partis ouest-allemands devraient pour atteindre le même seuil seulement recueillir 6 pour-cent des voix dans leur sphère d'activité originale. (...)» (64)

Ces éléments de base exposés, le *Bundesverfassungsgericht* en conclut pour l'application du principe constitutionnel d'égalité :

« Ces (...) différences ne constituent pas des diversités que le législateur serait obligé de tolérer en raison de son devoir de neutralité en matière électorale,

(64) *FVERGE* 82, 322 (340). C'est nous qui soulignons. Texte original :

« Die Erstreckung des Bundeswahlgesetzes auf das Gebiet der Länder der Deutschen Demokratischen Republik hat zur Folge, daß diese Länder Teile des Wahlgebiets im Sinne des Bundeswahlgesetzes werden. Sodann findet die erste gesamtdeutsche Wahl bereits ein Jahr nach der friedlichen Revolution in der Deutschen Demokratischen Republik statt. Zwischen der Herstellung eines gesamtdeutschen Wahlgebiets, das zwei vierzig Jahre getrennte Gebiete vereinigt, und dem Tag der ersten gesamtdeutschen Wahl werden gerade drei Monate liegen. Diese Entwicklung läßt einer Reihe von Parteien keine ausreichende Möglichkeit, ihren Wirkungsbereich auf das jeweils neu hinzukommende Wahlgebiet auszuweiten und sich dort mit Aussicht auf Erfolg darzustellen und um Wählerstimmen zu werben. (...)»

Bei dieser Ausgangslage belastet eine auf das gesamte Wahlgebiet bezogenen 5 v.H.-Sperreklause die zum Teil bis heute nur auf dem Gebiet der Deutschen Demokratischen Republik tätigen Parteien gegenwärtig ungleich stärker als die bisher nur in der Bundesrepublik Deutschland Teilhabung dieser Sperrklause für die in ihrem Wirkungsbereich bisher auf das Gebiet der Deutschen Demokratischen Republik beschränkten Parteien und politischen Vereinigungen dazu, daß sie - bezogen auf ihren bisherigen Tätigkeitsbereich - 23,75 v.H. der Zweitstimmen erzielen müssen, um die 5 v.H.-Hürde zu überbringen und damit im Bundestag vertreten zu sein. Dementsprechend müssen die Parteien in der Bundesrepublik Deutschland - bezogen auf ihren bisherigen Wirkungsraum - etwas über 6 v.H. der Zweitstimmen erreichen. (...)»

mais elles représentent au contraire des inégalités dont il ne peut faire abstraction lorsqu'il édicte des règles relatives à un seuil électoral.» (65)

C'est sur base de ce constat que la Haute juridiction formule ensuite trois lignes directrices négatives à l'intention du législateur, toutes parfaitement motivées. Ce qui est à cet égard de la plus haute importance — la Cour le souligne en termes exprès (66) — c'est que le législateur *n'est pas obligé* de prévoir un seuil électoral; cette décision relève entièrement de sa liberté d'appréciation. Tous les énoncés de la Cour relatifs au contenu de normes futures sont donc subordonnés à la décision souveraine du législateur d'intervenir ou non; il s'agit d'interférences *non* obligatoires, de *lignes directrices*.

143.1 — La première des trois lignes directrices *negatives* concerne un possible abaissement du seuil en-dessous de cinq pour-cent. La Cour énonce :

« De ce qui précède il ne s'ensuit pas que le législateur serait constitutionnellement obligé de ne prévoir aucun seuil électoral lors des premières élections législatives en Allemagne réunifiée. Cependant, un tel seuil ne pourra être diminué [en dessous de 5 pour-cent] si celui-ci est, comme dans le passé, calculé sur base de la totalité des voix émises dans le territoire électoral fédéral. » (67)

On observera que cette habilitation n'oblige pas le législateur à intervenir : la Cour relève seulement que si le législateur décide d'installer un seuil électoral et si ce seuil est calculé sur la totalité des voix émises dans le territoire fédéral, il ne pourra être inférieur à cinq pour-cent. Il s'agit là d'un exemple parfait d'une ligne directrice négative, conforme à la formule :

H (C1, C2, C3, ... Cn) → NL

(65) *Idem*, 342. C'est nous qui soulignons. Texte original :

[« Diese (...) Unterschiede sind nicht Verschiedenheiten, die der Wahlgesetzgeber aufgrund seiner Neutralitätspflicht hinzunehmen hätte, sondern Ungleichheiten, die er bei einer Sperrklauselregelung nicht unbeschadet lassen darf. »]

(66) *BVerfGE* 82, 322 (351) :

« Le législateur serait aussi en mesure de fixer le seuil électoral régionalisé à moins de 5 pour-cent, en raison de l'importance particulière des premières élections législatives de l'Allemagne réunifiée; cette décision relève de sa liberté d'appréciation, tout comme plus généralement la question de savoir s'il faut installer un seuil électoral. »

C'est nous qui soulignons. Texte original :

[« Der Gesetzgeber wäre auch in der Lage, die regionalisierte Sperrklausel im Blick auf die besondere Bedeutung der ersten gesamtdeutschen Wahl unterhalb von 5 v. H. anzusetzen; das ist ebenso eine Frage seiner Gestaltungsfreiheit wie die Entscheidung über das « Ob » einer Sperrklausel. »]

(67) *Idem*, 347. C'est nous qui soulignons. Texte original :

[« Aus dem Gesagten folgt nicht, daß der Gesetzgeber von Verfassungen wegen gehalten ist, bei der ersten gesamtdeutschen Wahl von einer Sperrklauselregelung überhaupt abzusehen. Allerdings kommt eine allgemeine Absenkung der Sperrklausel bei Aufrechterhaltung ihrer Bezogenheit auf das gesamte Wahlgebiet nicht in Betracht. (...) »]

La Cour prend soin de motiver cette ligne directrice :

« Il ne faut pas perdre de vue que les partis dont la sphère d'activités s'étendait jusqu'alors à la seule République démocratique d'Allemagne se trouvent placés dans des conditions de départ différentes de celles des partis en République fédérale. Pour conserver leur chances d'obtenir une certaine partie des voix, ils sont obligés de solliciter la faveur d'un nombre d'électeurs qui dépasse trois fois et demi celui des personnes admises à voter en République démocratique; le handicap respectif des partis de la République fédérale (...) atteint en revanche à peine un tiers des électeurs. (...) Il s'ensuit que lorsque le législateur estime nécessaire d'installer un seuil électoral, la Constitution lui interdit de fixer celui-ci d'une manière telle qu'il se greffe sur l'inégalité de départ qui vient d'être mise en exergue (...). Car dans un tel cas, la technique du seuil électoral aurait précisément pour effet de juridiquement consolider cette inégalité (inégalité qui ne peut être justifiée mais qui existe en raison de la situation précédemment décrite) : pour franchir le seuil, les partis de la République démocratique d'Allemagne devraient toujours recueillir une partie beaucoup plus importante d'électeurs au sein de leur ancien territoire électoral et donc réaliser un succès électoral beaucoup plus important que les partis de la République fédérale au sein de leur ancien territoire électoral. Ainsi, une réduction du seuil de 5 à 1,2 pour-cent aurait certes pour conséquence que les partis est-allemands ne devraient obtenir, dans leur ancien territoire électoral, que 5 pour-cent des voix pour l'atteindre au niveau national. Ces partis ne seraient donc pas traités d'une manière moins favorable que l'étaient les partis ouest-allemands dans leur ancien territoire électoral par application du seuil de 5 pour-cent. Or, l'application d'un seuil de 1,2 pour-cent aurait pour conséquence que les partis ouest-allemands n'auraient besoin de recueillir que 1,6 pour-cent des suffrages dans leur ancien territoire électoral pour participer à la distribution des sièges au Bundestag. Cette inégalité ne disparaîtrait pas si le seuil national était encore abaissé en-deça de 1,2 pour-cent; elle affecte tout seuil calculé sur la totalité des suffrages émis dans le territoire fédéral, quel que soit le pourcentage précis qui serait retenu pour lui.

La technique d'un seuil électoral unitaire, indistinctement calculé sur base de l'intégralité des suffrages émis à l'est et à l'ouest, viole par conséquent l'égalité des chances des partis politiques, au détriment de ceux établis en République démocratique d'Allemagne. » (68)

(68) *Idem*, 347-348. C'est nous qui soulignons. Texte original :

[« Es darf nämlich nicht auch hier nicht unberücksichtigt bleiben, daß sich die Parteien, die ihren Betätigungsraum bislang allein in der Deutschen Demokratischen Republik hatten, durch die Erweiterung des Wahlgebiets im Verhältnis zu den Parteien der Bundesrepublik Deutschland ungleichen Ausgangsbedingungen ausgesetzt sehen. Sie müssen sich, um ihre Chancen auf einen bestimmten Stimmenanteil zu wahren, gewissermaßen aus dem Stand heraus um ein Wahlerpotential bemühen, das um mehr als das Dreieinhalbfache die Zahl der Wahlberechtigten in der Deutschen Demokratischen Republik übersteigt; demgegenüber macht das vergleichbare Handicap für die Parteien der Bundesrepublik Deutschland (...) nicht einmal ein Drittel aus. (...) Daraus folgt, daß der Gesetzgeber von Verfassungen wegen gehindert ist, eine von ihm für notwendig geschätzte Sperrklausel in der Weise festzulegen, daß sie gerade an die in Rede stehende ungleiche Ausgangslage anknüpft (...). In diesem Falle wird — wegen der beschriebenen Ausgangslage — eine Ungleichheit, die durch die Funktion einer Sperrklausel nicht

143.2 - Après avoir émis cette première interférence négative, la Cour de Karlsruhe observe qu'il

«serait en revanche conforme à la Constitution de mettre en place un seuil électoral régionalisé, calculé sur base des résultats électoraux réalisés d'une part sur le territoire de l'actuelle République fédérale d'Allemagne, y compris la partie occidentale de la ville de Berlin, et d'autre part sur le territoire de la République démocratique d'Allemagne, en ce compris la partie orientale de Berlin, seuil qui serait fixé à un même pourcentage dans les deux territoires de référence.» (69)

Ces développements l'amènent à formuler une seconde ligne directrice négative, qui tient en ce que

«[L]a simple régionalisation du seuil - sans qu'il faille à ce stade aborder le problème de sa hauteur - ne satisfait toutefois pas encore aux exigences de l'égalité des chances [des partis politiques].» (70)

Ici encore, le caractère non obligatoire de l'interférence - et donc son statut de ligne directrice - ressort du fait que le législateur est simplement autorisé à instaurer un seuil électoral sans y être tenu (71) : le juge constitutionnel relève que si le législateur souhaite prévoir un tel seuil, il ne suffit pas de simplement procéder à sa régionalisation pour remplir les exigences de l'égalité des chances des partis politiques.

143.3 - La décision contient enfin une troisième interférence qui porte elle aussi la marque d'une ligne directrice négative. Elle a

zu rechtfertigen ist, rechtlich verfestigt: Die Parteien der Deutschen Demokratischen Republik müßten nämlich zur Überwindung der Sperrklausel stets einen weitaus größeren Anteil an Wählern in ihrem bisherigen Wahlgebiet gewinnen, also einen entsprechend größeren Erfolg bei der Wahl haben, als es für die Parteien in der Bundesrepublik, bezogen auf ihr bisheriges Wahlgebiet, erforderlich ist. So hätte beispielsweise eine Minderung der wahlgebietsbezogenen Sperrklausel auf etwa 1,2 v.H. zwar die Wirkung, daß die Parteien der Deutschen Demokratischen Republik nicht mehr als 5 v.H. der Wählerstimmen, bezogen auf die frühere Deutsche Demokratische Republik gewinnen müßten, um dieses Hindernis zu überwinden. Sie würden also im Ergebnis nicht härter getroffen, als dies bei einer auf das bisherige Wahlgebiet bezogenen 5 v.H.-Klausel der Fall wäre. Den Parteien der Bundesrepublik genügt dagegen schon ein Anteil von etwa 1,6 v.H. der Stimmen, bezogen auf ihr bisheriges Wahlgebiet, um an der Sitzverteilung teilzunehmen. Diese Ungleichheit besteht in ihrer Relation auch bei einer Senkung der Sperrklausel unter 1,2 v.H. fort; sie haftet jeder wahlgebietsweiten einheitlichen Sperrklausel an.

Damit verletzt eine solche Sperrklausel, wie immer ihre Höhe festgesetzt sein mag, die Chancengleichheit zu Lasten der Parteien der Deutschen Demokratischen Republik.» (69)

(69) *Idem*, 343-349. C'est nous qui soulignons. Texte original :

«[L]a blöfe Regionalisierung des Sperrklausel ist hingegen eine regionalisierte Sperrklausel, die einerseits auf das bisherige Gebiet der Bundesrepublik Deutschland einschließlich Berlins (West), andererseits auf das Gebiet des Deutschen Demokratischen Republik einschließlich Berlins (Ost) bezogen und für beide Bezugsgebiete in gleicher Höhe festgesetzt wird.»

(70) *Idem*, 349. C'est nous qui soulignons. Texte original :

«[D]ie blöfe Regionalisierung der Sperrklausel - ungeachtet ihrer Höhe - genügt allerdings den Anforderungen der Chancengleichheit noch nicht.»

(71) *Sypra*, note 66.

trait, non pas au pourcentage du seul en tant que tel, mais à la relation entre les taux qui sont respectivement applicables en Allemagne de l'Ouest et en Allemagne de l'Est. La Cour énonce à cet égard qu'

«[e]n raison de l'égalité du droit de vote, il [le législateur] ne pourrait pas retenir des seuils électoraux différents pour les deux territoires de référence.» (72)

Cet énoncé est lui aussi en toutes parts conforme à la formule mentionnée plus haut (n° 143.1).

144. - Un second exemple de lignes directrices négatives peut être trouvé au sein de la jurisprudence constitutionnelle belge. Dans un arrêt du 17 mars 1999 (73), la Cour d'arbitrage est saisie d'une question préjudicielle portant sur une disposition du Code des droits de succession. Cette disposition - il s'agit de l'article 126 - est libellée comme suit :

«Alinéa 1^{er}. - L'héritier (...) qui a omis de déclarer des immeubles situés en Belgique ou des rentes et créances inscrites dans les registres tenus en Belgique par les conservateurs des hypothèques acquitté, outre les droits, une somme égale à titre d'amende.

Alinéa 2. - Lorsque l'omission porte sur d'autres biens, l'amende est égale à deux fois les droits.» (74)

L'amende étant de nature fiscale, elle relève du contentieux fiscal. Or, selon la juridiction de renvoi, aucun recours n'est organisé en la matière pour permettre à l'héritier de contester la décision de l'administration qui lui inflige une telle pénalité (75); le fonctionnaire en charge du dossier constate seul et en dernier ressort si les conditions de l'article 126 sont remplies. Saisie de cette disposition légale, la Cour constitutionnelle belge en constate l'inconstitutionnalité (76) et émet une ligne directrice négative à l'attention du législateur :

«Il appartient au législateur d'apprécier s'il y a lieu de contraindre l'administration et le juge à la sévérité quand une infraction nuit particulièrement à

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

«Verwehrt wäre ihm [dem Gesetzgeber] allerdings - aus Gründen der Wahrehtsgleichheit - die regionalisierte Sperrklausel für die beiden Bezugsgebiete unterschiedlich festzulegen.»

(73) CA, arrêt 32/99 du 17 mars 1999.

(74) Arrêté royal du 31 mars 1936 établissant le Code des droits de succession (*Moniteur belge*, 7 avril), confirmé par la loi du 4 mai 1936 (*Moniteur belge*, 7 mai) et modifié par la loi du 22 juillet 1993 (*Moniteur belge*, 26 juillet).

(75) Considérant B.4. de l'arrêt.

(76) Dans l'interprétation retenue par la juridiction de renvoi. La Cour constate par ailleurs l'existence d'une interprétation conforme à la Constitution, mais ce point est sans pertinence pour la discussion du problème présentement examiné.

l'intérêt général. Mais s'il estime devoir permettre à l'administration de modifier l'importance de la sanction, rien ne doit pouvoir échapper au contrôle du juge.» (77)

Les mots «rien ne doit» l'attestent : la ligne directrice est formulée d'une manière négative; elle respecte la formule H (C1, C2⁷, C3, ... Cn) → NL.

L'énoncé du juge constitutionnel belge est intéressant à un second égard. Il démontre que la distinction entre lignes directrices positives et négatives constitue davantage une division de *forme* qu'une différence de *fond* : au lieu de déterminer le contenu de la norme future par une formulation *négative* («rien ne doit échapper au contrôle du juge»), la Cour d'arbitrage aurait tout aussi bien pu opter pour un énoncé *positif* («tout doit être soumis au contrôle du juge»). Cette dualité de formulations provient du fait que l'étendue d'une habilitation de production normative peut être déterminée de *deux* manières, soit en énonçant ce que son destinataire *peut* faire, soit en précisant ce qu'il ne peut *pas* faire.

145. — La possibilité de remplacer une interférence négative par une interférence positive est aussi apparente dans la troisième illustration consacrée aux lignes directrices négatives. Dans une décision rendue en été 1994, le Conseil constitutionnel affirme que

«le législateur ne doit pas imposer la cession d'actions dans des conditions qui n'assureraient pas le respect de leur valeur réelle» (78).

Or, cet énoncé négatif peut être aisément être reformulé en une affirmation positive :

le législateur ne peut imposer de cession d'actions que dans des conditions qui assurent le respect de leur valeur réelle (79).

*

* *

(77) Considérant B.10, alinéa 3, de l'arrêt. C'est nous qui soulignons. Pour une ligne directrice fort similaire, voy. notamment CA, arrêt 128/99 du 7 décembre 1999 (considérant B.14., alinéa 1^{er}, dernière phrase).

(78) CC, décision 347 DC du 3 août 1994, considérant 11. C'est nous qui soulignons.

(79) D'autres décisions pourraient encore être mentionnées pour documenter cette dualité de formulations possibles, positive ou négative, d'une même interférence, et il arrive même que le juge constitutionnel exprime une interférence à *la fois* de manière positive et négative. Comme illustration, on peut citer un arrêt du juge constitutionnel belge en matière scolaire dans lequel il énonce que pour les cours de religion

«doit être garantie, en raison de la nature des principes en cause, une égale liberté, non une liberté plus ou moins étendue suivant le nombre des élèves.»

Cette double présentation traduit une particulière insistance de la Cour (CA, arrêt 90/99 du 15 juillet 1999, considérant B.6.1., alinéa 2. C'est nous qui soulignons.).

146. — Après avoir documenté à l'aide d'illustrations concrètes la présence des différentes catégories de lignes directrices (déterminées et alternatives, positives et négatives), nous voudrions évaluer l'importance générale de ce type d'interférence dans les trois pays de notre champ de recherche. Cette évaluation sera limitée aux manifestations 'ordinaires' des lignes directrices : nous ferons à ce stade abstraction d'un certain nombre de décisions particulières qui s'écartent de la formalisation habituelle des lignes directrices et qui seront analysées au cours du titre 2 (80).

(80) *Infra*, n^{os} 157 et suivants.

L'observation du professeur FERNÁNDEZ ROGRÍQUEZ peut se résumer en quatre mots : *le 'gris' subsistara toujours*.

