

Mais c'est le *dispositif* qui constitue le point le plus extraordinaire de cet arrêt-fléuve de 134 pages : la Cour énonce avec une méiculosité inouïe, *comme un véritable législateur*, les règles qui présideront provisoirement aux interruptions volontaires de grossesse. Le positif est si singulier que nous nous permettons de reproduire le dispositif, qui fait six pages au *Recueil officiel* (338), dans son intégralité. Il est libellé comme suit :

« DISPOSITIF :

Alignée I.

1. Le premier alignée du paragraphe 218a du Code pénal, tel qu'il résulte de la loi du 27 juillet 1992 « portant des mesures d'aide aux femmes enceintes et aux familles » est annulé dans son intégralité.

2. Le paragraphe 219 du même code, tel qu'il résulte de la même loi, est également annulé. (...)

Alignée II.

Conformément au paragraphe 35 de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale, la Cour ordonne :

1. Les règles de droit qui avaient été déclarées valables par le jugement interloctoire du 4 août 1992 demeurent applicables jusqu'au 15 juin 1993 (339)]. Pour la période après l'écoulement de ce délai, et jusqu'à l'entrée en vigueur d'une nouvelle réglementation législative, la matière [des interruptions volontaires de grossesse] est régie par la loi du 27 juillet 1992 prémentionnée, dans la mesure où ses dispositions n'ont pas été annulées par l'alignée I du présent dispositif, ainsi que par les règles énoncées aux points 2 à 9 ci-après.

2. Le paragraphe 218 du Code pénal, tel que modifié par la loi du 27 juillet 1992 prémentionnée, ne sera pas applicable aux interruptions volontaires de grossesse pratiquées, sur demande de la femme enceinte, au cours des douze premières semaines lorsque la femme fournit au médecin la preuve qu'elle s'est présentée au moins trois jours avant l'intervention à un entretien de conseil organisé par un organisme agréé (voy. point 4 de la présente réglementation). (...)

3. (1) L'objectif de cet entretien de conseil sera la protection de la vie prénatale ; il visera à encourager la femme enceinte de continuer sa grossesse et de lui présenter les perspectives d'une vie avec l'enfant. L'entretien aidera la femme à prendre une décision responsable et réfléchie. En prenant cette décision, la femme sera consciente que l'être prénatal est titulaire d'un propre droit à la vie, qui lui est opposable. L'ordre juridique

(338) *Idem*, 208-213.

(339) Note personnelle : ce petit délai de 18 jours du jour du prononcé, le 28 mai, au 15 juin 1993, est nécessaire pour assurer la publication de la présente décision au *Journal officiel*; cette publication se fait en effet par un arrêté du ministre fédéral de la Justice.

allemand [(340)] ne pourra dès lors permettre des interruptions volontaires de grossesse que dans des situations exceptionnelles [*Ausnahmefällen*], lorsque la poursuite de la grossesse cause à la femme enceinte une charge à ce point grave et extraordinaire [*außergewöhnlich*] qu'elle dépasse la limite admissible [*die zumutbare Obergrenze*]. Il s'agit là d'un raisonnement comparable à celui qui a présidé à la rédaction de la loi du 27 juillet 1992, en tant que celle-ci modifie le libellé des alignés 2 et 3 du paragraphe 218a du Code pénal.

(2) L'entretien relatif à la grossesse prodiguera à la femme des conseils et de l'aide. Il contribuera à résoudre la situation conflictuelle dans laquelle elle se trouve et tentera de mettre fin à sa détresse. À cette fin, l'entretien comprendra

a) l'indication de différentes possibilités susceptibles de résoudre les problèmes auxquels la femme enceinte est confrontée; il est attendu de la femme enceinte qu'elle révèle à son interlocuteur le motif pour lequel elle envisage une interruption volontaire de grossesse;

b) l'indication de toute information médicale, sociale ou juridique nécessaire dans le cas d'espèce, un aperçu des droits que la mère et de l'enfant peuvent faire valoir ainsi qu'une présentation de différentes structures d'aide, spécialement de celles qui permettent la poursuite de la grossesse dans des conditions optimales pour la mère et l'enfant;

c) l'assurance que l'établissement organisateur soutiendra la femme enceinte dans toutes ses démarches ultérieures, qu'il s'agisse de démarches juridiques, de la recherche d'un logement pour elle-même et son enfant, de la recherche d'une place de crèche pour son enfant ou de démarches pour compléter la formation professionnelle (...). L'entretien informe aussi des possibilités de prévenir des grossesses non désirées.

(3) En cas de besoin, des personnes spécialement formées en matière médicale, psychologique, juridique ou d'autres personnes seront adjointes à l'entretien. Lors de chaque entretien, il sera par ailleurs sera examiné s'il est indiqué d'adjointer, avec l'accord de la femme enceinte, des tiers à la discussion, notamment le père de l'enfant à naître ou des membres de la famille proche des père et mère.

(4) La femme enceinte aura le droit de rester anonyme vis-à-vis de la personne qui la conseille dans le cadre de l'entretien.

(5) La discussion sera poursuivie aussi longtemps que cela est nécessaire au vu de la finalité de l'entretien définie au point 1, première phrase, de la présente réglementation. Lorsque la personne qui mène l'entretien considère celui-ci comme achevé, l'organisme dont elle relève atteste à la femme enceinte, par

(340) Note personnelle : la référence à l'ordre juridique allemand dans son intégralité et non au simple *Pouvoir législatif* s'explique par le fait que le présent arrêt constate une violation de l'article 1^{er} de la Loi fondamentale. Or, cette disposition est irrévocable et s'impose donc à tous les *Pouvoirs* (y compris le *constituant lui-même*) : elle lie l'intégralité de l'ordre juridique. La terminologie choisie par la Cour est donc tout à fait appropriée. — Sur le caractère irrévocable de l'article 1^{er} de la Loi fondamentale et la célèbre *garantie d'éternité* (*Bündigkeitgarantie*) qui le protège, voy. *supra*, n° 24.

écrit et sur demande de cette dernière, qu'elle s'est soumise à un entretien de conseil conformément aux points 1 à 4 de la présente réglementation. L'entretien mentionne l'identité de la personne enceinte et porte la date du dernier entretien de conseil.

(6) La personne qui a été en charge de l'entretien sera tenue de rédiger un protocole des discussions. Ce protocole, qui ne devra pas permettre des déductions sur l'identité précise de la femme enceinte, mentionnera l'âge, l'état civil, la nationalité, le nombre de grossesses, le nombre d'enfants ainsi que le nombre d'interruptions volontaires de grossesses antérieures de la femme consultée. Le protocole mentionnera aussi le motif que la femme invoque pour interrompre sa grossesse et la durée de l'entretien de conseil; il renseignera aussi les personnes qui, le cas échéant, ont été adjointes à l'entretien. Il précisera enfin quelles informations ont été communiquées à la femme enceinte et quelles aides lui ont été proposées.

4. (1) Tout organisme désireux de proposer des entretiens de conseil décrits au point 3 de la présente réglementation devra pour ce faire disposer d'une agrégation officielle. Cette agrégation pourra aussi être conférée à des institutions privées ou à des médecins.

(2) Les institutions-conseil agréées ne pourront entretenir des liens organiques ou économiques avec des institutions pratiquant des interruptions volontaires de grossesse; l'institution-conseil ne pourra avoir aucun intérêt financier dans la réalisation d'une telle interruption. La personne en charge de l'entretien ne pourra pratiquer l'acte d'interruption, et le médecin qui pratique cet acte ne pourra faire partie de l'institution-conseil.

(3) Pour être agréé comme institution-conseil, l'organisme devra être en mesure de prodiguer des conseils conformément au point 3 de la présente réglementation; pour ce faire, il devra disposer d'un personnel suffisamment nombreux et qualifié et coopérer avec tous les organes publics et privés qui ont pour mission d'accorder des aides à la mère et à l'enfant. Les institutions-conseil seront tenues de publier annuellement un rapport qui décrit les standards propres à chaque institution et qui présente les expériences de leur activité de conseil.

(4) L'agrégation d'un organisme comme institution-conseil n'aura pas une durée de validité illimitée; elle ne sera valable que pour la période à déterminer par le législateur; à la fin de chaque période ainsi fixée, elle devra être renouvelée par l'autorité compétente.

(5) Les Länder feront en sorte que chaque femme enceinte dispose, à proximité de son domicile, d'une offre suffisante d'institutions-conseil.

5. Le médecin qui pratique l'acte d'interruption de grossesse sera soumis aux obligations énoncées dans les motifs du présent arrêt.

6. (...)

7. (...)

8. Le paragraphe 37a de la loi fédérale sur l'aide sociale [*Bundessozialhilfengesetz*] sera également applicable aux interruptions volontaires de grossesse visées au point 2 de la présente réglementation.

9. Aussi longtemps qu'une décision du législateur n'est pas intervenue sur l'éventuelle instauration d'une «indication criminologique» [(341)] et la détermination de ses critères, les assurés de l'assurance-maladie officielle (...) pourront obtenir des prestations lorsque les conditions du point 2 de la présente réglementation sont remplies; dans ce cas, le fonctionnaire-médecin [*Arztarzt*] devra confirmer que la femme enceinte a, selon ses connaissances, été victime d'un acte délictueux visé aux paragraphes 176 à 179 du Code pénal et qu'il existe des indices sérieux que l'acte délictueux est à l'origine de la grossesse. Ce médecin pourra, avec l'accord de la femme enceinte, prendre des renseignements près du Ministère public et y consulter le dossier d'instruction lorsqu'un tel dossier existe; il ne pourra toutefois divulguer les informations ainsi gagnées qui sont couvertes par le secret médical. [(342)]

Pour ceux qui resteraient révéurs devant un tel dispositif, le *Bundesverfassungsgericht* précise sans hésiter que les dispositions qu'il vient d'édicter

«n'exèdent pas les limites que le législateur a lui-même tirées» [(343)]

et ne sont pas non plus

«contraires aux articles 103, alinéa 2, et 104, alinéa 1^{er}, de la Loi fondamentale.» [(344)]

Selon les magistrats de Karlsruhe, visiblement très sûrs d'eux, la réglementation provisoire est non seulement *conforme* à ces dispositions constitutionnelles mais

«assure justement que les interruptions volontaires de grossesse visées par le premier alinéa du paragraphe 218a du Code pénal, annulé par le présent arrêt, demeurent impunies, alors qu'elles seraient soumise, sans cette réglementation, à l'interdiction de principe consacrée au paragraphe 218 du dit Code.» [(345)]

À notre avis, cette argumentation est toutefois insuffisante pour justifier, en termes de compétence juridictionnelle, la grande audace

(341) Note personnelle: par là il convient d'entendre l'exemption pénale de l'interruption volontaire de grossesse lorsque la grossesse résulte d'un acte délictueux.

(342) C'est nous qui soulignons. En raison de la longueur exceptionnelle de la citation, nous reproduisons le texte allemand en abrégé, à la fin de la présente section, pour ne pas trop perturber la mise en page. Voy. l'annexe I à la présente section, *infra*.

(343) BVerfG, arrêt du 28 mai 1993, *précité*, BVerfGE 89, 203 (337). C'est nous qui soulignons. Texte original:

«Die Entscheidung des Senats deutet sich nicht aber die vom Gesetzgeber gezogenen Grenzen hinaus aus.»

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

«Art. 103 Abs. 2 und Art. 104 Abs. 1 GG stehen [der Übergangsregelung] nicht entgegen.» Ces dispositions constitutionnelles consacrent, la première, le principe de la légitimité des peines, et la seconde, le principe de la légalité des mesures privatives de liberté.

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

«Die unter Nr. II der Urteilsformel geordnete Anordnung nach § 34 BVerfGG stellt im Gegenteil sicher, daß die in § 218a Abs. 1 StGB n. F. tatsächlich erfaßten Schwangerschaftsabbrüche ungeachtet der Nichtigerklärung der Vorschrift bis zu einer gesetzlichen Neuregelung von der Strafdrohung des § 218 StGB n. F. ausgenommen bleiben.»

de la Cour. La doctrine constitutionnelle allemande est presque unanimement du même avis et a sévèrement critiqué la démarche du *Bundesverfassungsgericht* (346) (347). Elle a ainsi souligné que le paragraphe 35 de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale, sur lequel les juges de Karlsruhe se fondent pour émettre la réglementation provisoire en question, n'a pas été conçu pour permettre des réglementations aussi détaillées (348).

Quant au législateur, auquel aucun délai de réaction n'est indiqué, il met plus de deux ans pour revoir les dispositions en la matière : ce n'est que par la loi du 21 août 1995 (349), entrée en vigueur au 1^{er} octobre 1995 (350), qu'il remplace les mesures provisoires énoncées par la Cour. La *Volldreckungsanordnung* de la Cour du 28 mai 1993 est donc restée applicable pendant plus de vingt-huit mois, du 16 juin 1993 au 30 septembre 1995, et cela alors que le fonctionnement du Pouvoir législatif pendant cette période n'a point été compromis : les magistrats de Karlsruhe ne

(346) Voy. avant tout le délicieux article, éminemment polémique, de R. LAMPERT, «Organle in Karlsruhe: Über die Erosion der Gewaltenteilung», *NJW*, 1994, 3272-3274, ainsi que W. GEIGER, «Merkelel an die Adresse der Bundestages, der Bundesregierung und des Bundesverfassungsgerichts. Eine Kritik an der Entscheidung (...) vom 28. Mai 1993 (...)», *Schriften der Juristen-Vereinigung Lebensrecht*, n° 10 (1993), 33-69. B. SCHLINK et K. BERNHARDT, «Was tun? Zur Fortsetzung der Reform nach der zweiten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Schwangerschaftsabbruch», *KrV*, numéro spécial (*gratuit*) consacré à l'arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale du 28 mai 1993, 180-187, H.P. SCHNEIDER, «Die Vollstreckungskompetenz nach § 35 BVerfGG - ein Notverordnungsrecht des Bundesverfassungsgerichts», *NJW*, 1994, 2590-2594, J. GEIGER et O. v. LAMPE, «Das zweite Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Schwangerschaftsabbruch: Ein Schritt vorwärts, zwei Schritte zurück», *Jura*, 1994, 20-30, A. WARRS, «Das Verfassungsgericht: Ein Schritt vorwärts, zwei Schritte zurück», *Bundschau*, 1994, 313-319, J. BURKHAUSER, «Das Beratungskonzept - Die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts und ihre Umsetzung durch den Gesetzgeber», *Schriftenreihe der Juristischen Gewaltnutzung Lebensrecht*, n° 12 (1995), 55-89, et H.-J. VOGEL, «Gewaltenteilung und Verfassungsorgane: Zu neueren Entwicklungen im Verhältnis der Verfassungsorgane zueinander», *NJW*, 1996, 1505-1511.

(347) *Contra*: l'ancien juge constitutionnel Alfred SOLLNER qui estime que la Cour a parfaitement rempli son rôle et a fait montre de beaucoup de *self restraint*. De toute évidence, l'auteur se distingue par un rare et indéfectible sens de la collégialité... (A. SOLLNER, «Zum Eingriff der Rechtsprechung in die Gesetzgebung», *ZG*, [11] 1996, 241-260, spécialement 255-256).

(348) En ce sens, déjà *in tempore non suprema*, C. PERAKOZZA, «Verfassungsprozessrecht», 3^e édition, Beck, Munich, 1991, 287. Voy. aussi, pour un très bon exposé qui abonde dans la même nomenclature des Bundesverfassungsgerichts, *cité supra* à la note 346.

(349) *Schwangerschafts- und Familienhilfsförderungsgesetz*, en abrégé *StFHÄndG*, *BGR*, série I, 1995, 1060. Sur cette loi, voy. notamment H. DREIER, «Menschenwürde und Schwangerschaftsabbruch», *NJW*, 1995, 1036-1040, H. TRONDLE, «Das Schwangerschafts- und Familienhilfsförderungsgesetz, Schwangerschaftsabbruchs», *Jura*, 1996, 135-145.

(350) Article 11 de la loi.

sont donc pas les seuls auxquels des reproches de fonctionnement peuvent être faits (351).

270. — Comme troisième et dernière illustration de l'édiction de mesures provisoires par le juge constitutionnel (allemand), nous voudrions présenter une décision qui est également assez célèbre (quoique un peu moins que celle qui précède) et qui a été rendue en été 1994. Il s'agit de l'arrêt du 12 juillet 1994 (352), communément appelé «arrêt *AWACS*» (353). Dans cette affaire, la Cour de Karlsruhe est appelée à apprécier la constitutionnalité de l'envoi de troupes de l'Armée allemande à l'étranger, dans le cadre de missions de maintien de la paix.

Rendue dans la procédure assez rare de l'*Organstreit* (354), la décision porte avant tout sur les *modalités* dans lesquelles un tel envoi peut être décidé. Sur ce point, l'affirmation principale de la Cour est très simple : tout envoi de troupes à l'étranger requiert l'*assentiment du Parlement* (355). Aussi judicieux que cette règle puisse paraître, elle n'est cependant pas consacrée par un *texte constitutionnel précis* : ce que la Cour présente comme une

«exigence [qui] découle directement de la Constitution» (356)

n'est en réalité que le fruit de sa *propre concrétisation*.

Ce qui est encore beaucoup plus problématique, c'est que la matière des déploiements des troupes à l'étranger ne fait l'objet d'aucune réglementation au niveau *législatif* : il n'existe aucune loi fédérale qui règle l'envoi de soldats à l'extérieur du territoire fédéral. Si une telle absence de normes est compréhensible d'un point de vue historique — la *Bundeswehr* a été conçue pour opérer seulement

(351) *Contra*: H. TRONDLE (contribution précitée à la note 349), qui estime que le législateur a fait preuve de la plus grande diligence (voy. page 3013 de la contribution).

(352) *BVerfGE* 90, 286.

(353) «*AWACS-Urteil*» en allemand. Sur cet arrêt, voy. avant tout G. NORTE, «Bundeswehrmissätze in kollektiven Sicherheitssystemen. Zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 12. Juli 1994», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, (54) 1994, 652-685, et G. KOHLERCK, «Bewährte Auslandsmissätze - Krieg, Außenpolitik oder Innenpolitik? Ein verfassungsänderndes Urteil des Bundesverfassungsgerichts», *Der Staat*, (34) 1995, 415-428. Pour un aperçu plus global de la problématique, voy. K. DAVI (éd.), *Der Auslandsentsatz deutscher Streitkräfte, eine Dokumentation des AWACS, des Somalia und des Adra-Verfahrens vor dem Bundesverfassungsgericht*, Heidelberg, Müller, 1996, 988 pages. M. IRRSBERG, «Auslandsentsatz der Bundeswehr, Tätigkeiten Schriften zum Staat- und Völkerrecht», 67 (2002), 155 pages et V. RÖHM, «Der Einsatz der Streitkräfte nach dem Grundgesetz», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, (63) 2003, 585-603.

(354) Sur cette procédure, voy. *supra* p^{as} 51, 2, 54, 3 et 55, 3.

(355) *BVerfGE*, arrêt du 12 juillet 1994 (arrêt *AWACS*), *BVerfGE* 90, 286 (381).

(356) *BVerfGE*, arrêt du 12 juillet 1994, *BVerfGE* 90, 286 (380). Texte original : [Der (...) Parlamentsvorbehalt gilt (...) unmittelbar kraft Verfassung...]

à l'intérieur des frontières nationales — elle met les soldats allemands qui participent à divers endroits au monde à des actions multilatérales de la paix dans des conditions juridiques fort incertaines.

De l'avis de la Cour, cette situation ne peut pas indéfiniment perdurer, et elle oblige le législateur à intervenir et à arrêter les conditions prévisibles dans lesquelles des troupes peuvent être envoyées à l'étranger (357). Ce n'est cependant pas cette injonction déterminée (358) qui nous intéresse dans le cadre de la présente section, mais la modulation de la situation juridique jusqu'à la nouvelle intervention législative. Sur ce point, la Cour énonce :

« Jusqu'à l'adoption d'une loi qui réglemente plus en détail la participation formelle du Parlement dans la prise de décisions relatives à l'utilisation de troupes allemandes dans le cadre d'actions militaires, le Bundestag et le Bundesrat procéderont conformément aux instructions qui sont données ci-après au point 3. » (359)

Comme dans les arrêtés IVG I et IVG II, le Bundesverfassungsrat n'a donc recouru à la technique des mesures provisoires, en réglant temporairement, par des règles prétorienne, une situation juridique qui doit en principe être réglée par le législateur. En l'occurrence, ces règles s'énoncent comme suit :

« Le principe de la participation constitutive du Parlement dans l'utilisation des forces armées s'articule concrètement comme formulé ci-après :

a) La participation du Parlement porte sur le déploiement de forces armées. Lorsqu'une armée tierce dirige une attaque hostile contre un Etat auquel la République fédérale est liée par une alliance militaire, le Parlement [allemand] à certes déjà donné, conformément à l'article 59, alinéa 2, de la Loi fondamentale, son assentiment au traité qui instaure cette alliance et ainsi marqué son accord de principe à une participation de troupes allemandes dans ce conflit. Mais même dans un tel cas de figure, une décision parlementaire — en principe préalable à l'envoi (voy. infra, alinéa b) — sur le déploiement concret sera nécessaire; celle-ci se fera conformément à l'obligation d'alliance.

Lorsque le Bundestag et le Bundesrat constatent l'état de défense [Verteidigungsfall] conformément à l'article 115a de la Loi fondamentale, cette décision inclut l'assentiment du Parlement à une utilisation des forces armées.

(357) *Idem*, 389.

(358) Sur les injonctions déterminées, voy. *supra*, première section du présent chapitre, n° 201 à 205.

(359) BVerfG, arrêt du 12 juillet 1984, BVerfGE 90, 286 (390). C'est nous qui soulignons.

Texte original : [Bundesregierung und Bundestag haben daher bis zum Erlass eines Gesetzes, das eine formale parlamentarische Beteiligung an der Entscheidung über militärische Einsätze deutscher Streitkräfte näher ausgestaltet, nach Maßgabe der (...) unter 3. dargestellten Anforderungen zu verfahren.]

Un assentiment spécifique et préalable du Bundestag demeure en revanche requis pour une participation de forces armées allemandes à des missions de «casques bleus» décidées par le Conseil de Sécurité des Nations-Unies, que ces missions disposent ou non du pouvoir de faire l'usage de la force conformément au Chapitre VII de la Charte [des Nations-Unies] (...). (...)

N'est en revanche pas soumis à l'assentiment du Bundestag l'envoi de personnel de l'Armée fédérale [Bundeswehr] à l'étranger pour des services d'aide humanitaire, lorsque les soldats ainsi envoyés ne participent pas à des activités armées.

b) Le principe constitutionnel d'un assentiment du Parlement à toute action militaire concrète ne peut toutefois pas aller jusqu'à compromettre la capacité de la République fédérale à se défendre et à correctement assumer ses obligations d'alliance. Pour cette raison, le gouvernement fédéral peut, lorsqu'un danger imminent se présente, ordonner l'envoi provisoire de troupes sans autorisation préalable du Parlement et participer à l'élaboration ainsi qu'à l'exécution d'une éventuelle décision prise par l'Alliance. Dans une telle situation, le gouvernement doit toutefois immédiatement soumettre au Parlement la décision d'envoi qu'il vient de prendre. Les troupes doivent être rappelées si le Bundestag l'exige.

Le législateur peut prévoir une réglementation plus spécifique des conditions et de la procédure applicable dans une telle situation d'urgence (...)

c) La décision du Bundestag de déployer des forces armées se prend conformément à l'article 42, alinéa 2, de la Loi fondamentale [cette disposition énonce que le Bundestag prend ses décisions à la majorité absolue des voix]. Compte tenu de l'importance de cette décision, il est indiqué, lorsque cela sera possible, de préparer celle-ci au sein des différentes commissions parlementaires et de la soumettre ensuite à une discussion en séance plénière. Lorsqu'il délibère sur la décision de déploiement, le Bundestag demeure bien évidemment [Freiheit] tenu par ses propres engagements antérieurs.

d) L'exigence d'un assentiment parlementaire ne confère pas de compétence d'initiative au Bundestag : celui-ci ne peut que donner ou refuser son accord à un déploiement envisagé par le gouvernement fédéral (...); il ne peut pas l'obliger à réaliser un tel déploiement. Ainsi conçue, l'exigence de l'assentiment parlementaire ne porte pas atteinte à la sphère autonome du Pouvoir exécutif en matière de politique étrangère, sphère caractérisée par des compétences exclusives du gouvernement et la responsabilité de ce dernier devant le Parlement. Relèvent notamment de cette sphère les décisions relatives à l'ampleur, à la durée et aux modalités du déploiement, et la coordination avec des organisations internationales. » (360)

Par rapport à ces mesures provisoires, deux observations peuvent être faites.

(360) *Idem*, 387-389. Usage des italiques par la Cour; c'est nous qui soulignons. En raison de la longueur exceptionnelle de la citation, nous reproduisons le texte allemand en abrégé, à la fin de la présente section, pour ne pas trop perturber la mise en page. Voy. l'annexe 2 à la présente section, *infra*.

D'une part — et par contraste aux arrêtés *IVG I* et *IVG II* — les mesures énoncées dans l'arrêt *AWACS* ne figurent pas au *dispositif* de la décision mais seulement dans ses *motifs*. Cette différence n'altère cependant pas la force *normative* de ces règles, dès lors que la doctrine constitutionnelle allemande (361) et la Cour elle-même (362) admettent que les motifs qui constituent le soutien nécessaire d'une décision [*vorgende Gründe*] ont la même force obligatoire que le *dispositif*.

D'autre part — et ceci conformément à ce qu'il avait fait dans les arrêtés *IVG I* et *IVG II* — le juge constitutionnel allemand ne mentionne dans l'arrêt *AWACS* aucun *délai* dans lequel le législateur doit intervenir.

*
*
*

Depuis le prononcé de l'arrêt *AWACS* en été 1994, onze ans se sont écoulés sans qu'une réaction du législateur ne soit jusqu'à présent intervenue. Un projet de loi a certes été déposé au Bundestag en mars 2004 (363), mais le texte attend toujours son adoption définitive. La nécessité d'une réaction législative figure également dans l'Accord de coalition du gouvernement fédéral actuel, même si la situation politique internationale (particulièrement depuis l'invasion américaine en Irak) et l'état difficile des finances publiques semblent avoir conduit le Chancelier SCHROEDER à ne pas immédiatement donner suite à cette déclaration politique (364).

En raison de ces circonstances, la réglementation provisoire formulée par les juges de Karlsruhe se mue donc, chaque jour un peu plus, en une réglementation '*provisoirement définitive*', à l'instar du

(361) En ce sens déjà W. GERGER, 'Die Grenzen der Bindung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen', *NJW*, 1954, 1057-1061, ici 1058. Pour une discussion très détaillée sur la question, voy. K. SCHLAKEN et S. KONIG, *Das Bundesverfassungsgericht*, 5^e édition, ouvrage précité, 325-331.

(362) Voy. notamment BVerfG, arrêt du 23 octobre 1951, *BVerfGE* 1, 14 (37), décision du 20 janvier 1966, *BVerfGE* 19, 377 (382), arrêt du 19 juillet 1966, *BVerfGE* 20, 56 (87), et décision du 10 juin 1975, *BVerfGE* 40, 86 (93-94).

(363) Projet de loi relative à la participation du Parlement à la prise de décision relative au déploiement de troupes armées à l'étranger (*Gesetz über die parlamentarische Beteiligung bei der Einscheidung über den Einsatz bewaffneter Streitkräfte im Ausland*), *Dokumente parlamentarischer Bundestag (Drucksaaten des Deutschen Bundestages)*, 15^e législature, n° 2742 du 23 mars 2004.

(364) Pour plus de détails sur tout ce qui précède, voy. D. HANSEN, *Zwischenstaatlich-zwischenstaatliche und Faktisch, Verfassungsrechtliche Grundlagen, politische Strukturen und spezifische Prognostik der Außenpolitik von Japan und Deutschland seit 1945*, thèse (Munich, 2004), non encore publiée, 296-303 et 382-384.

statut de la ville de Bonn qui, en 1949, a été déclarée capitale *provisoire* de la République fédérale pour le rester pendant plus de quarante ans. *Quand* donc le Bundestag remplacera les règles prétorien-nes énoncées par la Cour par des dispositions législatives, nul ne le sait.