149. — Ce constat préliminaire ne doit cependant pas conduire à l'inertie scientifique : ce n'est pas parce qu'une analyse ne peut être effectuée avec une précision parfaite qu'elle doit être complètement abandonnée. Si tel était le cas, le genre humain ne réaliserait probablement *plus aucune* recherche portant sur des faits observables (83). À l'instar des peintres qui dessinent des cercles sans jamais atteindre le cercle parfait, nos travaux visent donc à proposer des classifications qui demeurent tout aussi indigentes.

150. — Avant de présenter dans un tableau des décisions qui peuvent dans notre champ de recherche être considérées comme dotées de lignes directrices, deux remarques doivent être émises. Il importe d'une part de rappeler que nos travaux ne portent pas sur l'intégralité de la jurisprudence du juge constitutionnel français, belge et allemand mais sur les seules décisions dans lesquelles le juge constitutionnel est susceptible d'interférer avec l'activité normative du législateur. Nous avons déjà eu l'occasion d'expliquer quelles catégories de décisions satisfont plus précisément à ces critères (84) (85) (86). Il convient d'autre part de souligner que si nous avons procédé à une *lecture exhaustive* des décisions de ces catégories en France (87) et en Belgique (88), nous nous sommes limité à une simple *sélection* de décisions en Allemagne, étant donné que

(83) Car le souci d'exactitude, poussé à l'extrême, paralyse même les recherches les plus simples. Pour ne donner qu'une illustration, il est impossible de connaître la longueur exacte du crayon que nous tenons en main : celle-ci varie non seulement en fonction de la température (extension thermique), mais on peut plus fondamentalement relever — et un chercheur en physique nucléaire le ferait sûrement — que tous les atomes qui composent notre crayon sont en mouvement permanent, de sorte que la seule chose que l'on peut établir est la longueur moyenne de l'objet à une température donnée. Or, pour établir cette moyenne, la température doit à son tour être strictement constante, de sorte que seuls quelques laboratoires spécialisés sont en mesure de réaliser une telle opération. Devons-nous pour autant conclure que nous ne sommes pas en mesure de déterminer la longueur d'un crayon ?

(84) Pour les décisions du Conseil constitutionnel français, voy. *supra*, n° 33.

(85) Pour les arrêts de la Cour d'arbitrage belge, voy. *supra*, n° 43.

(86) Pour les jugements de la Cour constitutionnelle allemande, voy. *supra*, n° 50-52.

(87) En France, ont été prises en compte toutes les décisions pertinentes rendues jusqu'au 1^{er} juillet 2005 inclus, soit :

— toutes les décisions pertinentes de la série DC jusqu'au numéro 515 inclus,

— toutes les décisions de la série L jusqu'au numéro 200 inclus ainsi que

— l'unique décision de la série LP (1 LP).

(88) En Belgique, ont été prises en compte toutes les décisions rendues jusqu'au 1^{er} juillet 2005 inclus, soit jusqu'à l'arrêt 118/2005 inclus.

CHAPITRE 2

L'IMPORTANCE DES LIGNES DIRECTRICES DANS LES PAYS DE RÉFÉRENCE

147. — L'importance des lignes directrices dans notre champ de recherche peut être analysée sous deux aspects, d'un point de vue quantitatif (section 1^{ère}) et sous un angle qualitatif (section 2).

SECTION 1. — L'IMPORTANCE QUANTITATIVE DES LIGNES DIRECTRICES DANS LES PAYS DE RÉFÉRENCE

148. — Loin de représenter une simple opération de comptage, l'évaluation quantitative de la présence des lignes directrices dans la jurisprudence constitutionnelle française, belge et allemande constitue une tâche malaisée. Bien que nous disposions d'un « moule théorique commun » auquel tous les énoncés du juge constitutionnel peuvent être confrontés (81), une catégorisation binaire des décisions selon qu'elles contiennent ou non une ligne directrice — en quelque sorte une division en décisions « blanches » et « noires » — est souvent difficile à réaliser en pratique. Cette difficulté est avant tout générée par la *diversité de la formulation* des énoncés du juge constitutionnel, diversité qu'aucune théorie ne permet d'englober complètement. Si la doctrine constitutionnelle n'est pas en mesure de fournir une théorie qui puisse « travailler toute seule », c'est-à-dire identifier d'une manière mécanique, sur base de critères objectifs, les décisions qui nous intéressent, c'est parce que les différents types de décision

« ne constituent pas des catégories claires, étanches et cloisonnées. Il advient qu'ils se superposent et que telle ou telle décision d'une cour constitutionnelle ne puisse être classée parfaitement dans une seule catégorie. Il est également difficile, en droit comparé, d'identifier clairement le profil caractéristique de chaque type de décision et les rapports étroits qu'il peut présenter avec d'autres profils ou catégories. » (82)

(81) *Supra*, n° 95.1. Pour les lignes directrices, ce moule peut être formalisé par l'expression : H (conditions de validité) → NL.

(82) J. J. FERNÁNDEZ ROGRÍQUEZ, « Typologie des dispositifs des décisions des cours constitutionnelles », *REDC*, 1998, 335.

le volume total de la jurisprudence de Karlsruhe dépasse les 45.000 pages (89).

151. — Sur base de notre travail d'analyse — en ayant à l'esprit les limites de perfection inhérentes à cet exercice — on peut répertorier les décisions des Cours constitutionnelles française, belge et allemande qui renferment des lignes directrices de la manière suivante. Dans un souci de clarté, nous présentons ces décisions à l'aide de deux tableaux distincts, l'un consacré aux lignes directrices déterminées, et l'autre — considérablement plus petit — aux lignes directrices alternatives.

151.1 — La présence des lignes directrices *déterminées* peut être constatée au sein des décisions suivantes (90) :

**Présence de lignes directrices déterminées
dans notre champ de recherche
H (C1, C2, C3, ... Cn) → NL**

Jurisdiction concernée	Décision	Référence précise de l'interférence (n° du considérant ou page du Recueil)
Conseil constitutionnel français	(1) 86 DC du 23 juillet 1975	Rec., 23
	(2) 75 DC du 12 janvier 1977	Rec., 34
	(3) 100 DC du 29 décembre 1973	Rec., 40
	(4) 105 DC du 25 juillet 1979 (91)	Rec., 34
	(5) 127 DC des 19-20 janvier 1981 (92)	Rec., 21
	(6) 132 DC du 16 janvier 1982 (93)	Rec., 26-27
	(7) 137 DC du 25 février 1982	Rec., 39-40
	(8) 144 DC du 22 octobre 1982	Rec., 62-63
	(9) 147 DC du 2 décembre 1982 (94)	Rec., 71

(89) Il existe à ce jour (1^{er} juillet 2005) 110 volumes du Recueil de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale (*Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*), dont chacun contient environ 430 pages. Une rapide multiplication donne ainsi le chiffre de 47.300 : à l'impossible nul n'est tenu...

(90) La référence du considérant précis est indiquée, sauf pour les anciennes décisions du Conseil constitutionnel et les jugements du *Bundesverfassungsgericht* allemand, où une numérotation des considérants fait défaut. Dans ces cas, nous avons indiqué la page du Recueil à laquelle la ligne directrice figure.

(91) Décision mentionnée *infra*, n° 155.2.

(92) Formulation particulièrement claire pour une ligne directrice : « il est loisible au législateur ... pourvu que... ». Il est vrai que la disposition à propos de laquelle cette affirmation est faite est ensuite jugée conforme à la Constitution mais l'énoncé du Conseil constitutionnel a de toute évidence une portée qui dépasse le cas précis de la loi soumise.

(93) Décision mentionnée *supra*, n° 134.1.

(94) Non-conformité totale de la loi soumise. Le législateur n'est cependant pas obligé de pro-duire une nouvelle loi ; c'est pour cette raison qu'il s'agit d'une ligne directrice et non d'une injonction.

Jurisdiction concernée	Décision	Référence précise de l'interférence (n° du considérant ou page du Recueil)
Conseil constitutionnel français	(10) 162 DC des 19-20 juillet 1983 (95)	Rec., 52 et 54
	(11) 164 DC du 29 décembre 1983 (96)	Rec., 72-73
	(12) 165 DC du 20 janvier 1984	Rec., 34 et 36
	(13) 168 DC du 20 janvier 1984 (97)	Rec., 40 et 41
	(14) 173 DC du 26 juillet 1984 (98)	Rec., 64
	(15) 181 DC des 10-11 octobre 1984	Rec., 85
	(16) 183 DC du 18 janvier 1985 (99)	Rec., 34
	(17) 191 DC du 10 juillet 1985	Rec., 47
	(18) 196 DC du 8 août 1985	Rec., 57
	(19) 200 DC du 16 janvier 1986	considérant 4
	(20) 208 DC des 1 ^{er} -2 juillet 1986	considéranants 11 et 21
	(21) 210 DC du 29 juillet 1988 (100)	considéranants 20-21 et 23-24
	(22) 214 DC du 3 septembre 1988	considérant 3
	(23) 217 DC du 18 septembre 1988 (101)	considéranants 8, 11 et 35
	(24) 223 DC du 29 décembre 1988	considérant 14
	(25) 232 DC du 7 janvier 1988	considéranants 41-43
	(26) 233 DC du 5 janvier 1988	considérant 7
(27) 239 DC du 30 décembre 1987	considérant 4	
(28) 242 DC du 10 mars 1988	considérant 26	
(29) 260 DC du 28 juillet 1989	considéranants 37 et 40	
(30) 261 DC du 28 juillet 1989	considérant 25	

(95) Il s'agit d'un constat d'incompétence négative. On notera cependant que tout constat d'incompétence négative n'oblige pas nécessairement le législateur d'intervenir : il peut aussi simplement signifier : « Pouvoirs normatifs, si vous souhaitez édicter des normes juridiques dans tel domaine, il faudra que ce soit le législateur qui le fasse ».

(96) Décision mentionnée *supra*, n° 3.1.

(97) Même remarque que note 95 (incompétence négative).

(98) Dans cette décision, le Conseil constitutionnel oblige le législateur à fixer le champ d'application de l'article 2, alinéa 1^{er}, de la loi soumise ; il s'agit d'un cas d'incompétence négative : *aussi longtemps que* le champ d'application de l'alinéa en question n'est pas précisé, la loi ne peut entrer en vigueur. Elle est néanmoins promulguée et entrée en vigueur (loi n° 84-743 du 1^{er} août 1984, JO, 2 août), sans que l'alinéa en question ne puisse avoir, en raison de son caractère tronqué, de véritable signification. Ce n'est que quelques mois plus tard que la loi est définitivement complétée (loi n° 84-1287 du 31 décembre 1984, JO, 1^{er} janvier 1985). Sur cet épisode, voy. G. DRAGO, *L'exécution des décisions du Conseil constitutionnel, l'effectivité du contrôle de la constitutionnalité des lois*, thèse (Paris II, 1989), Paris et Aix-en-Provence, Economica et PUAM, 1991, 137-139.

(99) Décision mentionnée *infra*, n° 155.1.

(100) Décision mentionnée par le professeur Jean-François AUBERT comme exemple d'une *directive* au législateur (J.-F. AUBERT, « L'Excellence du Palais Royal, ou l'imprévisible ascension du Conseil constitutionnel français », in : *Im Dienst an der Gemeinschaft, Festschrift für Dietrich Schätzler zum 65. Geburtstag*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Helbing & Lichtenhahn, 1989, 665-666).

(101) Décision mentionnée par le professeur Jean-François AUBERT au titre d'une *directive* donnée par le Conseil constitutionnel au législateur (*idem*, 666-667).

Jurisdiction concernée	Décision	Références précises de l'interférence (n° du considérant ou page du Recueil)
Conseil constitutionnel français	(31) 271 DC du 11 janvier 1990	considéranants 12, 14 et 23
	(32) 277 DC du 25 juillet 1990	considéranants 20 et 26
	(33) 281 DC du 27 décembre 1990	considéranants 8 et 12
	(34) 283 DC du 8 janvier 1991 (102)	considéranants 36, 43 et 47
	(35) 285 DC du 28 décembre 1990	considéranant 64
	(36) 305 DC du 21 février 1992	considéranants 6 et 14
	(37) 307 DC du 25 février 1992	considéranant 17
	(38) 316 DC du 20 janvier 1993	considéranants 15 et 43
	(39) 322 DC du 28 juillet 1993 (103)	considéranants 9 et 12
	(40) 323 DC du 5 août 1993	considéranant 9
	(41) 324 DC du 3 août 1993	considéranant 14
	(42) 325 DC du 13 août 1993	considéranants 3, 81 et 114
	(43) 326 DC du 11 août 1993 (104)	considéranant 11
	(44) 326 DC du 27 janvier 1994	considéranant 4
	(45) 345 DC du 29 juillet 1994	considéranants 5 et 8-10
	(46) 346 DC du 21 juillet 1994	considéranant 16
	(47) 347 DC du 3 août 1994 (105)	considéranant 11
	(48) 352 DC du 18 janvier 1995	considéranants 4, 12, 18 et 20
	(49) 358 DC du 26 janvier 1995	considéranant 57
	(50) 369 DC du 28 décembre 1995	considéranant 10
	(51) 373 DC du 9 avril 1996	considéranant 22
	(52) 377 DC du 16 juillet 1996	considéranants 17-19
	(53) 378 DC du 23 juillet 1996	considéranants 15 et 27-28
	(54) 396 DC du 19 février 1998	considéranant 8
	(55) 399 DC du 5 mai 1998	considéranant 7
	(56) 405 DC du 29 décembre 1998	considéranant 59
	(57) 407 DC du 14 janvier 1999	considéranant 26
	(58) 410 DC du 15 mars 1999	considéranant 42
	(59) 411 DC du 16 juin 1999	considéranant 16
	(60) 416 DC du 23 juillet 1999	considéranant 39
	(61) 422 DC du 21 décembre 1999	considéranants 64-65
	(62) 423 DC du 13 janvier 2000	considéranants 8, 42 et 45
	(63) 424 DC du 29 décembre 1999	considéranant 49
(64) 426 DC du 30 mars 2000 (106)	considéranants 15 et 19	
(65) 431 DC du 6 juillet 2000	considéranants 6-8	
(66) 466 DC du 20 février 2003	considéranants 13-15	
(67) 484 DC du 20 novembre 2003	considéranant 12	
(68) 494 DC du 28 avril 2004	considéranant 8	

(102) Décision mentionnée *supra*, n° 107.

(103) Déclaration de non-conformité totale de la loi. Le législateur n'est cependant pas obligé d'intervenir à nouveau; il pourra tout aussi bien abandonner son projet législatif.

(104) Décision mentionnée *supra*, n° 110, note 50.

(105) Décision mentionnée *supra*, n° 145.

(106) Considérant 19 de la décision mentionnée *supra*, n° 135.1.

Jurisdiction concernée	Décision	Références précises de l'interférence (n° du considérant ou page du Recueil)
	(69) 499 DC du 29 juillet 2004	considéranants 11-12
	(70) 500 DC du 29 juillet 2004	considéranant 7
	(71) 504 DC du 12 août 2004	considéranant 33
	(72) 508 DC du 16 décembre 2004	considéranant 5
	(73) 510 DC du 20 janvier 2005	considéranant 17, <i>in fine</i>
	(1) 74/92 du 18 novembre 1992	considéranant E.3.9., dernière phrase
	(2) 34/93 du 6 mai 1993	considéranant B.4., alinéa 1 ^{er}
	(3) 41/93 du 3 juin 1993 (107)	considéranant B.3.4.
	(4) 53/93 du 1 ^{er} juillet 1993	considéranant B.2., alinéa 2
	(5) 79/93 du 9 novembre 1993 (108)	considéranant E.7.2., alinéa 2
	(6) 2/94 du 13 janvier 1994	considéranant B.8., alinéas 1 ^{er} et 2, B.14.4.
	(7) 3/94 du 13 janvier 1994	considéranant B.8., alinéas 1 ^{er} et 2, B.14.4.
	(8) 9/94 du 27 janvier 1994	considéranant B.6.2., alinéa 1 ^{er}
(9) 45/94 du 1 ^{er} juin 1994	considéranant B.5.	
(10) 30/96 du 15 mai 1996	considéranant B.5.7.	
(11) 65/96 du 13 novembre 1996	considéranant B.8., al. 2, dernière phrase	
(12) 76/96 du 18 décembre 1996 (109)	considéranant B.3.3., alinéa 2	
(13) 42/97 du 14 juillet 1997	considéranant B.20., alinéa 2	
(14) 32/99 du 17 mars 1999 (110)	considéranant E.10., alinéa 3	
(15) 56/99 du 28 mai 1999	cons. B.5.4., al. 2, début de phrase	
(16) 69/99 du 17 juin 1999	considéranant B.3.2.	
(17) 82/99 du 15 juillet 1999	considéranant B.5.2.	
(18) 87/99 du 15 juillet 1999	considéranant E.7., première phrase	
(19) 90/99 du 15 juillet 1999	considéranant B.6.1., dernière phrase	
(20) 123/99 du 7 décembre 1999	cons. B.14., al. 1 ^{er} , dernière phrase	
(21) 76/2000 du 21 juin 2000	considéranant B.4.3., alinéa 1 ^{er}	
(22) 80/2000 du 13 juillet 2000	cons. B.2.1. (1 ^{er} phrase) et B.2.2.	
(23) 4/2001 du 25 janvier 2001	considéranants B.5.5., alinéas 1 ^{er} et 2	
(24) 57/2001 du 8 mai 2001	considéranant B.5., alinéa 2	
(25) 75/2001 du 31 mai 2001	considéranant B.11.	
(26) 56/2002 du 28 mars 2002	considéranants B.9.6., <i>in fine</i> , et B.9.8., B.9.10.	
(27) 86/2002 du 8 mai 2002	considéranant B.6.2., alinéa 2	
(28) 111/2002 du 26 juin 2002	considéranant B.10., alinéa 1 ^{er}	
(29) 14/2003 du 28 janvier 2003	considéranant E.17.	
(30) 119/2003 du 24 septembre 2003	considéranant B.3.3., alinéa 2	
(31) 5/2004 du 14 janvier 2004	considéranant B.14.6., <i>in fine</i>	

(107) Arrêt mentionné *supra*, n° 134.2.

(108) Arrêt mentionné *supra*, n° 134.2.

(109) Cet arrêt contient également des injonctions; il sera à ce titre évoqué *in fine*, n° 219.

(110) Arrêt mentionné *supra*, n° 144.

Jurisdiction concernée	Décision	Référence précise de l'interférence (n° du considérant ou page du Recueil)
	(32) 42/2004 du 17 mars 2004	considérant B.6.3.2., dernière phrase, et dispositif
	(33) 49/2004 du 24 mars 2004	considérant B.6.3., dernière phrase, et dispositif
	(34) 27/2005 du 2 février 2005	considéranes B.14. et B.15.
	(1) arrêt du 19 juillet 1966 (111)	EVERGE 20, 56 (116-118)
	(2) arrêt du 3 novembre 1982	EVERGE 61, 319 (354-355)
	(3) arrêt du 24 juin 1986	EVERGE 72, 330 (422-423)
	(4) arrêt du 29 septembre 1990 (112)	EVERGE 82, 322 (347, 348-349, 351)
Cour constitutionnelle allemande*	(5) décision du 14 juillet 1999 (113)	EVERGE 101, 54 (106)
	(6) arrêt du 20 mars 2002	EVERGE 105, 135 (154-157)
	*) Liste établie sur base d'une simple sélection de décisions.	