271. — Après avoir présenté trois illustrations de mesures provisoires, il nous reste à préciser qu'il ne s'agit pas là des seuls exemples connus (365).

*
*
*

272. — C'est par ce tour d'horizon que la section relative aux mesures provisoires se reforme, et avec elle, le volumineux chapitre 1^{er} consacré à la présence des injonctions dans la jurisprudence du juge constitutionnel français, belge et allemand. Au sein de ce chapitre, nous avons examiné la distinction entre injonctions déterminées et alternatives (section 1^{ère}) (366), la différence entre injonctions positives et négatives (section 2) (367), la fixation des délais dans lesquels l'intervention législative doit avoir lieu (section 3) (368) et — exposé que nous venons d'achever — la détermination des mesures provisoires qui s'appliquent dans l'attente d'une telle intervention (section 4) (369).

Après ces développements, il convient maintenant d'évaluer, sur base de ces résultats, l'*importance* des injonctions dans notre champ de recherche (chapitre 2).

(365) Voy. également BVerfG, décision du 29 janvier 1969, *BVerfGE* 25, 167 (187-188), décision du 5 mars 1991, *BVerfGE* 84, 9 (10 et 22-25), arrêt du 27 juin 1991, *BVerfGE* 84, 239 (284-285), décision du 11 janvier 1995, *BVerfGE* 92, 53 (72-73), décision du 15 juillet 1998, *BVerfGE* 98, 366 (402), décision du 10 novembre 1998, *BVerfGE* 99, 216 (241-246), décision du 24 novembre 1998, *BVerfGE* 99, 300 (304, 331-332), décision du 27 octobre 1999, *BVerfGE* 101, 106 (132), décision du 15 mars 2000, *BVerfGE* 102, 68 (92), décision du 19 juillet 2000, *BVerfGE* 102, 197 (212, 223-224), arrêt du 8 février 2001, *BVerfGE* 103, 111 (113, 141-142), arrêt du 28 janvier 2003, *BVerfGE* 107, 133 (149), décision du 30 avril 2003, *BVerfGE* 107, 395 (418), arrêt du 18 février 2004, *BVerfGE* 109, 256 (256, 274-275), et décision du 5 mars 2004, *BVerfGE* 109, 279 (381).

(366) *Supra*, n° 199-210.

(367) *Supra*, n° 211-221.

(368) *Supra*, n° 222-263.

(369) *Supra*, n° 264-271.

ANNEXE I A LA SECTION 4

Nous reproduisons ici, en différé de la note 342, le texte original de l'arrêt *Interruption volontaire de grossesse II [Schwangerschaftsabbruch II]* de la Cour constitutionnelle allemande du 28 mai 1993, *EVrefGE* 88, 203 (203-213):

[*ENTSCHEIDUNGSFORMER:

I. 1. §218a Absatz 1 des Strafgesetzbuches in der Fassung des Gesetzes (...) vom 27. Juli 1992 (Bundesgesetzbl. I Seite 1398) ist (...) insgesamt nichtig. §219 des Strafgesetzbuches in der Fassung des genannten Gesetzes ist (...) nichtig. (...)

II. Gemäß §35 des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht wird angeordnet:

1. Das bisher nach Maßgabe des Urteils vom 4. August 1992 geltende Recht bleibt bis zum 15. Juni 1993 anwendbar. Für die Zeit danach bis zum Inkrafttreten einer gesetzlichen Neuregelung gelten in Ergänzung zu den Vorschriften des Schwangersen- und Familienhilfegesetzes, soweit diese nicht durch Nummer I. der Urteilsformel für nichtig erklärt worden sind, die Nummern 2 bis 9 dieser Anordnung.

2. §218 des Strafgesetzbuches in der Fassung des Schwangersen- und Familienhilfegesetzes findet keine Anwendung, wenn die Schwangerschaft innerhalb von zwölf Wochen nach der Empfängnis abgebrochen wird, die schwangere Frau den Abbruch verlangt und dem Arzt durch eine Bescheinigung nachgewiesen hat, daß sie sich mindestens drei Tage vor dem Eingriff von einer anerkannten Beratungsstelle (vgl. Nummer 4 dieser Anordnung) hat beraten lassen (...)

3. (1) Die Beratung dient dem Schutz des ungeborenen Lebens. Sie hat sich von dem Bemühen leiten zu lassen, die Frau zur Fortsetzung der Schwangerschaft zu ermutigen und ihr Perspektiven für ein Leben mit dem Kind zu eröffnen; sie soll ihr helfen, eine verantwortliche und gewissenhafte Entscheidung zu treffen. Dabei muß der Frau bewußt sein, daß das Ungeborene in jedem Stadium der Schwangerschaft auch ihr gegenüber ein eigenes Recht auf Leben hat und deshalb nach der Rechtsordnung ein Schwangerschaftsabbruch nur in Ausnahmestituationen in Betracht kommen kann, wenn der Frau durch das Austragen des Kindes eine Belastung erwächst, die – vergleichbar den Fällen des §218a Absatz 2 und 3 des Strafgesetzbuches in der Fassung des Schwangersen- und Familienhilfegesetzes – so schwer und außergewöhnlich ist, daß sie die zumutbare Obergrenze übersteigt.

(2) Die Beratung bietet der schwangeren Frau Rat und Hilfe. Sie trägt dazu bei, die im Zusammenhang mit der Schwangerschaft bestehende Konfliktlage zu bewältigen und einer Notlage abzuwehren. Hierzu umfaßt die Beratung a) das Eintreten in eine Konfliktberatung; dazu wird erwartet, daß die schwangere Frau der sie beratenden Person die Tatsache mitteilt, dereinsten sie einen Abbruch der Schwangerschaft erwägt; b) jede nach Sachlage erforderliche medizinische, soziale und juristische Information, die Darlegung der Rechtsansprüche von Mutter und Kind und der möglichen praktischen Hilfen, insbesondere solcher, die die Fortsetzung der Schwangerschaft und die Lage von Mutter

und Kind erleichtern; c) das Angebot, die schwangere Frau bei der Geldmangelung von Ansprüchen, bei der Wohnungssuche, bei der Suche nach einer Betreuungsmöglichkeit für das Kind und bei der Fortsetzung ihrer Ausbildung zu unterstützen (...). Die Beratung unterrichtet auch über Möglichkeiten, ungewollte Schwangerschaften zu vermeiden.

(3) Erforderlichenfalls sind ärztlich, psychologisch oder juristisch ausgebildete Fachkräfte oder andere Personen zu der Beratung hinzuzuziehen. Bei jeder Beratung ist zu prüfen, ob es angezeigt ist, im Einvernehmen mit der schwangeren Frau Dritte, insbesondere den Vater sowie nahe Angehörige bei der Eltern des Ungeborenen hinzuzuziehen.

(4) Die schwangere Frau kann auf ihren Wunsch gegenüber der sie beratenden Person anonym bleiben. (5) Ist es nach dem Inhalt des Beratungsgesprächs dem Ziel der Beratung (Absatz 1 [Satz 1]) dienlich, ist das Beratungsgespräch alsbald fortzusetzen. Sieht die beratende Person die Beratung als abgeschlossen an, hat die Beratungsstelle der Frau auf Antrag über die Tatsache, daß eine Beratung nach den Absätzen 1 bis 4 stattgefunden hat, eine auf einen Namen lautende und mit dem Datum des letzten Beratungsgesprächs versehene Bescheinigung auszustellen.

(6) Die beratende Person hat in einer Weise, die keine Rückschlüsse auf die Identität der Beratenden erlaubt, in einem Protokoll das Alter, den Familienstand und die Staatsangehörigkeit der Beratenden, die Zahl ihrer Schwangerschaften, ihrer Kinder und früherer Schwangerschaftsabbrüche festzuhalten. Sie hat ferner die für den Abbruch genannten wesentlichen Gründe, die Dazwischen des Beratungsgesprächs und gegebenenfalls die zu ihm hinzugezogenen weiteren Personen zu vermerken. Das Protokoll muß auch ausweisen, welche Informationen der Schwangeren vermittelt und welche Hilfen ihr angeboten worden sind.

4. (1) Stellen, die eine Beratung nach Nummer 3 vornehmen, bedürfen (...) besonderer staatlicher Anerkennung. Als Beratungsstellen können auch Einrichtungen freier Träger und Ärzte anerkannt werden.

(2) Beratungsstellen dürfen mit Einrichtungen, in denen Schwangerschaftsabbrüche vorgenommen werden, nicht derart organisatorisch oder durch wirtschaftliche Interessen verbunden sein, daß hiernach ein materielles Interesse der Beratungseinrichtung an der Durchführung von Schwangerschaftsabbrüchen nicht auszuschließen ist. Der Arzt, der den Schwangerschaftsabbruch vornimmt, ist als Berater ausgeschlossen; er darf auch nicht der Beratungsstelle angehören, die die Beratung durchgeführt hat.

(3) Als Beratungsstelle kann nur anerkannt werden, wer für eine Beratung nach Maßgabe der Nummer 3 Gewähr bietet, über für eine solche Beratung in persönlicher und fachlicher Hinsicht qualifiziertes und der Zahl nach ausreichendes Personal verfügt und mit allen Stellen zusammenarbeitet, die öffentliche und private Hilfen für Mutter und Kind gewähren. Die Beratungsstellen sind verpflichtet, die ihrer Beratungstätigkeit zugrundeliegenden Maßstäbe und die dabei gesammelten Erfahrungen jährlich schriftlich niederzulegen.

(4) Die Anerkennung darf nur mit der Maßgabe erteilt werden, daß sie nach einer gesetzlich zu bestimmenden Frist jeweils der Bestätigung durch die zuständige Behörde bedarf.

(5) Die Länder stellen ein ausreichendes Angebot wohnortnaher Beratungsstellen sicher.

5. Dem Arzt, von dem die Frau den Abbruch der Schwangerschaft verlangt, obliegen die sich aus den Urteilsgründen ergebenden Pflichten.

6. (...)

7. (...)

8. Die Regelung des §37a des Bundessozialhilfegesetzes findet auch Anwendung bei Abbrüchen der Schwangerschaft nach Nummer 2 dieser Anordnung.

9. Bis zu einer Entscheidung des Gesetzgebers über eine etwaige Einführung einer kriminologischen Indikation und deren Feststellung können Versicherte der gesetzlichen Krankenversicherung (...) bei einem Abbruch der Schwangerschaft (...) Leistungen erhalten, wenn die Voraussetzungen der Nummer 2 dieser Anordnung vorliegen und der zuständige Amtsarzt (...) bescheinigt hat, daß nach seiner ärztlichen Erkenntnis an der Schwangeren eine rechtswidrige Tat nach den §§176 bis 179 des Strafgesetzbuches begangen worden ist und dringende Gründe für die Annahme sprechen, daß die Schwangerschaft auf der Tat beruht. Der Arzt kann mit Einwilligung der Frau eine Auskunft bei der Staatsanwaltschaft einholen und etwa vorhandene Ermittlungssachen einsehen; die hierbei gewonnenen Erkenntnisse unterliegen seiner ärztlichen Schweigepflicht. »]

ANNEXE 2 À LA SECTION 4 :

Nous reproduisons ici, en différé de la note 360, le texte original de l'arrêt *AWACS* de la Cour constitutionnelle allemande du 12 juillet 1994. *BY YFGE* 90, 286 (387-389). Usage des italiques par la Cour :

[«Das] Prinzip der konstitutiven Beteiligung des Parlaments beim Einsatz bewaffneter Streitkräfte stellt sich (...) des näheren wie folgt dar :

a) Gegenstand einer Parlamentsbeteiligung sind die Einsätze bewaffneter Streitkräfte. Im Fall eines Angriffs auf ein Bündnispartner hat das Parlament der Beistandsverpflichtung zwar schon in Form des nach Art. 59 Abs. 2 GG erforderlichen Gesetzes zugestimmt und damit grundsätzlich gebilligt, daß deutsche Streitkräfte bei Eintritt des Bündnisfalles zum Einsatz kommen. Auch in diesem Fall bedarf es jedoch noch der – regelmäßig vorhergehenden (s. unten b) – parlamentarischen Entscheidung über den *konkreten* Einsatz nach Maßgabe der bestehenden Bindungsverpflichtung. Soweit allerdings Bundesrat und Bundestag gemäß Art. 115a GG den Verteidigungsfall feststellen haben, schiebt diese Entscheidung die Zustimmung des Parlaments zu einem Einsatz bewaffneter Streitkräfte ein. Bei Einsätzen bewaffneter Streitkräfte im Rahmen von Resolutionen des Sicherheitsrates [der Vereinten Nationen] ist die vorherige Zustimmung des Bundestages unabhängig davon erforderlich, ob den ten Nationen] eingeraumt sind (...). (...). Nicht der Zustimmung des Bundestages bedarf die Verwendung von Personal der Bundeswehr für Hilfsdienste und

Hilfsleistungen im Ausland, sofern die Soldaten dabei nicht in bewaffnete Unternehmungen einbezogen sind.

b) Die verfassungsrechtlich gebotene Mitwirkung des Bundestages bei konkreten Entscheidungen über den Einsatz bewaffneter Streitkräfte darf die militärische Wehrfähigkeit und die Bündnisfähigkeit der Bundesrepublik Deutschland nicht beeinträchtigen. Deshalb ist die Bundesregierung bei Gefahr im Verzug berechtigt, vorläufig den Einsatz von Streitkräften zu beschließen und an entsprechenden Beschlüssen in den Bündnissen oder internationalen Organisationen ohne vorherige Einzelermächtigung durch das Parlament mitzuwirken und diese vorläufig zu vollziehen. Die Bundesregierung muß jedoch in diesem Fall das Parlament umgehend mit dem so beschlossenen Einsatz befragen. Die Streitkräfte sind zurückzurufen, wenn es der Bundestag verlangt. Dem Gesetzgeber bleibt es unbenommen, die Voraussetzungen eines solchen Notfalls und das dabei zu beobachtene Verfahren näher zu regeln. (...)

c) Der Bundestag hat über Einsätze bewaffneter Streitkräfte nach Maßgabe des Art. 42 Abs. 2 GG zu beschließen. Der Bedeutung des zu fassenden Beschlusses wird es, so es die Lage irgend erlaubt, entsprechen, daß er in den zuständigen Ausschüssen vorbereitet und im Plenum des Bundestages erörtert wird. Freilich ist der Bundestag bei seiner Beschlussfassung an die mit seiner Zustimmung zustande gekommenen rechtlichen Festlegungen über den Einsatz bewaffneter Streitkräfte gebunden.

d) Der Zustimmungsvorbehalt für den Einsatz bewaffneter Streitkräfte verleiht dem Bundestag keine Initiativbefugnis; der Bundestag kann lediglich einem von der Bundesregierung beabsichtigten Einsatz seine Zustimmung versagen (...), nicht aber die Regierung zu solch einem Einsatz der Streitkräfte verpflichten. Der der Regierung von der Verfassung für außenpolitisches Handeln gewährte Eigenbereich exekutiver Handlungsbefugnis und Verantwortlichkeit wird durch den Parlamentsvorbehalt nicht berührt. Das gilt insbesondere hinsichtlich der Entscheidung über die Modalitäten, den Umfang und die Dauer der Einsätze, die notwendige Koordination (...) mit Organen internationaler Organisationen. »]

CHAPITRE 2

L'IMPORTANCE DES INJONCTIONS
DANS LES PAYS DE RÉFÉRENCE

273. - L'importance des injonctions 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 I. - L'IMPORTANCE QUANTITATIVE
DES INJONCTIONS DANS LES PAYS DE RÉFÉRENCE

274. - À l'identique de ce que nous avons déjà fait pour les lignes directrices (370), l'importance *quantitative* des injonctions peut être exposée à l'aide de deux *tableaux*, l'un consacré aux injonctions déterminées, l'autre aux injonctions alternatives (on soulignera que ces tableaux ne prennent en compte que les formalisations *ordinaires* des injonctions et non leurs expressions *atypiques* (371)).

275. - Sur base de notre travail d'analyse qui précède - et en ayant à l'esprit les limites de perfection inhérentes à cet exercice (372) - nous pouvons répertorier les décisions des Cours constitutionnelles française, belge et allemande qui renferment des injonctions de la manière suivante (373).

(370) *Supra*, n° 151.

(371) Ces dernières seront étudiées *infra*, au titre 2, n°s 281-317.

(372) *Supra*, n° 148.

(373) Statistique basée sur une lecture exhaustive des décisions du juge constitutionnel français et belge, et - en raison d'élémentaires contraintes de volume - d'une sélection de décisions du juge constitutionnel allemand. Ont été prises en compte toutes les décisions pertinentes rendues jusqu'au 1^{er} juillet 2005 inclus, soit,

- en France :

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

l'unique décision de la série L jusqu'au numéro 200 inclus ainsi que

- en Belgique, tous les arrêts jusqu'à l'arrêt 118/2005 inclus;

- en Allemagne, il existe à ce jour (1^{er} juillet 2005) 110 volumes du *Recht* de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale (*Bundesverfassungsgerichts*), dont chacun contient environ 430 pages. Une rapide multiplication donne ainsi le chiffre de 47 300 : nous avons donc dû nous limiter à un dépouillement *sélectif*.

275.1 - La présence des injonctions *déterminées* peut être constatée au sein des décisions mentionnées ci-après (374).

Présence d'injonctions déterminées
dans notre champ de recherche
H + O (C1, C2, C3, ... Cn) → NL

Le symbole ▼ signifie que l'injonction est assortie de la mention explicite d'un *délai* ;
la lettre M indique que la décision contient des *mesures provisoires*.

Jurisdiction concernée	Décision	Référence précise de l'interférence (n° du considérant ou page du <i>Recht</i>)
Conseil constitutionnel français	(1) 111 DC du 30 décembre 1979	Rec., 40
	(2) 188 DC du 25 février 1982	considérant 17
	(3) 410 DC du 15 mars 1999 (379)	considérant 11
	(4) 431 DC du 6 juillet 2000	considérannts 14-15
	(5) 447 DC du 18 juillet 2001	considérannts 26-28
	(6) 468 DC du 3 avril 2003 (380)	considérannts B.6.3, B.6.4, et B.16
Cour d'arbitrage belge	(1) 35/92 du 7 mai 1992 ▼ (381)	considérant B.17, al. 2, B.18, et B.19.
	(2) 32/93 du 22 avril 1993	considérant B.5.2
	(3) 35/93 du 6 mai 1993 ▼ (382)	considérant B.5.2
	(4) 30/96 du 15 mai 1996 ▼	considérannts B.4.7, B.5.9, et B.6.10
	(5) 76/96 du 18 décembre 1996 ▼ (383)	considérant B.3.2, B.3.3, et B.10, al. 2
	(6) 43/97 du 14 juillet 1997 ▼	considérannts B.1.3, et B.14.
	(7) 66/98 du 10 juin 1998 ▼	considérannts B.10, B.11, et B.17.
	(8) 49/2001 du 18 avril 2001 ▼	considérannts B.1.1, B.13, et dispositif
	(9) 16/2003 du 28 janvier 2003 ▼	cons. B.11.1, B.14, B.18, et dispositif
	(10) 47/2004 du 24 mars 2004 ▼	considérannts B.11.4, B.12, B.13.3, et B.17.
	(11) 106/2004 du 16 juin 2004 ▼ (384)	considérannts B.32, B.33, et dispositif
	(12) 114/2004 du 30 juin 2004 ▼	considérannts B.13, B.14, et dispositif
	(13) 132/2004 du 14 juillet 2004 ▼ (385)	considérannts B.6.2, B.7.1, et dispositif
(14) 184/2004 du 22 sept. 2004 ▼ (386)	considérant B.7, et dispositif	

(374) 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 indiquons la page du *Recht* à laquelle l'injonction figure.

(375) Décision analysée *supra*, n°s 202 et 217. La même décision contient par ailleurs une injonction atypique qui est étudiée *infra*, n° 287.

(376) Décision mentionnée *supra*, dans l'introduction générale, au n° 3.2.

(377) Arrêt analysé *supra*, n° 204.

(378) Arrêt analysé *supra*, n° 238.1.

(379) Arrêt analysé *supra*, n° 219.

(380) Arrêt analysé *supra*, n° 249.

(381) Arrêt analysé *supra*, n° 251.

(382) Arrêt analysé *supra*, n° 250.

Jurisdiction concernée	Décision	Référence précise de l'intervention (n° du considérant ou page du <i>Berater</i>)
	(15) 302/2004 du 21 décem. 2004 ▼	considéranes B.29, B. 30.3, et points I et 3, deuxième tiret, du dispositif
	(16) 11/2005 du 19 janvier 2005 ▼ (387)	considérant B.6, et dispositif
	(17) 29/2005 du 9 février 2005 ▼	considérant B.12, et dispositif
	(18) 69/2005 du 23 mars 2005 ▼	considéranes B.9, B.10, et dispositif
	(19) 101/2005 du 1 ^{er} juin 2005 ▼	considérant B.6, et dispositif
	(1) décision du 11 juin 1958	<i>BVerfGE</i> 8, 1 (38)
	(2) arrêt du 20 mars 1965 ▼	<i>BVerfGE</i> 15, 337 (352)
	(3) décision du 22 mai 1965 ▼ (389)	<i>BVerfGE</i> 16, 130 (141-142)
	(4) arrêt du 30 décembre 1966 ▼	<i>BVerfGE</i> 21, 12 (40, 42)
	(5) décision 15 février 1967 (389)	<i>BVerfGE</i> 21, 173 (183)
	(6) décision du 7 mai 1968 ▼ (390)	<i>BVerfGE</i> 23, 242 (257-258)
	(7) décision du 29 janvier 1968 ▼ M	<i>BVerfGE</i> 25, 167 (187-188)
	(8) décision du 16 mars 1971	<i>BVerfGE</i> 30, 292 (333)
	(9) arrêt du 15 novembre 1971 ▼ (391)	<i>BVerfGE</i> 32, 198 (218)
	(10) décision du 14 mars 1972	<i>BVerfGE</i> 38, 1 (13)
	(11) décision du 14 février 1973 ▼ (392)	<i>BVerfGE</i> 34, 293 (300-307)
	(12) décision du 14 novembre 1973 ▼	<i>BVerfGE</i> 36, 146 (173)
	(13) décision du 21 mai 1974	<i>BVerfGE</i> 37, 217 (283-284)
	(14) arrêt du 25 février 1975 M (383)	<i>BVerfGE</i> 39, 1 (2, 3 et 68)
	(15) décision du 28 octobre 1975 ▼ (394)	<i>BVerfGE</i> 40, 276 (285-284)
	(16) arrêt du 5 novembre 1975 ▼ (395)	<i>BVerfGE</i> 40, 298 (328-330)
	(17) décision du 9 mars 1976 (396)	<i>BVerfGE</i> 41, 399 (413, 424-425)
	(18) décision du 30 mars 1977	<i>BVerfGE</i> 44, 249 (275)
	(19) décision du 28 mars 1980	<i>BVerfGE</i> 54, 1 (34, 38-39)
	(20) arrêt du 24 juin 1986 ▼	<i>BVerfGE</i> 72, 330 (422-423)
	(21) décision du 22 mars 1990 ▼	<i>BVerfGE</i> 81, 363 (378-379 et 383-384)
	(22) arrêt du 27 juin 1991 ▼ M	<i>BVerfGE</i> 84, 239 (284-285)
	(23) arrêt du 28 mai 1993 M (397)	<i>BVerfGE</i> 88, 203 (209-213 et 336-337)
	(24) arrêt 12 juillet 1994 M (398)	<i>BVerfGE</i> 90, 286 (389-390)
	(25) décision du 12 mars 1996 ▼ (399)	<i>BVerfGE</i> 94, 241 (365-366)

- (383) Arrêt présenté *supra*, dans l'introduction générale, au n° 3.3.
 (384) Décision analysée *supra*, n° 236.1.
 (385) Décision analysée *supra*, n° 205.
 (386) Décision analysée *supra*, n° 238.4.
 (387) Arrêt analysé *supra*, n° 241.
 (388) Décision analysée *supra*, n° 239.
 (389) Arrêt analysé *supra*, n° 266.
 (390) Décision analysée *supra*, n° 237.
 (391) Arrêt analysé *supra*, n° 240.
 (392) Décision analysée *supra*, n° 218.
 (393) Arrêt analysé *supra*, n° 269.
 (394) Arrêt analysé *supra*, n° 270.
 (395) Décision analysée *supra*, n° 235.2.

Jurisdiction concernée	Décision	Référence précise de l'intervention (n° du considérant ou page du <i>Berater</i>)
	(26) décision du 15 juillet 1998 ▼ M	<i>BVerfGE</i> 98, 385 (402)
	(27) décision du 10 nov. 1998 ▼ (400)	<i>BVerfGE</i> 99, 202 (215-216)
	(28) décision du 10 nov. 1998 ▼ M	<i>BVerfGE</i> 99, 216 (241-246)
	(29) décision du 24 novem. 1998 ▼ M	<i>BVerfGE</i> 99, 300 (304, 331-332)
	(30) décision du 14 juillet 1999 ▼	<i>BVerfGE</i> 101, 54 (104-105)
	(31) décision du 27 octo. 1999 ▼ M	<i>BVerfGE</i> 101, 166 (131-132)
	(32) arrêt du 11 novembre 1999 ▼	<i>BVerfGE</i> 101, 158 (235-236, 238)
	(33) décision du 15 mars 2000 ▼ M	<i>BVerfGE</i> 102, 68 (92-93, 98-99)
	(34) décision du 24 mai 2000 ▼	<i>BVerfGE</i> 102, 127 (145-146)
	(35) décision du 19 juillet 2000 ▼ M	<i>BVerfGE</i> 102, 197 (212, 223-224)
	(36) arrêt du 8 février 2001 M (401)	<i>BVerfGE</i> 103, 111 (113, 141-142)
	(37) arrêt du 3 avril 2001 ▼ (402)	<i>BVerfGE</i> 103, 225 (235, 241)
	(38) arrêt du 3 avril 2001 ▼ (403)	<i>BVerfGE</i> 103, 242 (270-271)
	(39) arrêt du 6 mars 2002 ▼	<i>BVerfGE</i> 105, 78 (75)
	(40) décision du 29 octobre 2002	<i>BVerfGE</i> 106, 166 (181)
	(41) décision du 4 décembre 2002	<i>BVerfGE</i> 107, 27 (57-58)
	(42) arrêt du 28 janvier 2003 ▼ M	<i>BVerfGE</i> 107, 133 (149)
	(43) décision du 9 avril 2003 ▼	<i>BVerfGE</i> 108, 83 (99, 121)
	(44) dec. du 30 avril 2003 ▼ M (403)	<i>BVerfGE</i> 107, 305 (418)
	(45) décision du 18 nov. 2003 ▼ (404)	<i>BVerfGE</i> 109, 64 (65-96)
	(46) arrêt du 18 février 2004 M	<i>BVerfGE</i> 109, 256 (265-274-275)
	(47) arrêt du 3 mars 2004 ▼ M (405)	<i>BVerfGE</i> 109, 279 (381)
	(48) décision du 3 mars 2004 ▼	<i>BVerfGE</i> 110, 33 (76)
	(49) décision du 6 juillet 2004 ▼	1 BvR 2315/95
	(50) décision du 9 novembre 2004 ▼	1 BvR 684/98

*) Liste établie sur base d'une simple sélection de décisions.

275.2 - La présence d'injonctions *alternatives* peut quant à elle être constatée dans les décisions suivantes. Les symboles utilisés sont identiques à ceux du tableau précédent.

- (396) Décision analysée *supra*, n° 225.1.
 (397) Outre l'injonction au législateur qu'il contient, cet arrêt est d'un intérêt particulier pour le droit constitutionnel allemand parce qu'il constitue l'un des rares cas où le *Bundesverfassungsgericht* vérifie la conformité à la Constitution fédérale de dispositions *continuumelles fédérales* (en l'occurrence de celles du Land de Hesse). Dans le cas d'espèce, la Cour constate la *conformité* de ces dispositions à la Loi fondamentale.
 (398) Arrêt analysé *supra*, n° 260.1.
 (399) Décision rendue en assemblée plénière (*Plenum*), en application du paragraphe 16, alinéa 1^{er}, de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale.
 (400) Décision mentionnée *supra*, dans l'introduction générale, au n° 3.4.
 (401) Cet arrêt procède non seulement au contrôle de constitutionnalité de dispositions législatives mais vérifie par ailleurs la conformité de dispositions constitutionnelles fédérales aux prescriptions irrévisibles des articles 1^{er} et 20 de la Loi fondamentale : la Cour procède donc à un contrôle de constitutionnalité d'une *loi constitutionnelle fédérale* (voy. spécialement les pages 309-325 de l'arrêt; la loi constitutionnelle est déclarée conforme).

Présence d'injonctions alternatives
dans notre champ de recherche
H + O (C1, C2a v C2b, C3, ... Cn) → NL

Jurisdiction	Décision	Référence précise de l'intervention (n° du considérant ou page du Recueil)
Conseil constitutionnel français	(à notre connaissance : néant)	
Cour d'arbitrage belge	(1) 73/2003 du 26 mai 2003 ▼ (406)	Considérant B.9.8, et point 2 du dispositif
Cour constitutionnelle allemande*	(1) arrêt du 14 juillet 1981 (407) (2) décision du 5 mars 1991 M (3) dec. du 11 janvier 1995 ▼ M (408) (4) arrêt du 1 ^{er} juillet 1998 ▼ (409) (5) dec. du 10 nov. 1998 ▼ M (410) (6) décision du 2 mars 1999 ▼ (7) décision du 15 mars 2000 ▼ M (8) décision du 21 novembre 2001 (9) décision du 4 décembre 2002 (10) arrêt du 29 janvier 2003 ▼	BVerfGE 57, 361 (388-389) BVerfGE 84, 9 (21) BVerfGE 92, 63 (72-73) BVerfGE 98, 169 (215) BVerfGE 99, 216 (241) BVerfGE 100, 226 (248) BVerfGE 102, 68 (92) BVerfGE 104, 126 (146-150) BVerfGE 107, 27 (57) BVerfGE 107, 150 (185)

* Liste établie sur base d'une simple sélection de décisions.

276.2 – Sur base de ces données statistiques, quatre observations générales peuvent être effectuées.

276.1 – La première consiste à signaler que le nombre des injonctions est nettement plus élevé en Allemagne qu'en Belgique ou en France. Si 60 cas (407) peuvent être relevés au sein de la jurisprudence du juge constitutionnel allemand, on n'en dénombre que 20 (408) dans les arrêts de la Cour d'arbitrage et six dans les décisions du Conseil constitutionnel (409). Ce résultat est parfaitement conforme à nos attentes : le juge constitutionnel allemand est beaucoup plus interventionniste que ses homologues français et belge (410), et

(402) Arrêt analysé *supra*, nos 256-261.

(403) Arrêt analysé *supra*, n° 208.

(404) Décision analysée *supra*, n° 209.

(405) Arrêt analysé *supra*, n° 260, 2.

(406) Décision analysée *supra*, n° 261.

(407) À savoir 50 injonctions déterminées et 10 injonctions alternatives.

(408) Ces six décisions sont présentées plus en détail *infra*, dans l'annexe au présent chapitre.

(409) Voy. notamment M. FROMONT, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Paris, Dalloz, 1986, 134, L. FAVOEUR, « La constitutionnalisation de l'ordre juridique. Considérations générales, cours constitutionnelles », *RHDJ*, 1998, 345-346, E. ZOLLNER, *Droit constitutionnel*, 2^e édition, Paris, PUF, 1999, 177-179 et 280.

Les présentes statistiques confirment cette impression par des chiffres concrets (même si l'on ne doit pas oublier que le *Bundesverfassungsgericht* existe depuis *plus longtemps* que ses homologues belge et français).

La 'supériorité numérique' de la Cour constitutionnelle allemande en matière d'injonctions est encore accentuée par deux facteurs. D'une part, les statistiques relatives à l'Allemagne sont, à la différence des deux autres pays de notre champ de recherche, basées sur une simple *sélection* de décisions (411); Les deux listes que nous venons de présenter ne sont donc pas, relativement à la République fédérale, *exhaustives* (nous avons toutefois mis tout en œuvre pour réduire leur incomplétude au maximum). D'autre part, le *Bundesverfassungsgericht* a également recours à des injonctions *atypiques* (412), qui s'ajoutent aux formalisations ordinaires (H + O [C1, C2, C3, ... Cn] → NL) dont nous venons de faire le relevé. L'usage de la technique des injonctions par la Cour constitutionnelle allemande est donc encore *plus* élevé qu'il ne le paraît au vu des statistiques qui précèdent.

276.2 – La deuxième remarque tient en ce que la technique des injonctions de légiférer constitue un phénomène juridique *assez ancien* : le premier cas observable en Allemagne date de juin 1958 (413), soit d'une époque où le Conseil constitutionnel français n'était pas encore né. Ce serait donc commettre une grave erreur de jugement que de mettre en cause le caractère *durable* du phénomène et d'affirmer qu'il s'agit d'un simple 'effet de mode', avec toute la connotation éphémère que cette qualification implique.

276.3 – La troisième observation tient en ce que l'utilisation des injonctions – spécialement de celles assorties d'un délai pour légiférer – *progressive* de manière significative en Belgique : alors qu'on dénombre dix cas pour toute la période de 1985 à 2003 (soit dix-huit années), on en compte six pour la seule année 2004. Pendant l'année actuellement en cours (2005), quatre cas supplémentaires doivent déjà être mentionnés (414). Aucune augmentation significa-

(411) Voy. *supra*, note 373.

(412) Que nous examinerons au titre 2, *infra*, nos 281-317.

(413) Décision du 11 juin 1958, BVerfGE 8, 1 (28).

(414) CA, arrêts 11/2005 du 19 janvier 2005 (exposé *supra*, dans l'introduction générale, au n° 3.2.), 29/2005 du 9 février 2005, 62/2005 du 23 mars 2005 et 101/2005 du 1^{er} juin 2005. Ces quatre décisions sont déjà incluses dans le tableau présenté au n° 275.

tive, dans un passé récent, ne peut en revanche être constatée dans les deux autres pays, même si l'on peut relever en Allemagne une légère augmentation de la fréquence des injonctions depuis les années soixante-dix.

276.4 — Mais c'est notre quatrième remarque qui est la plus importante. Comme nous l'avons déjà relevé (415), l'ordre juridique français est doté d'une Cour constitutionnelle qui effectue un contrôle *général et a priori* de constitutionnalité des normes législatives. L'ordre juridique allemand possède un système de contrôle *général et a posteriori*, et l'ordre juridique belge connaît quant à lui un mécanisme *spécialisé et a posteriori*.

Les tableaux que nous venons de présenter démontrent que les injonctions sont présentes *dans chacun de ces trois États*, malgré les différences — sensibles — relatives à la mise en œuvre du contrôle de constitutionnalité. En d'autres termes, les interférences obligatoires sont observables *tant* dans la jurisprudence d'une Cour constitutionnelle à compétence générale *que* dans celle d'une « cour constitutionnelle à compétence limitée » (416), et *tant* dans les décisions rendues dans un contrôle *a priori* *que* dans celles prononcées *a posteriori*. Ceci permet d'affirmer que l'articulation *ratione materiae et ratione temporis* du contrôle de la constitutionnalité des normes législatives est *sans incidence* sur l'existence d'injonctions du juge constitutionnel dans l'activité normative du législateur. Dès lors que nous avons déjà pu faire un constat identique pour les lignes directrices (417), nous pouvons donc affirmer que cela est vrai pour *toute* interférence, que celle-ci soit ou non dotée d'un caractère obligatoire. Cette conclusion est substantielle, dans la mesure où elle apporte un élément supplémentaire au 'socle commun' du contenu de constitutionnalité, dont les *éléments constitutifs communs* sont en train d'être dégagés (418).

* * *

(415) *Voy. supra*, n° 152.3.

(416) C.A., arrêt 32 du 29 janvier 1987, considérant B.b.8.1.

(417) *Voy. supra*, n° 152.3.

(418) En langue française, *voy.* notamment L. FAVORIS, *Les Cours constitutionnelles*, 3^e édition, Paris, PUF, Collection « Que sais-je ? » (n° 2293), 1996, 127 pages, M. FROMONT, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Paris, Dalloz, 1996, 140 pages, et J. PRIN, *Recherches sur le contentieux de constitutionnalité*, thèse (Aix-Marseille III, 1997), non publiée, 453 pages dactylographées.

Après avoir évoqué l'aspect quantitatif de la présence des injonctions dans les pays de notre champ de recherche, il convient d'analyser leur importance qualitative. Ce point ne nécessite que de brefs développements, encore qu'ils soient d'un grand intérêt pour nos travaux.

SECTION 2. — L'IMPORTANCE QUALITATIVE DES INJONCTIONS DANS LES PAYS DE RÉFÉRENCE

277. — Contrairement à ce que nous avons pu constater plus haut pour les lignes directrices (419), les injonctions peuvent revêtir différents degrés d'intensité; elles peuvent donc être *plus ou moins fortes*.

À cet égard, il est essentiel de voir que le débat sur l'*intensité* plus ou moins grande d'une injonction ne remet pas en cause leur caractère *obligatoire*: toute injonction est obligatoire (sinon, il s'agirait d'une ligne directrice), mais elle peut être plus ou moins énergique. Pour comprendre ce point, il suffit de penser un instant au droit pénal: l'interdiction du tapage nocturne est aussi obligatoire que celle de l'assassinat, mais la seconde infraction est nettement plus grave que la première. La raison est simple: elle est beaucoup plus sévèrement punie.

Un raisonnement analogue peut être fait pour les injonctions de légiférer: toute injonction est dotée d'un caractère obligatoire, mais son intensité peut être modulée par le *laps de temps* dans lequel elle doit être exécutée. C'est donc *la durée du délai de réaction concédé au législateur* qui permet de moduler l'intensité de l'injonction: plus ce laps de temps est court, plus le Pouvoir législatif est mis sous pression.

278. — Pour faire ressortir les différentes gradations des injonctions de légiférer, nous avons classé toutes les décisions du juge constitutionnel reprises dans les tableaux précédents (nos 275.1 et 275.2) en fonction de l'*étendue des délais dont elles sont assorties* (420). Ce 'ranking' des injonctions procède *par degré croissant*

(419) *Voy. supra*, n° 154.

(420) Dans ce classement, nous nous limitons cependant aux décisions dans lesquelles un tel délai de réaction est *explicitement mentionné*; pour toutes les autres décisions, le temps de réaction est, comme nous l'avons déjà expliqué (*voy. supra*, n° 223.1), celui du *délai raisonnable*. Il s'agit là des décisions suivantes:

d'intensité et débute par l'interférence la plus souple, pour se terminer par l'injonction la plus énergique. Pour permettre des comparaisons entre Cours constitutionnelles, nous avons opté pour une présentation *par pays* (421).

Le tableau se présente comme suit :

Modalisation de l'intensité des injonctions à légiférer à l'aide de la durée des délais qui sont accordés au législateur

Injonction concernée	Formulation du délai	Date du prononcé de la décision	Date finale du délai (si elle est explicitement mentionnée)	Durée du délai
a) injonctions qui ne comportent pas la mention explicite de la date d'échéance				
CA, arrêt 73/2003	délati de quatre ans prévu à l'article 65 de la Constitution'	26 mai 2003	(fin de la législature en cours)	(pas connue à l'avance)
CA, arrêt 35/83	'délai raisonnable'	9 mai 1993		délai raisonnable
CA, arrêt 47/2004	'délai raisonnable'	24 mars 2004		délai raisonnable
b) injonctions qui comportent la mention explicite de la date d'échéance				
CA, arrêt 132/2004	'jusqu'au 31 décembre 2005'	14 juillet 2004	31 décembre 2005	17½ mois
CA, arrêt 106/2004	'jusqu'au 31 juillet 2005'	10 juin 2004	31 juillet 2005	13¼ mois

1. Conseil constitutionnel :

décisions 100 DC du 29 décembre 1978 (Rec., 40), 283 DC du 8 janvier 1991 (considérants 29, 36, 43, 47), 325 DC du 13 août 1993 (considérants 3-4 et 81), 410 DC du 15 mars 1999 (considérants 17 et 52-53), et 468 DC du 3 avril 2003 (considérants 26-28).

2. Cour d'arbitrage :

arrêts 32/93 du 22 avril 1993 (considérants B.17, al. 2, B.18, et B.19.), et 76/96 du 18 décembre 1996 (considérants B.3.2., B.3.3. et B.10., al. 2), ainsi que

3. Cour constitutionnelle fédérale :

décision du 11 juin 1958 (BYerfGE 8, 1 [28]), décision 15 février 1967 (BYerfGE 21, 173 [183]), décision du 16 mars 1971 (BYerfGE 30, 292 [333]), décision du 21 mai 1974 (BYerfGE 37, 217 [263-264]), arrêt du 25 février 1976 (BYerfGE 39, 1 [2-3 et 68]), décision du 9 mars 1976 (BYerfGE 41, 399 [413, 424-425]), décision du 30 mars 1977 (BYerfGE 44, 249 [275]), décision du 26 mars 1980 (BYerfGE 54, 11 [34, 38-39]), arrêt du 14 juillet 1981 (BYerfGE 57, 361 [388-389]), décision du 5 mars 1991 (BYerfGE 84, 9 [21]), arrêt du 28 mai 1993 (BYerfGE 88, 203 [209-213 et 336-337]), arrêt 12 juillet 1994 (BYerfGE 90, 286 [389-390]), arrêt du 8 février 2001 (BYerfGE 103, 111 [113, 141-142]), décision du 21 novembre 2001 (BYerfGE 104, 196 [149-150]), décision du 29 octobre 2002 (BYerfGE 106, 166 [181]), décision du 4 décembre 2002 (BYerfGE 107, 27 [57-58]) et arrêt du 18 février 2004 (BYerfGE 109, 256 [256, 274-275]).

(421) Comme le juge constitutionnel français n'a pas recours à la technique des délais (voy. *supra*, n° 223.3.), ce pays n'est pas représenté dans le tableau.

Injonction concernée	Formulation du délai	Date du prononcé de la décision	Date finale du délai (si elle est explicitement mentionnée)	Durée du délai
CA, arrêt 114/2004	'jusqu'au 31 juillet 2005'	30 juin 2004	31 juillet 2005	13 mois
CA, arrêt 62/2005	'jusqu'au 31 mars 2006'	23 mars 2005	31 mars 2006	12 mois
CA, arrêt 202/2004	'jusqu'au 31 décembre 2005'	21 décembre 2004	31 décembre 2005	12 mois
CA, arrêt 16/2003	pour une durée d'un an à compter de la publication au <i>Moniteur belge</i>	28 janvier 2003	5 février 2004	12 mois
CA, arrêt 11/2005	'jusqu'au 31 décembre 2005'	19 janvier 2005	31 décembre 2005	11 mois environ
CA, arrêt 29/2005	'jusqu'au 30 septembre 2005'	9 février 2005	30 septem. 2005	7½ mois environ
CA, arrêt 101/2005	'jusqu'au 31 décembre 2005'	1 ^{er} juin 2005	31 décembre 2005	7 mois
CA, arrêt 66/98	'jusqu'au 31 décembre 1998'	10 juin 1998	31 décembre 1998	6½ mois
CA, arrêt 43/97	'jusqu'au 31 décembre 1997'	14 juillet 1997	31 décembre 1997	5½ mois
CA, arrêt 33/92	'jusqu'à la fin de l'année académique et sociale en cours'	7 mai 1992	(fin de l'année académ. en cours)	5 mois environ
CA, arrêt 30/96	'pour l'année académique 1995-1996'	15 mai 1996	(fin de l'année académ. en cours)	5 mois environ
CA, arrêt 154/2004	'jusqu'au 31 décembre 2004'	22 septembre 2004	31 décembre 2004	3 mois environ
CA, arrêt 49/2001	'jusqu'au 30 juin 2001'	18 avril 2001	30 juin 2001	2½ mois environ
Injonctions émises par le juge constitutionnel allemand				
a) injonctions qui ne comportent pas la mention explicite de la date d'échéance				
BYerfGE 15, 337 (352)	'fin de la législature en cours'	20 mars 1983	(fin de la législature en cours)	(pas connue à l'avance)
BYerfGE 16, 130 (142)	'fin de la législature en cours'	22 mai 1983	(fin de la législature en cours)	(pas connue à l'avance)
BYerfGE 25, 167 (188)	'au cours de la législature actuelle'	29 janvier 1989	(fin de la législature en cours)	(pas connue à l'avance)
BYerfGE 33, 1 (13)	'fin de la législature en cours'	14 mars 1972	(fin de la législature en cours)	(pas connue à l'avance)
BYerfGE 36, 146 (172)	'fin de la législature en cours'	14 novembre 1973	(fin de la législature en cours)	(pas connue à l'avance)
BYerfGE 21, 12 (42)	'dans un délai pas trop long'	20 décembre 1986	(fin de la législature en cours)	délai pas trop long
BYerfGE 23, 242 (255)	'dans un délai raisonnable'	7 mai 1988		délai raisonnable

Injonction concernée	Formulation du délai	Date du prononcé de la décision	Date finale du délai (si elle est explicitement mentionnée)	Durée du délai
<i>BYerGZ</i> 81, 363 (384)	dans un délai raisonnable <i>[ininen angnasse-ner Frist]</i>	22 mars 1980		délai raisonnable
<i>BYerGZ</i> 34, 293 (306)	dans un événi- pro- che <i>[in naher Zukunft]</i>	14 février 1973		délai assez bref
<i>BYerGZ</i> 40, 296 (329-330)	'avec célérité' <i>[sordriglich]</i>	5 novembre 1975		délai bref
<i>BYerGZ</i> 32, 199 (218)	'immédiatement' <i>[unverzüglich]</i>	15 novembre 1971		délai très bref
b) injonctions qui comportent la mention explicite de la date d'échéance				
<i>BYerGZ</i> 101, 158 (288)	'jusqu'au 31 décembre 2004'	11 novembre 1988	31 décembre 2004	61½ mois
<i>BYerGZ</i> 103, 242 (270-271)	'jusqu'au 31 décembre 2004 au plus tard'	3 avril 2001	31 décembre 2004	45 mois
<i>BYerGZ</i> 99, 216 (219)	'en ce qui concerne le point 1, pour le 1 ^{er} janvier 2000 au plus tard, et 80.000 qui, en outre, le point 2, pour le 1 ^{er} janvier 2002 au plus tard'	10 novembre 1988	respectivement: 1 ^{er} janvier 2002 et 1 ^{er} janvier 2000	respectivement: 37½ mois et 13½ mois
<i>BYerGZ</i> 105, 73 (175)	'jusqu'au 31 décembre 2004'	6 mars 2002	31 décembre 2004	33½ mois
<i>BYerGZ</i> 100, 226 (248)	'jusqu'au 30 juin 2001'	2 mars 1999	30 juin 2001	26 mois
<i>BYerGZ</i> 101, 106 (182)	'jusqu'au 31 décembre 2001'	27 octobre 1999	31 décembre 2001	26 mois
<i>BYerGZ</i> 99, 202 (216)	'pour le 1 ^{er} janvier 2001'	10 novembre 1998	1 ^{er} janvier 2001	25½ mois
<i>BYerGZ</i> 109, 64 (66)	'jusqu'au 31 décembre 2005'	18 novembre 2003	31 décembre 2005	25½ mois
<i>BYerGZ</i> 102, 68 (69)	'jusqu'au 31 mars 2002 au plus tard'	15 mars 2000	31 mars 2002	24½ mois
<i>BYerGZ</i> 101, 54 (105)	'jusqu'au 30 juin 2001'	14 juillet 1999	30 juin 2001	23½ mois
<i>BYerGZ</i> 98, 53 (54)	'jusqu'au 31 décembre 1996'	11 janvier 1995	31 décembre 1996	23½ mois
<i>BYerGZ</i> 107, 395 (418)	'jusqu'au 31 décembre 2004', avant le 1 ^{er} janvier 2006'	30 avril 2003	31 décembre 2004	20 mois
1 BvR 2315/95 (421)	'au plus tard pour l'exercice budgétaire 1988'	6 juillet 2004	31 décembre 2005	18 mois
<i>BYerGZ</i> 72, 330 (422)	'au plus tard pour l'exercice budgétaire 1988'	24 juin 1986	1 ^{er} janvier 1988	18 mois
<i>BYerGZ</i> 84, 239 (284-285)	'spätestens für das Haushaltsjahr 1988/1993 au plus tard'	27 juin 1991	1 ^{er} janvier 1993	18 mois

Injonction concernée	Formulation du délai	Date du prononcé de la décision	Date finale du délai (si elle est explicitement mentionnée)	Durée du délai
<i>BYerGZ</i> 98, 169 (215)	'jusqu'au 31 décembre 2000 au plus tard'	1 ^{er} juillet 1998	31 décembre 2000	18 mois
<i>BYerGZ</i> 98, 365 (402)	'jusqu'au 31 décembre 2000'	15 juillet 1998	31 décembre 2000	17½ mois
<i>BYerGZ</i> 102, 197 (198)	'jusqu'au 31 décembre 2001'	19 juillet 2000	31 décembre 2001	17½ mois
1 BvR 694/98 (381)	'jusqu'au 31 mars 2006'	9 novembre 2004	31 mars 2006	16½ mois
<i>BYerGZ</i> 103, 279 (381)	'jusqu'au 30 juin 2005'	3 mars 2004	30 juin 2005	16 mois
<i>BYerGZ</i> 94, 241 (206)	'jusqu'au 30 juin 1998'	12 mars 1988	30 juin 1998	15½ mois
<i>BYerGZ</i> 40, 276 (284)	'jusqu'au 1 ^{er} janvier 1977'	29 octobre 1975	1 ^{er} janvier 1977	14 mois
<i>BYerGZ</i> 99, 300 (304)	'jusqu'au 31 décembre 1999'	24 novembre 1998	31 décembre 1999	13 mois
<i>BYerGZ</i> 102, 127 (128)	'jusqu'au 30 juin 2001 au plus tard'	24 mai 2000	30 juin 2001	13 mois
<i>BYerGZ</i> 106, 83 (99-121)	'jusqu'au 30 avril 2004'	9 avril 2003	30 avril 2004	12½ mois
<i>BYerGZ</i> 107, 133 (134)	'jusqu'au 31 décembre 2003 au plus tard'	28 janvier 2003	31 décembre 2003	11 mois
<i>BYerGZ</i> 107, 150 (151-152)	'jusqu'au 31 décembre 2003'	29 janvier 2003	31 décembre 2003	11 mois
<i>BYerGZ</i> 103, 225 (226)	'jusqu'au 31 décembre 2001'	3 avril 2001	31 décembre 2001	9 mois
<i>BYerGZ</i> 110, 33 (78)	'jusqu'au 31 décembre 2004'	3 avril 2004	31 décembre 2004	9 mois

279. - À propos de ce tableau, trois observations peuvent être faites.

279.1 - La première est relative à la *durée moyenne* du délai qui est accordé au législateur. Aussi étonnant que cela puisse paraître, le Pouvoir législatif dispose en moyenne de *plus* de temps en Allemagne qu'en Belgique. En effet, si l'on se base sur les injonctions pour lesquelles le juge constitutionnel prévoit une date d'échéance *fixe*, le législateur allemand dispose en moyenne de 21 mois (422), alors que son homologue belge doit réagir dans un délai de 9 mois (423). En d'autres termes, les injonctions dans lesquelles le juge constitutionnel belge fait expressément mention d'une date d'échéance déterminée sont en moyenne *plus intenses* que celles

(422) 20,8 mois, pour être précis.

(423) 8,86 mois, pour être précis.

émises par le juge constitutionnel allemand. Cela peut surprendre, mais le constat ressort clairement de nos statistiques : le Parlement allemand dispose en moyenne de *trois fois plus* de temps que le législateur belge pour se conformer à une injonction de légiférer (424).

279.2 - La seconde observation a trait aux étendues *maximale* et *minimale* des délais qui sont accordés par le juge constitutionnel au législateur (et est des lors relative aux intensités minimale et maximale des injonctions).

Si en Allemagne, la longueur des délais varie entre 61 mois (425) et 9 mois (426), elle n'oscille qu'entre 17 (427) et 2 ½ mois (428) en Belgique. La différence de ces deux 'fourchettes' (61 ↔ 9 par rapport à 17 ↔ 2,5) est manifeste : les maximum et minimum *sont sensiblement plus bas* - et donc *plus intenses* - en Belgique; l'on doit en effet relever qu'un délai de trois mois, tel que le juge constitutionnel belge l'a récemment accordé (429), est singulièrement court si l'on tient compte de la complexité du processus législatif dans une démocratie moderne. (430)

279.3 - Quant à notre dernière observation, elle a trait à l'écart *absolu* entre le délai maximal et minimal dans chaque pays : si la différence entre le délai le plus long et le plus court est de 52 mois en Allemagne, elle n'est que de 14 mois en Belgique.

En termes *relatifs* cependant, on peut observer - parallélisme très frappant - que le ratio qui résulte de la division du délai le plus long par le délai le plus court est presque identique dans les deux

(424) Précisons cependant ici que ces valeurs moyennes assimilent toutes les injonctions émises par le juge constitutionnel au sein d'un même pays, sans opérer de distinction entre les différents législateurs au sein d'un même ordre juridique national. Il ne faut en effet pas oublier, comme nous l'avons expliqué plus haut (*supra*, première partie, n° 23-32), que tant l'Allemagne que la Belgique se caractérisent par une *pluralité de législateurs* et que les valeurs moyennes calculées sur base des statistiques qui précèdent sont, à l'intérieur de chaque ordre juridique national, susceptibles de varier en fonction du législateur concerné. Le nombre d'injonctions nationales ne nous a toutefois pas paru suffisamment grand pour nous indiquer ces valeurs moyennes individuelles.

(425) BVerfG, arrêt du 11 novembre 1999, BVerfGE 101, 158 (239).

(426) BVerfG, arrêt du 3 avril 2001, BVerfGE 103, 225 (226).

(427) CA, arrêt 132/2004 du 14 juillet 2004.

(428) CA, arrêt 49/2001 du 18 avril 2001.

(429) CA, arrêt 154/2004 du 22 septembre 2004, commenté *supra*, au n° 250.

(430) Le 'record absolu' dans la brève de l'un délai pour légiférer est toutefois détenu par le juge constitutionnel allemand : dans un arrêt du 15 novembre 1971, déjà mentionné (*supra*, n° 24), BVerfGE 32, 199 (218), il relève en effet qu'« il appartient au législateur d'immédiatement remplacer la réglementation actuelle. »

pays : il est de 6,78 en Allemagne (61 ÷ 9) et de 6,8 en Belgique (17 ÷ 2,5). Cette constatation est intéressante dans la mesure où elle autorise la conclusion que le juge constitutionnel belge procède, en termes relatifs, à une *aussi grande* différenciation des délais en fonction de la complexité de l'affaire que son homologue allemand. La seule différence tient en ce que la Cour d'arbitrage accorde au législateur un temps de réaction *proportionnellement plus court*; autrement dit, elle estime toute intervention législative peut se faire *plus vite*, et cela tant dans les affaires simples que dans celles qui ne le sont pas.

*
*

280. - C'est par ces considérations relatives à l'intensité des injonctions de légiférer que s'achève le premier titre de la troisième partie consacrée aux interférences obligatoires. Au cours de ce titre, nous avons tenté de décrire le 'régime ordinaire' des injonctions, c'est-à-dire l'articulation des énoncés obligatoires de production normative qui sont conformes à la formule H + O (C1, C2, C3, ... Cn) → NL (injonction déterminée) ou à l'expression H + O (C1, C2a v C2b, C3, ... Cn) → NL (injonction alternative). Mais à côté de ces injonctions *ordinaires*, il existe encore un grand nombre d'injonctions *atypiques* vers lesquelles il convient de se tourner maintenant (titre 2).