151.2 - La présence des lignes directrices alternatives peut quant à elle être constatée dans les décisions suivantes :

Présence de lignes directrices alternatives dans notre champ de recherche
H (C1, C2a v C2b, C3, ... Cn) → NL

Jurisdiction concernée	Décision	Référence précise de l'interférence (n° du considérant ou page du Recueil)
Conseil constitutionnel français	(1) 198 DG du 13 décembre 1985 (114) (2) 192 DC du 16 janvier 1982 (115)	Réc., 80-81 Réc., 27
Cour d'arbitrage belge	(à notre connaissance : néant)	
Cour constitutionnelle allemande	(dans notre sélection de décisions : néant)	

152. - Sur base de ces données statistiques, trois observations générales peuvent être avancées.

152.1 - La première consiste à signaler que le nombre de lignes directrices est nettement plus élevé en France qu'en Belgique ou en Allemagne. Alors que 75 cas (116) peuvent être relevés dans la juris-

(111) Arrêt mentionné *supra*, n° 135-2.

(112) Arrêt mentionné *supra*, n° 143.

(113) Décision mentionnée *supra*, n° 108, sans cependant citer la ligne directrice visée ici. La décision contient également des injonctions; elle sera à ce titre mentionnée *infra*, n° 275.1.

(114) Décision mentionnée *supra*, n° 138.1.

(115) Décision mentionnée *supra*, n° 138.2.

(116) À savoir 73 lignes directrices déterminées et 2 lignes directrices alternatives.

prudence du juge constitutionnel français, on n'en dénombre que 34 dans les arrêts de son homologue belge et 6 dans les jugements de son collègue d'outre-Rhin. À première vue, ce résultat peut étonner : ne s'accorde-t-on pas à dire que le juge constitutionnel français fait généralement preuve d'une plus grande prudence à l'égard du législateur que le juge constitutionnel allemand ? (117)

Or, la contradiction n'est qu'apparente : plus un juge constitutionnel adopte une attitude respectueuse vis-à-vis du Pouvoir législatif, plus il aura recours, lorsqu'il interfère avec l'activité normative du législateur, à des interférences *non* obligatoires, c'est-à-dire à des lignes directrices. À l'inverse, plus un juge constitutionnel développe une jurisprudence interventionniste, plus il émettra des interférences *obligatoires*, c'est-à-dire des injonctions. Considéré sous cet angle, le nombre élevé d'interférences *non* obligatoires en France et leur faible quantité en Allemagne ne peuvent surprendre (118).

On notera aussi que la Cour constitutionnelle allemande préfère recourir à des formes *atypiques* de lignes directrices (que nous examinerons au titre 2 (119)) plutôt qu'à leur moule *ordinaire*. Le faible usage de ce type d'interférence par la Cour de Karlsruhe doit donc être tempéré, car ces décisions atypiques ne sont pas prises en compte dans la statistique des lignes directrices que nous venons de fournir (120).

152.2 - La deuxième remarque tient en ce que l'utilisation des lignes directrices *progresse* en France : plus de la moitié d'entre elles (43 sur 75) ont été émises au cours des quinze dernières années (1990-2005) (121). Aucune augmentation significative ne peut en revanche être constatée dans les deux autres pays.

(117) Voy. notamment M. FROMONT, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Paris, Dalloz, 1996, 134, L. FAYOURE, « La constitutionnalisation de l'ordre juridique. Considérations générales », *REDC*, 1998, 235-236, J.-J. FERRÁNDEZ RODRÍGUEZ, « Typologie des dispositifs des décisions des cours constitutionnelles », *REDC*, 1998, 345-346, E. ZOLLER, *Droit constitutionnel*, 3^e édition, Paris, PUF, 1999, 177-179 et 280.

(118) La retenue du Conseil constitutionnel suppose en effet une paronomie d'injonctions, non un faible nombre de *lignes directrices*. De même, le rôle pionnier du juge constitutionnel allemand est établi par un grand nombre d'*injonctions*, non par une multitude de *lignes directrices*. C'est donc la statistique relative aux *injonctions* qui permet seule d'apprécier la pertinence des thèses susmentionnées. Voy. *infra*, troisième partie, n° 275.

(119) Voy. *infra*, n° 157, 193.

(120) Ceci pour d'évidentes raisons de systématisation (il serait absurde de vouloir présenter une typologie de décisions *atypiques*).

(121) Par rapport à une activité totale du Conseil de 46 années (1959-2005).

152.3 - Mais c'est la troisième observation qui est capitale. L'ordre juridique français est doté d'une Cour constitutionnelle qui effectue un contrôle *général* (122) et *a priori* de constitutionnalité des normes législatives (123). L'ordre juridique allemand est doté d'un système de contrôle *général* et *a posteriori* des lois. Enfin, la Belgique connaît un mécanisme de contrôle *spécialisé* (124) et *a posteriori* des normes législatives. Or, il est très important de signaler que les lignes directrices sont présentes *tant* dans des États dotés d'une Cour constitutionnelle à compétence générale *que* dans ceux qui disposent d'une Cour constitutionnelle « à compétence spécialisée » (125), et *tant* dans des États dotés d'un contrôle de constitutionnalité *a priori que* dans ceux qui disposent d'un contrôle *a posteriori*. L'articulation *ratione materiae* et *ratione temporis* du contrôle de la constitutionnalité des normes législatives est donc *sans incidence* sur la présence d'interférences du juge constitutionnel dans l'activité normative du législateur. Il s'agit là d'un constat majeur de nos travaux qui doit encore être confirmé au cours de la troisième partie (126).

*

*

Après avoir évoqué l'aspect quantitatif de la présence des lignes directrices dans les pays de notre champ de recherche, il convient d'analyser leur importance qualitative.

SECTION 2. - L'IMPORTANCE QUALITATIVE DES LIGNES DIRECTRICES DANS LES PAYS DE RÉFÉRENCE

153. - La description de l'importance qualitative des lignes directrices en France, Belgique et Allemagne ne nécessite que de brefs développements; deux remarques, l'une d'ordre normatif, l'autre d'ordre linguistique, suffisent pour en présenter les traits essentiels.

(122) C'est-à-dire par rapport à toutes les dispositions de la Constitution.

(123) À l'exception de la procédure prévue à l'article 37, alinéa 2, de la Constitution, qui organise un contrôle *spécialisé* et *a posteriori* de textes de forme législative (voy. *supra*, n° 59).

(124) C'est-à-dire par rapport à certaines dispositions de la Constitution seulement.

(125) F. DELRÉBÈRE, Introduction au texte de la Constitution belge, in : *Recueil des Constitutions européennes*, Bruxelles, Bruylant, 1994, 28.

(126) *Infra*, n° 276.4.

154. - La remarque normative tient en ce qu'il est impossible de distinguer les lignes directrices en fonction de leur degré d'intensité. Toute ligne directrice constitue par définition une habilitation *non obligatoire*, et cette absence d'obligatorité est *insusceptible de subdivisions* : soit une habilitation est dépourvue de caractère obligatoire (H), soit elle ne l'est pas (H+O). Toute ligne directrice a donc la même intensité, qu'elle soit ordinaire ou alternative, positive ou négative, et qu'elle émane du juge constitutionnel français, belge ou allemand. Comme nous allons le voir plus loin (127), cette impossibilité de moduler l'intensité des lignes directrices contraste avec la *possibilité* de le faire pour les injonctions (128).

155. - La seconde remarque est d'ordre linguistique. Si on ne peut différencier lignes directrices intenses et moins intenses d'un point de vue *normatif*, cette distinction est en revanche possible d'un point de vue *linguistique* : certaines lignes directrices - pourtant non obligatoires - sont formulées d'une manière plus insistante que d'autres. Comme notre travail porte sur un problème de *droit*, nous ne voudrions pas consacrer trop d'attention à ce phénomène par hypothèse *dépourvu* de signification juridique; quelques observations nous semblent néanmoins utiles.

Dans la formulation des lignes directrices, deux scénarios sont particulièrement intéressants. Dans le premier, le juge constitutionnel tente de *renforcer* les traits de la ligne directrice; il emploie un style énergique et donne à l'énoncé une *apparence* de caractère obligatoire. La proximité linguistique avec l'injonction est ouvertement recherchée. Dans le second, le magistrat constitutionnel s'efforce au contraire d'*atténuer* les traits de la ligne directrice; il la formule le plus discrètement possible et cherche à cacher le caractère 'dirigiste' de l'énoncé. Le juge constitutionnel 'habille' en quelque sorte l'interférence dans un 'costume' de non-interférence (129) afin de ne pas froisser les susceptibilités du législateur.

Nous voudrions illustrer chacun de ces deux cas de figure à l'aide d'une décision.

(127) *Infra*, troisième partie, n° 277-279.

(128) Ainsi, une injonction peut être assortie d'un *délai* dans lequel le législateur doit agir, elle peut prévoir des *mesures provisoires* applicables en attendant cette intervention, elle peut préciser les *régles applicables en cas de non-exécution du législateur*, etc.

(129) Comme nous traitons ici d'un phénomène strictement *non juridique*, l'emploi d'une terminologie quelque peu plus imagée nous soit permis.

155.1 - Débutons avec le premier scénario : le juge constitutionnel émet une ligne directrice (H) mais recherche, au niveau de la formulation, une grande proximité avec l'injonction (H + O). L'habilitation est donc formulée d'une manière particulièrement énergique, même si elle demeure purement permissive d'un point de vue normatif.

En hiver 1985, le Conseil constitutionnel est saisi d'une loi « relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises » (130). Dans le cadre de cette loi, le législateur crée une nouvelle infraction à charge d'un certain nombre de personnes : le délit dit de *malversation*. Aux termes de l'article 207 de la loi soumise au Conseil, est en effet

« (...) puni des peines prévues par le deuxième alinéa de l'article 408 du Code pénal tout administrateur, représentant de créanciers, liquidateur ou commissaire à l'exécution du plan qui se rend coupable de malversation dans l'exercice de sa mission; » (131)

L'opposition parlementaire tient cette disposition pour inconstitutionnelle, au motif qu'elle ne détermine pas avec une précision suffisante le comportement érigé en infraction :

« Considérant que les auteurs de la saisine soutiennent qu'en ne définissant pas le délit de malversation ainsi prévu, cette disposition viole l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789,

Considérant qu'en vertu de l'article 8 de ladite Déclaration : « la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée »; que l'article 34 de la Constitution précise que « la loi fixe les règles concernant : ... - la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables »; (132)

Dans sa décision rendue en janvier 1985, le Conseil accueille le grief des saisissants :

« [Considérant] qu'en prévoyant un délit de malversation dont (...) l'article 207 n'a déterminé les éléments constitutifs, la loi soumise au Conseil constitutionnel n'a pas défini l'infraction qu'il vise à réprimer; (...) » (133).

Sur base de ces développements, le juge constitutionnel aurait ensuite parfaitement pu constater la non-conformité de l'article 207 : dès le moment où le grief invoqué est jugé fondé, l'inconstitutionnalité de la disposition est démontrée. Mais ce n'est pas ce que

(130) Qui devient ensuite la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985, JO, 26 janvier.

(131) CC, décision 183 DC du 18 janvier 1985, Rec., 34. C'est nous qui soulignons.

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

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

le Conseil fait : avant de déclarer l'article 207 contraire à la Constitution (134), la Haute instance estime nécessaire de relever

« qu'il résulte de ces dispositions l'obligation pour le législateur de fixer les règles concernant la détermination des infractions; que par voie de conséquence, il doit en définir les éléments constitutifs en des termes clairs et précis; » (135)

Or, malgré l'énergie de la formulation retenue, cette « obligation pour le législateur » ne constitue pas une injonction mais une simple ligne directrice : le Pouvoir législatif n'est nullement tenu d'insérer dans le droit pénal français un délit de malversation; il peut tout aussi bien abandonner le projet suite à la décision du Conseil constitutionnel. L'énoncé « le législateur doit » signifie donc « le législateur doit, pour autant qu'il souhaite », et donc en définitive « le législateur peut ». Car c'est au *Pouvoir législatif* d'apprécier l'opportunité d'instaurer un délit de malversation; ce n'est que s'il juge cette instauration utile qu'il lui incombe d'en déterminer les éléments constitutifs. Au lieu de faire état d'une « obligation » qui se rapproche stylistiquement d'une *injonction* (même si toute obligation de légiférer fait défaut), le Conseil aurait plus simplement pu relever

« qu'il résulte de ces dispositions que le législateur peut seulement instaurer un délit de malversation si ses éléments constitutifs sont définis en des termes clairs et précis ».

La différence saute aux yeux : la dernière formulation paraît nettement moins énergique.

155.2 - Après avoir présenté une décision dans laquelle le juge constitutionnel emploie une formulation vigoureuse pour renforcer les traits de la ligne directrice, il convient de présenter une illustration en sens contraire, qui tente précisément de *catcher* le caractère 'dirigiste' de ses énoncés. Une décision particulièrement marquante en ce sens a été rendue par le Conseil constitutionnel en été 1979.

Sous le gouvernement de Raymond BARRE, la Haute instance est saisie d'une loi qui vise à restreindre le droit de grève pour les agents des radios publiques. Cette loi stipule notamment que

« lorsque les personnels des sociétés nationales de programme de télévision sont en nombre insuffisant pour assurer le service normal, le président de chaque société peut, si la situation l'exige, requérir les catégories de personnels ou les agents qui doivent demeurer en fonction pour assurer la continuité des élé-

(134) « Considérant que (...) l'article 207 de la loi examinée doit donc être déclaré non conforme à la Constitution » (*Ibid.*).

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

ments du service nécessaires à l'accomplissement des missions définies aux articles 1^{er} et 10» (136).

Aux yeux des requérants parlementaires (137), la limitation du droit de grève qui est ainsi prévue est excessive, dès lors qu'elle va au-delà de ce qui est *indispensable* pour assurer le fonctionnement des éléments du service dont l'interruption porterait atteinte aux besoins essentiels du pays.

Ce qui est litigieux dans cette affaire, c'est donc le *standard* à l'aune duquel une grève peut être interdite : pour les requérants, une prohibition peut seulement être prononcée si elle est *indispensable* pour répondre aux *besoins essentiels du pays*, alors que pour le législateur, elle peut l'être dès qu'elle s'avère *nécessaire* pour assurer un *service normal*. Le droit de grève étant expressément reconnu par la Constitution (138), la décision de la Haute instance donne, cette fois encore (139), raison aux saisissants. Elle invalide les dispositions de la loi qui permettent aux présidents des radios publiques d'interdire la grève aux agents qui ne sont *pas* indispensables pour répondre aux besoins essentiels du pays.

Mais afin de ne pas froisser le législateur, les juges de la rue de Montpensier font preuve d'un remarquable souci de diplomatie : au lieu de sèchement énoncer que « le législateur *peut seulement* restreindre le droit de grève si cela est indispensable pour la sauvegarde des besoins essentiels du pays », le Conseil commence par souligner la liberté d'appréciation du Pouvoir législatif :

« Considérant qu'aux termes du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, confirmé par celui de la Constitution du 4 octobre 1958 : « le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent » ; qu'en édictant cette disposition les constituants ont entendu marquer que le droit de grève est un principe de valeur constitutionnelle, mais qu'il a des limites et ont habilité le législateur à tracer celles-ci en opérant la conciliation nécessaire entre la défense des intérêts professionnels, dont la grève est un moyen, et la sauvegarde de l'intérêt général auquel la grève peut être de nature à porter atteinte ; que, notamment en ce qui concerne les services publics, la reconnaissance du

(136) CC, décision 105 DC du 25 juillet 1979 (GD, n° 27, *Droit de grève et la radio*), Rec., 34. C'est nous qui soulignons.

(137) Des deux Assemblées (60 députés et 60 sénateurs).

(138) Septième alinéa du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946; la présente décision est la première à en faire expressément état.

(139) Les professeurs FAVORÉ et PHILIP notent à cet égard que « [l]a décision du 25 juillet 1979 est une de celles qui mettent en place, à l'initiative de la gauche alors dans l'opposition, une jurisprudence importante dont cette même gauche devra supporter les conséquences, lorsqu'elle sera au pouvoir » (GD, n° 27, *Observations*, par. 1).

droit de grève ne saurait avoir pour effet de faire obstacle au pouvoir du législateur d'apporter à ce droit les limitations nécessaires en vue d'assurer la continuité du service public qui, tout comme le droit de grève, a le caractère d'un principe de valeur constitutionnelle (...).» (140)

Et puis surgit, à peine perceptible, une petite phrase d'apparence tout aussi révérencieuse à l'égard du législateur :

« ces limites [au droit de grève] peuvent aller jusqu'à l'interdiction du droit de grève aux agents dont la présence est indispensable pour assurer le fonctionnement des éléments du service dont l'interruption porterait atteinte aux besoins essentiels du pays » (141).

Or, telle est précisément la thèse des saisissants : le législateur *peut seulement* interdire l'exercice du droit de grève pour les agents dont la présence est *indispensable* pour assurer les *besoins essentiels du pays*; pour tous les autres agents, la Constitution prohibe toute forme de restriction du droit de grève. Rarement une ligne directrice aura été si élégamment formulée : après avoir fait miroiter au Parlement des prérogatives étendues, le Conseil, agissant discrètement sous le couvert de la liberté législative, fixe des limites en réalité très étroites à ce Pouvoir.

*
*
*

156. — C'est par cette belle décision du juge constitutionnel français que s'achève le premier titre de la partie consacrée aux lignes directrices. Au cours de ses trente paragraphes (142), nous avons tenté de décrire le régime « ordinaire » des lignes directrices, c'est-à-dire l'articulation des énoncés non obligatoires de production normative qui sont conformes à la formule H (C1, C2, C3, ... Cn) → NL (ligne directrice déterminée) ou à l'expression H (C1, C2a v C2b, C3, ... Cn) → NL (ligne directrice alternative) (143). Mais à côté de ces lignes directrices *ordinaires*, il existe encore un grand nombre de lignes directrices *particulières* qu'il convient d'examiner maintenant (titre 2).

(140) *Décision précitée*, Rec., 34. C'est nous qui soulignons.

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

(142) Portent les nos 128-156.

(143) Chacune de ces deux formules pouvant contenir des conditions tant positives que négatives de validité.

TITRE II

MANIFESTATIONS ATYPIQUES DES LIGNES DIRECTRICES

157. — Au cours du titre précédent, nous avons examiné la présence des lignes directrices *ordinaires*, conformes aux moules H (C1, C2, C3, ... Cn) → NL et H (C1, C2a ∨ C2b, C3, ... Cn) → NL. Un examen approfondi de la jurisprudence constitutionnelle française, belge et allemande montre cependant qu'à côté des modèles classiques, il existe de nombreuses autres lignes directrices qui *s'écartent* des formalisations traditionnelles. C'est à ces lignes directrices *atypiques* que le présent titre est consacré.

158. — Il n'est pas aisé de fournir une présentation quelque peu structurée des interférences non standardisées (1). La raison en est simple : les lignes directrices atypiques se définissent exclusivement d'une manière négative ; est atypique toute ligne directrice qui *n'est pas* conforme aux formalisations classiques. Pour le reste (c'est-à-dire mise à part cette exigence négative), elle peuvent avoir un contenu quelconque (2). Ce manque d'uniformité compromet toute catégorisation *quantitative* (3) des interférences atypiques (4) ; seul un critère purement *qualitatif* permet de les classer.

159. — Pour établir une telle distinction quantitative, un critère élémentaire suffit : le *nombre d'occurrences observables* de chaque interférence atypique. On peut ainsi répartir les lignes directrices atypiques en deux catégories distinctes, selon qu'elles — contiennent une caractéristique atypique qui est également présente dans *d'autres* lignes directrices (de sorte qu'on a affaire à

(1) Nous utiliserons comme synonymes les expressions 'interférences atypiques' et 'interférences non standardisées'.