ANNEXE À LA SECTION I DU PRÉSENT CHAPITRE

Comme annoncé à la note 409, nous reproduisons ici, pour les six décisions du Conseil constitutionnel qui constituent des injonctions de légiférer, les *considérants précis* qui renferment l'obligation de production normative :

1. Décision 111 DC du 30 décembre 1979 (Rec., 40) :

« Considérant qu'à cette fin, et dans l'attente de l'entrée en vigueur de la loi de finances pour 1980, la loi soumise au Conseil constitutionnel autorise la perception des impôts, produits et revenus affectés à l'État (...) ainsi que celle des taxes parafiscales existantes;

Considérant que (...) cette loi (...) doit être considérée comme une loi de finances au sens de l'article 47 de la Constitution (...); qu'(...) elle constitue un élément détaché, préalable et temporaire de la loi de finances pour 1980. »

2. Décision 138 DC du 25 février 1982 (Rec., 44) :

« Considérant que, selon les députés auteurs de la saisine, la loi relative au statut particulier de la région de Corse, méconnaîtrait les dispositions de la

Constitution pour autant que l'entrée en vigueur de cette loi n'est pas subordonnée à l'intervention d'une loi organique et d'une loi ordinaire modifiant les règles électorales applicables au Sénat et permettant d'y assurer la représentation de cette collectivité territoriale;

Considérant que, si l'article 24 de la Constitution exige la modification de ces dispositions législatives, il n'impose pas qu'elle intervienne avant l'entrée en vigueur de la loi portant statut particulier de la région de Corse.

3. Décision 410 DC du 15 mars 1999 (considérant 17) :

«Considérant (...) que les modalités retenues par l'article 24 [de la loi soumise] pour favoriser l'emploi local respectent également l'habilitation donnée à la loi organique par l'article 77 de la Constitution; qu'il appartiendra aux «lois du pays» prises en application de l'article 24, et susceptibles d'être soumises au contrôle du Conseil constitutionnel, de fixer, pour chaque type d'activité professionnelle et chaque secteur d'activité, la durée suffisante de résidence mentionnée aux premier et deuxième alinéas de cet article en se fondant sur des critères objectifs et rationnels en relation directe avec la promotion de l'emploi local, sans imposer de restrictions autres que celles strictement nécessaires à la mise en œuvre de l'accord de Nouméa; qu'en tout état de cause, cette durée ne saurait excéder celle fixée par les dispositions combinées des articles 4 et 188 [de la loi soumise] pour acquiescer la citoyenneté de la Nouvelle-Calédonie» (431).

4. Décision 431 DC du 6 juillet 2000 (considérant 11) :

«Considérant que les dispositions combinées de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et des articles 3 et 24 de la Constitution imposent au législateur de modifier la répartition par département des sièges de sénateurs pour tenir compte des évolutions de la population des collectivités territoriales dont le Sénat assure la représentation; que ces dispositions n'exigeaient pas pour autant que cette prise en compte intervienne avant l'entrée en vigueur de la loi déferée.

5. Décision 447 du 18 juillet 2001 (considéranants 14-15) :

«Considérant que les requérants soutiennent que le Fonds de financement de l'allocation personnalisée d'autonomie n'a vocation à figurer ni en loi de finances, ni en loi de financement de la sécurité sociale; que le Parlement se trouverait ainsi privé du contrôle des contributions publiques qui lui revient en vertu de l'article 14 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (...);

Considérant que la participation des régimes obligatoires de base d'assurance vieillesse et la fraction du produit de la «contribution sociale généralisée», qui constituent des recettes du Fonds de financement de l'allocation personnalisée d'autonomie, sont définies par la loi déferée; qu'en adoptant celle-ci, le Parlement a constaté leur nécessité et y a consenti; que, conformément au premier alinéa de l'article 4 de l'ordonnance (...) du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances, il lui appartiendra d'autoriser chaque année leur perception dans la loi de finances; qu'en application des dispositions du

(431) Considérant analysé *supra*, n° 202 et 217.

dix-neuvième alinéa de l'article 34 de la Constitution, il lui appartiendra également d'en tirer les conséquences nécessaires dans les lois de financement de la sécurité sociale».

6. Décision 468 DC du 3 avril 2003 (considéranants 26-28) :

«Considérant que, compte tenu de leurs compétences, de leur place dans l'organisation décentralisée de la République et de leurs règles de composition et de fonctionnement, l'Assemblée de Corse et les conseils régionaux ne se trouvent pas dans une situation différente au regard de l'objectif inscrit au cinquième alinéa de l'article 3 de la Constitution; qu'aucune particularité locale, ni aucune raison d'intérêt général, ne justifie la différence de traitement en cause; qu'ainsi, celle-ci est contraire au principe d'égalité;

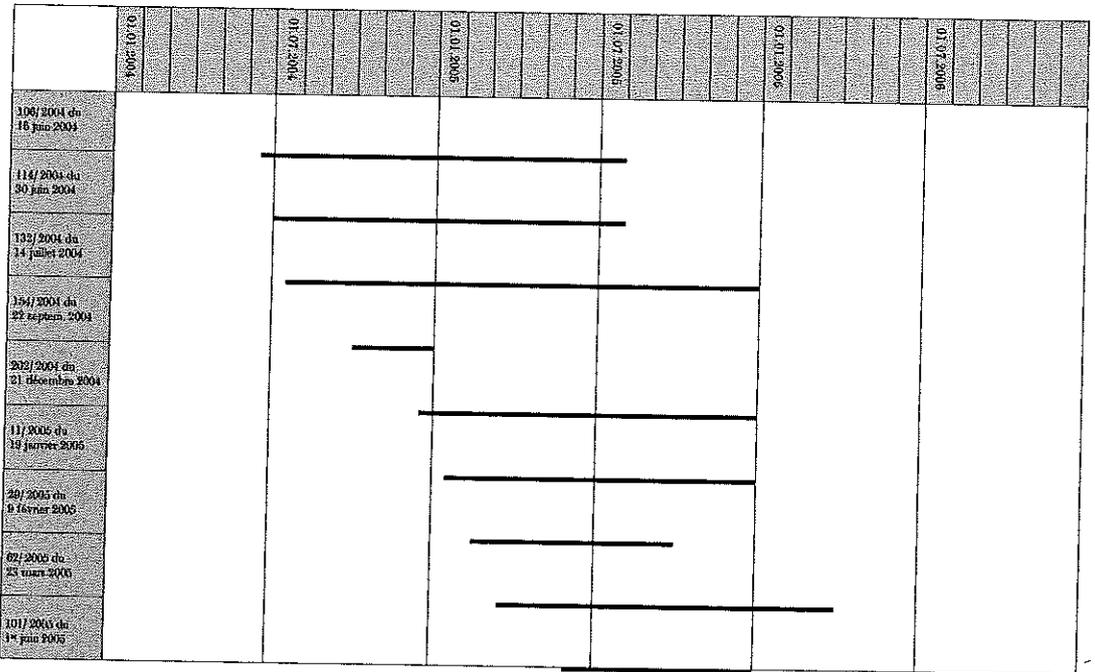
Considérant, toutefois, que le Conseil constitutionnel ne pourrait mettre fin à cette rupture d'égalité qu'en censurant les nouvelles dispositions de l'article L. 346 du code électoral; qu'une telle censure méconnaîtrait la volonté du constituant de voir la loi favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives;

Considérant, que, dans ces conditions, l'article 9 de la loi déferée ne peut être déclaré contraire à la Constitution; qu'il appartiendra à la prochaine loi relative à l'Assemblée de Corse de mettre fin à cette inégalité» (432).

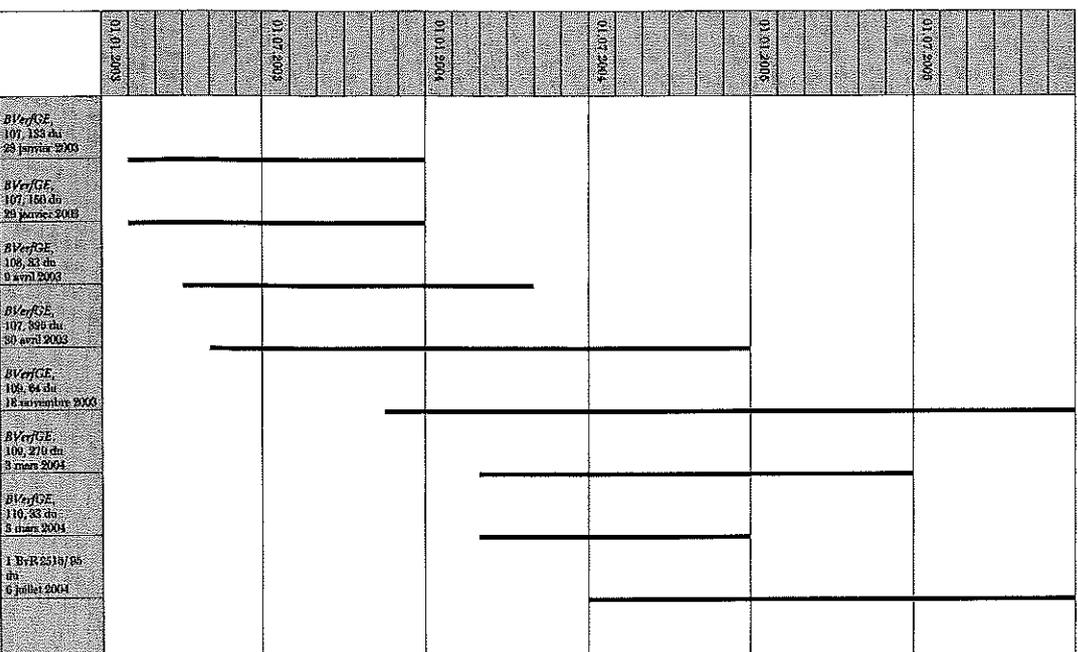
C'est chaque fois nous qui soulignons.

(432) Considérants déjà présentés *supra*, dans l'introduction générale, au n° 3.2.

ANNEXE 2 :
APERÇU GRAPHIQUE DES DÉLAIS RÉCENTS DONT LES DIFFÉRENTS LÉGISLATEURS
BELGES DISPOSENT POUR INTERVENIR SUIVE À UN ARRÊT DE LA COUR D'ARBITRAGE



ANNEXE 3 :
APERÇU GRAPHIQUE DES DÉLAIS RÉCENTS DONT LES DIFFÉRENTS LÉGISLATEURS
ALLEMANDS DISPOSENT POUR INTERVENIR SUIVE À UN JUGEMENT DE LA COUR
CONSTITUTIONNELLE FÉDÉRALE



TITRE II

MANIFESTATIONS ATYPIQUES DES INJONCTIONS

281. — Au cours du titre précédent, nous avons examiné la présence des injonctions *ordinaires*, conformes aux moules $H + O$ (C1, C2, C3, ... Cn) \rightarrow NL et $H + O$ (C1, C2a \vee C2b, C3, ... Cn) \rightarrow NL. Un examen approfondi de la jurisprudence constitutionnelle française, belge et allemande montre cependant qu'à côté de ces modèles, il existe encore d'autres interferences obligatoires qui s'écartent des formalisations classiques. C'est à ces *injonctions atypiques* que le présent titre est consacré.

282. — Comme nous l'avons déjà souligné (1), il n'est pas aisé de procéder à une présentation structurée des interferences non standardisées. Résistant à toute définition positive et ne pouvant être appréhendées que par la négative (« Est atypique toute interference qui n'est pas conforme aux formalisations classiques »), elles peuvent avoir un contenu quelconque (2). En raison de leur manque d'uniformité, toute catégorisation *qualitative* (3) des injonctions atypiques est donc compromise et seul un critère *quantitatif* permet de les classer.

Ce critère, élémentaire, sera le même que lors de la présentation des lignes directrices atypiques (4) : le nombre d'*occurrences observées* de chaque interference atypique. On peut ainsi répartir les injonctions atypiques en deux catégories, selon qu'elles — contiennent une caractéristique atypique qui est également présente dans d'autres injonctions (de sorte que l'on a affaire à plusieurs interferences non standardisées qui contiennent un même trait atypique),

(1) Voy. *supra*, n° 158.

(2) Pour autant seulement qu'elles constituent toujours une habilitation de production normative.

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

(4) Voy. *supra*, n° 159.

ou qu'elles

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

La première constellation sera appelée *technique* atypique et la seconde *énoncé* atypique (5). Comme cette distinction a déjà été employée plus haut, nous pouvons renvoyer à nos développements antérieurs (6), mais non sans rappeler qu'il s'agit d'une distinction 'par défaut' dont le seul objectif est de rendre la présentation plus claire. De ce point de vue, la division présente certains avantages : l'examen d'un *modus operandi commun*, présent dans *plusieurs* interférences atypiques, autorise des conclusions plus générales que l'étude d'un cas isolé qui constitue l'unique manifestation de l'interférence atypique donnée (7).

283. — Pour mécanique que soit notre distinction quantitative, elle nous permet dès lors 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), nos développements se focaliseront avant tout sur l'examen des premières, sans pour autant taire les seconds.

(5) Sur le choix de cette terminologie, voy. *supra*, n° 159, note 5.

(6) Voy. *supra*, n° 180.

(7) Soulignons que la classification d'une interférence atypique dans la seconde catégorie n'est pas *arbitraire* : un *énoncé* atypique accède au rang d'une *technique* atypique lorsque l'interférence non standardisée (et jusqu'alors unique) est reproduite ailleurs. On se trouve alors en présence de deux interférences atypiques qui fonctionnent selon un *modus operandi commun*.

CHAPITRE I

TECHNIQUES ATYPIQUES

284. — Les techniques atypiques se déclarent principalement sous *deux* formes différentes (8), les injonctions *combinatoires* et les injonctions *conditionnelles*. Ce sont ces manifestations que nous allons présenter au cours du présent chapitre.

Celui-ci comprend toutefois *trois* sections, et cela n'est pas dû à une erreur de comptage. Dans la troisième section, nous voudrions en effet évoquer — en quelque sorte 'en aparté' — une spécificité belge, à savoir les *déclarations d'inconstitutionnalité* que la Cour d'arbitrage émet sur question préjudicielle. Ces déclarations ne constituent pas nécessairement des interférences (seules certaines d'entre elles peuvent se réclamer de cette appellation), mais elles présentent toutes une *proximité* avec les injonctions atypiques et méritent à ce titre d'être mentionnées. Au cours de cette troisième section, il importera dès lors d'identifier, parmi le grand nombre de déclarations d'inconstitutionnalité que la Cour d'arbitrage a émises, celles qui constituent des véritables injonctions (atypiques) et d'exposer pourquoi les autres ne peuvent pas bénéficier du même statut.

285. — Le présent chapitre s'articule donc de la manière suivante : nous débiterons par une analyse des injonctions *conditionnelles* (section 1^{ère}), nous étudierons ensuite les injonctions *combinatoires* (section 2) et nous terminerons par une discussion des *constats d'inconstitutionnalité sur question préjudicielle* qu'émet la Cour d'arbitrage (section 3).

(8) Ceci ne veut pas dire que celles-ci constituent les *seules* techniques atypiques, mais elles sont sans doute les plus importantes.

SECTION I. — INJONCTIONS CONDITIONNELLES

286. — La première technique atypique dont nous voudrions parler est celle des injonctions *conditionnelles*. Elle comprend les habilitations obligatoires de production normative qui sont soumises à une condition dont la réalisation échappe à la maîtrise de leur destinataire.

Cette définition ne permet sans doute pas, dès ce stade, de pleinement saisir le *modus operandi* qui est commun à ces interférences, mais un certain nombre d'illustrations que nous allons maintenant examiner (nos 287-289) nous aidera à y voir plus clair.

287. — Le premier exemple d'une injonction conditionnelle peut être trouvé dans une décision que nous avons déjà commentée à deux reprises (9), à savoir la décision 410 DC relative à la Nouvelle-Calédonie (10). Comme le contenu de la loi soumise au Conseil constitutionnel a déjà été suffisamment présenté (11), nous pouvons directement entrer dans le vif du sujet.

287.1 — La révision de la Constitution française intervenue en été 1998 (12) traduit en termes contraignants les bases de l'Accord de Nouméa, arrangement que le gouvernement national a signé au printemps de la même année avec un certain nombre de représentants politiques de la Nouvelle-Calédonie (13). Ce document prévoit une série de règles assez complexes relatives à une éventuelle accession de l'île à l'Indépendance. Aux termes de l'Accord, une première consultation sur cette question aura lieu entre 2014 et 2019. En cas de réponse défavorable à l'Indépendance,

«le tiers des membres du Congrès [de la Nouvelle-Calédonie] pourra provoquer l'organisation d'une nouvelle consultation qui interviendra dans la deuxième année suivant la première consultation.» (14)

Si l'accession à l'Indépendance est également rejetée au cours de ce second scrutin,

(9) Voy. *supra*, nos 202 et 217.

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

(11) Voy. *supra*, nos 31, 38 et 202.

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

(13) Accord en date du 5 mai 1998, publié au *Journal officiel* du 27 mai. Observons en passant que l'article 76 de la Constitution contient expressément la date de parution de cet accord au *Journal officiel*, ce qui constitue un procédé assez singulier pour une disposition de rang constitutionnel.

(14) Point 5 de l'Accord.

«une troisième consultation pourra être organisée selon la même procédure et dans les mêmes délais.» (15)

Si celle-ci débouche encore sur un résultat négatif, l'Accord prévoit que ses signataires

«se réuniront pour examiner la situation ainsi créée.» (16)

287.2 — Il ne nous appartient pas de commenter l'opportunité de ce mécanisme que les uns estiment «seulement démocratique (...) en apparence» (17) et «manifestement déséquilibré en faveur des indépendantistes» (18) et que d'autres tiennent pour «l'exemple d'un processus d'évolution institutionnelle maîtrisée» (19) dont l'avantage consiste «à éviter un changement brutal de statut» (20). Ce qui retient seul notre attention, c'est que le titre IX de la loi organique soumise au Conseil constitutionnel (21) traduit en règles de droit positif les orientations définies dans l'Accord de Nouméa. C'est donc ce titre qui organise les modalités juridiques dans lesquelles la Nouvelle-Calédonie peut accéder à l'Indépendance (statut que la loi dénomme la «pleine souveraineté»). Sur un point, le législateur s'écarte toutefois des stipulations de l'Accord : au lieu de prévoir la réunion des parties signataires à l'issue de la troisième consultation infructueuse, il précise à l'article 217 de la loi organique que l'entrevue aura déjà lieu après le second scrutin.

La loi organique étant automatiquement soumise au contrôle du Conseil constitutionnel (22), cette contrariété à l'Accord de Nouméa — qui aurait pu avoir d'importantes conséquences futures (23) — est

(15) *Ibidem*.

(16) *Ibidem*.

(17) O. GOHIN, «L'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie», *AJDA*, 1999, 502.

(18) *Ibidem*. L'auteur estime par ailleurs que «le maintien [de la Nouvelle-Calédonie] dans la République française n'est pas sérieusement envisagé au terme de la période transitoire» (*Ibidem*).

(19) J.-Y. FABRON, «La nouvelle donne institutionnelle en Nouvelle-Calédonie», *RFDC*, 1999, 345.

(20) *Ibidem*, 349.

(21) Cette loi deviendra la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, JO, 21 mars.

(22) Le mécanisme de la saisine obligatoire des lois organiques est exposé *supra*, aux nos 401 et 42.

(23) En effet, lorsqu'une rencontre des parties signataires de l'Accord de Nouméa est prévue après la seconde consultation infructueuse (et non pas après la troisième), cette troisième consultation ne pourra, en toute logique, être organisée qu'après cette rencontre. Or, il se pourrait que cette entrevue n'ait jamais lieu, notamment en raison du refus d'une partie de se présenter, ce qui bloquerait la tenue d'un troisième scrutin. Ce risque de blocage est d'autant plus difficile à écarter que la disposition en question (l'article 217, alinéa 4, de la loi) aura seulement vocation à s'appliquer en 2020 environ, c'est-à-dire vingt ans après la vérification de la loi par le Conseil constitutionnel. Et est-il besoin de relever qu'en vingt ans, le climat politique, tant en métropole qu'en Nouvelle-Calédonie, peut sensiblement changer?

censurée par le Conseil constitutionnel au titre d'une violation de l'article 77 de la Constitution. Comme le note le professeur Joseph PINI, la Haute instance voit donc dans la transgression d'un document de nature politique une violation d'une règle de droit, en se fondant sur la circonstance que la Constitution fait expressément mention de l'Accord (24). Ayant de la sorte intégré l'Accord de Nouméa dans le bloc de constitutionnalité, le Conseil énonce dans sa décision du 15 mars 1999 :

« Considérant qu'il résulte clairement des stipulations (...) de l'accord de Nouméa qu'en premier lieu, en cas de réponse négative à la première consultation, une deuxième consultation doit être organisée au cours de la deuxième année suivant la première consultation, lorsque la demande en est faite par le tiers des membres du congrès [de la Nouvelle-Calédonie]; qu'en deuxième lieu, en cas de réponse négative à la deuxième consultation, une troisième consultation doit être organisée selon la même procédure et selon les mêmes délais; qu'enfin, la réunion du comité des signataires de l'accord de Nouméa pour examiner la situation née de réponses négatives ne peut intervenir qu'à l'issue de trois consultations successives;

Considérant qu'en prévoyant la réunion du comité des signataires, afin d'examiner la situation résultant de réponses négatives successives, non pas à l'issue d'une troisième consultation mais dès l'issue de la deuxième, le quatrième alinéa de l'article 217 [de la loi organique soumise au Conseil] a méconnu l'obligation que faisait au législateur organique l'article 77 de la Constitution de respecter les orientations définies par l'accord de Nouméa et de fixer les modalités nécessaires à sa mise en œuvre; qu'il y a lieu de déclarer le quatrième alinéa de l'article 217 non conforme à la Constitution » (25).

Sur base de cette déclaration d'inconstitutionnalité, le Conseil constitutionnel adresse ensuite une injonction de légiférer au Pouvoir législatif national :

Considérant (...) que le législateur organique a l'obligation constitutionnelle de prévoir une troisième consultation en cas de réponse négative aux deux précédentes » (26).

(24) Cette mention figure précisément à l'article 77. Voy. J. PINI, note sous CC, décision 410 DC du 15 mars 1999, *RFD*, 1999, 331. Dans le même sens, le professeur GONIN observe que « l'article 77 nouveau de la Constitution conduit à donner valeur constitutionnelle à l'accord de Nouméa », de sorte que la vérification (...) de la loi organique à la Constitution s'étend nécessairement à la vérification de la conformité de la loi organique aux orientations de l'accord de Nouméa en tant que celui-ci fait désormais partie du droit constitutionnel écrit, via l'article 77 nouveau de la Constitution ».

(25) O. GONIN, « L'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie », contribution précitée, 503-504; italiques dans le texte. Voy. aussi B. MARTEAU et M. VESPERAUX, note sous la décision précitée, *Les Petites Affiches*, 21 septembre 1999, 8-12.

(26) CC, décision 410 DC du 15 mars 1999, considérant 52. C'est nous qui soulignons.

287.3 - Après la décision du Conseil, la loi organique est promulguée *amputée* de la disposition déclarée inconstitutionnelle (27) et publiée au *Journal officiel* (28); le législateur organique ne donne donc pas directement suite à l'injonction qui lui est faite.

À l'heure actuelle, ce manque de réaction ne constitue toutefois pas encore une inconstitutionnalité, car l'hypothèse visée par l'injonction ne concerne qu'une constellation *éventuelle*, dont la survenance n'est pas certaine. En effet, l'injonction ne trouvera à s'appliquer que si la majorité des électeurs néo-calédoniens rejette à trois reprises l'Indépendance du territoire. Or, si la réponse est déjà favorable à l'Indépendance lors du premier scrutin (qui n'interviendra pas avant 2014 (29)), l'injonction cessera d'exister. La même remarque vaut pour une éventuelle réponse favorable lors du second tour, après rejet de cette solution lors du premier. Il apparaît donc que l'injonction n'aura de caractère obligatoire que si un événement déterminé se réalise; il s'agit d'une inférence *conditionnelle*.

Cette conditionnalité ne prive cependant pas l'inférence de son caractère obligatoire; il s'agit bien d'une injonction et non d'une ligne directrice. En effet, le législateur national n'a aucune influence sur la réalisation de l'événement qui conditionne l'effectivité de l'injonction; le résultat des consultations sur l'Indépendance ne dépend pas du Pouvoir législatif mais des citoyens de la Nouvelle-Calédonie. La différence avec les lignes directrices saute aux yeux: si l'agissait d'une ligne directrice, le législateur ne serait pas destinataire d'une obligation d'intervenir mais aurait seulement la possibilité de réagir (30).

(27) C'est-à-dire sans le quatrième alinéa de l'article 217.

(28) *JO*, 21 mars.

(29) Article 217, alinéa 1^{er}, de la loi organique.
 (30) À l'issue de cette illustration française, nous voudrions encore émettre une remarque qui concerne spécifiquement le considérant 53 de la décision 410 DC du Conseil constitutionnel (considérant que nous venons de citer). Nous avons relevé que le Conseil déclare l'inconstitutionnalité de la loi organique sur la Nouvelle-Calédonie, en tant que celle-ci prévoyait en son article 217, alinéa 4, que les parties signataires de l'Accord de Nouméa doivent se rencontrer à l'issue de la seconde consultation infirmative. Une partie de la doctrine semble alors considérer que cette seule invitation *suffit* pour faire en sorte que l'intervue des parties signataires ait lieu après le troisième scrutin. Nous ne pouvons adhérer à une telle position: l'insatisfaction de l'obligation de se rencontrer au bout de deux scrutins n'emporte pas la création d'une nouvelle obligation de se rencontrer à l'issue du troisième; pour cela, une nouvelle intervention du législateur est nécessaire. C'est d'ailleurs exactement la position du Conseil constitutionnel: « le législateur organique a l'obligation de prévoir... ». Or, le verbe « prévoir » signifie dans le langage juridique « édicter des normes »: si une disposition constitutionnelle stipule que « la loi prévoit », elle exige

288. — Le second exemple d'une injonction conditionnelle provient également de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Dans une décision de 1981, la Haute instance est saisie d'un problème en matière de subventions agricoles. Le gouvernement de l'époque, dirigé par le Premier ministre MATHROY, annonce que la Caisse nationale de Crédit agricole va prochainement verser une aide supplémentaire aux agriculteurs,

«en complément de l'action de l'État» (31).

Or, ces versements additionnels, élégamment dénommés 'contribution à l'amélioration du revenu agricole', soulèvent une importante question de droit budgétaire : ne faut-il pas voter une loi de finances pour procéder à leur distribution ? Pour l'opposition parlementaire, la cause est entendue : sans autorisation législative, aucune subvention ne peut être allouée. Le gouvernement soutient la thèse inverse : une intervention du législateur n'est point requise.

Quand, quelques semaines plus tard, le gouvernement fait voter à l'Assemblée une loi de finances rectificative pour l'exercice budgétaire en cours, l'opposition profite de l'occasion pour poser la question au Conseil constitutionnel : les députés soutiennent que la loi viole la Constitution en ce qu'elle *omet* d'autoriser le versement des subventions.

C'est à ce stade que l'injonction conditionnelle du juge constitutionnel intervient. Dans sa décision du 31 décembre 1981, le Conseil déclare la loi de finances *conforme* à la Constitution, mais précise que les aides complémentaires devront faire l'objet d'une loi de finances si la Caisse nationale de Crédit agricole les verse non pas *directement* aux agriculteurs mais les alloue *indirectement*, en les transférant à l'État en vue de leur *distribution par celui-ci*. Comme

que le législateur *édicte des normes* dans ce domaine. La thèse selon laquelle le considérant 53 de la décision 410 DC n'emporte aucune obligation pour le législateur d'intervenir doit donc être rejetée. Cette conclusion n'est pas altérée par le fait que l'Accord de Nouméa stipule *in fine* que 'une rencontre des parties signataires aura lieu après le troisième scrutin intermédiaire' comme le relève expressément le Conseil constitutionnel, il appartenant au législateur organique de prévoir cette rencontre, c'est-à-dire d'*édicter une norme* qui consacre ce point de l'Accord par une disposition législative organique. — Sur ce point, voy. aussi F. LUCRAIRE, *Le statut constitutionnel de la Nouvelle-Calédonie*, Paris, Economica, 2000, 9-10; l'auteur semble adhérer à notre thèse, puisqu'il note qu'il est difficile de concevoir que le silence de la loi organique en raison de la censure du 4^e alinéa de son article 217 ait pour effet de transformer l'Accord de Nouméa en une norme directement exécutoire (10). C'est exactement ce que nous pensons.