(2) Pour autant seulement qu'elles constituent toujours des habilitations non obligatoires de production normative.

(3) C'est-à-dire en fonction de leur *contenu*.

(4) Ce constat ne peut surprendre : faut-il rappeler avec LA PALICE qu'il est difficilement concevable de présenter une *typologie* d'éléments *...atypiques* ?

plusieurs interférences non standardisées qui contiennent un *même* trait atypique),
ou qu'elles

— sont dotées d'un trait atypique qui ne se manifeste qu'au sein de cette seule ligne directrice (de sorte qu'il n'existe qu'un exemple de l'interférence non standardisée en question).

La première constellation sera appelée *technique* atypique, la seconde *énoncé* atypique (5).

160. — Il faut admettre que cette distinction quantitative constitue une distinction « par défaut », dès lors que toute typologie qualitative des interférences non standardisées est impossible. Elle a néanmoins une grande utilité. En effet, elle permet de « faire le tri » entre d'une part un grand nombre d'interférences atypiques uniques, disjointes et de faible intérêt scientifique, et d'autre part des groupes d'interférences atypiques qui présentent toutes le même trait atypique et qui, du fait de la répétition de ce trait, font penser que le juge constitutionnel l'emploie à dessein, dans un but précis.

A cela s'ajoute que l'examen d'un *modus operandi commun*, présent dans *plusieurs* interférences atypiques, permet par essence des déductions plus générales que l'étude d'un cas isolé qui constitue l'unique manifestation d'une interférence atypique donnée (6).

Pour mécanique qu'elle soit, notre distinction quantitative présente donc l'avantage de regrouper au sein d'une même catégorie les interférences atypiques les plus intéressantes. Les *techniques* atypiques (chapitre 1^{er}) étant plus instructives que les *énoncés* atypiques (chapitre 2), ce sera *leur* examen que nous privilégierons (7), et c'est par elles que nous voudrions débiter notre tour d'horizon.

(5) Le choix de cette terminologie peut facilement s'expliquer : dans la première hypothèse, il existe plusieurs interférences atypiques qui sont caractérisées par un *même* trait atypique. On peut donc parler d'un *modus operandi commun*, d'un *procédé méthodique* qui a été appliqué plusieurs fois. Tel est précisément la définition du mot *technique* : une *technique* constitue un *procédé méthodique qui est susceptible d'une multitude d'applications*. — Dans la seconde hypothèse, un tel *modus operandi commun* fait défaut ; on a affaire à un cas isolé, à un *énoncé* qui constitue la seule manifestation observable d'une interférence atypique donnée.

(6) Soulignons que la classification d'une interférence atypique dans la seconde catégorie n'est évidemment pas *définitive* : un *énoncé* atypique accède au rang d'une *technique* atypique lorsqu'il y a interférence non standardisée (et jusqu'à lors unique) est reproduite ailleurs. On se trouve alors en présence de deux interférences atypiques qui fonctionnent selon un *modus operandi commun*.

(7) Sans pour autant passer complètement sous silence celui des énoncés atypiques.

CHAPITRE I

TECHNIQUES ATYPIQUES

161. — Parmi une multitude d'exemples possibles, nous voudrions présenter deux illustrations complètement différentes des techniques atypiques. La première a trait aux lignes directrices alternatives (section 1^{ère}), la seconde à la relation, à première vue insoupçonnée, entre lignes directrices et le mécanisme des ordonnances prévu à l'article 38 de la Constitution française (section 2).

SECTION 1. — UNE FORME ATYPIQUE D'UNE LIGNE DIRECTRICE ALTERNATIVE

162. — L'illustration la plus éclatante d'une technique atypique peut être trouvée dans le domaine des lignes directrices *alternatives* et c'est par elle que nous voudrions débiter l'examen de jurisprudence relatif aux lignes directrices non standardisées. Avant de présenter les traits caractéristiques et de dégager la formalisation de cette interférence atypique, il semble utile de rappeler les aspects centraux de la forme *ordinaire* des lignes directrices alternatives.

163. — Nous avons vu qu'une ligne directrice alternative peut classiquement être formalisée par l'expression : H (C1, C2a v C2b, C3, ... Cn) → NL. Il est caractéristique pour ce modèle traditionnel que les deux branches de la condition alternative (C2a v C2b) apparaissent clairement et que la conjonction « ou » se trouve expressément formulée dans l'énoncé du juge constitutionnel. (8) Dans les développements qui précèdent (9), nous avons ainsi pu relever les illustrations suivantes :

« [Considérant] que, faute d'avoir institué une procédure d'information et de réclamation assortie de détails raisonnables ou tout autre moyen destiné à écarteler le risque d'arbitraire dans la détermination des imposables désignés pour

(8) Ou une expression analogue, telle que « soit ... soit ... ».
(9) *Supra*, n° 138.

supporter la servitude, les dispositions de l'article 3-II relatives à son institution doivent être déclarées non conformes à la Constitution; (...). (10)

Considérant (...) que (...) le refus de reconnaître aux anciens actionnaires le bénéfice de dividendes attachés à l'exercice 1981 ou de leur accorder, sous une forme appropriée un avantage équivalent, amputé sans justification les indemnités auxquelles ont droit les anciens actionnaires». (11)

Or, la technique spécifique que nous voudrions présenter maintenant se distingue de ce moule classique en ce qu'elle indique non pas les deux branches de la condition alternative (C2a. v C2b) mais seulement une (C2a). Elle peut donc être formalisée par l'expression :

H (C1, C2a, C3, ... Cn) → NL.

Ce qui est capital de souligner, c'est que l'omission de la condition C2b **ne transforme pas** la condition C2a en une condition **nécessaire et suffisante**. Elle conserve sa qualité d'exigence **alternative**, même si la conjonction «ou» et l'autre branche de l'alternative ne sont pas mentionnées dans l'énoncé du juge constitutionnel.

164. - Avant d'examiner plus en détail ce type particulier de lignes directrices, il peut être utile d'en fournir une première illustration concrète. En 1994, le «Conseil central des Sinti et Rome en Allemagne» (*Zentralrat der Sinti und Roma*), association qui œuvre pour la protection de ces ethnies sur le territoire allemand, introduit un recours constitutionnel devant le *Bundesverfassungsgericht* contre un certain nombre de normes législatives qui régissent la structure et l'organisation des radios publiques. L'association fait grief aux différentes dispositions de ne pas accorder aux Sinti et Rome une *représentation garantie* dans les *organes de contrôle* de ces différentes sociétés de radio, alors qu'une telle présence existe au profit de la population juive : le Conseil central des Juifs en Allemagne (*Zentralrat der Juden in Deutschland*) envoie en effet un membre dans chaque organe de contrôle des sociétés publiques de radio. Les Sinti et Rome voient dans cette réglementation une différence de traitement qu'il estiment contraire au principe d'égalité consacré à l'article 3 de la Loi fondamentale.

La thèse des requérants est sans difficulté rejetée par la Cour constitutionnelle fédérale dans une décision du 25 août 1998 (12), qui conclut à la conformité des dispositions entreprises. Les juges de

(10) CC, décision 198 DC du 13 décembre 1985, *précitée*, Rec., 80-81. C'est nous qui soulignons.
(11) CC, décision 132 DC du 16 janvier 1982, *précitée*, Rec., 27. C'est nous qui soulignons.
(12) BVerfG, décision du 25 août 1998, I BvR 2487/94, non publiée au *Recueil*.

Karlsruhe relèvent avant tout que les Juifs d'Allemagne constituent une communauté *religieuse* (au même titre que les Catholiques et les Protestants d'Allemagne, qui disposent également d'une présence garantie), tandis que les Sinti et Rome représentent des communautés *ethniques*, dont l'identité repose sur des critères culturels et linguistiques.

165. - Ce qui fait l'intérêt de cette décision pour nos recherches, c'est que la Cour y énonce que

«[Le législateur pourrait certes ajouter (...) le requérant [c'est-à-dire l'Association des Sinti et Rome] sur la liste des organisations qui bénéficient d'une représentation garantie [au sein des organes de contrôle des radios publiques]. L'article 3, alinéa 3 de la Loi fondamentale ne contient cependant aucune obligation en ce sens.» (13)

Même si cela n'apparaît pas au premier abord, l'énoncé du juge constitutionnel allemand constitue une *technique spécifique*, et plus précisément une manifestation atypique d'une ligne directrice alternative. Procédons par étapes et démontrons d'abord qu'il s'agit d'une ligne directrice (n° 165.1) avant d'en analyser le caractère alternatif (n° 165.2) et atypique (n° 165.3).

165.1 - Une *ligne directrice* se définit comme une habilitation non obligatoire de production normative. Tel est bien le cas en l'espèce : le juge constitutionnel signale au législateur que des normes législatives de tel contenu *peuvent* être produites, sans qu'il existe une obligation en ce sens.

165.2 - Le caractère *alternatif* de l'interférence s'explique comme suit. Une ligne directrice suit classiquement le modèle : «législateur, si vous voulez produire une norme (sans y être obligé), vous devez lui donner tel contenu pour qu'elle soit valide.» Cette interférence est exprimée par la formule :

H (C1, C2, C3, ... Cn) → NL

Dans le cas d'espèce, le juge constitutionnel n'indique cependant pas au législateur ce que celui-ci *doit* faire pour que les conditions de validité de la norme à produire soient respectées; il précise simplement ce que ce dernier *peut* faire pour atteindre cet objectif : «Le

(13) *Idem*, considérant 13. C'est nous qui soulignons. Texte original :
[Der Gesetzgeber wäre (...) nicht gehindert, (...) auch den Beschwerdeführer in den Kreis der entscheidungsberechtigten Organisationen einzubeziehen. Ein aus Art. 3 Abs. 3 GG folgender Anspruch darauf besteht indessen nicht.]

législateur *pourrait* (...) ajouter (...) le requérant sur la liste des organisations qui bénéficient d'une représentation garantie.

Or, les conditions de validité d'une norme législative ne sont jamais facultatives; elles sont insusceptibles de l'être: une norme juridique respecte *nécessairement* ses conditions de validité; si elle ne le faisait pas, elle n'existerait pas, c'est-à-dire l'ordre juridique en question ne la considérerait pas comme l'une de ses normes. La question de savoir si une norme juridique respecte ses conditions de validité est donc seulement susceptible de deux réponses; elle les respecte ou elle ne les respecte pas (auquel cas elle ne constitue pas une norme). Comment alors formaliser un énoncé qui relève que «le législateur *pourrait* prévoir telle mesure législative», alors qu'une condition de validité ne peut jamais avoir une portée facultative?

La réponse est simple: l'énoncé «le législateur *pourrait*» implique que la validité des normes à produire peut encore être établie *autrement*, par le respect d'*autres* conditions de validité. Il existe donc une *pluralité de solutions*, dont chacune assure la validité des normes à produire. En d'autres termes, on a affaire à une habilitation de production normative qui contient des conditions *alternatives* de validité:

H (C1, C2a ∨ C2b, C3, ... Cn) → NL

Dans le cas d'espèce, cette pluralité de solutions possibles pour établir la validité des normes à produire ressort non seulement du verbe «*pourrait*» mais est également confirmée par l'affirmation:

«L'article 3, alinéa 3 de la Loi fondamentale ne contient cependant aucune obligation d'inclure les Sinti et Rome dans les organes de surveillance des radios publiques.» (14)

En clair: l'inclusion de ces ethnies dans les organes de contrôle n'est qu'une possibilité *parmi d'autres* d'assurer la validité des normes législatives à produire.

165.3 - Il faut enfin aborder le caractère *atypique* de l'énoncé. Si cette interférence s'écarte de la formalisation classique des lignes directrices alternatives (H (C1, C2a ∨ C2b, C3, ... Cn) → NL), c'est parce que le juge constitutionnel allemand ne mentionne qu'*une seule branche* de l'alternative: au lieu d'énoncer que les normes législatives à produire sont valides si elles *prévoient* la représenta-

(14) Considérant précité.

tion des Sinti et Roma dans les organes de surveillance (C2a) ou si elles *excluent* (C2b), les magistrats de Karlsruhe se bornent à relever qu'elles sont valides si elles *prévoient* une telle présence (C2a). En effet, ils énoncent:

«Le législateur *pourrait* certes ajouter (...) le requérant sur la liste des organisations qui bénéficient d'une représentation garantie [au sein des organes de contrôle des radios publiques].» (15)

L'interférence est donc atypique; elle peut être exprimée par la formule:

H (C1, C2a, C3, ... Cn) → NL.

Il importe cependant de rappeler (16) que le caractère atypique de l'interférence ne lui ôte pas sa qualité *alternative*; l'omission de la condition C2b ne confère pas à la condition C2a un statut nécessaire et suffisant.

*
*
*

166. - La présente section est consacrée à la recherche d'une *technique* atypique dans le domaine des lignes directrices alternatives. Pour pouvoir conclure à l'existence d'une telle technique, nous devons démontrer que le trait non standardisé que nous venons de présenter (n° 165) peut également être observé dans d'*autres* interférences; il convient donc d'établir l'existence d'une *pluralité* d'interférences caractérisées par un *même* trait atypique.

Disons-le d'emblée: le trait non standardisé en question peut être retrouvé dans un certain nombre de décisions (17). La place nous

(15) Considérant précité.

(16) Voy. *supra*, n° 163.

(17) Voy. par exemple:

- BVerfG, décision du 17 janvier 1957, *BVerfGE* 6, 55 (84),
- BVerfG, arrêt du 19 juillet 1966, *BVerfGE* 20, 56 (116, 118 et 119),
- BVerfG, décision du 29 janvier 1969, *BVerfGE* 25, 167 (183),
- BVerfG, décision du 16 mars 1971, *BVerfGE* 30, 292 (332-333),
- BVerfG, arrêt du 29 mai 1973, *BVerfGE* 35, 79 (140),
- BVerfG, décision du 21 mai 1974, *BVerfGE* 37, 217 (261 et 263-264),
- BVerfG, arrêt du 12 mars 1975, *BVerfGE* 39, 169 (191-193),
- BVerfG, décision du 30 mars 1977, *BVerfGE* 44, 249 (282-283),
- BVerfG, décision du 22 mars 1990, *BVerfGE* 81, 363 (378),
- BVerfG, arrêt du 29 septembre 1990, *BVerfGE* 82, 322 (351),
- BVerfG, arrêt du 27 juin 1991, *BVerfGE* 84, 239 (282-283),
- BVerfG, arrêt du 12 juillet 1994 (arrêt *AWACS*), *BVerfGE* 90, 286 (389),
- BVerfG, décision du 11 janvier 1995, *BVerfGE* 92, 63 (73),
- BVerfG, décision du 15 juillet 1998, *BVerfGE* 98, 365 (402-403) et
- BVerfG, décision du 10 novembre 1998, *BVerfGE* 99, 216 (243).

manque pour les présenter toutes et isoler dans chacune d'entre elles le caractère atypique qui les unit. Nous voudrions néanmoins examiner deux jugements à titre d'illustration.

166.1 - Dans une célèbre affaire de 1973 (18), le *Bundesverfassungsgericht* est saisi d'un recours constitutionnel dirigé contre une loi du Land de Basse-Saxe, relative aux Universités de ce Land (19). Sans qu'il soit besoin de présenter cet arrêt de soixante-dix pages dans son intégralité - il a été abondamment commenté par des plus mes plus autorisées (20) - il a été abondamment commenté par des plus Karlsruhe est notamment amenée à examiner la composition des organes de décision en matière d'éducation et de recherche.

Les requérants - 398 professeurs d'Université et chargés de cours de différentes Universités de Basse-Saxe - reprochent notamment à la loi d'accorder un poids trop important aux *étudiants*, en leur garantissant une forte représentation au sein de ces organes. Les professeurs font surtout grief à la loi de ne pas distinguer entre étudiants confirmés et étudiants de première année, de sorte que certains projets de recherche peuvent dépendre de l'assentiment de débutants qui ne disposent pas des compétences requises pour se prononcer en connaissance de cause. Le *Bundesverfassungsgericht* répond à ces griefs :

« Il faut admettre que le fait d'accorder à des étudiants des premières années une compétence de décision au sein des organes universitaires d'éducation et de recherche peut être considéré comme préoccupant, notamment parce que le manque de qualification et d'expérience de ces personnes nécessitera de longues explications avant la prise de décision ; cette lenteur pourrait même mettre en péril la capacité de décision des organes concernés. Il ne législateur pourrait dès lors introduire une différenciation parmi les étudiants, de sorte que l'éligibilité pour ces organes soit soumise à des restrictions, par exemple en fonction du nombre d'années d'études. La mise en place d'une telle différenciation

Cette liste étant basée sur une simple sélection de décisions de la Cour constitutionnelle fédérale, elle ne se veut point exhaustive.

(18) BVerfG, arrêt du 25 mai 1973, *BVerfGE* 35, 79 (Arrêt sur les Universités [Hochschulurteil]).

(19) Loi du 26 octobre 1971, *Journal officiel de Basse-Saxe [Niedersächsisches Gesetz- und Verordnungsblatt]*, 1971, 317. On se permet de préciser qu'en République fédérale, la compétence en matière d'enseignement et d'éducation appartient aux Länder; il n'existe pas d'éducation nationale au sens français du terme. Dans certains Länder, le Baccalauréat (Abitur) s'obtient d'ailleurs après douze années d'école, dans d'autres après treize.

(20) Voy. notamment l'exposé de Ralf Müller-Taaritz contenu dans l'ouvrage *Verfassungsgeschichte* de J. MENZEL, précité, 214-219, et les notes de jurisprudence de l'arrêt mentionnées à la page 219 de cet ouvrage. L'arrêt est aussi mentionné par J.-Cl. BÉGIN, *thèse précitée*, 262-265.

au sein du corps étudiantin ne constitue cependant pas une obligation constitutionnelle. elle ne découle pas des impératifs de la Loi fondamentale.» (21)

Le *modus operandi* atypique de la ligne directrice est apparent : le juge constitutionnel ne mentionne qu'une seule des différentes options possibles (C2a) et non pas, comme les lignes directrices alternatives le font généralement, toutes les possibilités (C2a v C2b). Les termes essentiels dans l'énoncé de la Cour sont les mots «pourrait» et «par exemple».

166.2 - La seconde illustration est tirée d'une décision de la Cour constitutionnelle allemande que nous avons déjà mentionnée : il s'agit de l'arrêt du 29 septembre 1990 relatif à la fixation du seuil électoral pour les élections législatives de fin 1990. Nous avons déjà pu décrire le contexte historique et juridique de la décision (22). Pour la discussion relative aux techniques atypiques, il suffit de préciser que le problème ici en cause consiste à déterminer le pourcentage précis du seuil électoral. À cet égard, le *Bundesverfassungsgericht* énonce :

«Le législateur serait aussi en mesure de fixer le seuil électoral régionalisé à moins de 5 pour-cent, en raison de l'importance particulière des premières élections législatives de l'Allemagne réunifiée; cette décision relève de sa liberté d'appréciation, tout comme plus généralement la question de savoir s'il faut installer un seuil électoral.» (23)

Le trait atypique des cette interférence est également manifeste : le juge constitutionnel ne mentionne qu'une seule des différentes options possibles (C2a). Le caractère alternatif de l'interférence ressort quant à lui de l'adverbe «aussi».

(21) BVerfG, arrêt du 25 mai 1973, *BVerfGE* 35, 79 (140). C'est nous qui soulignons. Texte original :

«Als bedenklich könnte es angesehen werden, daß Studenten der Anfangsemester in den Beschlußgremien über Fragen der wissenschaftlichen Forschung und Lehre mitentscheiden, zumal da infolge mangelnder Sachkenntnisse und Erfahrungen der Meinungbildungsprozeß so zeitaufwendig werden könnte, daß die Arbeitsfähigkeit des Beschlussesorgans in Frage gestellt würde. In Betracht können gewisse Beschränkungen der Wählbarkeit der Studenten etwa nach der Zahl ihrer Hochschulsemerester. Allerdings ist ein Differenzierungsgebot innerhalb der Studienschaft aus Verfassungsnormen nicht zwingend ableitbar.»

(22) Voy. *supra*, n° 143.

(23) BVerfG, arrêt du 29 septembre 1990, *BVerfGE* 82, 322 (351). C'est nous qui soulignons. Texte original :

«Der Gesetzgeber wäre auch in der Lage, die regionalisierte Sperrklausel im Blick auf die besondere Bedeutung der ersten gesamtdeutschen Wahl unterhalb von 5 v.H. anzusetzen; das ist ebenso eine Frage seiner Gestaltungsfreiheit wie die Entscheidung über das «Ob» einer Sperrklausel.»

167. — Les illustrations qui précèdent démontrent l'existence de *plusieurs* interférences atypiques qui contiennent un *même* trait non standardisé : il s'agit donc d'une *technique* atypique, dont le *modus operandi* commun est

H (C1, C2a, C3, ... Cn) → NL.

Comme presque aucun exemple de cette technique ne nous est connu dans la jurisprudence constitutionnelle française et belge (24), elle semble avant tout constituer une particularité allemande. On peut d'ailleurs relever qu'en France, les juges de la rue de Montpensier ont précisé

« que la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement; (...) qu'il ne lui incombe pas d'avantage de faire des propositions (...), comme peut être amené à le faire le Conseil d'État dans l'exercice de ses fonctions administratives ». (25)

Si la forme *ordinaire* des lignes directrices est donc présente dans tous les pays de notre champ de recherche, la forme *atypique* que nous venons d'examiner l'est, pour l'essentiel, dans un pays seulement.

SECTION 2. — LIGNES DIRECTRICES ET LE RECOURS AUX ORDONNANCES

168. — Après avoir ainsi mis en exergue une technique atypique dans le domaine des lignes directrices *alternatives*, nous voudrions en présenter une autre dans la sphère des lignes directrices *déterminées*. En opérant ce changement de cap, nous passons d'un trait atypique relatif aux *conditions de validité* (conditions incomplètement énoncées) à un trait non standardisé relatif aux *destinataires* de l'interférence. Si la technique atypique précédemment examinée se manifeste principalement en droit allemand, le mécanisme que nous voudrions analyser maintenant constitue un phénomène exclusivement français.

(24) Aucune occurrence ne nous est connue en France; en Belgique, on peut mentionner le considérant B.8., *in fine*, de l'arrêt 131/2000 du 13 décembre 2000, le considérant B.6. de l'arrêt 161/2002 du 6 novembre 2002 et le considérant B.3.2., dernier alinéa, de l'arrêt 75/2005 du 20 avril 2006.

(25) CC, décision 218 DC du 18 novembre 1986, considérant 10. C'est nous qui soulignons.

169. — La présentation de cette seconde technique atypique passe par un constat tout à fait trivial : pour interférer avec l'activité normative du *législateur*, l'habilitation de production normative doit avoir pour destinataire le Pouvoir *législatif*.

Ce point si limpide en théorie est cependant moins évident en pratique. Il existe en effet des interférences dont le destinataire n'est pas *tout de suite* le législateur, mais où il le devient *plus tard*, suite à la survenance d'un élément extérieur (26). On assiste donc à un véritable *changement de destinataire* : la ligne directrice est d'abord adressée à un organe *non* législatif et ce n'est que dans la suite qu'elle a pour destinataire le législateur (27). Il est à cet égard important de souligner que nous ne quittons pas la sphère strictement juridique : l'*élément extérieur* dont nous venons de faire état consiste nécessairement en un fait ou un acte pertinent *en droit*. Des contraintes *non* juridiques telles les rapports de force politiques ou des motifs budgétaires ne sont pas prises en considération (28).

170. — Nous l'avons dit, la technique atypique dont il s'agit ici de présenter les traits essentiels constitue une spécificité *française*. Elle concerne un mécanisme constitutionnel bien connu, à savoir le *recours aux ordonnances* prévu par l'article 38 de la Constitution (29). La technique des ordonnances est simple : le législateur

(26) Extérieur à l'interférence.

(27) Nous profitons de l'occasion pour remercier le professeur Bertrand MATHIEU de nous avoir rendu attentif à cet aspect de nos recherches.

(28) Ce qui n'exclut pas qu'elles puissent être d'un intérêt pour la science politique ou pour la sociologie des institutions.

(29) Sur la technique des ordonnances en général, voy. notamment, par ordre chronologique, L. FAVOREU, « Ordonnances ou règlements d'administration publique ? (la destinée singulière des ordonnances de l'article 38 de la Constitution) », *RFDA*, 1987, 686-699; B. MATHIEU, « Les rôles respectifs du Parlement, du Président de la République et du Conseil constitutionnel dans l'édiction des ordonnances de l'article 38 », *RFDA*, 1987, 700-722; F. LUCHAIRE, Commentaire de l'article 38 de la Constitution, in : F. LUCHAIRE et G. COSAC (dir.), *La constitution de la République française, ouvrage précité* (1987), 795-799; D. MAUS, *Le Parlement sous la V^e République*, 3^e édition, Paris, PUF, Collection « Que sais-je ? » (n° 2217), 1996, 96-98; L. FAVOREU, « Principes généraux du droit et ordonnances non ratifiées », *RFDA*, 1996, 1111-1113, et « Le pouvoir normatif primaire du Gouvernement en droit français », *RFDC*, 1997, 713-726; C. BOYER-MÉRENTIER, « Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution : une place ambiguë dans la hiérarchie des normes », *RFDA*, 1998, 924-941; E. ZOLLER, *Droit constitutionnel, ouvrage précité* (1999), 468-469; D. G. LAVROFF, *Le droit constitutionnel de la V^e République, ouvrage précité* (1999), 759-761; L. FAVOREU et al., *Droit constitutionnel, ouvrages précité* (2000), 794-802; Ch. DEBBASCH et al., *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 4^e édition, Paris, Economica, 2001, 927-934, et J. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 18^e édition, Paris, Montchrestien, 2002, 596-599, ainsi que les thèses de R. MAUGUIS, *L'Ordonnance en droit public français contemporain*, thèse (Grenoble, 1967), Lyon, AGEIL, 1967, 566 pages; H. PIZLBERG, *La pratique des ordonnances de l'article 38 sous la Cinquième République*, thèse (Poitiers, 1987), non publiée, 420 pages dactylographiées; J.-P. RISR, *L'article 38 de la Constitution du 4 octobre 1958 et son utilisation*, thèse

accorde une habilitation de production normative au Pouvoir réglementaire, en l'autorisant à modifier par des normes réglementaires la législation en vigueur. L'habilitation ainsi conférée est limitée à une certaine période et concerne une matière déterminée. À la fin de la période prévue, les modifications effectuées sont en principe ratifiées (30) par le Pouvoir législatif.

Mais quel rapport la technique des ordonnances, normes réglementaires, peut-elle entretenir avec le problème de l'interférence dans l'activité normative du législateur ? À bien y regarder, la technique des ordonnances peut donner lieu à de nombreuses interférences du juge constitutionnel dans l'activité normative du législateur. Il ne faut en effet pas perdre de vue que pour chaque recours aux ordonnances, l'adoption d'une loi d'habilitation est nécessaire, loi dont les dispositions peuvent être soumises au contrôle du Conseil constitutionnel. D'un point de vue formel, cette loi ne se distingue pas des autres normes législatives qui peuvent lui être soumises en application de l'article 61, alinéa 2, de la Constitution. Dans la mesure où les interférences émisses lors de la vérification de cette loi épousent le moule classique des lignes directrices, ce n'est pas ici l'endroit pour les commenter; elles ont été intégrées dans la liste générale présentée plus haut (31).

Le législateur est en outre amené à intervenir une seconde fois, pour ratifier les ordonnances édictées sur base de la loi d'habilitation. En procédant de la sorte, le législateur s'approprie le contenu des normes produites par le Pouvoir réglementaire. À ce titre, la loi de ratification peut elle aussi faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité par le Conseil constitutionnel et donner lieu à des interférences dans l'activité normative du législateur (32).

171. — Mais ce n'est pas cet aspect-là de la technique des ordonnances qui nous intéresse dans le cadre de la présente section. En effet, si l'interférence est dès l'abord adressée au législateur, elle est,

(Paris II, 1987), non publié, 698 pages dactylographiées, C. BOYER-MÉRENTER, *Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution du 4 octobre 1958*, thèse (Aix-en-Provence, 1991), Aix-en-Provence et Paris, PUAM et Economica, 1996, 416 pages.

(30) Terme employé par la Constitution.

(31) Voy. *supra*, n° 151.

(32) Le Conseil constitutionnel a en effet accepté de vérifier la constitutionnalité des lois de ratification. Voy. notamment CC, décisions 156 DC du 28 mai 1983, 170 DC du 4 juin 1984 et 506 DC du 2 décembre 2004 (spécialement considérants 11 à 13). Cette liste n'est pas exhaustive. — Voy. par ailleurs GD, n° 39, *Observations*, par. 8.

du point de vue de son destinataire, parfaitement classique et aucun changement de destinataire ne pourra être observé. Car depuis la naissance de l'interférence jusqu'à sa mise en œuvre, ce sera le législateur qui sera mentionné comme l'organe auquel l'habilitation à produire une norme est conférée. Or, nous sommes à la recherche d'interférences qui ne sont *justement pas* adressées au législateur dans un premier temps mais qui s'adressent à lui seulement dans un second temps, suite à la survenance d'un élément étranger. Passons donc aux manifestations concrètes de cette technique atypique.

172. — En été 1986, le Parlement accorde au second gouvernement CHIRAC (33) deux habilitations à légiférer par ordonnances, pour réaliser pendant un délai de six mois un certain nombre de réformes (34). Parmi celles-ci il convient tout particulièrement d'épingler la (re-)privatisation des entreprises qui avaient été nationalisées par les gouvernements socialistes au début des années 1980 et la modification des circonscriptions pour les élections législatives (35). Les deux lois d'habilitation en question prévoient que les projets de lois de ratification doivent être déposés avant la fin de l'année 1986 (36).

Après le vote au Parlement, l'opposition parlementaire défère les deux lois au Conseil constitutionnel. La Haute instance les déclare conformes dans ses décisions 207 DC (37) et 208 DC (38) mais émet de nombreuses interférences à l'attention du Pouvoir réglementaire, chargé d'élaborer les futures ordonnances. Le professeur Jean GICQUEL relève à cet égard que :

« [L]e Conseil constitutionnel (...) s'est livré, les 25 et 26 juin et les 1^{er} et 2 juillet 1986, à un strict contrôle, à la limite de la réécriture. Dans son alliant,

(33) Gouvernement en fonction du 20 mars 1986 au 30 avril 1988. On n'oubliera pas de rappeler que Jacques CHIRAC avait déjà exercé la fonction de Premier ministre douze ans plus tôt, de 1974 à 1976.

(34) D.G. LAVROFF, *Le droit constitutionnel de la Ve République*, 3^e édition, Paris, Dalloz, 1999, 748.

(35) On signalera à l'attention du lecteur non français que

« [L]a querelle sur les modes de scrutin est traditionnelle en France sous la Ve République. Le général de Gaulle n'ayant pas accepté la proposition de M. Debré visant à inscrire le mode de scrutin dans la Constitution, il suffit d'une loi ordinaire pour changer le mode de scrutin. Seul le nombre de députés est fixé par une loi organique plus difficile à modifier qu'une loi ordinaire. » En l'occurrence, le gouvernement CHIRAC tend à modifier la législation électorale... à peine vieille d'un an, adoptée le 10 juillet 1985 par le gouvernement FABRUS (GD, n° 40, *Observations*, par. 1).

(36) D.G. LAVROFF, *Le droit constitutionnel de la Ve République, ouvrage précité*, 748.

(37) Des 25 et 26 juin 1986, GD, n° 39 (*Privatisations*).

(38) Des 1^{er} et 2 juillet 1986, GD, n° 40 (*Découpage électoral*).

le Conseil n'a pas hésité, selon la démarche injonctive des arrêtés de règlement de jadis, à préjuger de la tenue des futures ordonnances, de manière à encadrer l'activité normative du Gouvernement, au moment où celui-ci donnait le sentiment de se soustraire à son magistère » (39)

Nous voudrions brièvement illustrer la démarche du Conseil. Dans sa décision 207 DC relative à la loi « autorisant le gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social » (40), les juges de la rue de Montpensier relèvent :

« [C]onsidérant que l'article 4 de la loi prévoit, dans son deuxième alinéa, que les transferts [c'est-à-dire les reprivatisations d'entreprises] seront effectués par le Gouvernement conformément aux règles définies par les ordonnances mentionnées à l'article 5; que l'article 5 de la loi prévoit que, par voie d'ordonnance, seront fixées les règles d'évaluation des entreprises et la détermination des prix d'offre, ce qui interdit de transférer les entreprises visées à l'article 4 de la loi lorsque le prix auquel elles pourraient être cédées serait inférieur à leur valeur réelle, qu'il résulte des travaux préparatoires que le Gouvernement s'est engagé à faire procéder à des évaluations par des experts indépendants et à ne pas céder les entreprises visées à l'article 4 de la loi à un prix inférieur à leur valeur; que les garanties qui doivent préserver l'indépendance nationale résulteront également des ordonnances prévues par l'article 5 de la loi; (...)

Considérant, de même, que les dispositions de l'article 5 auxquelles renvoie le deuxième alinéa de l'article 4 doivent se comprendre comme imposant au Gouvernement de prendre par voie d'ordonnance des dispositions selon lesquelles l'évaluation de la valeur des entreprises à transférer sera faite par des experts compétents totalement indépendants des acquéreurs éventuels, qu'elle sera conduite selon les méthodes objectives couramment pratiquées en matière de cession totale ou partielle d'actifs de sociétés en tenant compte, selon une pondération appropriée à chaque cas, de la valeur boursière des titres, de la valeur des actifs, des bénéfices réalisés, de l'existence des filiales et des perspectives d'avenir; que, de même, l'ordonnance devra interdire le transfert dans le cas où le prix proposé par les acquéreurs ne serait pas supérieur ou au moins égal à cette évaluation; que le choix des acquéreurs ne devra procéder d'aucun privilège; que l'indépendance nationale devra être préservée; que toute autre interprétation serait contraire à la Constitution; (...)

Considérant que l'article 7 de la loi présentement examinée dispose : « [Paragraphe] I - (...) [Paragraphe] II - Les opérations ayant pour effet de réaliser un transfert du secteur public au secteur privé de propriété d'entreprises autres que celles mentionnées au paragraphe I ci-dessus, sont soumises à l'approbation de l'autorité administrative, dans les conditions fixées par les ordonnances mentionnées à l'article 5. (...) »; (...)

(39) J. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, ouvrage précité, 589. C'est nous qui soulignons, à l'exception du mot « réécriture », souligné par l'auteur.

(40) Qui deviendra la loi n° 86-793 du 2 juillet 1986 autorisant le gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social, JO, 3 juillet.

Considérant que (...) les dispositions de l'article 7 de la loi présentement examinée ne sont pas contraires à la Constitution; que, cependant, pour être conforme aux exigences de l'article 34 de la Constitution (...) l'ordonnance prévoyant les conditions de délivrance de l'autorisation administrative visée au paragraphe II de l'article 7 devra, non seulement respecter les prescriptions précédemment énoncées relatives aux conditions de transfert mais également comporter des dispositions qui, d'une part, tiendront compte de l'incidence sur le prix du transfert, des charges qui demeureront pour le secteur public après la régularité et, d'autre part, seront de nature à garantir un contrôle effectif de la légalité et de la finalité des transferts selon des procédures et par des autorités appropriées; qu'en outre, pour les transferts qui concernent des entreprises dans lesquelles des collectivités territoriales ont des intérêts, les dispositions dont il s'agit devront respecter le principe de libre administration de ces collectivités visées par l'article 72 de la Constitution; qu'enfin, devront être respectées les dispositions du neuvième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 relatives à la nationalisation des entreprises dont l'exploitation présente les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait » (41)

Une semaine plus tard, on peut lire dans la décision 208 DC, rendue à propos de la loi « relative à l'élection des députés et autorisant le gouvernement à délimiter par ordonnance des circonscriptions électorales » (42) :

« Considérant que l'article 5 de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel est ainsi rédigé : « [Alinéa 1° :] Dans un délai de six mois à compter de la publication de la présente loi, le Gouvernement est autorisé à établir par ordonnance le tableau n° 1 annexé au code électoral. [Alinéa 2° :] Le nombre des circonscriptions créées dans chaque département est fixé par le tableau annexé à la présente loi. [Alinéa 3° :] Sauf en ce qui concerne les départements dont le territoire comporte des parties insulaires ou enclavées, les circonscriptions sont constituées par un territoire continu. En outre, à l'exception des circonscriptions qui seront créées dans les villes de Paris, Lyon et Marseille et dans les départements comprenant un ou des cantons non constitués par un territoire continu, ou dont la population, au recensement général de la population de 1982, est supérieure à 40.000 habitants, la délimitation des circonscriptions respecte les limites cantonales. [Alinéa 4° :] Les écarts de population entre les circonscriptions ont pour objet de permettre la prise en compte d'impératifs d'intérêt général; en aucun cas la population d'une circonscription ne peut s'écarter de plus de 20 % de la population moyenne des circonscriptions du département. » (...)

Considérant que si, en elles-mêmes, les exceptions apportées au principe de l'égalité du suffrage ne procèdent pas, pour chacune d'elles, d'une erreur manifeste d'appréciation, elles pourraient par leur cumul aboutir à créer des situa-

(41) CC, décision 207 DC des 25 et 26 juin 1986, considérants 59, 61, 70 et 79. C'est nous qui soulignons.

(42) Qui deviendra la loi n° 86-225 du 11 juillet relative à l'élection des députés et autorisant le gouvernement à délimiter par ordonnance des circonscriptions électorales, JO, 12 juillet.

tions où ce principe serait méconnu ; qu'en conséquence, les dispositions des alinéas 3 et 4 de l'article 5 de la loi doivent s'entendre comme suit : qu'il convient, en premier lieu, de considérer que la faculté de ne pas respecter les limites cantonales dans les départements comprenant un ou plusieurs cantons non constitués par un territoire continu ou dont la population est supérieure à 40.000 habitants ne vaut que pour ces seuls cantons ; qu'en deuxième lieu, la mise en œuvre de l'écart maximum mentionné à l'alinéa 4 de l'article 5 doit être réservée à des cas exceptionnels et dûment justifiés ; que l'utilisation de cette faculté ne pourra intervenir que dans une mesure limitée et devra s'appuyer, cas par cas, sur des impératifs précis d'intérêt général ; qu'enfin la délimitation des circonscriptions ne devra procéder d'aucun arbitraire ; que toute autre interprétation serait contraire à la Constitution ; (...)