(31) CC, décision 135 DC du 31 décembre 1981, *Rec.*, 46.

souvent, l'énoncé du Conseil est d'apparence banale : les juges de la rue de Montpensier se bornent à relever que

«ce serait seulement si la Caisse nationale de crédit agricole, plutôt que de mener une action directe, préférait verser à l'État (...) sa contribution à l'amélioration du revenu agricole, qu'il y aurait lieu de faire transférer par le budget les fonds consacrés à son intervention (...)» (32)

Or, le style inoffensif de l'énoncé ne lui ôte pas son caractère *injunctif* : si les sommes sont allouées de manière indirecte, en passant de la Caisse nationale de Crédit agricole *via* l'État aux agriculteurs bénéficiaires, le législateur *doit* voter une loi de finances pour autoriser ces transferts. Nous avons donc bien affaire à une injonction conditionnelle (33).

289. — Nous voudrions encore mentionner une troisième illustration de ce type d'injonctions, également française. Dans une décision assez récente, rendue en été 2001 (34), le Conseil est appelé à apprécier la constitutionnalité d'une loi quelque peu particulière, à savoir de la loi organique relative aux lois de finances (35). Cette loi, qui fait comme son prédécesseur de 1959 (36) partie du *bloc de constitutionnalité* (37) (38), est une 'loi sur les lois' et a comme principal

(32) *Idem*, *Rec.*, 47. C'est nous qui soulignons.

(33) Précisons que le Pouvoir législatif n'a pas la maîtrise de la réalisation de cette condition : c'est le *gouvernement* qui décide de la gestion de la Caisse nationale de Crédit agricole.

(34) CC, décision 448 DC du 25 juillet 2001, *GD*, n° 52. Sur cette décision, voy. notamment J.-P. CAMBY, 'Le Conseil constitutionnel et la réforme de la procédure budgétaire', *Les Petites Affiches*, 10 octobre 2001, 5-18. F. LUCRAIRE, 'La loi organique relative aux lois de finances devant le conseil constitutionnel', *RDP*, 2001, 1455-1465, J. LAUZIE, 'La loi organique devant le Conseil constitutionnel : une conformité sous réserves', *Revue française de finances publiques*, 76 (2001), 167-180, et P. JAY, 'Le Conseil constitutionnel et la nouvelle loi organique du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances', *ADP*, 2002, 69-63.

(35) Loi organique n° 2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances, *JO*, 2 août. — Cette loi a fait l'objet d'un grand nombre de commentaires : voy. notamment J.-E. SCHOETTL, 'La nouvelle constitution financière de la France', *Les Petites Affiches*, 13 septembre 2001, 3-23, M. BOUYER, 'La loi organique du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances', *ADP*, 2001, 876-886, L. TALIKIAN, 'La loi organique du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances', *RFD*, 2001, 1205-1217, et le numéro spécial de la *Revue française de finances publiques*, n° 76, 2001.

(36) Ordonnance n° 59-2 du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances, *JO*, 2-3 janvier.

(37) En ce sens pour la loi de 2001, P. JAY, 'Le Conseil constitutionnel et la nouvelle loi organique du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances', *contribution précitée*, 60. En ce sens déjà pour l'ordonnance de 1959 : L. FAVOREU, *Droit constitutionnel*, 3^e édition, Dalloz, 2000, 156, E. ZOLLER, *Droit constitutionnel*, 2^e édition, Paris, PUF, 1999, 230, B. GENEVOIS, 'Normes de référence du contrôle de constitutionnalité et respect de la hiérarchie en leur sein', *L'État de Droit, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, 322-340, tel 324 et 328, et L. FAVOREU et L. PHILIP, *Le Conseil constitutionnel*, 6^e édition, Paris, Dalloz, 1995, 121; plus nuancé, mais toujours en ce sens, G. DRAGO, qui relève que l'ordonnance de 1959 'a été véritablement constitutionnalisées' par le Conseil constitutionnel (G. DRAGO, *Constitutionnalisme constitutionnel français*, Paris, PUF, 1998, 227), et P. AMSELK qui lui reconnaît une valeur quasi-

destinataire le *Parlement lui-même*. Lors de son contrôle de constitutionnalité, la Haute instance relève à propos de son article 17 que

« dans le cas où, en cours d'année, le montant des recettes constatées viendrait à dépasser [les] plafonds, il incomberait à une loi de finances rectificative de procéder aux ouvertures de crédits nécessaires (...) » (39)

Cette formulation est particulièrement univoque : si tel événement se produit, le législateur est *obligé* d'intervenir (40).

*
*

290. — Après avoir fait ressortir le *modus operandi* des injonctions conditionnelles (41), nous voudrions maintenant nous tourner vers la seconde technique atypique, les injonctions combinatoires.

SECTION 2. — INJONCTIONS COMBINATOIRES

291. — Les injonctions combinatoires (42) sont plus difficiles à définir que les injonctions conditionnelles, et il semble utile de présenter d'abord le *modus operandi* qui leur est commun avant d'élaborer leur définition (43).

292. — La *situation de base* dans laquelle une injonction combinatoire est susceptible de se déclarer est la suivante : supposons qu'une décision du juge constitutionnel annule une disposition législative pour cause d'inconstitutionnalité, sans toutefois faire état d'une obligation de réagir. En principe, une telle situation ne peut être considérée comme une injonction de légiférer.

constitutionnelle» (P. AMSELER, « Le budget de l'Etat et le Parlement sous la V^e République », *RDP*, 1998, 1444-1473, ici 1445).

(38) *Contra* : D. ROUSSEAU qui estime qu'aucune loi organique — même pas la loi organique relative aux lois de finances — ne peut faire partie du bloc de constitutionnalité (D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, 6^e édition, Paris, Montchrestien, 2001, 111-113).

(39) CC, décision 448 DC du 25 juillet 2001, considérant 47. C'est nous qui soulignons.

(40) chose qui n'a pas échappé à certains observateurs : ainsi, J. LAZZE relève que la décision prend ici un tour « restrictif » (J. LAZZE, « La loi organique devant le Conseil constitutionnel : une conformité sous réserve », *Constitution prétexte*, 174).

(41) D'autres illustrations d'injonctions conditionnelles pourraient encore être mentionnées : voy. par exemple CC, décisions 437 DC du 19 décembre 2000 (considérant 15), 448 DC du 19 juin 2001 (considérant 34), et 489 DC du 29 décembre 2003 (considérant 23). Sur la dernière décision, voy. aussi J. BONNET, « Les techniques juridictionnelles », *RF*, 2004, 281-285, ici 282.

(42) Vitis remerciements à Géraldine ROUSSEAU, référendaire à la Cour d'arbitrage de Belgique et assistante à l'Université de Liège, pour nous avoir suggéré cette appellation.

(43) La définition sera présentée *infra*, au n° 299.

À cela il existe toutefois une exception. Sur toute une série de points, la Constitution exige l'existence de *normes législatives particulières*. Ainsi, la Constitution prévoit la tenue périodique d'*élections parlementaires* (44) et le vote annuel d'un *budget* (45). Or, pour donner pleine application à ces normes, la production d'un certain nombre de règles législatives est *indispensable* : l'exigence constitutionnelle d'élections périodiques requiert l'existence d'une *légalisation électorale* (qui fixe notamment les limites des circonscriptions et l'âge minimal des électeurs) et le principe constitutionnel de l'annualité budgétaire oblige le législateur à voter chaque année une *loi de finances*.

Un problème particulier se pose dès lors lorsque les normes législatives qui mettent en œuvre ces règles constitutionnelles sont *invalidées* : la décision d'annulation compromet directement la réalisation de l'objectif constitutionnel ; autrement dit, le respect de la règle constitutionnelle n'est plus assuré. Pour ne prendre qu'un seul exemple, les dispositions de la Constitution belge qui exigent la tenue d'élections parlementaires tous les 4 ans (46) ne sont plus respectées si l'article 1^{er} du Code électoral est invalidé : sans déterminer l'âge minimal des électeurs (47), les listes électorales ne peuvent être établies et, partant, aucun scrutin ne peut avoir lieu (48).

(44) Voy. par exemple l'article 39, alinéa 1^{er}, de la Loi fondamentale allemande.

(45) Voy. par exemple l'article 174 de la Constitution belge.

(46) Articles 65, alinéa 2, et 70, alinéa 1^{er}, dernière phrase, de la Constitution.

(47) Age fixé par cette disposition à 18 ans révolus (article 1^{er}, paragraphe 1^{er} 2^o, du Code électoral). La Constitution requiert expressément une telle disposition, comme en témoigne le paragraphe 4 de son article 63 :

« La loi détermine (...) les conditions pour être électeur et le déroulement des opérations électorales ».

C'est nous qui soulignons.

(48) Observons en passant que la règle de la périodicité des scrutins a non seulement fait l'objet de textes constitutionnels explicites mais qu'elle résulte également de la jurisprudence du juge constitutionnel : ainsi, le *Bundesverfassungsgericht* relève que

« les élections législatives constituent l'acte déterminant pour la formation de la volonté dans l'État démocratique. Dans un système de démocratie représentative, pour lequel a opéré le Constituant, elles doivent être organisées de manière périodique ».

Dans la même veine, le Conseil constitutionnel français observe que

« le législateur (...) doit se conformer aux principes d'ordre constitutionnel, qui impliquent (...) que les élections soient appelées à exercer selon une périodicité raisonnable leur droit de suffrages ».

Quant à la Cour d'arbitrage belge, elle a également souligné que

« [L]e droit de vote est le droit politique fondamental de la démocratie représentative, sans toutefois mentionner le principe proprement dit de la périodicité des scrutins, inséré aux articles 65 et 70 de la Constitution. — Références de ces trois extraits : BVERFG, décision du 9 mars 1976, *BT/RTGE* 41, 399 (414) ; CC, décision 280 DC du 6 décembre 1990, considérant 8 ; et CA, arrêtés 25/2002 du 30 janvier 2002, considérant B.2.3., 73/2003 du 26 mai 2003, considérant

293. — Ces développements font apparaître un point essentiel : lorsque le juge constitutionnel invalide une loi qui est *indispensable à la réalisation d'un objectif constitutionnel*, le législateur est tenu de réagir. Ce qui est particulier à cette constellation, c'est que l'obligation de production normative n'a pas besoin d'être formulée dans la *décision du juge constitutionnel*; elle s'impose au législateur du fait même de l'invalidation de la norme législative. En d'autres termes, nous avons affaire à une *injonction sans énoncé injonctif*.

Cette constatation peut étonner : comment le législateur peut-il être destinataire d'une injonction de légiférer sans que la décision du juge constitutionnel n'en fasse état ? D'où vient l'obligation de produire des normes nouvelles, si elle ne résulte pas du *texte* de la décision ? C'est à cette question que la notion d'injonction combinatoire permet de répondre : l'obligation de légiférer résulte de la *coexistence de deux éléments*, à savoir de l'*invalidation* de la norme législative et de la présence de la *règle constitutionnelle* qui requiert l'existence de cette norme. Lorsque le juge constitutionnel invalide une disposition législative qui est indispensable à la réalisation d'un objectif constitutionnel, c'est donc la *combinaison de ces deux éléments* qui donne naissance à l'obligation de légiférer (49).

294. — Avant d'illustrer cette technique à l'aide de deux exemples, une remarque théorique doit encore être émise. Comme nous venons de le dire, la particularité des injonctions combinatoires tient en ce que la décision du juge constitutionnel ne contient aucune mention de l'obligation de légiférer; elle résulte de la simple *coexistence* de l'énoncé d'invalidation et de l'exigence constitutionnelle de production législative.

Cela ne veut cependant pas dire que l'invalidation d'une disposition législative 'constitutionnellement indispensable' donnerait *toujours* naissance à une injonction combinatoire : le juge constitutionnel peut tout aussi bien générer une injonction *ordinaire*, en consacrant le devoir de légiférer dans le texte de la décision. Dans cette hypothèse, nous nous trouvons en présence d'un véritable

B.4.2. et 79/2005 du 27 avril 2005, considérant B.3.1. C'est nous qui soulignons. Texte original de la décision allemande :

[«Die Parlamentswahlen stellen den für die Willensbildung im demokratischen Staat entscheidenden Akt dar. In der repräsentativen Demokratie, für die sich der Verfassungsgeber entschieden hat, müssen sie periodisch wiederkehrend stattfinden (...)»]
(49) D'où la dénomination 'injonctions combinatoires'.

énoncé injonctif et retombons dans le schéma classique des injonctions que nous avons précédemment examiné (50). Lorsqu'il invalide une disposition 'constitutionnellement indispensable', le juge constitutionnel dispose donc d'un *choix* entre l'injonction ordinaire et combinatoire, selon qu'il fait ou non mention de l'obligation de légiférer dans le texte de la décision.

*
*
*

Après ces considérations théoriques, nous voudrions illustrer la technique des injonctions combinatoires à l'aide de deux décisions (nos 295 et 297).

295. — Le premier exemple d'une injonction combinatoire provient d'une décision bien connue en France. À la veille de la fête de Noël de 1979, le Conseil constitutionnel est saisi de la *loi de finances* pour l'exercice suivant (celui de 1980). Sans rentrer dans les détails d'une décision qui a été magistralement commentée par le doyen Louis FAVOREU et le professeur Loïc PHILIP (51), on peut relever que le juge constitutionnel français procède — non sans audace (52) — à l'invalidation *totale* de la loi et laisse le gouvernement Barre sans base légale pour la perception des impôts à partir du 1^{er} janvier 1980. Le principe constitutionnel de l'*annuité budgétaire* (53) exige cependant qu'une loi de finances soit votée pour chaque année budgétaire, et la décision d'annulation fait en sorte que ce principe n'est plus respecté pour l'exercice 1980 (qui débute dans quelques jours). L'énoncé d'invalidation crée donc une *obligation de production*.

(50) Voy. titre 1^{er} de la présente partie.

(51) Observations sous *GD*, n° 28.

(52) Le doyen FAVOREU et le professeur PHILIP relevant en effet que la décision du Conseil constitutionnel

«a provoqué une certaine stupefaction dans les milieux politiques comme dans les milieux juridiques. (...) Même (...) les requérants eux-mêmes ne s'attendaient pas à une décision d'annulation»

(Observations sous *GD*, n° 28, paragraphe 8).

(53) Ce principe est expressément reconnu par le Conseil constitutionnel même si celui-ci n'indique pas la disposition constitutionnelle qui en constitue la base (voy. p. ex. CC, décision 406 DC du 29 décembre 1988, considérants 2-3; voy. aussi D. ROUSSEAU, *Droit des contentieux constitutionnels*, 6^e édition, ouvrage précité, 306). Nous pensons que ce principe résulte d'une lecture conjointe des articles 47, alinéa 4, de la Constitution et 4 de l'ordonnance n° 59-2 du 2 janvier 1959, qui, comme nous l'avons dit plus haut (*supra*, n° 289), fait partie du bloc de constitutionnalité. — Pour la période postérieure au 1^{er} janvier 2005 (qui n'est toutefois pas en cause dans la présente décision), il convient de consulter les articles 1^{er} et 34 de la loi organique n° 2001-692 du 1^{er} août 2001, qui remplace l'ordonnance de 1959.

tion normative dès lors qu'il doit être combiné avec l'exigence constitutionnelle de l'annualité budgétaire (54).

La Haute instance semble avoir parfaitement compris la conséquence normative de sa décision de non-conformité totale, puisqu'elle fait l'économie de tout discours injonctif :

« Considérant (...) que la loi de finances pour 1980 n'a pas été adoptée conformément aux dispositions de l'ordonnance du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances, prévue par l'article 47 de la Constitution,

Décide :

ARTICLE PREMIER. — La loi de finances pour 1980 est déclarée non conforme à la Constitution.

ARTICLE 2. — La présente décision sera publiée au *Journal officiel* de la République française. » (55)

296. — Ne constitue en revanche pas une injonction combinatoire mais une simple injonction *ordinaire*, la seconde décision relative au budget de 1980, rendue six jours après la première (56). Quand en effet le Conseil constitutionnel est chargé d'apprécier si la loi habituellement adoptée en réaction à la première décision (57) est conforme à la Constitution, il *fait état* d'un devoir de légiférer, en soulignant que cette loi pourra seulement s'appliquer

« dans l'attente de l'entrée en vigueur de la loi de finances pour 1980 » (58).

Cette *mention expresse* du devoir de légiférer confère à l'injonction un caractère *ordinaire*, raison pour laquelle nous l'avons intégrée dans la liste des injonctions ordinaires présentée plus haut (59).

297. — Nous voudrions encore mentionner un second exemple d'une injonction combinatoire, également tiré du domaine budgétaire. En 1985, sous le gouvernement FABRUS, le Conseil constitutionnel est saisi de la *loi de règlement* pour l'exercice budgétaire 1983. Comme elle l'avait déjà fait dans la décision 110 DC, la Haute

instance invalide complètement la loi, sans faire la moindre allusion à une obligation de légiférer :

« Considérant que (...) le projet de loi portant règlement définitif du budget de 1983 (...) ne pouvait être soumis, comme il l'a été, à une commission mixte paritaire alors qu'il n'y avait pas eu de déclaration d'urgence par le Gouvernement; que, dès lors, la loi déferée au Conseil constitutionnel doit (...) être déclarée non conforme à la Constitution;

Décide :

ARTICLE PREMIER. — La loi portant règlement définitif du budget de 1983 est déclarée non conforme à la Constitution.

ARTICLE 2. — La présente décision sera publiée au *Journal officiel* de la République française. » (60)

Or, dès lors que le vote d'une loi de règlement est *constitutionnellement exigé* pour chaque exercice budgétaire (61), un *devoir de production normative* résulte de la *combinaison* de l'énoncé d'invalidation et de la présence d'une règle de rang constitutionnel qui requiert l'existence d'une telle norme. Même sans énoncé injonctif, il y a injonction.

298. — Il ne nous a malheureusement pas été possible d'identifier encore d'autres applications de la technique des injonctions combinatoires. La grande rareté de ce type d'interférences ne nous empêche cependant pas de formuler la règle suivante, valable pour tous les pays de notre aire de recherche :

Lorsque le juge constitutionnel invalide une *loi électorale*, une *loi budgétaire* ou encore — spécificité française — une *loi de financement de la sécurité sociale* (62), *il oblige le législateur à intervenir à nouveau, sans même qu'il soit besoin de faire mention de cette obligation dans le texte de la décision* (63). Il en va de même en Belgique dans le cas supplémentaire (mais jusqu'à présent purement hypothétique) de l'invalidation d'une *loi de contingent*, légis-

(54) En ce sens aussi L. FAVOREU et L. PHILIP qui écrivent qu'une nouvelle intervention du législateur est indispensable pour disposer d'une autorisation de recouvrer les impôts pour l'exercice à venir » (GD, n° 28, paragr. 15); voy. aussi G. DRAGO, *thèse précitée*, 105.

(55) CC, décision 110 DC du 24 décembre 1979 (GD, n° 28, *Vote du budget*), *Rec.*, 38. Sur cette décision, voy. aussi J. VALLS, *La contrôle des normes législatives financières par les Cours constitutionnelles espagnole et française*, thèse (Toulouse, 2001), Paris, LGDJ, 2002, 32-33.

(56) CC, décision 111 DC du 30 décembre 1979 (GD, n° 28, *Vote du budget*).

(57) Loi n° 79-1159 autorisant le Gouvernement à percevoir en 1980 les impôts et taxes existants, promulguée le jour même de la décision 111 DC et publiée au JO le lendemain.

(58) CC, décision 111 DC du 30 décembre 1979 (GD, n° 28, *Vote du budget*), *Rec.*, 40. C'est aussi nous qui soulignons. Sur cette décision, voy. aussi J. VALLS, *thèse précitée*, 33.

(59) *Supra*, n° 275.

(60) CC, décision 190 DC du 24 juillet 1985, *Rec.*, 55. Sur cette décision, voy. aussi G. DRAGO, *thèse précitée*, 100-101, et J. VALLS, *thèse précitée*, 34.

(61) Voy. les articles 2 et 35-36 de l'ordonnance organique du 2 janvier 1959; des règles analogues figurent aux articles 1^{er} et 46 de la loi organique de 2001.

(62) Article 47-1 de la Constitution, inséré par la loi constitutionnelle n° 96-133 du 22 février 1996, JO, 23 février, et loi organique n° 96-640 du 22 juillet 1996 relative aux lois de financement de la sécurité sociale, JO, 22-23 juillet.

(63) Il n'en va autrement que si une norme antérieure peut valablement être appliquée, mais cette possibilité est par hypothèse exclue en matière budgétaire (puisque les lois ne sont valables que pour un exercice bien spécifié), et elle est également assez rare en matière électorale, comme le démontre la décision de la Cour constitutionnelle allemande du 22 mai 1963 (*précitée*, n° 236.1).

lation qui doit également être annuellement votée par le Parlement (64).

299. — Sur base des développements qui précèdent, et conformément à ce que nous avons annoncé plus haut (65), nous voudrions, au terme de la présente section, tenter une *définition* des injonctions combinatoires. Celles-ci nous semblent pouvoir être décrites comme les habilitations obligatoires de production normative qui naissent de la *combinaison* d'un *énoncé d'invalidation* d'une *norme législative* et d'une *régle de rang constitutionnel* qui *précède l'existence d'une telle norme*, étant entendu que le juge constitutionnel *ne fait pas mention*, dans la décision qui procède à cette invalidation, de l'obligation pour le législateur d'intervenir à nouveau.

* * *

300. — Après avoir présenté le mode de fonctionnement des injonctions conditionnelles et combinatoires (66), nous voudrions maintenant aborder un point assez différent, à savoir les *constats d'inconstitutionnalité* qui sont effectués par le juge constitutionnel belge dans le cadre de la procédure préjudicielle (67). Il semble opportun de rappeler que ces constats ne constituent pas nécessairement des interférences et que seuls *certain*s d'entre eux peuvent être considérés comme des injonctions (atypiques) de légiférer.

(64) Conformément à l'article 183 de la Constitution, le contingent de l'armée doit en effet être annuellement établi par une loi. Jusqu'à présent, le juge constitutionnel belge n'a jamais été saisi d'une telle loi et n'a donc, par hypothèse, pu l'invalider. — Pour une illustration d'une loi de contingent, voy. par exemple la loi du 9 janvier 2005 fixant le contingent de l'armée pour l'année 2005, *Monsieur belge*, 7 février 2005, erratum, *Monsieur belge*, 14 février, 2^e édition.

(65) Ne constitue pas une injonction combinatoire — ni d'ailleurs aucune autre forme d'intervention — l'arrêt de la Cour d'arbitrage du 14 juillet 1990 (36/90) qui invalide l'article 21, paragraphe 1^{er}, de la loi du 23 mars 1989 relative à l'élection du Parlement européen. Il est certes exact que cet article 21 est essentiel pour donner satisfaction à l'article 117, alinéa 2, de la Constitution belge qui consacre la tenue périodique d'élections européennes. Mais la particularité de la loi du 23 mars 1989 tient en ce qu'elle est, aux termes de son article 45, une *loi de circonstance*, applicable à un *seul scrutin* (à savoir celui du 18 juin 1989). L'invalidation de l'article 21 de la loi ne change donc rien au fait que le législateur est de *faute* manqué *obligé d'intervenir à nouveau*, et cela en raison de son *propre choix* *normal*. Dans ces circonstances, la décision d'invalidation du juge constitutionnel ne peut être considérée comme une injonction de légiférer, dotée d'une normativité propre.

(67) Pour un exposé général de cette procédure, voy. *supra*, nos 45-47 et 63.2.

SECTION 3. — LES DÉCLARATIONS
D'INCONSTITUTIONNALITÉ SUR QUESTION
PRÉJUDICIELLE : DISCUSSION

301. — Lorsque le juge constitutionnel belge est saisi par une autre juridiction du Royaume de la question de savoir si une norme législative est conforme aux règles dont il a la garde, il peut soit conclure à la *conformité* de la norme (le cas échéant sous réserves (68)), soit en constater la *contrariété* à la Constitution. C'est cette dernière variante qui nous intéresse ici.

302. — Les constats d'inconstitutionnalité qu'émet la Cour d'arbitrage peuvent faire l'objet d'une *typologie*. Celle-ci nous permettra de constater qu'un grand nombre de déclarations d'inconstitutionnalité ne génèrent en réalité *aucune* obligation de production normative à charge du législateur et ne peuvent dès lors être considérées comme des injonctions (atypiques) de légiférer. En éliminant ces déclarations, nous allons progressivement nous rapprocher du cœur du problème, à savoir des décisions qui *feraient* au contraire naître une telle obligation et mériteraient cette appellation (nos 304-313).

302.1 — La première catégorie des décisions qui ne peuvent être retenues au titre des injonctions de légiférer est constituée par les arrêts dans lesquels le juge constitutionnel belge déclare une norme législative contraire à une autre règle de rang *législatif* mais n'en établit pas la *contrariété* à la *Constitution*. Nos recherches étant limitées au contrôle de la *constitutionnalité* des normes législatives, ces déclarations de simple *illégalité* ne peuvent être prises en considération (69).

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

(69) Rappelons que les normes de référence de la Cour d'arbitrage sont *tant* de rang constitutionnel *que législatif*, de sorte qu'il peut arriver qu'une règle législative soit contraire à une autre règle législative : voy. les arrêts 38 du 30 juin 1987, 39 du 15 octobre 1987, 50 du 17 mars 1988, 7/90 du 25 janvier 1990, 5/91 du 26 mars 1991, 6/92 du 5 février 1992, 48/93 du 17 juin 1993, 29/96 du 15 mai 1996, 9/97 du 5 mars 1997, 73/97 du 25 novembre 1997 (2^e point du dispositif), 3/99 du 20 janvier 1999, 65/2001 du 17 mai 2001 (2^e point du dispositif), 128/2001 du 18 octobre 2001 (cette liste étant basée sur un dépouillement systématique de la jurisprudence de

302.2 – Dans un second temps, il convient de faire abstraction des décisions 'à double dispositif' (70), qui constituent une originalité belge (71). Soucieuse des prérogatives des juridictions de renvoi, la Cour d'arbitrage a en effet élaboré une structure de dispositif qui lui permet de déclarer la norme en cause conforme aux normes de référence dans une interprétation, tout en la déclarant contraire dans une autre (72). Pour original que ce procédé puisse être, il importe, pour les fins de nos recherches, de relever que la Cour établit expressément la conformité de la disposition contrôlée. Ce constat de constitutionnalité ne vaut certes que pour une interprétation donnée, mais son existence, en tant que partie intégrante du dispositif, nous conduit à penser que les décisions de ce type ne peuvent être considérées comme des injonctions de légiférer (73).

La Cour depuis le 5 avril 1985 (arrêt 1) jusqu'au 1^{er} juillet 2005 (arrêt 118/2005 inclus). Sur les normes législatives de référence de la Cour d'arbitrage, voy. aussi *supra*, n° 52.

(70) Le professeur Marc Verduyssen préfère l'expression 'arrêtés bipolaires' (M. Verduyssen, *Les douze juges, La légitimité de la Cour constitutionnelle*, Bruxelles, Labor, 2004, 73). En réalité, on parle simplement de 's'impjansarresten' (arrêtés à tirets).

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

(72) L'objectif de cette technique est avant tout de ne pas empêcher sur la compétence des juridictions de renvoi de déterminer elles-mêmes – sans être au point soumis à un contrôle de la Cour d'arbitrage – l'interprétation de la norme qui fait l'objet de la question. On signale cependant que dans un arrêt récent, la Cour d'arbitrage semble s'être brusquement écartée de cette position de principe, en jugeant qu'

'étant donné que la Constitution ne permet pas que la disposition litigieuse soit interprétée comme il est indiqué dans la question préjudicielle, celle-ci est sans objet et n'appelle pas de réponse' (CA, arrêt 166/2004 du 28 octobre 2004, considérant B.7.; c'est nous qui soulignons.)