Considérant que l'article 6 de la loi présentement examinée est ainsi rédigé : « Dans le délai prévu à l'article 5, le Gouvernement est autorisé à déterminer par ordonnance, après avis de l'assemblée territoriale compétente, deux circonscriptions sur le territoire de la Nouvelle-Calédonie (...) et deux circonscriptions sur celui de la Polynésie française » ;

Considérant que (...) l'ordonnance prévue par l'article 6 devra déterminer les circonscriptions à l'intérieur des territoires en cause sur des bases essentiellement démographiques ; que, si le Gouvernement a néanmoins la faculté de tenir compte d'impératifs d'intérêt général liés aux caractères spécifiques des territoires considérés, ce ne peut être que dans une mesure limitée ; qu'enfin, la délimitation des circonscriptions ne devra procéder d'aucun arbitraire ; que toute autre interprétation serait contraire à la Constitution. (43)

Suite à ces décisions, les deux lois déclarées conformes (malgré les interférences que nous venons de mentionner) sont transmises à la Présidence de la République en vue de leur promulgation. Le président MITTERRAND est viscéralement opposé à ces deux législations (44) mais l'article 10, alinéa 1^{er}, de la Constitution l'oblige à les promulguer dans les quinze jours (45), ce qu'il fait les 2 et 11 juillet. Les lois sont respectivement publiées au *Journal officiel* du lendemain (46). Dès la mi-juillet, le gouvernement se met au travail et rédige trois projets d'ordonnance qu'il présente au Conseil des

(43) CC, décision 208 DC des 1^{er} et 2 juillet 1986, considérants 15, 24, 25 et 27. C'est nous qui soulignons.

(44) C'est ainsi qu'il précise au cours d'un entretien télévisé que la majorité parlementaire actuelle issue des élections du 16 mars veut vendre aux intérêts privés une partie du patrimoine national, c'est son opinion ce n'est pas la mienne (cité par C.-A. COLLARD, « Les pouvoirs du Président de la République en cas de coexistence institutionnelle », RDP, 1989, 1691).

(45) Sous la seule réserve de l'alinéa 2 de cette disposition (demande d'une nouvelle délibération de la loi par le Parlement), dont le Président ne fait pas usage en espèce.

(46) Les 3 et 12 juillet.

ministres respectivement les 16 juillet (47), 24 septembre (48) et 10 décembre 1986 (49). Transmis au Président de la République, celui-ci refuse toutefois d'y apposer sa signature (50), en se fondant notamment sur l'article 5 de la Constitution qui lui attribue la prérogative de « garantir l'indépendance nationale » et de « veiller [r] au respect de la Constitution » (51).

La question de savoir si le Président de la République a le droit de refuser les ordonnances donne ensuite lieu à un important débat — on peut même parler d'un « tollé politique » (52) — qui sort cependant du cadre de la présente étude (53). Ce qui seul importe pour nos recherches, c'est que le gouvernement est obligé, suite à ce refus, de renoncer à l'utilisation de l'article 38 de la Constitution et de réaliser ses réformes économiques par le biais de normes législatives. C'est donc le *Parlement lui-même* qui doit réaliser les réformes qui ont été préparées dans les deux lois d'habilitation.

(47) Projet d'ordonnance relatif à la privatisation de 65 groupes industriels et financiers, pris en application de la loi du 2 juillet. Voy. aussi D.G. LAVROFF, *Le droit constitutionnel de la 1^{re} République*, ouvrage précité, 746.

(48) Projet d'ordonnance relatif à la délimitation des circonscriptions électorales, pris en application de la loi du 11 juillet. Voy. aussi D.G. LAVROFF, *Le droit constitutionnel de la 1^{re} République*, ouvrage précité, 746.

(49) Projet d'ordonnance relatif à l'aménagement du temps de travail, pris en application de la loi du 2 juillet. Voy. aussi D.G. LAVROFF, *Le droit constitutionnel de la 1^{re} République*, ouvrage précité, 746.

(50) Refus respectivement annoncés les 14 juillet, 2 octobre et 17 décembre. Voy. J. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, ouvrage précité, 589. On consultera également sur ce refus les développements intitulés « Le veto » sur les ordonnances, contenus dans l'ouvrage de J.-Cl. ZARBA, *Fonction présidentielle et problématique majorité présidentielle / majorité parlementaire sous la Cinquième République (1986-1992)*, thèse (Toulouse, 1992), Paris, LGDJ, 1992, 113-121.

(51) G. CONAC, Commentaire de l'article 5 de la Constitution in : F. LUCHAIRE et G. CONAC (dir.), *La constitution de la république française*, ouvrages précité (1987), 319, et C.-A. COLLARD, *contribution précitée*, 1576-1578.

(52) C.-A. COLLARD, *contributions précitées*, 1594.

(53) Pour plus de détails, voy. la contribution prémentionnée du professeur Claude-Albert COLLARD, « Les pouvoirs du Président de la République en cas de coexistence institutionnelle », RDP, 1989, 1565-1605, et spécialement le chapitre III « Les ordonnances » (1990-1997). La doctrine est divisée ; de l'avis du doyen FAVORAU et du professeur PHILIP le « débat reste (...) ouvert » (GD, n° 39, *Observations*, par. 18), alors que le professeur COLLARD précise que le Président de la République peut refuser sa signature (*contribution précitée*, 1594). Nous adhérons pour notre part à la position du professeur LAVROFF qui considère que

« [I]a question de savoir si le président de la République peut refuser de signer une ordonnance après qu'elle ait été délibérée en Conseil des Ministres ne comporte pas de réponse évidente. (...) Nous considérons que le président de la République devrait signer les ordonnances qui sont déléguées en Conseil des ministres en application d'une loi d'habilitation votée par le Parlement mais qu'il n'y a pas de moyen juridique pour l'obliger à le faire »

(D. G. LAVROFF, *Le droit constitutionnel de la 1^{re} République*, ouvrage précité, 745).

173. - Nous avons déjà relevé que le Conseil constitutionnel a adressé un grand nombre d'interférences au gouvernement lors du contrôle des deux lois d'habilitation. Ces interférences avaient trait aux ordonnances que ce dernier s'appropriait à prendre. Or, comme le remarque pertinemment le professeur Franck MODERNE, le refus du Président de la République de signer les ordonnances fait en sorte que ces interférences initialement «imposées au gouvernement» sont en définitive «respectées par le Parlement lui-même lorsqu'il [est] amené à se saisir à nouveau du problème» (54). Selon l'auteur en question, il est certes

«vraisemblable que la nature même des lois d'habilitation qui confèrent au Gouvernement des attributions de nature législative a incité le juge constitutionnel à (...) ensermer l'exécutif dans un réseau de règles qu'il aurait eu peut-être plus de scrupules à imposer au législateur ordinaire. Pourtant c'est bien ce dernier, on le sait, qui fut en définitive destinataire du message» (55).

C'est par deux lois adoptées en juillet et novembre 1986 que le législateur réalise les réformes que le Pouvoir réglementaire n'a pu mettre en œuvre par la voie ordonnancière (56). Si la première loi n'est pas soumise au Conseil constitutionnel (57), il en va autrement de la seconde. Cette saisine donne à la Haute instance la possibilité d'exercer un contrôle à double détente' et de vérifier si le législateur s'est conformé aux interférences qu'elle avait initialement adressées au Pouvoir réglementaire. À la satisfaction du gouvernement, la loi est déclarée conforme à la Constitution (58). Le doyen FAVOREU et le professeur PHILIP observent à cet égard que

«le texte de l'ordonnance ayant été intégralement transformé en projet de loi, les directives de la loi du 11 juillet ont bien été intégrées dans la nouvelle loi (...). En réalité, comme dans les divers cas de contrôle à double détente (...) la seconde décision du Conseil a simplement constaté - comme dans les autres cas types, car il n'existe pas un seul exemple de deuxième annulation sur contrôle à double détente - que le législateur s'était conformé aux directives du juge constitutionnel». (59)

(54) F. MODERNE, «La déclaration de conformité sous réserve», in : *Le Conseil constitutionnel et les partis politiques*. Actes de la Journée d'études du 13 mars 1987, Paris et Aix-en-Provence, Economica et PUAM, 1988, 106.

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

(56) Le projet d'ordonnance présenté au Conseil des ministres le 16 juillet 1986 devient la loi n° 86-912 du 6 août 1986, dite loi de «respiration» du secteur public, JO, 7 août, et le projet d'ordonnance présenté le 24 septembre 1986 devient la loi n° 86-1197 du 24 novembre 1986, JO, 25 novembre.

(57) GD, n° 39, *Observations*, par. 1.

(58) CC, décision 218 DC du 18 novembre 1986.

(59) GD, n° 40, *Observations*, par. 17.

À l'instar de la première, la seconde loi est donc promulguée par le Président de la République (constitutionnellement contraint de le faire) et ensuite publiée au *Journal officiel* (60).

174. - Que faut-il retenir de cet épisode de la vie constitutionnelle française pour nos recherches? Les décisions prémentionnées du Conseil constitutionnel se distinguent par un trait atypique commun, qui tient en ce qu'un *élément extérieur* à l'interférence a une incidence sur ses destinataires : alors que le juge constitutionnel a adressé un certain nombre de lignes directrices (61) au Pouvoir réglementaire, le refus du Président de la République de signer les ordonnances fait en sorte que c'est le Pouvoir législatif qui se trouve en définitive tenu de s'y conformer (62). On assiste donc à un véritable **changement de destinataire**, déclenché par un élément extérieur. Comme ce phénomène peut être observé dans plus d'une décision, il s'agit d'une *technique atypique*.

Il convient cependant de noter avec le doyen FAVOREU que la jurisprudence très dirigiste du Conseil constitutionnel en 1986 a contribué à rendre «la procédure d'édiction des ordonnances (...) moins utilisable» (63) et que le risque d'assister un jour à une répétition de l'épisode de 1986 est assez faible. Ce n'est cependant pas nier sur le plan des principes que des manifestations futures de cette technique atypique puissent encore surgir (64).

(60) Pour être complet, il faut encore évoquer le sort du troisième projet d'ordonnance, présenté au Conseil des ministres le 10 décembre 1986 et refusé par le Président de la République le 17. Suite à cette décision présidentielle, le gouvernement, pressé par l'imminence de la clôture de la session parlementaire, transforme le texte en un amendement à un projet de loi déjà en cours de discussion au Parlement. Or, après l'adoption du projet (y compris l'amendement) par le Parlement, l'opposition parlementaire saisit le Conseil constitutionnel, en invoquant une irrégularité de procédure. Le Conseil donne raison aux saisissants (décision 225 DC du 23 janvier 1987) et invalide les dispositions introduites par l'amendement. Ce n'est donc qu'au printemps 1987 que le troisième projet d'ordonnance voit enfin le jour sous forme d'une loi (loi n° 87-423 du 19 juin 1987, JO, 20 juin). Voy. aussi C.-A. COLLARD, *contributions précitées*, 1592-1593.

(61) Notons qu'il s'agit bien de *lignes directrices* et non d'*injunctives*, puisque le Pouvoir réglementaire - pas plus d'ailleurs que le Pouvoir législatif dans la suite - n'est *juridiquement obligé* de faire usage de l'habilitation de production normative qui lui est confiée; il est en effet parfaitement concevable de ne *pas du tout* produire d'ordonnances pendant le délai prévu par la loi d'habilitation (six mois à partir de la publication de cette loi).

(62) Pour autant naturellement qu'il souhaite produire des normes juridiques dans le champ de droit en question.

(63) L. FAVOREU, «Le pouvoir normatif primaire du Gouvernement en droit français», *R.F.D.C.*, 1997, 720.

(64) Une dissolution anticipée de l'Assemblée suffirait en effet pour faire revivre les vieux démons de la cohabitation, et cela en dépit de la réforme constitutionnelle intervenue en 2000 (Loi constitutionnelle n° 2000-964 du 2 octobre, JO, 3 octobre).

législateur B; le juge constitutionnel est saisi de la norme produite par A et constate un excès de compétences dans son chef.

La sécurité juridique peut toutefois exiger que la norme inconstitutionnelle ne soit pas purement et simplement annulée mais que certains de ses effets soient *maintenus* : l'invalidation rétroactive de la norme pourrait créer un 'vide juridique' ou faire naître une situation qui serait encore plus éloignée de la conformité à la Constitution que la norme émise par le législateur incompétent (68).

La problématique du maintien des effets d'une norme inconstitutionnelle est inexistante en France, puisque la constitutionnalité des normes législatives est contrôlée *a priori*, c'est-à-dire avant leur promulgation (69). Elle apparaît en revanche de manière régulière en Belgique et Allemagne, pays dans lesquels une norme législative peut être invalidée par le juge constitutionnel après son entrée en vigueur (70). Les magistrats constitutionnels de ces deux pays disposent en conséquence (71) du pouvoir de décréter qu'une norme inconstitutionnelle reste provisoirement en vigueur, pendant un délai déterminé ou jusqu'à l'intervention du législateur (72).

177. — Or, le maintien des effets de la norme inconstitutionnelle donne lieu à une situation particulière lorsqu'une norme législative est déclarée contraire à la Constitution pour cause d'*incompétence* : la *nouvelle* disposition législative ne peut, par hypothèse, émaner du

(68) Il ne faut pas perdre de vue que lorsqu'une norme est déclarée contraire à la Constitution pour un problème de *compétence*, le *contenu* de la norme déclarée inconstitutionnelle peut être parfaitement conforme à la Constitution; seule l'identité de son *auteur* pose problème.

(69) *Supra*, n° 42.

(70) *Supra*, n° 46-47 (Belgique) et 55 (Allemagne).

(71) Comme le souligne le professeur MERTENS de WILMARS lors de la discussion de la loi ordinaire du 28 juin 1983 sur la Cour d'arbitrage, un tel pouvoir est *indispensable* afin d'éviter les effets imprévisibles de l'annulation; il est le *corollaire nécessaire* de la prérogative d'invalidation des normes législatives qui ont déjà été appliquées (*Documents parlementaires*, Sénat de Belgique, session ordinaire 1982-1983, n° 246/2, page 113; c'est nous qui soulignons).

(72) Nous reviendrons sur ce problème plus en détail au cours de la troisième partie de notre travail, lorsque nous étudierons les injonctions de légiférer (spécialement *in fine*, n° 222-263). A ce stade, il suffit d'indiquer la *base légale* du pouvoir des juges constitutionnels belge et allemand de maintenir l'application d'une norme invalidée. L'article 8, alinéa 2, de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage dispose :

« 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. »

Le paragraphe 35 de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale porte :

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

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

CHAPITRE 2

ÉNONCÉS ATYPIQUES

175. — Après avoir étudié l'hypothèse où une même caractéristique que non standardisée est présente dans une pluralité de lignes directrices, il convient d'aborder le problème des interférences non standardisées qui sont *uniques* en leur genre, c'est-à-dire qui présentent un trait atypique qui leur est *propre* et ne peut être retrouvé dans une autre interférence. Après avoir passé en revue au sein du chapitre précédent un certain nombre de décisions allemandes et françaises, nous allons dans le présent chapitre mettre l'accent sur la jurisprudence belge.

L'on se limitera à deux illustrations particulièrement intéressantes. La première concerne un problème spécifique aux États plurilingues (65), la seconde une difficulté propre aux ordres juridiques plurilingues (66). Nous examinerons ainsi un énoncé atypique relatif à un conflit de *compétence* (section 1^{ère}) et un autre relatif à un problème de *concordance linguistique* (section 2).

SECTION 1. — LE PROBLÈME DE LA RÉPARATION DE L'INCONSTITUTIONNALITÉ EN CAS DE CONFLITS DE COMPÉTENCE ENTRE LÉGISLATEURS

176. — Comme nous avons pu le montrer au début de notre travail (67), tous les pays de notre champ de recherche sont caractérisés par une pluralité de législateurs. Or, la présence de plusieurs organes législatifs au sein d'un même ordre juridique est susceptible de poser un certain nombre de difficultés spécifiques. L'une d'entre elles mérite particulièrement d'être mise en exergue.

Il s'agit d'un problème d'apparence simple : un législateur A intervient dans une matière qui est du ressort exclusif du

(65) C'est-à-dire comprenant plusieurs Pouvoirs législatifs distincts.

(66) C'est-à-dire comprenant plusieurs langues officielles.

(67) *Supra*, première partie, n° 32.

législateur qui a édicté la norme soumise, puisque celui-ci est incompétent pour émettre des normes juridiques dans le domaine en question. En d'autres termes, le législateur qui a commis l'inconstitutionnalité est *sans pouvoir* pour la réparer, tandis qu'un autre législateur devra réparer une inconstitutionnalité *qu'il n'a pas commise*. Nous voudrions dans la suite nous concentrer sur les aspects de cette problématique en Belgique.

178. - Depuis son premier arrêt rendu au printemps 1985 (73), la Cour d'arbitrage a maintenu à de nombreuses reprises les effets d'une norme inconstitutionnelle (74). Pendant presque vingt ans, il lui a cependant toujours été possible de s'adresser, pour faire disparaître l'inconstitutionnalité, à l'autorité qui l'avait commise. Ce n'est que dans une affaire tranchée le 17 mars 2004 (75) que la Haute instance est pour la première fois confrontée à une situation où l'inconstitutionnalité ne peut être réparée par l'auteur de la norme en question. C'est à cette décision (et à l'énoncé atypique qu'elle contient) que la présente section est consacrée (76). Les faits de l'affaire sont assez techniques et nécessitent un certain nombre de développements.

(73) La Cour est solennellement installée le 1^{er} octobre 1984 (*Documents parlementaires*, Sénat, session ordinaire 1988-1989, n° 483/2, page 5) et rend son premier arrêt au printemps de l'année suivante (CA, arrêt 1 du 5 avril 1985). On se permettra aussi de rappeler que les arrêts de la Cour qui ont été rendus entre 1985 et 1988 sont numérotés de manière continue, contrairement à ceux rendus depuis l'année 1989, pour lesquels la numérotation recommence chaque année au chiffre 1.

(74) La première application de cette technique peut être trouvée dans l'arrêt 40 du 15 octobre 1987 où la Cour fait application de l'article 6, alinéa 2, de la loi ordinaire du 28 avril 1983 (*Moniteur belge*, 8 juillet). Cette disposition devient ensuite, après modification, l'article 8, alinéa 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 (*Moniteur belge*, 7 janvier). Le premier cas d'application est suivi par un certain nombre d'autres décisions : voy. notamment, et sans prétention d'exhaustivité, les arrêts 41 du 29 octobre 1987, 45 du 20 janvier 1988, 58 du 8 juin 1988, 71 du 21 décembre 1988, 1/89 du 31 janvier 1989, 2/89 du 2 février 1989, 26/90 du 14 juillet 1990, 4/91 du 21 mars 1991, 2/92 du 15 janvier 1992, 33/92 du 7 mai 1992, 56/92 du 9 juillet 1992, 79/92 du 23 décembre 1992, 6/93 du 27 janvier 1993, 10/93 du 11 février 1993, 32/93 du 22 avril 1993, 57/94 du 14 juillet 1994, 30/96 du 15 mai 1996, 37/96 du 13 juin 1996, 42/97 du 14 juillet 1997, 43/97 de la même date, 30/98 du 18 mars 1998, 66/98 du 10 juin 1998, 49/99 du 29 avril 1999, 63/2000 du 30 mai 2000, 100/2000 du 4 octobre 2000, 3/2001 du 25 janvier 2001, 49/2001 du 18 avril 2001, 56/2002 du 28 mars 2002, 73/2003 du 26 mai 2003, 78/2003 du 11 juin 2003, 45/2004 du 17 mars 2004, 49/2004 du 24 mars 2004, 59/2004 du 31 mars 2004, 106/2004 du 16 juin 2004, 114/2004 du 30 juin 2004, 132/2004 du 14 juillet 2004, 154/2004 du 22 septembre 2004, 202/2004 du 21 décembre 2004, 1/2005 du 12 janvier 2005, 11/2005 du 19 janvier 2005, 29/2005 du 9 février 2005, 62/2005 du 23 mars 2005 et 101/2005 du 1^{er} juin 2005.

(75) CA, arrêt 45/2004 du 17 mars 2004.

(76) Il convient d'observer que cette décision ne procède pas à un contrôle de conformité par rapport à la Constitution mais par rapport à la loi spéciale. Si nos recherches sont en principe réservées aux décisions qui réalisent un contrôle de constitutionnalité (voy. en ce sens les développements présentés *supra* aux nos 38, 43 et 49), c'est l'importance particulière de cet arrêt qui justifie, en dérogation à notre délimitation de principe, son inclusion dans nos travaux.

178.1 - En mai 2002, sous le premier gouvernement VERHOFFSTADT, le législateur fédéral parvient, après plusieurs années de discussions, à réaliser une importante réforme économique qui porte sur la modification du statut juridique des associations sans but lucratif. Jusqu'alors régies par une loi lacunaire de 1921 (77), ces associations étaient soumises à un régime juridique particulièrement souple : elles n'étaient pratiquement soumises à aucune obligation comptable et bénéficiaient d'un régime fiscal avantageux. Comme la loi de 1921 ne prévoyait pas non plus un contrôle régulier de leurs activités réelles - c'est-à-dire de la véracité de l'absence de but lucratif - on dénombrerait de nombreuses 'fausses ASBL', véritables entreprises commerciales qui épousaient la forme associative dans le seul but de se soustraire aux obligations fiscales et comptables. Ce sont ces « pratiques douteuses » (78) que la nouvelle loi vise à enrayer, en soumettant les ASBL à un régime juridique beaucoup plus strict et en renforçant leur transparence financière (79). Promulguée le 2 mai 2002 (80), la loi sur les associations sans but lucratif entre en vigueur le 1^{er} juillet 2003 (81).

178.2 - Si la lutte contre les 'fausses' ASBL constitue l'objectif principal de la loi, le législateur poursuit encore une autre finalité, qui a trait aux 'vraies' ASBL. C'est ce point qui nous intéresse dans le cadre des présentes recherches. En effet, même parmi les associations qui poursuivent un but réellement non lucratif, le législateur éprouve une certaine sensation de désordre : un grand nombre d'entre elles sont « parallèles », c'est-à-dire gérées par les mêmes personnes et à la poursuite de finalités identiques. L'objectif du légis-

(77) Loi du 27 juin 1921, *Moniteur belge*, 1^{er} juillet.

(78) A. BENOÎT-MOUREY et D. GOL, « La loi de 1921 », in : A. BENOÎT-MOUREY, O. CARRASSE et al., *A.S.B.L., Fondations et Associations internationales*, Bruges, La Chartre, 2004, 6. Nous dédions la présente section à la mémoire du professeur Anne BENOÎT-MOUREY, trop tôt disparue en 2003. Elle enseignait le droit commercial à l'Université de Liège et faisait partie du comité d'experts qui est à l'origine de la nouvelle loi sur les associations. Elle fut l'un des plus grands professeurs dont nous avons pu suivre l'enseignement. Son exceptionnelle qualité scientifique, toujours empreinte d'une sincérité modeste, ainsi que sa grande amabilité et son esprit d'ouverture ont marqué des générations d'étudiants. À l'instar de tous ceux qui l'ont connu, nous continuerons à penser à cette grande dame.

(79) « [L]e nouveau statut des A.S.B.L. s'inspire fortement, sous réserve de certaines règles spécifiques, des dispositions applicables à la société anonyme. » (A. BENOÎT-MOUREY et D. GOL, « La loi de 2002 », in : A. BENOÎT-MOUREY, O. CARRASSE et al., *A.S.B.L., Fondations et Associations internationales, ouvrage précité*, 8, note 21).

(80) *Moniteur belge*, 11 décembre.

(81) Sous réserve d'un certain nombre de dispositions particulières qui entrent en vigueur à des dates spécifiques. Voy. aussi *infra*, note 88.

lateur est d'inciter ces associations parallèles à *fusionner*, afin de réduire le nombre total des ASBL et rendre leur contrôle plus aisé.

Pour réaliser ces fusions, les associations dont la disparition est projetée doivent *apporter leurs avoirs* à une autre association, qui est le bénéficiaire de l'opération. Comme le but de l'apport est de vider l'association cédante de son patrimoine, celle-ci ne reçoit aucune contrepartie; il s'agit donc juridiquement d'une *donation*. Or, en droit belge, toute donation donne lieu au paiement d'un *droit d'enregistrement*, charge fiscale dont le montant est fixé par le Code des droits d'enregistrement (82). Les opérations de fusion entre associations sont donc loin d'être gratuites, et c'est précisément le montant élevé des droits d'enregistrement qui a dans le passé constitué « pour beaucoup d'A.S.B.L. (...) un obstacle pour [réaliser] des restructurations » (83) dont la nécessité était pourtant démontrée (concentrations d'hôpitaux, d'écoles et d'établissements du secteur non marchand). Autrement dit, le manque de fusions est avant tout imputable au *législateur lui-même* : il résulte d'une pression fiscale trop élevée.

179. — Ayant pris conscience du problème, le législateur décide de diminuer les droits d'enregistrement à l'occasion de la réforme des ASBL. C'est l'article 140 du Code des droits d'enregistrement qui fixe le taux applicable aux *apports à titre gratuit effectués par une ASBL au profit d'une autre ASBL*. Avant la modification, cette disposition soumettait ces opérations au paiement d'un droit d'enregistrement de 1,10 pc de la valeur de l'apport. Aussi modeste que ce pourcentage puisse paraître, il représentait un taux prohibitif : pour s'en rendre compte, il suffit de songer au transfert d'un complexe hospitalier dont la valeur peut facilement atteindre plusieurs dizaines de millions d'euro. La nouvelle loi sur les ASBL procède à un abaissement spectaculaire des droits : l'article 43 de la loi du 2 mai 2002 remplace le taux de 1,10 pc par un droit d'enregistrement *fixe* d'environ 25 euros par apport.

Convaincu des bienfaits futurs de la réforme, le législateur fédéral omet cependant d'avoir égard à la répartition des compétences législatives en Belgique. C'est ainsi qu'il ne s'aperçoit pas que la

(82) Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe du 30 novembre 1939 (*Monsieur belge*, 1^{er} décembre), confirmé par la loi du 16 juin 1947 (*Monsieur belge*, 14 août).

(83) CA, arrêt 45/2002 du 17 mars 2004, considérant B.4.2., alinéa 3.

compétence de fixer le taux des droits d'enregistrement applicable aux donations appartient depuis une réforme de 2001 aux Régions (84); la modification de l'article 140 du Code des droits d'enregistrement n'est donc plus du ressort du législateur fédéral (85).

Saisie par le gouvernement de la Région wallonne, la Cour d'arbitrage accueille favorablement le recours en annulation introduit contre l'article 43 de la nouvelle loi sur les associations sans but lucratif. Dans son arrêt du 17 mars 2004, elle énonce :

« Dans un moyen unique, le Gouvernement wallon allègue la violation, par l'article 43 de la loi du 2 mai 2002 sur les associations sans but lucratif (...), des articles 4, §1^{er}, et 5, §1^{er}, de la loi spéciale du 16 janvier 1989 relative au financement des communautés et des régions, lus en combinaison avec l'article 3, alinéa 1^{er}, 8^o, de cette même loi.

Selon le Gouvernement wallon, en adoptant la disposition attaquée, le législateur fédéral aurait empiété sur les prérogatives des régions en matière de droits d'enregistrement sur les donations. (...)

Il faut considérer que le Constituant et le législateur spécial, dans la mesure où ils n'en disposent pas autrement, ont transféré un ensemble homogène de compétences en attribuant aux régions toute la compétence d'édicter les règles relatives à l'établissement de la base d'imposition, du taux ainsi que des exonérations en matière de droits d'enregistrement sur les donations de biens meubles et immeubles.

Les apports à titre gratuit visés à l'article 140, 3^o, du Code des droits d'enregistrement (...) font partie de la section 12 de ce Code, portant le titre « Donations ». À défaut de précision contraire, c'est l'ensemble de la matière de cette section que le législateur spécial a entendu transférer aux régions. (...)

En modifiant le taux d'imposition des apports à titre gratuit visés à l'article 140, 3^o, du Code des droits d'enregistrement (...), le législateur fédéral a violé les articles 4, §1^{er}, et 5, §1^{er}, de la loi spéciale du 16 janvier 1989 relative au financement des communautés et des régions, lus en combinaison avec l'article 3, alinéa 1^{er}, 8^o, de la loi précitée, modifiés par la loi [spéciale] du 13 juillet 2001 portant refinancement des communautés et extension des compétences fiscales des régions. » (86)

(84) Articles 3, alinéa 1^{er}, 8^o, et 4, §1^{er}, et 5, §1^{er}, de la loi spéciale du 16 janvier 1989 relative au financement des communautés et des régions (*Monsieur belge*, 17 janvier), modifiés par la loi spéciale du 13 juillet 2001 portant refinancement des communautés et extension des compétences fiscales des régions' (*Monsieur belge*, 3 août) et entrés en vigueur au 1^{er} janvier 2002.

(85) L'Assemblée fédérale reste certes compétente pour fixer le statut des associations sans but lucratif et les conditions de leur fusion; mais ce qui est seul ici en cause est le montant à percevoir, au titre des droits d'enregistrement, pour une donation.

(86) CA, arrêt 45/2004 du 17 mars 2004, considérants B.1., B.3.2., B.5.1., B.5.2. et B.6. C'est nous qui soulignons.

Jusque-là, la décision ne se distingue en rien d'un grand nombre d'autres décisions rendues par le juge constitutionnel belge en matière de compétence législative : l'arrêt contient un *constat d'incompétence* du législateur A (en l'occurrence l'Autorité fédérale) et une *déclaration de compétence* du législateur B (en l'occurrence les Régions). Or, comme le note un observateur averti dès juin 2004,

« il est plus que vraisemblable que cet arrêt du 17 mars 2004 [va] attirer l'attention d'auteurs spécialisés en matière de droit public et administratif. » (87)

C'est à cet aspect de l'arrêt que nous n'avons pas encore abordé qu'il convient maintenant de consacrer notre attention.

180. – Pour bien comprendre la démarche de la Cour (et apercevoir l'énoncé atypique que la décision contient), il est nécessaire de se mettre un instant à la place des associations concernées. Depuis l'entrée en vigueur de l'article 43 de la nouvelle loi sur les ASBL au 1^{er} juillet 2003 (88), les fusions entre associations sont devenues considérablement moins onéreuses. Un grand nombre de restructurations envisagées depuis des années sont enfin devenues financièrement réalisables ; le nombre de fusions monte donc en flèche. Or, dans son arrêt du 17 mars 2004, le juge constitutionnel belge constate la *contrariété* de l'article 43 aux règles répartitrices de compétences et annule la disposition en conséquence.

L'annulation d'une norme législative opère en principe *ex tunc* ; la disposition est donc censée ne jamais avoir existé et le régime juridique *antérieur* reprend ses droits. L'application de cette règle au

(87) N. CHAUVIN, « Les droits d'enregistrement et de successions », in : A. BERGIR-MOURY, O. CAPRASSE et al., *A.S.B.L., Fondations et Associations internationales, ouvrage précité*, 543, note 211bis.

(88) On ne manquera pas de dénoncer la complexité qui a présidé à la fixation de la date d'entrée en vigueur de cette loi (et encore, il ne s'agit là que de la date *de principe*). En vertu de son article 66, la loi du 2 mai 2002 entre en vigueur à une date fixée par le Roi. Donnant application à cette disposition, un arrêté royal du 2 avril 2003 (*Moniteur belge*, 6 juin) renvoie à une autre loi, celle du 16 janvier 2003 portant création d'une Banque-Carrefour des Entreprises (*Moniteur belge*, 5 février). Celle-ci, dans son article 87, renvoie à son tour à un arrêté royal. Cet arrêté porte la date du 15 mai 2003 (*Moniteur belge*, 19 mai) et fixe enfin, dans son article 3, l'entrée en vigueur de la loi sur les associations sans but lucratif au 1^{er} juillet 2003. Si l'on compte les normes successives à partir de la norme modifiée, l'article 140 du Code des droits d'enregistrement, c'est donc finalement la sixième norme (!) qui fixe l'entrée en vigueur de la modification de cet article. Le caractère inapproprié du procédé devient pleinement apparent dans la formulation suivante (qui nous est cependant personnelle) : article 140 du Code des droits d'enregistrement, modifié par l'article 43 de la loi du 2 mai 2002, entré en vigueur à la date fixée par l'article 3 de l'arrêté royal du 15 mai 2003, pris en application de l'article 87 de la loi du 16 janvier 2003, elle-même désignée par l'article 4 de l'arrêté royal du 2 avril 2003 portant exécution de l'article 66 de la loi du 2 mai 2002. Et dire que nul n'est censé ignorer la loi...

cas d'espèce mettrait cependant en détresse une grande partie des associations qui ont réalisé des apports depuis juillet 2003 : alors qu'elles ont *sciencement attendu* l'entrée en vigueur de la nouvelle loi pour passer les actes d'apport, elles se verraient rétroactivement confrontées au taux de 1,10 pc. Les associations seraient donc non seulement mises dans une situation qu'elles ont à tout prix voulu éviter, mais elles ne disposeraient en plus d'aucun moyen juridique pour *recevoir* sur les cessions déjà effectuées : l'annulation de l'article 43 de la loi de 2002 n'affecte en effet pas la validité des *actes d'apport*.

Ces développements suffisent pour démontrer qu'une annulation pure et simple de l'article 43 est inappropriée. Soucieux de ne pas défavoriser les associations, la Cour d'arbitrage décide donc de *maintenir* les effets de la disposition annulée

« [afin de ne pas tromper les attentes légitimes des contribuables. » (89)

181. – Mais cette décision de la Cour (qu'on ne peut au demeurant qu'approuver) soulève une nouvelle interrogation : *jusque quand* le maintien des effets doit-il durer ? En d'autres termes, quand la disposition invalidée disparaît-elle définitivement de l'arsenal législatif ? Une réponse à cette question est indispensable, puisque l'article 8, alinéa 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 stipule que la Cour d'arbitrage dispose du pouvoir de maintenir les effets des normes annulées « pour le *décal* qu'elle détermine ».

La formule de l'article 8 est cependant plus souple qu'il n'y paraît à première vue. Pour fixer un *décal* au sens de cette disposition, il n'est en effet pas requis d'indiquer une *date précise*, mais seulement de déterminer avec exactitude le *moment auquel la norme cesse ses effets*. Cette interprétation plus souple est conforme aux travaux préparatoires (90) et confirmée par la jurisprudence de la Cour. Le

(89) CA, arrêt 45/2004 du 17 mars 2004, considérant B. 7.

(90) Le Ministre néerlandophone des Réformes institutionnelles souligne que l'article 6, alinéa 2, de la loi du 28 juin 1983 (qui va devenir, légèrement modifié, l'article 8, alinéa 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989) a un caractère « *suffisamment souple* » pour permettre une nouvelle intervention du législateur (Discussion des articles de la loi du 28 juin 1983, article 6, *Pasla*, 1983, 797, dernier alinéa, c'est nous qui soulignons). Les travaux préparatoires de la loi de 1983 relèvent par ailleurs que l'article 6, alinéa 2, de la loi a pour objectif « de confier à la Cour d'arbitrage le soin de *déterminer elle-même* (...) les effets des normes annulées qui seraient maintenus malgré l'annulation » (*Documents parlementaires*, Chambre des Représentants de Belgique, session ordinaire 1982-1983, n° 647/4, page 32 ; c'est nous qui soulignons. Voy. aussi les pages 6 et 22 du même docu-

juge constitutionnel belge a ainsi décidé de maintenir les effets de certaines dispositions législatives jusqu'à la publication de l'arrêt au *Moniteur* (91), jusqu'à la fin de l'année académique, (92) jusqu'à la fin de l'exercice d'imposition (93) ou encore jusqu'aux prochaines nominations au Conseil supérieur de la Justice (94). Dans le cas d'espèce, la Cour d'arbitrage va encore un peu plus loin et maintient les effets de la norme invalidée jusqu'à une *nouvelle intervention du législateur*. Cette démarche nous paraît conforme à l'esprit de l'article 8 car la nouvelle intervention législative donne en toute hypothèse naissance à des normes *qui entrent en vigueur à un moment précis*; elle permet donc de déterminer avec exactitude la fin de la période au cours de laquelle les effets de la disposition annulée sont maintenus (95).

182. — C'est à ce point que nous revenons, à la problématique esquissée au numéro 177 : le juge constitutionnel invalide une norme législative pour cause d'*incompétence* et maintient les effets de cette norme *jusqu'à une nouvelle intervention législative*.

C'est précisément cette constellation qui peut être retrouvée dans l'arrêt 45/2004. Elle comporte la particularité que la nouvelle intervention législative ne peut émaner du législateur qui a émis la norme censurée mais doit être réalisée par un *autre législateur* (96).

ment). En 1989, un membre de la Commission sénatoriale en charge du projet de loi spéciale du 6 janvier 1989 déclare dans la même veine que

« l'article 8 constitue en fait un abandon du Pouvoir du Parlement à la Cour d'arbitrage. Mais c'est là une conséquence logique de la décision de conférer à une juridiction la compétence d'annuler des lois et des décrets. Une compétence d'annulation totale *implique évidemment une compétence d'annulation partielle*. »

(*Documents parlementaires*, Sénat de Belgique, session ordinaire 1988-1989, n° 483/2, page 33; c'est nous qui soulignons. Voy. aussi les pages 48-49 du même document).

(91) Voy. notamment CA, arrêts 2/89 du 2 février 1989, 57/94 du 14 juillet 1994, 30/98 du 18 mars 1998, 49/99 du 29 avril 1999 et 63/2000 du 30 mai 2000.

(92) Voy. notamment CA, arrêt 30/96 du 15 mai 1996.

(93) Voy. notamment CA, arrêts 42/97 du 14 juillet 1997 et 59/2004 du 31 mars 2004.

(94) CA, arrêt 3/2001 du 25 janvier 2001.

(95) Notons que la question du délai est insusceptible de se poser lors du maintien des effets d'une loi de circonstance, destinée à s'appliquer à une seule opération juridique. Pour un cas d'application, voy. CA, arrêt 26/90 du 14 juillet 1990, où la Cour maintient les effets de la loi du 23 mars 1989 (*Moniteur belge*, 25 mars, errata *Moniteur belge*, 4 avril), conçue pour régir les seules élections européennes du 18 juin 1989 (voy. article 45 de la loi).

(96) Ce problème — et il convient de le souligner — a déjà été aperçu en 1983, lors de la discussion de l'article 6 du projet de loi (ordinaire) sur la Cour d'arbitrage. Ces travaux préparatoires sont généralement d'un grand intérêt scientifique; le doyen Henri SIMONART et le professeur Jean VELARIS leur accordent à juste titre une place privilégiée dans leurs ouvrages respectifs. Quant au problème qui nous intéresse en l'espèce, c'est-à-dire du maintien des effets d'une norme annulée pour cause d'incompétence, un membre de la Commission saisie du projet de loi relève que

Or, lorsque le juge constitutionnel exige l'intervention d'un tel organe, il *interfère avec l'activité normative d'un législateur qui n'a commis aucune infraction à la Constitution*. Le caractère atypique du procédé est manifeste, car les interférences s'adressent classiquement à *l'auteur de la norme invalidée*. En l'espèce, l'intervention du législateur qui a *édité* la norme inconstitutionnelle n'est cependant pas possible; incompetent, il ne peut réparer l'inconstitutionnalité constatée.