Sans qu'il soit ici besoin d'approfondir le débat, l'on voudra simplement signaler que la question de savoir de quelles compétences la Cour d'arbitrage dispose dans l'interprétation des normes soumises à son contrôle fait depuis longtemps l'objet d'une importante controverse en doctrine. Sur ce point, voy. avant tout P. VANDERNOOR, 'La Cour d'arbitrage et l'interprétation des normes soumises à son contrôle', in: *Présence du droit public et des droits de l'homme, Mélanges offerts à Jacques Vela*, tome 1^{er}, Bruxelles, Bruylant, 1993, 357-384, et 'Le mécanisme préjudiciel devant la Cour d'arbitrage: forces et faiblesses', *Revue de Droit Public* 25 (2002), 1-106, spécialement 92-102, ainsi que M. Merckx, 'De quelques aspects des questions préjudicielles à la Cour d'arbitrage', alloué en tant que tel le 28 octobre 1994 à l'occasion de la célébration du dixième anniversaire de la Cour d'arbitrage, *RBDG*, 1995, 61-69, et en version néerlandaise *RW*, 1994-1995, 1180-1183. L'on consultera par ailleurs J. van COMPERNOLLE, 'La Cour d'arbitrage et le juge judiciaire', in: *Regards croisés sur la Cour d'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 1995, 191-203. B. LOMBAERT, 'Les techniques d'arrêt de la Cour d'arbitrage', *RBDG*, 1996, 317-355, M. VERDUYSSSEN, 'Les droits et les limites du renvoi préjudiciel à la Cour d'arbitrage', in: *La science du juge constitutionnel, Aspects de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1998, 173-195, J. van COMPERNOLLE et M. VERDUYSSSEN, 'La guerre des juges a-t-elle lieu? À propos de l'autorité anti-préjudicielle de la Cour d'arbitrage', *VP*, 2000, 297-304, ainsi que Chr. HORSVOERS et P. BOCCOERY, *Les questions préjudicielles à la Cour d'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2001, spécialement 26-30. On signalera enfin que la contribution de VANDERNOOR de 1992 contient à la note 371 un relevé bibliographique plus étendu.

(73) Il convient dès lors d'exclure les décisions suivantes: CA, arrêts 64/93 du 15 juillet 1993, 44/95 du 6 juin 1995, 75/95 du 9 novembre 1995, 32/96 du 15 mai 1996, 47/96 du 12 juillet 1996, 3/97 du 16 janvier 1997, 24/97 du 30 avril 1997, 29/97 du 21 mai 1997, 67/97 du 6 novembre 1997, 40/98 du 1^{er} avril 1998, 60/98 du 27 mai 1998, 67/98 du 10 juin 1998, 78/98 du 7 juillet

302.3 – Il échet dans un troisième temps d'écarter les arrêts dans lesquels le juge constitutionnel déclare une disposition contraire à la Constitution mais fait expressément observer que ce constat d'inconstitutionnalité ne vaut que pour la règle telle qu'elle est interprétée par la juridiction de renvoi (74). En se prononçant sur cette lecture particulière de la disposition, le juge constitutionnel n'exclut pas que d'autres interprétations du même texte – sans doute conformes à la Constitution – demeurent possibles. C'est ainsi que la Cour d'arbitrage a pu constater l'inconstitutionnalité d'une disposition législative, en précisant que cette dernière

'est susceptible de plusieurs interprétations' (75).

Le constat qu'une norme législative est contraire à la Constitution dans une interprétation donnée n'établit donc pas que la disposition est inconciliable avec la Constitution en toute hypothèse :

1995, 108/95 du 21 octobre 1995, 119/95 du 18 novembre 1995, 22/99 du 24 février 1999, 32/99 du 17 mars 1999, 68/99 du 26 mai 1999, 89/99 du 15 juillet 1999, 101/99 du 29 septembre 1999, 105/99 du 6 octobre 1999, 117/99 du 10 novembre 1999, 128/99 du 7 décembre 1999 (2^e et 3^e point du dispositif), 267/2000 du 1^{er} mars 2000, 35/2000 du 29 mars 2000, 38/2000 du 29 mars 2000, 40/2000 du 6 avril 2000 (3^e point du dispositif), 57/2000 du 17 mai 2000, 77/2000 du 21 juin 2000, 92/2000 du 13 juillet 2000, 31/2001 du 1^{er} mars 2001, 35/2001 du 13 mars 2001, 53/2001 du 18 avril 2001, 64/2001 du 8 mai 2001, 86/2001 du 21 juin 2001, 34/2002 du 13 février 2002, 40/2002 du 20 février 2002, 43/2002 du 20 février 2002, 58/2002 du 28 mars 2002, 79/2002 du 8 mai 2002, 82/2002 du 8 mai 2002, 118/2002 du 3 juillet 2002, 143/2002 du 15 octobre 2002, 149/2002 du 15 octobre 2002, 154/2002 du 6 novembre 2002, 176/2002 du 5 décembre 2002, 18/2003 du 30 janvier 2003, 38/2003 du 3 avril 2003, 41/2003 du 9 avril 2003, 81/2003 du 11 juin 2003 (2^e et 3^e point du dispositif), 104/2003 du 22 juillet 2003, 170/2003 du 17 décembre 2003, 17/2004 du 29 janvier 2004, 27/2004 du 11 février 2004, 34/2004 du 10 mars 2004, 54/2004 du 24 mars 2004, 64/2004 du 28 avril 2004, 95/2004 du 26 mai 2004, 102/2004 du 9 juin 2004, 124/2004 du 7 juillet 2004, 134/2004 du 22 juillet 2004, 140/2004 du 22 juillet 2004, 191/2004 du 24 novembre 2004, 207/2004 du 21 décembre 2004 (1^{er} point du dispositif), 15/2005 du 19 janvier 2005, 35/2005 du 18 février 2005, 37/2005 du 16 février 2005, 54/2005 du 8 mars 2005, 58/2005 du 16 mars 2005, 67/2005 du 13 avril 2005, 104/2005 du 1^{er} juin 2005 et 108/2005 du 22 juin 2005. Cette liste est basée sur un dépeillement systématique de la jurisprudence de la Cour depuis le 5 avril 1985 (arrêt 1) jusqu'au 1^{er} juillet 2005 (arrêt 118/2005 inclus).

(74) CA, arrêts 65/93 du 15 juillet 1993 (considérant B.2.2. et dispositif), 86/93 du 16 décembre 1993 (considérant B.2. et dispositif), 7/94 du 20 janvier 1994 (considérant B.2.2. et dispositif), 33/94 du 26 avril 1994 (B.6.1., B.6.2., alinéa 1^{er}, et 1^{er} point du dispositif), 79/94 du 18 octobre 1994 (B.3., B.3. et dispositif), 60/96 du 13 novembre 1996 (considérant B.8.2. et dispositif), 70/97 du 18 novembre 1997 (considérant B.8. et dispositif), 50/99 du 20 mai 1998 (considéranants B.3.1., B.3.4., et dispositif), 104/98 du 21 octobre 1998 (considérant B.3. et dispositif), 35/99 du 17 mars 1999 (considérant B.1.3., alinéa 2, et dispositif), 48/2001 du 18 avril 2001 (considérant B.1. et dispositif), 113/2001 du 20 septembre 2001 (considéranants B.1.2., B.4. et dispositif), 54/2002 du 13 mars 2002 (considéranants B.3.3., alinéa 2, B.4.1. et dispositif), 124/2003 du 24 septembre 2003 (considérant B.2. et dispositif), 25/2004 du 11 février 2004 (considéranants B.1.1., B.1.2. et dispositif) et 77/2005 du 27 avril 2005 (considérant B.3. et dispositif). Cette liste est basée sur un dépeillement systématique de la jurisprudence de la Cour depuis le 5 avril 1985 (arrêt 1) jusqu'au 1^{er} juillet 2005 (arrêt 118/2005 inclus).

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

elle peut être contraire à la Constitution dans l'interprétation fournie par la juridiction de renvoi tout en étant conforme dans une autre (76). Il semble des lors excessif d'affirmer que nous avons affaire à une injonction de légiférer : l'inconstitutionnalité de la règle n'est pas établie d'une manière générale, mais concerne seulement une interprétation particulière (« l'article x viole la Constitution lorsqu'il est interprété comme signifiant... »).

302.4 – Il importe quatrièmement de faire abstraction de l'hypothèse où le juge constitutionnel belge constate l'inconstitutionnalité d'une norme mais relève que la disposition n'est sans doute pas applicable au litige du fond (77) : il paraît déraisonnable de conclure à une injonction de légiférer lorsque l'applicabilité même de la norme litigieuse n'est pas établie (78).

302.5 – Enfin, il convient d'exclure les arrêts dits 'de réponse immédiate' (rendus en application de l'article 72 de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage) qui se fondent expressément sur un arrêt que nous avons déjà écarté au cours des quatre stades précédents : si la décision originale a déjà été exclue de nos recherches, il doit en aller de même pour tout arrêt subsequent qui n'en constitue qu'une simple reproduction (79).

*
*
*

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

(76) Voy. notamment CA, arrêt 54/2002 du 13 mars 2002, considérant B.3.3., alinéa 2.

(77) Pour l'heure, ce cas de figure ne semble avoir reçu qu'une seule application, à savoir l'arrêt 110/2002 du 26 juin 2002 (considérends B.1.1., B.1.4. et dispositif); dépourvu de la marque de la jurisprudence de la Cour depuis le 5 avril 1985 (arrêt 1) jusqu'au 1^{er} juillet 2005 (arrêt 118/2005 inclus).

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

(79) C'est ainsi que doivent être écartés les arrêts 47/99 du 20 avril 1999 et 15/2000 du 2 février 2000, qui répètent les constatations d'inconstitutionnalité effectuées dans les arrêts 65/93 du 15 juillet 1993 et 66/96 du 13 novembre 1996. Or, ces deux arrêts ont déjà été éliminés supra à la note 74.

303.1 – La première d'entre elles vise un scénario qui est, à notre connaissance, apparu pour la première fois en 1992 (80) et qui peut à première vue surprendre : le juge constitutionnel belge déclare contraire à la Constitution une norme législative qui, au jour du prononcé de l'arrêt, a déjà été abrogée ou modifiée. À ce jour, 43 décisions de ce type peuvent être relevées (81).

Comment une telle constellation peut-elle se produire ? Un certain nombre d'éléments matériels, tels que la longueur de l'instruction de l'affaire, l'arrière judiciaire ou l'exercice de voies de recours, peuvent considérablement retarder le jugement d'un litige devant les juridictions du fond. Ces éléments peuvent faire en sorte que le droit applicable au litige devant le juge *a quo* (82) ne soit plus en

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

(81) Voy. les arrêts (1) 36/92 du 7 mai 1992 (considérends B.1. et B.2., *in fine*, et dispositif), (2) 45/94 du 1^{er} juin 1994 (considérant B.2. et dispositif), (3) 36/95 du 21 mars 1995 (considérant B.1. et dispositif), la loi sur laquelle porte la question préjudicielle n'est plus applicable depuis le 6 mai 1991), (4) 84/98 du 15 juillet 1998 (considérends B.2. et B.3. et dispositif), la loi nouvelle entre en l'occurrence en vigueur le 1^{er} juillet 1998, soit quinze jours avant le prononcé de l'arrêt), (5) 46/99 du 29 avril 1999 (considérant B.1. et dispositif), (6) 81/99 du 30 juin 1999 (considérant B.2. et dispositif), (7) 106/99 du 6 octobre 1999 (considérant 2 et dispositif), (8) 126/2000 du 6 décembre 2000 (considérends B.3.1.-B.3.2. et dispositif), (9) 120/2001 du 10 octobre 2001 (considérant B.1. et dispositif), (10) 161/2001 du 19 décembre 2001 (considérant B.13. et dispositif), (11) 3/2002 du 9 janvier 2002 (dispositif), (12) 102/2002 du 19 juin 2002 (considérant B.3. et dispositif), (13) 130/2002 du 18 septembre 2002 (considérant B.1. et dispositif), (14) 153/2002 du 15 octobre 2002 (considérends B.1., B.3. et dispositif), (15) 186/2002 du 19 décembre 2002 (considérant B.1. et dispositif), (16) 10/2003 du 22 janvier 2003 (considérant B.7.2. et dispositif), (17) 11/2003 du 22 janvier 2003 (considérant B.1. et dispositif), (18) 71/2003 du 21 mai 2003 (considérant B.1.1. et 2^e point du dispositif), (19) 82/2003 du 11 juin 2003 (considérant B.1.1. et dispositif) (20) 86/2003 du 11 juin 2003 (considérant B.1. et dispositif), (21) 90/2003 du 24 juin 2003 (considérends B.1.1., B.2. et dispositif), (22) 116/2003 du 17 septembre 2003 (considérends B.4.2., B.4.3., B.4.4. et dispositif), (23) 127/2003 du 1^{er} octobre 2003 (considérant B.1. et dispositif), (24) 135/2003 du 26 novembre 2003 (considérant B.1.1. et dispositif), (25) 156/2003 du 26 novembre 2003 (considérant B.1.1. et dispositif), (26) 158/2003 du 10 décembre 2003 (considérant B.1.1. et dispositif), (27) 159/2003 du 10 décembre 2003 (considérant B.1. et dispositif), (28) 6/2004 du 14 janvier 2004 (considérends B.3., B.4. et dispositif), (29) 23/2004 du 4 février 2004 (considérant B.1.1. et dispositif), (30) 57/2004 du 24 mars 2004 (considérant B.1.1. et 2^e point du dispositif), (31) 70/2004 du 5 mai 2004 (considérant B.1. et dispositif), (32) 71/2004 du 5 mai 2004 (considérant B.1. et dispositif), (33) 85/2004 du 12 mai 2004 (considérant B.1.1. et dispositif), (34) 135/2004 du 22 juillet 2004 (considérant B.1. et dispositif), (35) 156/2004 du 22 septembre 2004 (considérant B.1. et 1^{er} point du dispositif), (36) 189/2004 du 24 novembre 2004 (considérant B.1.2., alinéa 2, et dispositif), (37) 200/2004 du 15 décembre 2004 (considérant B.1.1. et dispositif), (38) 3/2005 du 12 janvier 2005 (considérant B.1. et dispositif), (39) 36/2005 du 16 février 2005 (considérant B.1.2. et dispositif), (40) 41/2005 du 16 février 2005 (considérant B.4. et dispositif), (41) 45/2005 du 23 février 2005 (considérant B.4. et dispositif), (42) 47/2005 du 1^{er} mars 2005 (considérant B.4. et 2^e point du dispositif) et (43) 88/2005 du 11 mai 2005 (considérends B.1.1., B.2.1. et 2^e point du dispositif). Cette liste est basée sur un dépouillement systématique de la jurisprudence de la Cour depuis le 5 avril 1985 (arrêt 1) jusqu'au 1^{er} juillet 2005 (arrêt 118/2005 inclus).

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

vigueur au moment où la Cour d'arbitrage statue sur la question préjudicielle. L'inconstitutionnalité est donc établie à un moment où la norme *n'existe plus*. Or, il nous semble que les décisions de ce type ne peuvent être tenues pour des injonctions de légiférer puisque l'ordre juridique est déjà purgé de l'inconstitutionnalité que la Cour d'arbitrage relève dans son arrêt (83) (84).

303.2 - La deuxième catégorie de décisions qui contiennent un constat d'inconstitutionnalité pur et simple et qui ne peuvent être prises en compte au titre des injonctions de légiférer est constituée par les arrêts qui établissent au dispositif la non-conformité de la norme contrôlée mais qui signalent dans les motifs de la décision que la norme est entretemps devenue *conforme* aux règles de référence. Ce cas de figure représente en quelque sorte l'inverse de l'hypothèse précédente (n° 303.1); ce n'est pas la norme contrôlée qui subit un changement mais ce sont les normes de référence qui sont modifiées entre le moment de l'édition de la norme contrôlée et sa vérification par la Cour d'arbitrage. Ces changements sont avant tout dus aux multiples réformes institutionnelles que la Belgique connaît depuis les années soixante-dix (85) et qui accordent, par des « vagues

fédéralistes » (86) successives, de plus en plus de compétences aux législateurs communautaires et régionaux.

Jusqu'à présent, trois arrêts de la Cour d'arbitrage semblent pouvoir être mentionnés à cet égard (87). Il s'agit à chaque fois de normes législatives de la Communauté flamande qui transgressent, au moment de leur édition, les compétences de cette Communauté, mais qui ne les dépassent plus au moment où la Cour procède à leur contrôle : c'est qu'entretemps, un *nouveau* transfert de compétences de l'Autorité centrale vers les entités fédérées est intervenu. La circonstance que la Cour d'arbitrage conclue néanmoins à la non-conformité de ces dispositions s'explique par le fait que le juge constitutionnel belge apprécie la conformité d'une norme législative en fonction des règles de référence telles qu'elles sont en vigueur au moment de l'édition de cette norme, sans tenir compte de leurs modifications ultérieures (88) (89). Or, dès lors que la norme contrôlée n'est plus contraire aux règles de référence au moment où le juge constitutionnel se prononce, aucun devoir de production normative ne peut, selon nous, être déduit de telles décisions : le législateur

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

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

(85) On compte actuellement cinq réformes de l'Etat, à savoir celles de 1970 (première réforme), 1980 (seconde réforme), 1998 (troisième réforme), 1993 (quatrième réforme) et 2001 (cinquième réforme).

(86) R. DERREBÈRE, « Belgique. La nouvelle vague fédéraliste », *RFDC*, 2001, 675-696, ici 686.

(87) CA, arrêts 25/97 du 30 avril 1997 (considérends B.2.-B.6. et B.9. et dispositif), 46/97 du 14 juillet 1997 (considérends B.2.-B.3. et dispositif) et 85/2002 du 8 mai 2002 (considérends B.16.5., B.16.6. et 1^{er} point du dispositif).

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

Dans le même sens, voy. notamment CA, arrêts 168/2002 du 27 novembre 2002 (considérant B.3., alinéa 2), 33/2003 du 12 mars 2003 (considérant B.4.3., alinéa 2), 65/2003 du 14 mai 2003 (considérant B.6.3.) et 148/2004 du 28 octobre 2004 (considérant B.2., alinéa 2).

(89) À cet égard, une petite précision s'impose. Dans les arrêts 5/98 du 21 janvier 1998 et 33/98 du 20 mai 1998, la Cour est appelée à vérifier la constitutionnalité d'une loi de 1882, modifiée en 1900. La Haute Juridiction commence par préciser que si la loi soumise

« a pu constituer une mesure à la fois pertinente et proportionnée (...) à l'époque, il y a lieu de vérifier si elle reste justifiée, dans les circonstances actuelles, au regard des principes d'égalité et de non-discrimination » (considérant B.7. de l'arrêt 5/98 et considérant B.6. de l'arrêt 33/98; c'est nous qui soulignons.)

Plus loin dans les deux arrêts, la Cour conclut à l'inconstitutionnalité de la loi. Contrairement à ce qu'on pourrait croire, ces deux décisions ne constituent pas des exceptions à la règle selon laquelle la Cour contrôle la constitutionnalité d'une loi par rapport aux dispositions constitutionnelles telles qu'elles étaient en vigueur à l'époque de l'édition de la norme. L'article 10 de la Constitution, qui constitue la base du principe d'égalité, n'a en effet subi aucune modification depuis l'édition de la loi en 1900. Dans ces deux décisions, on se trouve donc devant une constatation très particulière : ni la norme de référence, ni la norme contrôlée n'ont été modifiées depuis 1900 et pourtant, la Cour affirme, sans hésiter, que la norme législative était conforme à la Constitution en 1900 mais ne l'est plus en 1998. Ne reste qu'une explication possible : la Cour intègre dans son contrôle de constitutionnalité un troisième élément - à côté de la norme de référence et de la norme contrôlée - à savoir les circonstances de fait. C'est en effet le contenu des circonstances de fait qui semble motiver le jugement d'inconstitutionnalité de la Cour.

n'est point tenu de modifier une situation qui est conforme à la Constitution (90) (91).

303.3 - Enfin, il convient d'écartier deux décisions atypiques pour des raisons que nous développons, en raison de leur faible importance, en note (92).

*
*
*

304. - Après huit restrictions successives, nous nous trouvons en présence de ce que l'on pourrait appeler les 'véritables' constats d'inconstitutionnalité, c'est-à-dire des arrêts dans lesquels la Cour d'arbitrage déclare une norme législative purement et simplement (93) contraire (94) à la Constitution (95), étant entendu qu'au moment du prononcé de l'arrêt, la norme est toujours en vigueur (96) et son inconstitutionnalité toujours pré-sente (97).

(90) Précisons encore que nous réfutons, pour des raisons analogues à celles invoquées à la note 83, la thèse selon laquelle le législateur serait tenu de faire rétroactivement disparaître l'inconstitutionnalité pour le laps de temps au cours duquel la norme contrainte était contraire aux normes de référence.

(91) De l'hypothèse présentement examinée doit être distinguée une autre, assez proche, qui consiste la contractualité d'une règle législative aux normes de référence telles qu'elles étaient applicables au moment de son édition, mais ne précise pas si cette contractualité perdure toujours au moment où il se prononce. Tel est notamment le cas dans l'arrêt 92/99 du 15 juillet 1999, dans lequel la Cour d'arbitrage établit la contractualité d'une règle législative de 1984 aux normes de référence de 1984, mais n'aborde pas la question de savoir si cette contractualité existe toujours au moment du prononcé, soit quinze ans plus tard. Ce cas de figure se distingue des trois arrêts mentionnés à la note 87, puisque dans ces décisions-là, la juridiction constitutionnelle belge affirme clairement que les règles contractées sont conformes aux normes de référence actuelles.

(92) Il s'agit des arrêts 18/91 du 4 juillet 1991 et 83/93 du 1^{er} décembre 1993. La première décision doit être exclue parce qu'elle détermine - à titre tout à fait exceptionnel - elle-même la règle législative qui doit être appliquée en lieu et place de la règle déclarée inconstitutionnelle (voy. le considérant B.12. de la décision); pour faire cesser la violation de la Constitution, une nouvelle intervention du législateur n'est donc plus nécessaire. La seconde décision (83/93) concerne une copie conforme de la première, de sorte qu'elle doit être écartée pour les mêmes raisons. Les deux décisions sont notamment commentées par B. LOMBAERT, «Le maintien des effets des normes censurées par la Cour d'arbitrage - Recours en annulation et questions préjudiciaires», ATP, 1998, 174-189, ici 186-187.

(93) Et donc non dans la seule interprétation fournie par le juge *a quo*, ni par le biais d'un arrêt à double dispositif.

(94) Et non conforme sous réserve.

(95) Et non à des normes de référence de rang législatif.

(96) Voy. *supra*, n° 303.1.

(97) Voy. *supra*, n° 303.2.

Dans cette espèce, il y a actuellement 178 cas (98), qui nous semblent constituer des injonctions atypiques de légiférer (99).

(98) Il s'agit des arrêts (1) 44 du 23 décembre 1987, (2) 46 du 11 février 1988, (3) 56 du 2 juin 1988, (4) 57 du 2 juin 1988, (5) 19/89 du 5 juillet 1989, (6) 39/90 du 21 décembre 1990, (7) 41/90 du 21 décembre 1990, (8) 41/91 du 19 décembre 1991, (9) 13/92 du 27 février 1992, (10) 38/92 du 7 mai 1992, (11) 65/92 du 8 octobre 1992, (12) 77/92 du 17 décembre 1992, (13) 33/93 du 22 avril 1993, (14) 38/93 du 19 mai 1993, (15) 39/93 du 19 mai 1993, (16) 49/93 du 24 juin 1993, (17) 87/93 du 8 juillet 1993, (18) 6/94 du 20 janvier 1994, (19) 9/94 du 27 janvier 1994, (20) 25/94 du 22 mars 1994, (21) 27/94 du 22 mars 1994, (22) 42/1994 du 19 mai 1994, (23) 62/94 du 14 juillet 1994, (24) 82/94 du 1^{er} décembre 1994, (25) 19/95 du 2 mars 1995, (26) 22/95 du 2 mars 1995, (27) 25/95 du 21 mars 1995, (28) 19/95 du 21 mars 1995, (29) 74/95 du 9 novembre 1995, (30) 89/95 du 14 décembre 1995, (31) 38/96 du 27 juin 1996, (32) 39/96 du 27 juin 1996, (33) 51/96 du 12 juillet 1996, (34) 65/96 du 13 novembre 1996, (35) 77/96 du 18 décembre 1996, (36) 7/97 du 19 février 1997, (37) 10/97 du 5 mars 1997, (38) 11/97 du 5 mars 1997, (39) 18/97 du 18 mars 1997, (40) 31/97 du 21 mai 1997, (41) 35/97 du 12 juin 1997, (42) 36/97 du 19 juin 1997, (43) 40/97 du 14 juillet 1997, (44) 45/97 du 14 juillet 1997, (45) 48/97 du 14 juillet 1997, (46) 54/97 du 18 juillet 1997, (47) 61/97 du 14 octobre 1997, (48) 62/97 du 28 octobre 1997, (49) 64/97 du 6 novembre 1997, (50) 66/97 du 6 novembre 1997, (51) 3/98 du 14 janvier 1998, (52) 5/98 du 21 janvier 1998, (53) 14/98 du 11 février 1998, (54) 20/98 du 18 février 1998, (55) 21/98 du 18 février 1998, (56) 31/98 du 18 mars 1998, (57) 53/98 du 20 mai 1998, (58) 55/98 du 20 mai 1998, (59) 57/98 du 27 mai 1998, (60) 72/98 du 17 juin 1998, (61) 80/98 du 7 juillet 1998, (62) 81/98 du 7 juillet 1998, (63) 82/98 du 7 juillet 1998, (64) 87/98 du 15 juillet 1998, (65) 89/98 du 15 juillet 1998, (66) 92/98 du 15 juillet 1998, (67) 97/98 du 24 septembre 1998, (68) 122/98 du 3 décembre 1998, (69) 132/98 du 9 décembre 1998, (70) 11/99 du 28 janvier 1999, (71) 45/99 du 20 avril 1999, (72) 54/99 du 26 mai 1999, (73) 72/99 du 17 juin 1999, (74) 73/99 du 30 juin 1999, (75) 77/99 du 30 juin 1999, (76) 80/99 du 30 juin 1999, (77) 92/99 du 15 juillet 1999 (voy. *supra*, note 91), (78) 98/99 du 15 septembre 1999, (79) 99/99 du 15 septembre 1999, (80) 119/99 du 10 novembre 1999, (81) 128/99 du 7 décembre 1999, (82) 131/99 du 7 décembre 1999, (83) 132/99 du 7 décembre 1999, (84) 5/2000 du 19 janvier 2000, (85) 6/2000 du 19 janvier 2000, (86) 14/2000 du 2 février 2000, (87) 18/2000 du 9 février 2000, (88) 19/2000 du 9 février 2000, (89) 44/2000 du 6 avril 2000, (90) 48/2000 du 3 mai 2000, (91) 53/2000 du 3 mai 2000, (92) 59/2000 du 17 mai 2000, (93) 61/2000 du 25 mai 2000, (94) 65/2000 du 30 mai 2000, (95) 75/2000 du 21 juin 2000, (96) 79/2000 du 21 juin 2000, (97) 80/2000 du 21 juin 2000, (98) 85/2000 du 5 juillet 2000, (99) 96/2000 du 20 septembre 2000, (100) 99/2000 du 4 octobre 2000, (101) 121/2000 du 29 novembre 2000, (102) 129/2000 du 6 décembre 2000, (103) 13/2001 du 14 janvier 2001, (104) 22/2001 du 1^{er} mars 2001, (105) 23/2001 du 1^{er} mars 2001, (106) 27/2001 du 1^{er} mars 2001, (107) 43/2001 du 29 mars 2001, (108) 78/2001 du 7 juin 2001, (109) 79/2001 du 7 juin 2001, (110) 88/2001 du 21 juin 2001, (111) 106/2001 du 13 juillet 2001, (112) 117/2001 du 3 octobre 2001, (113) 119/2001 du 10 octobre 2001, (114) 124/2001 du 16 octobre 2001, (115) 125/2001 du 16 octobre 2001, (116) 141/2001 du 6 novembre 2001, (117) 142/2001 du 6 novembre 2001, (118) 147/2001 du 20 novembre 2001, (119) 154/2001 du 28 novembre 2001, (120) 162/2001 du 19 décembre 2001, (121) 163/2001 du 19 décembre 2001, (122) 2/2002 du 9 janvier 2002, (123) 10/2002 du 9 janvier 2002, (124) 11/2002 du 16 janvier 2002, (125) 22/2002 du 22 janvier 2002, (126) 32/2002 du 6 février 2002, (127) 35/2002 du 13 février 2002, (128) 38/2002 du 20 février 2002, (129) 48/2002 du 13 mars 2002, (130) 69/2002 du 28 mars 2002, (131) 70/2002 du 18 avril 2002, (132) 108/2002 du 26 mars 2002, (133) 109/2002 du 26 mars 2002, (134) 111/2002 du 26 mars 2002, (135) 118/2002 du 15 octobre 2002, (136) 155/2002 du 6 novembre 2002, (137) 183/2002 du 11 décembre 2002, (138) 187/2002 du 19 décembre 2002, (139) 17/2003 du 28 janvier 2003, (140) 19/2003 du 30 janvier 2003, (141) 20/2003 du 30 janvier 2003, (142) 22/2003 du 12 février 2003, (143) 23/2003 du 12 février 2003, (144) 39/2003 du 3 avril 2003, (145) 54/2003 du 30 avril 2003, (146) 55/2003 du 30 avril 2003, (147) 66/2003 du 14 mai 2003, (148) 106/2003 du 22 juillet 2003, (149) 129/2003 du 30 août 2003, (150) 137/2003 du 22 octobre 2003, (151) 140/2003 du 29 octobre 2003, (152) 153/2003 du 26 novembre 2003, (153) 169/2003 du 17 décembre 2003, (154) 81/2004 du 21 janvier 2004, (155) 14/2004 du 21 janvier 2004, (156) 38/2004 du 10 mars 2004, (157) 52/2004 du 24 mars 2004, (158) 78/2004 du 12 mai 2004, (159) 79/2004 du 12 mai 2004, (160) 81/2004 du 12 mai 2004, (161) 105/2004 du 16 juin 2004, (162) 120/2004 du 30 juin 2004, (163) 136/2004 du 22 juillet 2004,

305. — Afin de ne pas fournir une statistique indûment enflée de ces injonctions, il s'indique toutefois de procéder à une *soustraction ultime* et d'encre enlever les décisions dans lesquelles la Cour d'arbitrage *répète* simplement un constat d'inconstitutionnalité qu'elle a déjà émis antérieurement. De telles déclarations d'inconstitutionnalité à répétition constituent certes, sur le plan des principes, des injonctions de légiférer à part entière, mais leur inclusion dans nos statistiques donnerait une vision déformée de la réalité, puisque ces déclarations portent sur des règles dont la contrariété à la Constitution a déjà été précédemment établie.