183. — C'est cette interférence atypique que la Cour d'arbitrage émet dans sa décision du 17 mars 2004. Le dispositif de l'arrêt porte :

« Par ces motifs, la Cour

— annule l'article 43 de la loi du 2 mai 2002 sur les associations sans but lucratif (...);

— maintient les effets de la disposition annulée jusqu'à l'entrée en vigueur de dispositions par lesquelles les législateurs régionaux ont ou auront fixé un autre droit d'enregistrement pour les apports à titre gratuit, faits (...) aux personnes morales visées à l'article 140, alinéa 1^{er}, 2^o, du Code des droits d'enregistrement (...) [c'est-à-dire aux associations sans but lucratif, lorsque l'apportant est lui-même (...) l'une de ces personnes morales]. (97)

184. — Il nous reste à déterminer l'*intensité* de l'interférence ainsi identifiée. Faut-il lui reconnaître un caractère purement permissif ou une portée obligatoire? En d'autres termes, s'agit-il d'une ligne directrice ou d'une injonction? Il nous semble que ce soit la première réponse qui s'impose. Comme on peut déjà lire dans les rapports de la Commission sénatoriale chargée d'examiner le projet de loi ordinaire sur la Cour d'arbitrage :

« On ne conçoit pas que la Cour fasse injonction au législateur compétent de combler un vide créé par l'annulation d'une norme qu'un autre pouvoir a prise au mépris de ses prérogatives » (98)

« le délai accordé par la Cour d'arbitrage suscite d'autres problèmes. En effet, il arrivera (...) que la modification de la norme soit de la compétence d'un autre législateur! Si la norme est le résultat d'un excès de compétence, le délai donné au législateur par hypothèse *incompétent* n'aura aucun sens » (*Documents parlementaires*, Sénat de Belgique, session ordinaire 1982-1983, n° 246/2, page 85; c'est nous qui soulignons).

(97) CA, arrêt 45/2004 du 17 mars 2004, dispositif. C'est nous qui soulignons.

(98) *Documents parlementaires*, Sénat de Belgique, session ordinaire 1982-1983, n° 246/2, page 85.

Emis plus de vingt ans avant sa première application, cet énoncé s'avère singulièrement prévoyant; grâce à lui, la question semble tranchée (99).

* * *

185. — Au cours des pages qui précèdent, nous avons présenté une première illustration d'un énoncé atypique, c'est-à-dire d'une référence qui est caractérisée par un trait atypique *unique*. La particularité de la ligne directrice en question tient en ce qu'elle a pour destinataire un organe législatif qui *n'est pas* l'auteur de la norme invalidée (100). Si l'arrêt du 17 mars 2004 constitue actuellement le seul cas d'application en Belgique, on peut penser que d'autres décisions du même type vont survenir à l'avenir. C'est surtout cette importance présumée du mécanisme qui nous a incité à lui consacrer une analyse détaillée.

SECTION 2. — LE PROBLÈME DE LA CONCORDANCE LINGUISTIQUE DES DÉCISIONS DE JUSTICE CONSTITUTIONNELLE DANS LES PAYS PLURLINGUES

186. — Nous voudrions encore évoquer une seconde illustration d'un énoncé atypique, même si nous serons nettement plus bref à son égard.

La ligne directrice que nous nous proposons d'analyser au cours des passages qui suivent concerne les différentes *versions linguistiques* d'une même décision de justice constitutionnelle. Comme on le sait, la concordance linguistique des décisions juridictionnelles cons-

(99) Nous saisissons l'occasion pour insister à nouveau sur l'importance des travaux préparatoires des lois de 1983 et 1989. Il s'agit essentiellement de quatre documents : *Documents parlementaires*, Sénat de Belgique, session ordinaire 1982-1983, n° 246/2 du 30 mars 1983, Chambre de Représentants de Belgique, même session, n° 647/4 du 26 mai 1983, Sénat, session ordinaire 1988-1989, n° 483/2 du 25 novembre 1988, et Chambre des Représentants, même session, n° 633/4 du 30 décembre 1988. À ces quatre documents, on peut encore ajouter deux autres : *Documents parlementaires*, Sénat, session ordinaire 1983-1984, n° 579/2 du 12 juillet 1984, et Chambre des Représentants, session ordinaire 1984-1985, n° 1169/2 du 2 avril 1985.

(100) On relève à cet égard que la ligne directrice contenue dans l'arrêt 45/2004 se caractérise par une *pluralité de destinataires* : les législateurs flamand, wallon et bruxellois sont également destinataires de l'énoncé du juge constitutionnel. Si nous n'avons pas mentionné cette inférence *supra*, au n° 107 consacré à la pluralité de destinataires, c'est en raison de son caractère atypique; il n'aurait guère été indiqué de présenter une ligne directrice atypique avant d'avoir exposé le modèle ordinaire des lignes directrices.

tive une difficulté récurrente dans les ordres juridiques plurilingues. Il n'entre pas dans nos intentions d'aborder cette problématique dans sa généralité (101) mais seulement d'en présenter une *constellation précise* : il s'agit du cas de figure où une ligne directrice se manifeste clairement dans *une* version linguistique mais pose des problèmes d'identification dans une *autre*.

187. — En Belgique, l'article 65 de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage porte :

« Les arrêts de la Cour sont rédigés et prononcés en français et en néerlandais. Ils sont publiés au *Moniteur belge* de la manière prévue à l'article 114, avec une traduction en allemand.

Les arrêts sont prononcés en néerlandais et en français par les présidents.

Ils sont également prononcés et publiés en allemand lorsqu'il s'agit d'arrêts rendus sur recours en annulation ou lorsque l'affaire a été introduite en allemand. » (102)

Il existe donc en règle *deux* versions authentiques de la décision de la Cour d'arbitrage, l'une en langue française, l'autre en langue néerlandaise. Ce n'est qu'exceptionnellement (103) que *trois* versions authentiques de la décision sont établies. Mais quel que soit leur nombre, il est essentiel de souligner que les différentes versions authentiques de la décision ont la *même* valeur juridique; c'est en cela qu'elles se distinguent d'une simple *traduction* qui n'a aucune force en droit.

188. — La décision de la Cour qui nous intéresse dans la présente section (104) est soumise au régime de *principe* : elle est rédigée en deux versions authentiques et dotée d'une traduction en allemand. Ce qui est cependant particulier en l'espèce, c'est que les textes

(101) Voy. notamment E. JAYME (éd.), *Langue et droit*, Collection des rapports du XV^e Congrès international de droit comparé tenu à Bristol en 1998, Bruxelles, Bruylant, 1999, 373 pages (spécialement le rapport belgo-canadien de J. VANDERLINDEN, 65-121). A.-M. LE POURHAÏET (dir.), *Langue(s) et Constitutions(s)*, Actes du colloque organisé les 7 et 8 décembre 2000 à Rennes, Paris et Aix-en-Provence, Economica et PUAM, 2004, 261 pages, et I. SCHOBEL-FRISER, *Sprache und Gemeinshaftrecht, Die Auslegung der mehrsprachig verbindlichen Rechtsätze durch den Europäischen Gerichtshof*, thèse (Bayreuth, 2002), Berlin, Duncker & Humblot, 2004, 587 pages.

(102) Cette disposition telle qu'elle résulte de la loi spéciale du 9 mars 2003, *Moniteur belge*, 11 avril 2003. Cette disposition figurait déjà d'une manière relativement similaire dans la loi spéciale du 6 janvier 1989 (même article) et dans la loi ordinaire du 28 juin 1983 (art. 55).

(103) Le mot « exceptionnellement » doit s'entendre comme visant un régime juridique d'exception; il n'implique pas que la mise en œuvre de ce régime soit *numériquement* faible. Il existe d'ailleurs de nombreux exemples où une exception juridique constitue statistiquement la règle.

(104) Et par rapport à laquelle il convient d'émettre la même observation que celle formulée *supra*, à la note 76.

français et néerlandais se prêtent à des interprétations *divergentes*; ils sont susceptibles de *ne pas exprimer la même chose*. Avant d'entamer l'analyse précise de l'énoncé du juge constitutionnel, nous voudrions brièvement exposer les faits qui ont donné lieu à la décision en cause.

189. — En 1982, la Communauté française de Belgique adopte un décret relatif à la lutte contre le tabagisme (105). L'un des objectifs du texte est de réglementer la publicité pour les produits de tabac. L'article 13 du décret confère *valeur législative* à un certain nombre de règles réglementaires existantes. Il stipule que

«[Les dispositions des articles 2 à 6 de l'arrêté royal du 5 mars 1980 concernant la publicité relative au tabac (...) ont valeur de décret.]»

Si les articles 2, 3, 4 et 6 de l'arrêté royal auquel il est fait référence sont sans intérêt pour nos recherches, son article 5 prévoit en revanche que

«[Les infractions (...) seront recherchées, poursuivies et punies conformément à la loi du 24 janvier 1977 relative à la protection de la santé des consommateurs.]» (106)

Par un double renvoi (107), le décret de la Communauté française contient donc des dispositions pénales qui sanctionnent les éventuelles infractions à ce décret. C'est précisément une telle infraction qui donne huit ans plus tard, en 1990, lieu à des poursuites pénales contre un buraliste auquel il est reproché d'avoir enfreint les prescriptions décrétales en matière de publicité pour le tabac. Traduit devant le tribunal correctionnel de Bruxelles, le prévenu soutient que le décret de la Communauté française de 1982 est contraire à la répartition des compétences législatives et que la matière appartient au législateur fédéral. Comme le tribunal ne peut statuer lui-même sur la question, il saisit à titre préjudiciel la Cour d'arbitrage afin que celle-ci détermine le

«législateur compétent pour réglementer la publicité sur le tabac» (108).

Dans son arrêt de réponse, la Cour déclare l'article 13 du décret de la Communauté française contraire aux règles répartitrices de

(105) Décret du 2 décembre 1982, *Moniteur belge*, 14 janvier 1983. Conformément à son article 15, le décret entre en vigueur le jour de sa publication.

(106) Arrêté royal du 5 mars 1980, *Moniteur belge*, 14 mars. C'est nous qui soulignons.

(107) C'est à la loi du 24 janvier 1977 (*Moniteur belge*, 8 avril) qu'il est en définitive renvoyé.

(108) CA, arrêt 6/92 du 5 février 1992, considérant B.1.

compétence et précise que la matière ressortit au législateur fédéral. Elle relève :

«Aux termes de l'article [128, §2.] de la Constitution, les Conseils de Communautés régissent par décret, chacun en ce qui le concerne, les matières personnalisables. Selon l'article 5, §1^{er}, I, 2^o, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, les matières personnalisables visées à l'article [128, §1^{er}] de la Constitution comprennent notamment, en ce qui concerne la politique de santé, «l'éducation sanitaire ainsi que les activités et les services de médecine préventive, à l'exception des mesures prophylactiques nationales.»

Aucun des termes de cette énumération n'attribue expressément aux Communautés la compétence de réglementer la publicité pour le tabac (...)

Il s'ensuit que la matière est restée de la compétence du législateur national et que la Communauté française a excédé ses compétences en prenant l'article 13 du décret du 2 décembre 1982.» (109)

190. — À l'occasion de ce constat d'incompétence, le juge constitutionnel belge affirme par ailleurs :

«Sans doute des mesures de médecine préventive ou des campagnes d'information relatives à la consommation de tabac relèveraient-elles des matières personnalisables énumérées à l'article 5, §1^{er}, I, 2^o, de la loi spéciale du 8 août 1980. Tel n'est cependant pas le cas d'une réglementation ou d'une interdiction qui s'adresse exclusivement à ceux qui font de la publicité commerciale en faveur du tabac.» (110)

C'est tout spécialement cet énoncé qui retient notre attention. À la lecture du texte *français*, on peut hésiter sur la nature juridique de l'énoncé. Les mots «sans doute» sont en effet polysémiques (111) : ils peuvent signifier «certainement» mais aussi «peut-être» (112). Or, il y a un monde de différence entre ces deux significations : dans le premier cas, il s'agit d'une *certitude*, dans le second, d'une simple *éventualité*. Dans la version *néerlandaise*, les choses sont par contre claires. Le même considérant se lit :

«*Ongetwijfeld* behoren maatregelen van preventieve gezondheidszorg of informatiecampagnes betreffende het gebruik van tabak tot de persoonsgebou-

(109) *Ibidem*, considérants B.4 et B.7.

(110) *Ibidem*, considérant B.6. C'est nous qui soulignons.

(111) Polysémie documentée dans tous les grands dictionnaires de la langue française. Voy. par exemple *Le Grand Robert de la Langue Française*, deuxième édition, tome III, Paris, Robert, 1992, réimpression 1994, 656.

(112) Aïnaï, l'affirmation d'un garagiste que «la voiture sera sans doute prête demain» ne signifie pas qu'elle sera *certainement* réparée demain mais qu'il est *possible* qu'elle le sera. De même, la phrase «Tu vas sans doute avoir besoin d'argent» ne signifie pas que le destinataire du message aura *strenuement* besoin d'argent mais seulement qu'un tel besoin est *possible*.

den ~~aanleg~~gelegenheden die zijn opgesomd in artikel 5, §1, I, 2°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980.» (113)

La signification de l'adverbe «ongetwijfeld» est univoque : le terme exprime une *certitude* (114).

191. — Ces renseignements tirés du texte néerlandais permettent de voir que le texte *français* ne signifie pas que

les mesures de médecine préventive ou des campagnes d'information relatives à la consommation de tabac relèvent peut-être des matières personnalisables énumérées à l'article 5, §1^{er}, I, 2°, de la loi spéciale du 8 août 1980

mais que ces mesures, si elles sont prises à l'avenir,

«relèvent certainement des matières personnalisables énumérées à l'article 5, §1^{er}, I, 2°, de la loi spéciale du 8 août 1980.» (115)

Or, une telle affirmation de compétence constitue une *habilitation de production normative*, et donc une *interférence* avec l'activité normative du législateur.

192. — Il nous reste à préciser l'apport de cette décision pour nos investigations. L'arrêt de la Cour d'arbitrage démontre que la coexistence de plusieurs versions linguistiques d'une même décision de justice constitutionnelle pose des difficultés spécifiques pour l'*identification des interférences* : là où le lecteur francophone peut être amené à hésiter, le lecteur néerlandophone (et germanophone (116)) détecte aisément une habilitation de production normative.

193. — Plus généralement, on peut regretter que la Cour constitutionnelle belge emploie, à des endroits cruciaux de sa jurisprudence, des termes dont le caractère polysémique est patent. Dans un monde où le droit s'accélère de jour en jour (117) et le temps presse, de moins en moins de personnes, y compris parmi les universitaires, sont en mesure de se livrer, à l'instar des commentateurs des Évan-

giles, à une lecture synoptique des différentes versions linguistiques et de déceler leurs éventuelles différences de signification. Il convient par ailleurs de noter que l'apprentissage de la langue de VOLTARE par les Belges d'expression néerlandaise et celle de VONDEL (118) par leurs compatriotes d'expression française est de plus en plus éclipsée par celle, généralisée, de l'Anglais. Dans un tel environnement, et au rythme de l'autonomie toujours croissante (119) des entités fédérées qui, elles, sont *unilingues* (120), l'unité de la signification des différentes versions linguistiques d'une décision de justice constitutionnelle conditionne de plus en plus l'unité de l'ordre juridique *tout court*.

(113) CA, arrêt 6/92 du 5 février 1992, version néerlandaise, considérant B.6. C'est nous qui soulignons.

(114) Ainsi que le confirme par exemple le *Van Daele, Groot Woordenboek der Nederlandse Taal*, 12^e édition, volume 2, Utrecht et Anvers, van Daele, 1992, 2039 : «ongetwijfeld, zonder twijfel».

(115) CA, arrêt 6/92 du 5 février 1992, version néerlandaise, considérant B.6.; notre traduction. C'est nous qui soulignons.

(116) Car le texte allemand de la décision emploie le mot «zweifelsohne», terme qui exprime, à l'identique du terme néerlandais, une *certitude*. Le texte allemand de la décision ne constitue cependant pas, nous l'avons dit, une version authentique mais une simple traduction.

(117) Voy. à cet égard Ph. GÉRARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *L'accélération du temps juridique*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2000, 831 pages.

(118) Selon l'expression consacrée. Joost VAN DEN VONDEL était un poète et dramaturge d'expression néerlandaise, né à Cologne (!) en 1637 et mort à Amsterdam en 1679. Parmi ses œuvres les plus connues, on peut nommer les pièces de théâtre «Lucifer» (1654) et «Adam in Ballingschap» (1664) ainsi que les poèmes, éminemment tristes, «Kinderlyck» (1635) et «Uitvaert van Maria» (1668) dans lesquels il déplore la mort de certains membres de sa famille.

(119) Sur la dernière avancée institutionnelle, voy. notamment F. DELFRÈGE, «Belgique. La nouvelle vague fédéraliste», *RFDC*, 2001, 675-686.

(120) À l'exception notable de la *Région de Bruxelles-Capitale*, qui est dotée d'un statut bilingue. Dans une mesure infiniment moindre, il convient également de mentionner que le territoire de la *Région wallonne* comprend les neuf communes germanophones de la Belgique.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

194. — À l'issue de la partie consacrée aux lignes directrices, trois conclusions majeures semblent pouvoir être tirées.

194.1 — On peut premièrement constater que les lignes directrices sont présentes dans tous les pays de notre champ de recherche (121). Les interférences purement permissives existent donc *tant* dans des États dotés d'une Cour constitutionnelle à compétence générale *que* dans ceux qui disposent d'une Cour constitutionnelle « à compétence spécialisée » (122), et *tant* dans des États dotés d'un contrôle de constitutionnalité *a priori que* dans ceux qui effectuent un contrôle *a posteriori*. L'articulation *ratione materiae* et *ratione temporis* du contrôle de la constitutionnalité des normes législatives est donc *sans incidence* sur la présence d'interférences du juge constitutionnel dans l'activité normative du législateur.

194.2. — Il est deuxièmement impossible de distinguer les lignes directrices en fonction de leur degré d'*intensité*. Ce constat est la conséquence logique du statut *non obligatoire* des lignes directrices. Dès lors que *l'absence* de caractère obligatoire est insusceptible de sub-divisions, toutes les lignes directrices, indépendamment de leurs caractéristiques et de leur auteur, ont par essence la même intensité (123). Cette égalité de force *juridique* n'exclut toutefois pas que le juge constitutionnel tente par différentes formules linguistiques de moduler *l'apparence* de leur intensité (124).

194.3 — Dans tous les pays de notre champ de recherche, on peut troisièmement documenter l'existence de lignes directrices *atypiques*; nous avons pu mentionner un certain nombre de déci-

(121) Même si leur nombre est plus élevé en France qu'en Belgique ou en Allemagne. Comme nous avons pu le montrer plus haut, cette différence quantitative s'explique par un certain nombre d'éléments (*supra*, n° 152.1).

(122) *Supra*, titre 1^{er} de la présente partie, note 125.

(123) *Supra*, n° 154.

(124) *Supra*, n° 155.