Nous écartons ainsi les constats d'inconstitutionnalité qui font *expressément état d'une déclaration antérieure en sens identique*, ce qui est le cas dans 14 arrêts (100). Nous maintenons en revanche dans notre relevé les arrêts — assez nombreux — qui répètent un constat d'inconstitutionnalité antérieur *sans* indiquer les décisions dont ils constituent une fidèle retranscription (101).

(184) 141/2004 du 22 juillet 2004 (2^e point du dispositif), (165) 175/2004 du 3 novembre 2004, (166) 176/2004 du 3 novembre 2004, (167) 184/2004 du 16 novembre 2004 (1^{er} point du dispositif), (168) 186/2004 du 16 novembre 2004, (169) 6/2005 du 12 janvier 2005, (170) 13/2005 du 19 janvier 2005 (2^e point du dispositif), (171) 17/2005 du 19 janvier 2005, (172) 18/2005 du 19 janvier 2005, (173) 30/2005 du 9 février 2005, (174) 57/2005 du 16 mars 2005, (175) 68/2005 du 13 avril 2005 (1^{er} point du dispositif), (176) 103/2005 du 1^{er} juin 2005, (177) 113/2005 du 30 juin 2005 et (178) 118/2005 du 30 juin 2005. Cette liste est basée sur un dépouillement systématique de la jurisprudence de la Cour depuis le 5 avril 1985 (arrêt 1) jusqu'au 1^{er} juillet 2005 (arrêt 118/2005 inclus).

(99) Précisons que ces injonctions cessent d'exister lorsque les normes qui sont visées par ces constats d'inconstitutionnalité sont annulées par application de l'article 4 de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage. Sur cette disposition, voy. *supra*, n^o 47 et *infra*, n^o 309.1. Les arrêts qui ont jusqu'à ce jour fait application de l'article 4 sont mentionnés *infra*, aux notes 106 et 110.

(100) Voy. les arrêts (1) 27/94 du 22 mars 1994 (constat identique à l'arrêt 6/94 du 20 janvier 1994), (2) 51/96 du 12 juillet 1996 (constat identique à l'arrêt 25/95 du 21 mars 1995), (3) 31/97 du 21 mai 1997 (constat identique à l'arrêt 15/97 du 18 mars 1997), (4) 61/97 du 14 octobre 1997 (constat identique à l'arrêt 9/94 du 27 janvier 1994), (6) 14/98 du 11 février 1998 (constat identique à l'arrêt 15/97 du 18 mars 1997 et 31/97 du 21 mai 1997), (7) 97/98 du 24 septembre 1998 (constat identique à l'arrêt 9/94 du 27 janvier 1994), (8) 11/99 du 25 janvier 1999 (constat identique à l'arrêt 15/97 du 18 mars 1997 et 31/97 du 21 mai 1997), (9) 72/99 du 17 juin 1999 (constat identique à l'arrêt 20/98 du 18 février 1998), (10) 77/99 du 30 juin 1999 (constat identique aux arrêts 81/98 du 7 juillet 1998 et 97/98 du 24 septembre 1998), (11) 19/2000 du 9 février 2000 (constat identique à l'arrêt 20/98 du 18 février 1998), (12) 111/2002 du 28 juin 2002 (constat identique à l'arrêt 70/2002 du 13 avril 2003), (13) 39/2003 du 3 avril 2003 (constat identique à l'arrêt 11/2003 du 22 janvier 2003) et (14) 129/2003 du 1^{er} octobre 2003 (constat identique à l'arrêt 108/2003 du 22 juillet 2003). On notera que l'arrêt 72/99 du 17 juin 1999, repris dans la présente liste, a bien été rendu sur base de la Cour, sur base de l'article 71. — Relève basé sur un dépouillement systématique de la jurisprudence de la Cour depuis le 5 avril 1985 (arrêt 1) jusqu'au 1^{er} juillet 2005 (arrêt 118/2005 inclus).

(101) Voy. au titre d'une modeste sélection, les arrêts 38/92 du 7 mai 1992, 72/98 du 17 juin 1998 et 89/98 du 15 juillet 1998 (rendus sur base de l'article 72 de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage) et l'arrêt 42/94 du 19 mai 1994 (non rendu sur base de l'article 72, mais identique à l'arrêt 25/94 du 22 mars 1994).

306. — Après avoir réalisé cette dernière opération, nous arrivons à un 'solde' de 164 décisions dans lesquelles la Cour d'arbitrage déclare une norme législative *purement et simplement* contraire à la Constitution, étant entendu qu'au moment du prononcé de l'arrêt — la norme contrôlée est toujours en vigueur, — son inconstitutionnalité est toujours présente et — la décision qui établit cette contrariété ne contient pas une référence expresse à un arrêt antérieur en sens identique (102).

(102) Il s'agit des arrêts (1) 44 du 23 décembre 1987, (2) 46 du 11 février 1988, (3) 56 du 2 juin 1988, (4) 57 du 2 juin 1988, (5) 19/89 du 5 juillet 1989, (6) 39/90 du 21 décembre 1990, (7) 41/90 du 21 décembre 1990, (8) 41/91 du 19 décembre 1991, (9) 13/92 du 27 février 1992, (10) 35/92 du 7 mai 1992, (11) 63/92 du 8 octobre 1992, (12) 77/92 du 17 décembre 1992, (13) 33/93 du 22 avril 1993, (14) 38/93 du 19 mai 1993, (15) 39/93 du 19 mai 1993, (16) 49/93 du 24 juin 1993, (17) 57/93 du 8 juillet 1993, (18) 6/94 du 20 janvier 1994, (19) 9/94 du 27 janvier 1994, (20) 25/94 du 22 mars 1994, (21) 42/1994 du 19 mai 1994, (22) 62/94 du 14 juillet 1994, (23) 82/94 du 1^{er} décembre 1994, (24) 19/95 du 2 mars 1995, (25) 22/95 du 2 mars 1995, (26) 25/95 du 21 mars 1995, (27) 27/95 du 21 mars 1995, (28) 74/95 du 9 novembre 1995, (29) 83/95 du 14 décembre 1995, (30) 88/96 du 27 juin 1996, (31) 39/96 du 27 juin 1996, (32) 65/96 du 13 novembre 1996, (33) 77/96 du 18 décembre 1996, (34) 7/97 du 19 février 1997, (35) 10/97 du 5 mars 1997, (36) 11/97 du 5 mars 1997, (37) 15/97 du 18 mars 1997, (38) 35/97 du 12 juin 1997, (39) 36/97 du 19 juin 1997, (40) 40/97 du 14 juillet 1997, (41) 45/97 du 14 juillet 1997, (42) 48/97 du 14 juillet 1997, (43) 54/97 du 18 juillet 1997, (44) 64/97 du 6 novembre 1997, (45) 66/97 du 6 novembre 1997, (46) 3/98 du 14 janvier 1998, (47) 5/98 du 21 janvier 1998, (48) 20/98 du 18 février 1998, (49) 21/98 du 18 février 1998, (50) 31/98 du 18 mars 1998, (51) 53/98 du 20 mai 1998, (52) 55/98 du 20 mai 1998, (53) 57/98 du 27 mai 1998, (54) 72/98 du 17 juin 1998, (55) 80/98 du 7 juillet 1998, (56) 81/98 du 7 juillet 1998, (57) 82/98 du 7 juillet 1998, (58) 87/98 du 15 juillet 1998, (59) 88/98 du 15 juillet 1998, (60) 92/98 du 15 juillet 1998, (61) 122/98 du 3 décembre 1998, (62) 132/98 du 9 décembre 1998, (63) 45/99 du 20 avril 1999, (64) 54/99 du 26 mai 1999, (65) 73/99 du 30 juin 1999, (66) 80/99 du 30 juin 1999, (67) 92/99 du 15 juillet 1999, (68) 96/99 du 13 septembre 1999, (69) 99/99 du 15 septembre 1999, (70) 119/99 du 10 novembre 1999, (71) 128/99 du 7 décembre 1999, (72) 131/99 du 7 décembre 1999, (73) 132/99 du 7 décembre 1999, (74) 5/2000 du 19 janvier 2000, (75) 6/2000 du 19 janvier 2000, (76) 14/2000 du 2 février 2000, (77) 18/2000 du 9 février 2000, (78) 44/2000 du 6 avril 2000, (79) 48/2000 du 3 mai 2000, (80) 53/2000 du 3 mai 2000, (81) 59/2000 du 17 mai 2000, (82) 61/2000 du 25 mai 2000, (83) 65/2000 du 30 mai 2000, (84) 75/2000 du 21 juin 2000, (85) 79/2000 du 21 juin 2000, (86) 80/2000 du 21 juin 2000, (87) 85/2000 du 5 juillet 2000, (88) 96/2000 du 20 septembre 2000, (89) 99/2000 du 4 octobre 2000, (90) 121/2000 du 29 novembre 2000, (91) 129/2000 du 6 décembre 2000, (92) 13/2001 du 14 janvier 2001, (93) 22/2001 du 1^{er} mars 2001, (94) 23/2001 du 1^{er} mars 2001, (95) 27/2001 du 1^{er} mars 2001, (96) 43/2001 du 29 mars 2001, (97) 78/2001 du 7 juin 2001, (98) 79/2001 du 7 juin 2001, (99) 88/2001 du 21 juin 2001, (100) 106/2001 du 13 juillet 2001, (101) 117/2001 du 3 octobre 2001, (102) 119/2001 du 10 octobre 2001, (103) 124/2001 du 16 octobre 2001, (104) 125/2001 du 16 octobre 2001, (105) 141/2001 du 6 novembre 2001, (106) 142/2001 du 6 novembre 2001, (107) 147/2001 du 30 novembre 2001, (108) 154/2001 du 28 novembre 2001, (109) 162/2001 du 19 décembre 2001, (110) 163/2001 du 19 décembre 2001, (111) 2/2002 du 9 janvier 2002, (112) 10/2002 du 9 janvier 2002, (113) 11/2002 du 16 janvier 2002, (114) 22/2002 du 23 janvier 2002, (115) 32/2002 du 6 février 2002, (116) 35/2002 du 13 février 2002, (117) 38/2002 du 20 février 2002, (118) 48/2002 du 13 mars 2002, (119) 69/2002 du 28 mars 2002, (120) 70/2002 du 18 avril 2002, (121) 108/2002 du 26 juin 2002, (122) 109/2002 du 26 juin 2002, (123) 147/2002 du 15 octobre 2002, (124) 150/2002 du 6 novembre 2002, (125) 183/2002 du 11 décembre 2002, (126) 187/2002 du 19 décembre 2002, (127) 17/2003 du 28 janvier 2003, (128) 191/2003 du 30 janvier 2003, (129) 20/2003 du 30 janvier 2003, (130) 22/2003 du 12 février 2003, (131) 25/2003 du 12 février 2003, (132) 54/2003 du 30 avril 2003, (133) 55/2003 du 30 avril 2003, (134) 66/2003 du 14 mai 2003, (135) 106/

Nous opérons en annexe, à la fin de la présente section, la répartition de ces 164 cas sur les différents chefs d'inconstitutionnalité (violation du principe d'égalité et de non-discrimination, transgression des règles répartitives de compétences et contrariété à la liberté d'enseignement). Dans la suite, nous voudrions consacrer quelques développements au caractère *injonctif* de ces décisions.

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

308. — Malgré son importance à la fois théorique et pratique (il suffit de songer à l'éventualité d'une action en responsabilité contre l'État, fondée sur l'omission du Pouvoir législatif d'abroger une norme législative contraire à la Constitution), cette question n'a été que peu — trop peu — abordée en doctrine : il n'existe à notre connaissance que deux sources qui la traitent explicitement et y apportent une réponse positive. Dans leur *Compendium van het Belgisch Staatsrecht*, le professeur André ALLEN et le référendaire KOEN MUYLLE affirment que

« lorsque la Cour [d'arbitrage] a constaté dans un arrêt rendu par voie préjudicielle l'inconstitutionnalité d'une norme législative, il appartient au législateur compétent d'y mettre fin. » (103)

2003 du 22 juillet 2003, (136) 137/2003 du 22 octobre 2003, (137) 140/2003 du 29 octobre 2003, (138) 153/2003 du 26 novembre 2003, (139) 169/2003 du 17 décembre 2003, (140) 81/2004 du 21 janvier 2004, (141) 14/2004 du 21 janvier 2004, (142) 38/2004 du 10 mars 2004, (143) 51/2004 du 24 mars 2004, (144) 78/2004 du 12 mai 2004, (145) 79/2004 du 12 mai 2004, (146) 81/2004 du 12 mai 2004, (147) 105/2004 du 16 juin 2004, (148) 120/2004 du 30 juin 2004, (149) 136/2004 du 22 juillet 2004, (150) 141/2004 du 22 juillet 2004 (2^e point du dispositif), (151) 175/2004 du 3 novembre 2004, (152) 176/2004 du 3 novembre 2004, (153) 184/2004 du 16 novembre 2004 (1^{er} point du dispositif), (154) 186/2004 du 16 novembre 2004, (155) 61/2005 du 13 janvier 2005, (156) 13/2005 du 19 janvier 2005 (2^e point du dispositif), (157) 17/2005 du 19 janvier 2005, (158) 187/2005 du 19 janvier 2005 (2^e point du dispositif), (159) 30/2005 du 9 février 2005, (160) 57/2005 du 16 mars 2005, (161) 68/2005 du 13 avril 2005 (1^{er} point du dispositif), (162) 103/2004 du 1^{er} juin 2005, (163) 113/2005 du 30 juin 2005 et (164) 118/2005 du 30 juin 2005. Cette liste est basée sur un dépouillement systématique de la jurisprudence de la Cour depuis le 5 avril 1985 (arrêt 1) jusqu'au 1^{er} juillet 2005 (arrêt 118/2005 inclus).

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

« Wanneer het Hof in een prejudiciële arrest de ongrondwettigheid van een wettgevende norm heeft vastgesteld, komt het de bevoegde wetgever toe daarvan een einde te maken. »]

Le professeur FRANÇOIS TULKENS et la référendaire GÉRALDINE ROSOUX considèrent pour leur part qu'un arrêt d'inconstitutionnalité rendu sur question préjudicielle

« appelle une correction législative en vue de mettre fin à l'inconstitutionnalité. » (104)

309. — Cette position — qui est aussi la nôtre — doit cependant affronter un certain nombre de difficultés. Nous voudrions en présenter deux (n^{os} 309.1 et 309.2).

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

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

En pratique, ce mécanisme s'est avéré insuffisant : en dix-huit ans (105), il n'a donné lieu qu'à trois utilisations (106), chiffre qu'il faut mettre en relation avec 147 constats d'inconstitutionnalité émis au cours de la même période (107). La technique de la réou-

(104) G. ROSOUX et F. TULKENS, « Considérations théoriques et pratiques sur la portée des arrêts de la Cour d'arbitrage », in : *La Cour d'arbitrage : une juge comme les autres ?*, Actes du Colloque organisé par le Jeune Barreau de Liège le 28 mai 2004, Liège, Éditions du Jeune Barreau de Liège, 2004, 144. Ce sont les auteurs qui soulignent.

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

(106) CA, arrêts 1/91 du 7 février 1991, 56/92 du 9 juillet 1992 et 139/98 du 16 décembre 1998.

(107) Ce chiffre est basé sur le relevé présenté plus haut à la note 98.

verture des délais a dès lors été revue par la loi spéciale du 9 mars 2003 (108), qui a considérablement élargi le cercle des requérants potentiels (109). Cette réforme, entrée en vigueur au 21 avril 2003, n'a cependant pas (encore) conduit à une utilisation plus fréquente du mécanisme (110).

Le premier argument, qui s'appuie sur le *silence de la loi* pour conclure à l'inexistence d'une obligation juridique dans le chef du législateur, peut donc être neutralisé dans la mesure où l'existence de la réouverture du délai en annulation démontre que le législateur a lui-même estimé, dans un *texte législatif explicite* (111), que la survivance de règles législatives déclarées inconstitutionnelles pouvait donner lieu à des difficultés. Cette même préoccupation l'a ensuite conduit à élargir les voies d'accès à ce mode particulier de recours.

Après avoir surmonté la première difficulté, nous devons faire face à la seconde, qui entretient avec elle des liens étroits de connexité (112).

309.2 – La deuxième objection tient en ce que le législateur de 1983 (de même que les législateurs spéciaux de 1989 et de 2003) a voulu que la réponse donnée par le juge constitutionnel belge à une question préjudicielle ne soit pas dotée d'un effet *erga omnes* mais laisse en toute hypothèse subsister la norme dans l'ordre juridique belge : la disposition – fut-elle déclarée contraire à la Constitution – continue donc à dégager des effets, en liant notamment les autorités administratives qui demeurent obligées à en faire application (113). Le législateur organique et le constituant (114) ont ainsi

(108) *Moniteur belge*, 11 avril.

(109) *Voy. supra*, Première partie, n° 47 et notes correspondantes.

(110) Pour la première utilisation du nouveau délai par un particulier, *voy. CA*, arrêt 28/2004 du 11 février 2004.

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

(112) Cette connexité ne peut guère étonner car le problème de base – la question de savoir si le législateur est ou non juridiquement obligé de réagir – est commun aux deux.

(113) G. ROSOUX et F. TURKENS, « Considérations théoriques et pratiques sur la portée des arrêts de la Cour d'arbitrage », *contribution précitée*, 117. *Voy. aussi supra*, n° 63.2.

(114) Le constituant a inséré une référence expresse à la loi du 28 juin 1983 dans l'article 107ter §2, de la Constitution, révisé le 15 juillet 1988 (*Moniteur belge*, 19 juillet). En mentionnant cette loi, et en la désignant comme applicable, le constituant atteste sans contestation possible de la conformité de ce texte à la Constitution. Cette conclusion est de la plus haute importance car le constituant, en confirmant la constitutionnalité de la loi du 28 juin 1983, établit aussi, plus spécifiquement, la conformité de ses articles 15 à 20, qui prévoient qu'une norme déclarée inconsti-

mis en place un système qui, au lieu d'invalider la norme déclarée inconstitutionnelle, en confirme justement l'existence en tant que règle de droit positif. En contraste avec la situation en République fédérale d'Allemagne, où la Cour constitutionnelle fédérale dispose du pouvoir d'annuler une norme inconstitutionnelle sur question préjudicielle (115), la solution belge semble avant tout inspirée du mécanisme préjudiciel au niveau européen (116), où un pouvoir d'annulation du juge fait défaut (117). Comme le relève le doyen Henri SIMONART,

« [L]e législateur [belge] s'est en fait contenté de transposer en droit interne les solutions acquises dans le droit des Communautés européennes » (118),

tout en étant assez mal informé :

« Il est permis de douter que ce soit le résultat d'un choix éclairé. Quiconque examine attentivement les travaux préparatoires de la loi du 28 juin 1983 peut difficilement contester que le modèle de base européen paraissait sinon complètement ignoré, à tout le moins très mal connu aussi bien des auteurs du projet que des parlementaires » (119).

Mais quel que soit le degré de connaissance du droit européen par le législateur organique belge, il est en tout cas certain que ce dernier avait la ferme volonté de laisser subsister la norme déclarée inconstitutionnelle. Or, ce point constitue un obstacle majeur pour notre position : comment affirmer que le législateur est tenu d'abroger ou de modifier une norme déclarée contraire à la Constitution si la survivance de cette disposition est le résultat normal de la pro-

titutionnelle sur question préjudicielle demeure applicable en tant que règle de droit positif belge. Les dispositions de la loi de 1983 ayant, sur ce point, été *textuellement* reprises dans la loi spéciale du 6 janvier 1989, ce brevet de constitutionnalité vaut donc toujours à l'heure actuelle.

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

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

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

(118) H. SIMONART, *thèse précitée*, 283.

(119) *Ibidem*.

cédures du renvoi préjudiciel ? (120) Ne faut-il dès lors pas conclure que le législateur est *en droit* de rester inactif ? Les constats d'inconstitutionnalité auraient certes un effet persuasif en termes politiques (121) – effet qui pourrait conduire le Parlement à ne pas laisser subsister la norme déclarée inconstitutionnelle pendant un laps de temps très étendu – mais seraient dépourvus de force contraignante en droit.

*
*
*

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

Il est certes exact qu'à ce jour, aucun arrêt de la Cour n'ait explicitement confirmé l'existence d'une telle obligation à charge du législateur. Mais ce devoir peut être déduit d'un raisonnement *a fortiori* : dans au moins deux décisions rendues sur question préjudicielle, à savoir les arrêts 121/2000 et 75/2003 (122), la Cour a précisé que le législateur était obligé de mettre fin à une inconstitutionnalité dans un délai raisonnable (ou du moins dans un délai qui n'est pas manifestement déraisonnable) (123). Ce qui est essentiel dans les deux

(120) Comme le notent très pertinemment A. ALEN et K. MUYLLER :

« Contrairement à un arrêt d'annulation, un arrêt rendu sur question préjudicielle dans lequel la Cour d'arbitrage constate une violation [des normes de référence] n'a pas de portée erga omnes et ne fait pas disparaître de l'ordre juridique la norme législative sur laquelle porte la question. »
Texte original :

[In tegenstelling to een vernietigingsarrest, geldt een prejudicieel arrest waarbij het Arbitragehof een schending vaststelt, niet erga omnes en doet evenmin de wetgevinge norm die er het Belgisch Staatsrecht, 2^e édition, tome 1B, 2003, 461; c'est nous qui soulignons.]

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

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

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

affaires, c'est que la Cour se prononce pour la première fois sur la constitutionnalité de la norme en question; il n'existe aucune décision antérieure qui aurait déjà constaté l'inconstitutionnalité de la disposition en cause. En d'autres termes, le délai raisonnable dont le législateur dispose pour mettre fin à l'inconstitutionnalité de la norme n'est pas calculé à partir du moment où sa contrariété à la Constitution est formellement constatée par la Cour d'arbitrage, mais prend cours au moment où l'inconstitutionnalité naît (124). Ainsi, la Cour constate dans l'affaire 121/2000 que la norme soumise est contraire à la Constitution et relève *des cette première décision* que le législateur a excédé le délai raisonnable pour la modifier (125).

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

*
*
*

Les développements qui précèdent pechent sans doute par leur caractère imparfait, mais il nous a semblé important d'au moins esquisser le cheminement de notre pensée. Au vu de la complexité de la matière qui, tout en n'offrant qu'un choix de réponse strictement binaire (126), ne permet que difficilement des prises de position clai-

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

(125) La Cour énonce en effet au considérant B.7. : « Il ne peut d'ailleurs être tenu compte de ce que l'organisation d'un régime compatible avec le principe d'égalité entre hommes et femmes nécessiterait un réaménagement fondamental de ce système et de son financement. Si ces considérations justifient que le législateur ait pu disposer d'un délai raisonnable pour procéder aux modifications qui s'imposent, elles ne peuvent justifier que ce régime fut encore en vigueur en 1996. »

En d'autres termes, le délai dans lequel le législateur était obligé de légiférer a expiré avant même que l'inconstitutionnalité ne fût formellement constatée par la Cour d'arbitrage; l'obligation de légiférer existait donc dès la naissance de l'inconstitutionnalité et non seulement dès l'arrêt de violation rendu sur question préjudicielle (CA, arrêt 121/2000 du 29 novembre 2000; c'est nous qui soulignons).

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

res (127), le problème mériterait donc d'être analysé au cours d'un travail de recherche plus approfondi. Sans anticiper sur cette étude, les développements qui précèdent nous semblent en tout cas démontrer un point : le mécanisme préjudiciel en Belgique contient un *'défaut de construction majeur'*. Celui-ci tient en l'absence d'effet *erga omnes* des arrêts rendus sur question préjudicielle. Comme le signalait déjà le doyen Henri SIMONART il y a plus de quinze ans, le législateur aurait en effet pu éviter un grand nombre de

« complications inutiles en consacrant la règle – qui paraît plus logique – qui veut qu'un arrêt rendu au contentieux des questions préjudiciales possède un caractère obligatoire *erga omnes* (...). Il ne l'a point voulu. C'est une erreur » (128)

*
*

311. – Dans la discussion des constats d'inconstitutionnalité rendus sur question préjudicielle, il nous reste encore une dernière catégorie de décisions à aborder. Dans précisément six décisions (129), le juge constitutionnel belge, saisi sur question préjudicielle, a en effet estimé qu'une contrariété à la Constitution résulterait non pas de l'*existence* d'une loi mais de l'*absence* d'une disposition législative dotée d'un contenu spécifique. La Cour a donc répondu *négligemment* à la question posée (en affirmant que la norme soumise *n'est pas* contraire à la Constitution (130)), tout en précisant *au dispositif* que la Constitution *était* violée par le fait qu'une réglementation particulière dans un domaine faisait *défaut* (131).

(127) L'éloquent silence de la majeure partie de la doctrine en constitue une indication patente.

(128) H. SIMONART, *thèse précitée*, 264. C'est nous qui soulignons.

(129) CA, arrêts (1) 31/96 du 15 mai 1996 (1^{er} point du dispositif), (2) 36/96 du 6 juin 1996 (1^{er} point du dispositif), (3) 116/99 du 10 novembre 1999 (2^e point du dispositif), (4) 140/2001 du 6 novembre 2001 (considérant B.7 et dispositif), (5) 112/2002 du 26 juin 2002 (1^{er} point du dispositif), et (6) 89/2004 du 19 mai 2004 (2^e et 3^e points du dispositif), de plus récemment systématiquement 2005 inclus). Une septième et huitième décision de ce type existe (CA, arrêts 186/99 du 22 décembre 1999 et 185/2002 du 11 décembre 2002), mais ces décisions doivent être écartées pour des raisons analogues à celles exposées *supra*, au n^o 303.1 : l'inconstitutionnalité est déjà réparée au moment où la Cour se prononce (ceci ressort clairement des considérants B.5., alinéa 2, de l'arrêt 186/99 et B.2.1., alinéa 2, de l'arrêt 185/2002). – Notre liste de six décisions peut être comparée à celle, presque identique, établie par le professeur François TURKENS et la référendaire Géraldine ROSOUX dans leur contribution « Considérations théoriques et pratiques sur la portée des arrêts de la Cour d'arbitrage » (G. ROSOUX et F. TURKENS, *contribution précitée*, 131, note 131).

(130) De sorte que nous n'avons pas pu inclure ces arrêts dans le relevé présenté à la note 98, octobre 2003 qui fait uniquement mention du défaut d'une réglementation particulière dans les *motifs*; les décisions ne sont dès lors pas reprises dans la liste établie à la note 129.

312. – Avant d'illustrer ce type d'arrêts à l'aide de deux exemples, une observation conceptuelle doit être émise. Une grande partie de la doctrine a soutenu que les six décisions dont nous venons de faire le relevé établissent l'inconstitutionnalité d'une « lacune législative » (132), expression que la Cour d'arbitrage avait elle-même utilisée dans le premier arrêt de ce type (lacune de la législation) (133) (134). Or, ce choix terminologique nous paraît contraire à la réalité : nous contons *la possibilité même qu'un ordre juridique étatique puisse être affecté par une lacune*; selon nous, il s'agit là d'un phénomène qui est *impossible de survenir* (135). Comme le relève en effet très pertinemment le professeur Pierre MAYER, il existe dans chaque État

« une règle applicable à toute question de droit. (...) Il est facile de montrer que tout ordre juridique comprend soit la règle qui donne satisfaction au demandeur, soit celle qui donne satisfaction au défendeur, dès lors que l'on admet tenir compte non seulement des dispositions expresses de la loi, mais

(132) Voy. notamment C. HONOROVRS et P. BOUTOUQRY, *Les questions préjudiciales à la Cour d'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2001, 283.

(133) Le considérant que nous visons ici (CA, arrêt 31/96 du 15 mai 1996, B.6.) est présenté *infra* au n^o 313.1.

(134) Sur les 'lacunes législatives', on consultera en général : P. POPPELIER, « De beoording door het Arbitragehof van het ontbreken van een wettelijke regeling », RW, 1996-1997, 1249-1252. A. ALERX, « Ongroenwetelige lacunes in de wetgeving volgens de rechtspraak van het Arbitragehof », in : *Liberté anticorruption Rogier Bijneman*, Brugge, Die Keure, 1998, 655-672. C. HONOROVRS et P. BOUTOUQRY, « La détermination des normes inconstitutionnelles et les questions préjudiciales à la Cour d'arbitrage », APF, 1998, 42-55, spécialement 52-53. C. HONOROVRS et P. BOUTOUQRY, *Les questions préjudiciales à la Cour d'arbitrage, ouvrage précité*, 283-285. S. LUST et P. POPPELIER, « Rechtspraak door het Arbitragehof en de Raad van State door de uitspraak van de vernietigingsbevoegdheid : de positieve en negatieve bijdrage aan de rechtsvorming », RW, 2001-2002, 1210-1224, spécialement 1214-1217. P. VANDERNOOR, « Le même principe préjudiciel devant la Cour d'arbitrage : forces et faiblesses », Rev. Dr. ULB, 25 (2002), 1-106, spécialement 53-67. G. MAZS, *De eigenaardigheid van sociale grondwettelijke theorie* (Amers, 2003). Anvers, Intersentia, 2003, 335-357. « Sancties bij een door het Arbitragehof vastgestelde ongroenwetelijke wetgeving », RW, 2003-2004, 1201-1209, et « Algemene zorgvuldigheidswaarden en aansprakelijkheid voor de wetgevende macht », *Nieuw juridisch Weekblad*, 2004, 398-404. G. ROSOUX et F. TURKENS, « Considérations théoriques et pratiques sur la portée des arrêts de la Cour d'arbitrage », *contribution précitée*, 130-132. P. POPPELIER, « De rechtspraak van het Arbitragehof over lacunes in de wetgeving », TRP, 2005, 284-296, ainsi que J.-Cl. SCHOLZS, « La Cour d'arbitrage et les lacunes législatives », in : *Actes du symposium organisé par la Cour d'arbitrage, la Cour de Cassation et le Conseil d'Etat le 21 octobre 2005 (à paraître)*.

(135) Voy. dans le même sens, l'excellente étude de Robert WALTER, « Überlegungen zum Problem der Rechtslücke, qui méritent pleinement une traduction en langue française (ou néerlandaise), afin de clarifier les termes du débat en Belgique (in : *Sprakeproblemen des öffentlichen Rechts. Gedankenschrift für Kurt Ringhofer*, Vienne, Manz, 1995, 197-220, spécialement 198-201).

Ainsi, WALTER relève que

« le phénomène de la lacune ne se déclare pas lorsqu'on raisonne à partir d'une théorie positiviste du droit. »

Texte original :

[Diese Überlegungen erweisen, daß bei Zugrundelegung eines positivistischen Rechtsbegriffes das Phänomen der Lücke (...) nicht in Erscheinung tritt.] (*contribution précitée*, 198; c'est nous qui soulignons.).

aussi des règles implicites. En effet, si aucune des sources du droit n'a expressément posé une règle attachant telle conséquence juridique à tel type de faits, il résulte de leur silence une règle implicite selon laquelle le type de faits n'entraîne pas la conséquence.» (136)

Si l'on tient compte de ces développements, l'on ne voit pas comment, dans un ordre juridique donné, un acte pourrait ne pas être couvert par une règle de droit. Ce constat vaut non seulement pour le domaine du droit pénal (qui part de la règle de base que tout ce qui n'est pas interdit est permis (137)) mais pour tout acte généralement quelconque : si l'acte entraîne une conséquence en droit, c'est en vertu d'une règle de droit ; s'il n'en entraîne aucune, c'est également en vertu d'une règle de droit.

On peut dès lors affirmer que lorsque le juge constitutionnel belge fait état d'une « lacune de la législation », il ne se trouve pas — nonobstant ses propres affirmations — confronté à un vide juridique mais est en présence d'une règle qui s'applique à la situation en question (138). La spécificité de cette norme réside toutefois en ce qu'elle attache à certains faits des conséquences juridiques différentes de celles que prévoit une autre règle pour des faits analogues. Les décisions que la doctrine désigne par l'expression « arrêts-lacune » (139) représentent donc en réalité des décisions dans lesquelles la Cour d'arbitrage estime qu'une norme juridique a un champ d'application inadéquat, champ qui est délimité d'une manière contraire au principe constitutionnel de l'égalité des Belges devant la loi (140).

Ce n'est pas l'objet ici d'aborder plus en profondeur le débat théorique sur les lacunes législatives, qui intéresse depuis longtemps les philosophes du droit en Europe (141) (142). Pour nos besoins, il

(136) P. MAYER, *Droit international privé*, 5^e édition, Paris, Montchrestien, 1994, 65. C'est nous qui soulignons.

(137) Voy. en France, l'article 5 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789, en Belgique, l'article 12, alinéa 2, de la Constitution, et en Allemagne, l'article 103, alinéa 2, de la Loi fondamentale.

(138) La meilleure preuve en est que le magistrat statue, chose qu'il serait dans l'impossibilité de faire si le problème qu'il est appelé à trancher n'était couvert par aucune norme de droit. On peut d'ailleurs signaler que l'infraction du déni de justice suppose nécessairement l'existence d'une règle de droit pour tout problème juridique : l'obligation faite aux tribunaux de statuer sur toute affaire portée devant eux ne pourrait exister si l'ordre juridique n'avait pas vocation à régler l'intégralité des problèmes de droit.

(139) G. ROSOUX et P. TUIKENS, « Considérations théoriques et pratiques sur la portée des arrêts de la Cour d'arbitrage, contribution précitée », 132.

(140) Sur ce point, voy. *supra*, n° 313.1, et note 149.

(141) Ainsi, le professeur CANNARS estime que si l'existence des lacunes législatives avait été contestée à la fin du 19^e siècle, cette position serait aujourd'hui dépassée (C.W. CANNARS, « De la manière de constater et de combler les lacunes de la loi en Droit allemand », in : *Le problème des*

suffit de relever que si le terme 'lacune de la législation' fait partie de la réalité — nous ne pouvons nier que la Cour l'ait employé dans le considérant B.6. de l'arrêt 31/96 (143) — le phénomène qu'il désigne ne nous semble pas constituer une véritable lacune (144).

313. — Cette observation émise, nous voudrions passer en revue deux des six 'arrêts-lacune', qui opèrent tous selon le même schéma.

313.1 — Dans un arrêt du 15 mai 1996, la Cour d'arbitrage est appelée à répondre à une question préjudicielle que lui pose le Conseil d'Etat en les termes suivants :

« L'article 14, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'Etat (...) viole-t-il l'article 10 de la Constitution, en tant que, prévoyant que la section d'administration du Conseil d'Etat « statue par voie d'arrêts sur les recours en annulation (...) » formés contre les actes et règlements des diverses autorités administratives (...), ledit article 14 s'interprète comme excluant tout recours en annulation d'actes, même administratifs, pris par les assemblées législatives (...) à l'égard des membres de leurs personnels ou des candidats à un recrutement en cette qualité, et prive, par là, ces personnes de tout recours en annulation ? » (145)

À cette question, formulée avec une grande précision (146), la Cour apporte la réponse suivante :

lacunes en droit. Bruxelles, Bruylant, 1968, 161-179, ici 161). Selon cet auteur, un ordre juridique contiendrait une lacune lorsqu'une réglementation légale fait défaut et que cette absence provoque « un sentiment de désaffectation » qui autorise « à parler d'une lacune » (*idem*, 163). Une telle théorie nous paraît beaucoup trop subjective. — Du même auteur, on consultera aussi, en langue allemande, l'ouvrage *Die Feststellung von Lücken im Gesetz* (Berlin, Duncker & Humblot, 1964, 219 pages). — Sur les lacunes législatives, voy. par ailleurs le recueil de travaux publié sous la direction du professeur Ch. PERLHAKANN (*Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1968, 554 pages), recueil qui contient notamment les contributions de P. FOSTERS, « Les lacunes du droit » (9-29), Ch. HURZELANR, « Les mécanismes institués pour combler les lacunes de la loi » (31-66), A.G. COUPE, « Décision, Complétude, Clôture. A propos des lacunes en droit » (67-84), U. KLUG, « Observations sur le problème des lacunes en droit » (85-103), F. TERST, « Les lacunes du droit » (143-160), et Ch. PERLHAKANN, « Le problème des lacunes en droit, essai de synthèse » (537-552). Enfin, on se permet de rappeler la contribution de R. WALTRER, citée *supra*, à la note 139, dont nous avons déjà souligné la grande qualité.

(142) Observons que le Conseil constitutionnel français a également affirmé l'existence de lacunes dans la loi (voy. CC, décisions 317 DC du 18 septembre 1986, considérant 35, et 407 DC du 14 janvier 1999, considérant 31). La question ne semble cependant pas avoir suscité un grand intérêt au sein de la doctrine publiciste française.

(143) Mais dans cet arrêt seulement : dans les arrêts subséquents, le terme n'apparaît plus.

(144) Ce point est essentiel pour nos travaux, et nous voudrions être parfaitement compris : c'est une chose de constater, avec des méthodes scientifiques, ce que la Cour a affirmé dans ses arrêts. Dès lors que les mots lacune de la législation s'y trouvent, nous devons en faire état et l'existence de ces mots ne peut être contestée. Mais de là il ne s'ensuit pas que des lacunes existent véritablement dans la réalité : pour prendre un autre exemple, si la Cour faisait dans sa jurisprudence état de l'existence de lacunes, l'existence de ces animaux ne serait pas établie par le fait que l'existence de l'écorché qui affirme leur existence serait prouvée.

(145) CE belge, arrêt 52/156 du 10 mars 1995 (*de Meester de Betsendorp c/ Région de Bruxelles-Capitale*), *Administration publique mensuelle*, 1995, 69. C'est nous qui soulignons.

(146) H. SIMONARR, note sous CA, arrêt 31/96 du 15 mai 1996, *JT*, 1997, 2-5, ici 3.

« La question préjudicielle, dont il ne peut être contesté qu'elle porte sur une disposition législative, relève de la compétence de la Cour d'arbitrage (...).

Le Conseil d'Etat a été institué en tant que juridiction spécifique en vue d'offrir une protection juridictionnelle supplémentaire à celle des cours et tribunaux, contre les actes administratifs entachés d'illegalité. L'article 14, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat offre à tous les intéressés la possibilité d'introduire un recours en annulation contre « les actes et règlements des diverses autorités administratives ».

Les fonctionnaires qui sont au service d'une autorité administrative peuvent dès lors, pour autant qu'ils justifient de l'intérêt requis, introduire un recours en annulation auprès du Conseil d'Etat contre les actes administratifs de cette autorité. Par contre, les fonctionnaires qui sont au service d'une assemblée législative (...) ne disposent d'aucune possibilité de demander l'annulation d'un acte administratif de cette assemblée.

Les fonctionnaires au service d'une autorité administrative et les fonctionnaires au service d'une assemblée législative – ou, comme en l'espèce, les candidats à un emploi auprès d'une telle assemblée – sont donc traités différemment en ce qui concerne les garanties juridictionnelles (...).

Le caractère propre des assemblées législatives, qui sont éternes et détentrices de la souveraineté, exige que leur indépendance soit pleinement garantie. Toutefois, la nécessité de sauvegarder cette indépendance ne justifie pas que les fonctionnaires des assemblées législatives soient privés d'un recours en annulation contre les actes administratifs de ces assemblées. L'absence de cette garantie juridictionnelle, laquelle est par contre reconnue aux fonctionnaires relevant des autorités administratives, est contraire au principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination : cette absence est disproportionnée au souci légitime de sauvegarder la liberté d'action des élus car l'intérêt protégé par l'institution d'un recours en annulation est aussi réel et légitime chez les fonctionnaires des assemblées législatives que chez ceux des autorités administratives.

Il ne peut être remédié à cette situation que par une intervention du législateur, lors de laquelle il puisse envisager, par regard à l'indépendance qui doit être assurée aux assemblées législatives, de prévoir des garanties spécifiques (...).

Il résulte de ce qui précède que, contrairement à ce qu'affirme l'arrêt de renvoi, la discrimination ne trouve pas son origine dans l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, mais dans une lacune de la législation, à savoir la défaut d'organisation d'un recours en annulation des actes administratifs des assemblées législatives (...).

Par ces motifs, la Cour dit pour droit :

– Le défaut de tout recours en annulation des actes administratifs émanant d'une assemblée législative (...) viole le principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination inscrit aux articles 10 et 11 de la Constitution;

– la discrimination ne trouve pas son origine dans l'article 14, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat;

– la question préjudicielle appelle une réponse négative. » (147)

On le voit, le juge constitutionnel belge répond négativement à la question de savoir si la norme soumise (l'article 14, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat) est contraire à la Constitution, mais relève simultanément, et également dans le dispositif, que la Constitution est violée par le fait qu'une voie de recours n'est pas ouverte à une certaine catégorie de personnes (alors qu'elle l'est à d'autres).

Or, contrairement à ce qu'affirme la Cour d'arbitrage, cette différence de traitement n'est pas due à une lacune législative mais à l'article 14 lui-même : comme le relève très pertinemment le doyen SIMONART,

« si l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat n'existait pas, il n'y aurait pas de discrimination entre les deux catégories de justiciables puisqu'aucun bien elles seraient, dans ce cas, toutes deux privées de tout recours en annulation contre les actes administratifs les concernant. D'où la conclusion logique qui s'impose, selon nous, c'est bien l'existence de l'article 14 (...) dans la mesure où il ne vise que les actes administratifs des autorités administratives (...) qui est à l'origine de la différence de traitement contestée » (148) (149)

*
*
*

Pour ce qui concerne le point sur lequel portent principalement nos recherches – c'est-à-dire la question de savoir si les arrêts-

(147) CA, arrêt 31/96 du 15 mai 1996, considérants B.1.4., B.2.1., B.4.B.6. et dispositif. C'est nous qui soulignons. Pour une présentation plus ample de l'affaire, voy. H. SIMONART, note, *JT*, 1997, 2-6. C. HOKKAWETS, note, *Revue régionale de droit*, 1996, 381-383. A. ALLEN, « Ongründwertige laamens in de wetgeving volgens de rechtspraak van het Arbitragehof, contribution précitée, 657-660, et P. LEWALD, *Contentieux administratif*, 2^e édition, Bruxelles, Larcier, 2002, 568-571.

(148) H. SIMONART, note sous CA, arrêt 31/96 du 15 mai 1996, précitée, 4. C'est nous qui soulignons.

(149) Nous avons dit que toute « découverte » d'une lacune législative doit en réalité s'analyser comme le constat que la délimitation du champ d'application d'une règle législative est contraire au principe d'égalité. Dans l'exemple concret que nous venons de présenter, cette contrariété vient en ce que l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat réserve la possibilité d'introduire un recours en annulation aux seuls citoyens qui entendent attaquer un acte qui émane d'une autorité administrative, en privant de la sorte de la même garantie une autre catégorie de citoyens, à savoir ceux qui souhaitent obtenir l'invalidation d'un acte administratif qui est émis par une Assemblée législative. C'est cette différence de traitement de deux catégories de personnes essentiellement similaires qui est contraire au principe d'égalité. Si la plupart des juristes belges se sont – à tort – résignés à admettre l'existence de « vides » au sein de leur ordre juridique, l'on doit faire observer que le problème auquel la Cour d'arbitrage est confrontée dans l'affaire 31/96 peut parfaitement être résolu sans la moindre référence à la notion de lacune législative : dès lors que l'article 14 atténue lui-même son champ d'application matériel, et c'est donc cette disposition qui est contraire à la Constitution. Il est étonnant de constater que ce raisonnement – très simple – soit si peu répandu.

l'acune peuvent être analysés comme des *interferences obligatoires atypiques* – il convient de relever que la doctrine constitutionnelle belge est unanime pour reconnaître le caractère *injunctif* de ce type de décisions. Ainsi, le professeur André ALÉN note à propos de l'arrêt que nous venons de présenter (et qui constitue sans aucun doute la manifestation la plus célèbre de cette technique) qu'il

«a pour conséquence (...) d'obliger le législateur à intervenir afin de faire cesser la discrimination constatée.» (150)

Presque dans les mêmes termes – mais dans l'autre langue nationale – la référendaire Christine HOREVOERTS relève que la décision «appelle le législateur à intervenir afin de mettre un terme à la discrimination existante.» (151)

D'autres plumes abondent dans le même sens (152).

313.2 – La seconde illustration que nous voudrions donner d'un 'arrêt-lacune' date de 2002 et concerne un problème de droit familial. Dans une décision du 26 juin, la Cour d'arbitrage énonce :

«L'absence de possibilité pour [un] enfant [majeur] de refuser son consentement à sa reconnaissance par une femme, alors que cette possibilité existe dans le cas d'une reconnaissance par un homme, est contraire au principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination contenu dans les articles 10 et 11 de la Constitution. Cette situation n'est toutefois pas une conséquence de la discrimination sur laquelle porte la (...) question préjudicielle, mais de l'absence d'une mesure comparable dans les dispositions relatives à l'établissement de la filiation maternelle.»

(150) A. ALÉN, «Ongroondwetlige lacunes in de wetgeving volgens de rechtspraak van het Arbitragehof», in: *Libert amicorum Roger Blyzantz*, Bruges, Die Keure, 1998, 655-672, ici 660. Texte original :

[Van gewichtiger belang is (...) het niet-eindelijke gevolg van het arrest van het Arbitragehof. Allereerst dient de wetgever op te treden om aan de vastgestelde discriminatie een einde te stellen. »]

(151) C. HOREVOERTS, note sous arrêt 31/96 du 15 mai 1996, *présérite*, 383. Il faut toutefois relever que le verbe 'appeler' est moins précis que celui d'obliger.

(152) P. POERLIER, «De beoordeling door het Arbitragehof van het ontbreken van een wettelijke regeling», *RW*, 1996-1997, 1249-1252, spécialement 1250 (paragraphe 5), C. HOREVOERTS et P. POERLIER, *Les questions préjudicielles à la Cour d'arbitrage, ouvrage préité*, 285, S. Luyt et P. POERLIER, «Rechtspraak door het Arbitragehof en de Raad van State door de titel van de wetgeving», *RW*, 2001-2002, 1210-1224, spécialement 1216 (paragraphe 28), P. VANDERVOORT, «Le mépris du préjudiciel devant la Cour d'arbitrage: forces et faiblesses», *Roev Dr VLB*, 25 (2002), 1-106, spécialement 64-65, G. MARS, *De afwijking van sociale grondrechten*, thèse (Anvers, 2003), Anvers, Intersentia, 2003, 339-340, «Sancties bij een door het Arbitragehof vastgestelde ongrondwettige afwijking van wetgeving», *RW*, 2003-2004, 1201-1209, spécialement 1206, et «Algemene zorgvuldigheidnorm en aansprakelijkheid voor de wetgevende macht», *Nieuw Juridisch Weekblad*, 2004, 398-404, spécialement 400 et 402-403, ainsi que G. ROSSOUX et F. TULKENS, «Considérations théoriques et pratiques sur la portée des arrêts de la Cour d'arbitrage», *contributions préité*, 95-160, spécialement 144.

Il résulte de ce qui précède que (...) l'origine de la discrimination réside dans l'absence d'une disposition comparable à l'article 319, §2, ldu Code civil belge dans les dispositions relatives à l'établissement de la filiation maternelle.

Par ces motifs, la Cour dit pour droit :

1. L'absence de possibilité pour un enfant majeur de refuser son consentement à sa reconnaissance par une femme, alors que cette possibilité existe dans le cas de reconnaissance par un homme, viole les articles 10 et 11 de la Constitution.

2. L'origine de la discrimination ne réside pas dans l'article 319, §2, du Code civil. » (153).

Le procédé est identique à l'exemple précédent : la Cour d'arbitrage déclare la norme soumise *conforme* à la Constitution mais précise que le législateur doit mettre fin à «l'absence d'une législation comparable» (154) dans le cas d'espèce.

*

*

314. – C'est par cette illustration que nous voudrions clore la présente section consacrée aux constats d'inconstitutionnalité émis par la Cour d'arbitrage, et avec elle, le premier chapitre (155) relatif aux *techniques atypiques* dans le domaine des injonctions de légiférer. Il importe maintenant de brièvement présenter l'autre hypothèse des injonctions non standardisées, à savoir les *énoncés atypiques* (chapitre 2).

ANNEXE LA SECTION 3 :

RÉPARTITION DES 164 CONSTATS DE VIOLATION MENTIONNÉS

SUPPLÉ AU N° 306 SUR LES DIFFÉRENTS CHERS D'INCONSTITUTIONNALITÉ

Dans 146 cas, la déclaration d'inconstitutionnalité est basée sur une violation du principe d'égalité et de non-discrimination (156) (157), dans treize cas,

(153) CA, arrêt 112/2002 du 26 juin 2002 (considérants B. 6., dernier alinéa, B. 7. et dispositif).

C'est nous qui soulignons.

(154) Pour reprendre les termes mêmes de l'arrêt que nous venons de citer.

(155) Comprenant les nos 284 à 314.

(156) Articles 10 et 11 de la Constitution. Ces deux dispositions sont, aux termes de la jurisprudence de la Cour d'arbitrage, l'expression d'un même principe et donc indissolublement liés (CA, arrêts 37/97 du 8 juillet 1997, considérant B. 4., et 132/98 du 9 décembre 1998, considérant B. 3., alinéa 1^{er}) : il n'est donc pas opportun de distinguer selon que la violation concerne le seul article 10, le seul article 11 ou les deux dispositions à la fois. On signale par ailleurs que ces deux dispositions contiennent implicitement une exigence de *proportionnalité* (CA, arrêt 40/2003 du 9 avril 2003, considérant B. 23.2., alinéa 1^{er}, c'est nous qui soulignons) et la condition «du raisonnable» (CA, arrêt 88/2004 du 19 mai 2004, considérant B. 27., c'est nous qui soulignons). Enfin, selon une jurisprudence récente, mais déjà plusieurs fois répétée, toute violation d'un droit fondamental «constitue *ipso facto* une violation des articles 10 et 11 de la Constitution (CA, arrêts 136/2004 du 23 juillet 2004, considérant B. 5.3., 158/2004 du 20 octobre 2004, considérant B. 5.2., 162/2004 du 20 octobre 2004, considérant B. 2.3., 202/2004 du 21 décembre 2004,

elle repose sur une transgression des règles constitutionnelles de répartition des

considérant B.2.2. et 16/2005 du 19 janvier 2005, considérant B.2.3.: usage des italiques, par la Cour, sur ce point voy. aussi G. Maes, «De uithetding door het Arrbisdragelof van zijn referent-tionomen met alle verdragrechtelijke grondrechtshetepalingen die België verbinden», *EW*, 2004-2005, 875-878).

(157) Voy. les arrêts (1) 39/90 du 21 décembre 1990 (considéranants B.4.3.1.-B.6. et dispo-sition), (2) 41/91 du 19 décembre 1991 (considéranants B.5.-B.8. et dispo-sition), (3) 63/92 du 8 octobre 1992 (considéranants B.3.1.-B.3.3 et dispo-sition), (4) 77/92 du 17 décembre 1992 (considéranants B.4. et al. 2, et dispo-sition), (5) 83/93 du 22 avril 1993 (considéranants B.2. al. 3 et 4, et dispo-sition), (6) 88/93 du 19 mai 1993 (considéranants B.5., B.6. et dispo-sition), (7) 39/93 du 19 mai 1993 (considéranants B.4. al. 2, et dispo-sition), (8) 57/93 du 8 juillet 1993 (considéranants B.13.2. et dispo-sition), (9) 6/94 du 20 janvier 1994 (considéranants B.4.1., B.4.2., B.4.3. et dispo-sition), (10) 9/94 du 27 janvier 1994 (considéranants B.6.3. et dispo-sition), (11) 25/94 du 22 mars 1994 (considéranants B.5.1., B.5.2. et dispo-sition), (12) 42/94 du 19 mai 1994 (considéranants B.5.1., B.5.2. et dispo-sition), (13) 62/94 du 14 juillet 1994 (considéranants B.6. B.7. et dispo-sition), (14) 82/94 du 1^{er} décembre 1994 (considéranants B.9. et dispo-sition), (15) 19/95 du 2 mars 1995 (considéranants B.2.4. et dispo-sition), (16) 22/95 du 2 mars 1995 (considéranants B.8. et dispo-sition), (17) 25/95 du 21 mars 1995 (considéranants B.4.3., B.4.4. et dispo-sition), (18) 74/95 du 9 novembre 1995 (considéranants B.3.2. et dispo-sition), (19) 83/95 du 14 décembre 1995 (considéranants B.7. et dispo-sition), (20) 39/96 du 27 juin 1996 (considéranants 77/96 du 18 décembre 1996 (considéranants B.3., B.4. et dispo-sition), (23) 7/97 du 19 février 1997 (considéranants B.4.6., B.4.7. et dispo-sition), (24) 10/97 du 5 mars 1997 (considéranants B.5., 1^{er} phrase, B.8. et dispo-sition), (25) 11/97 du 5 mars 1997 (considéranants B.4.1., B.4.2. et dispo-sition), (26) 15/97 du 18 mars 1997 (considéranants B.11. et dispo-sition), (27) 35/97 du 12 juin 1997 (considéranants B.5.2., B.6. et dispo-sition), (28) 40/97 du 14 juillet 1997 (considéranants B.5.3. et dispo-sition), (29) 45/97 du 14 juillet 1997 (considéranants B.8. et dispo-sition), (30) 49/97 du 14 juillet 1997 (considéranants 4.2. et dispo-sition), (31) 54/97 du 18 juillet 1997 (considéranants B.16 et dispo-sition), (32) 64/97 du 6 novembre 1997 (considéranants B.5.-B.6 et dispo-sition), (33) 66/97 du 6 novembre 1997 (considéranants B.4.-B.5 et dispo-sition), (34) 3/98 du 14 janvier 1998 (considéranants B.7. et dispo-sition), (35) 5/98 du 21 janvier 1998 (considéranants B.8.1.-8.2. et dispo-sition), (36) 20/98 du 18 février 1998 (considéranants B.5.1.-B.5.2 et dispo-sition), (37) 21/98 du 18 février 1998 (considéranants B.8.-B.9. et dispo-sition), (38) 31/98 du 18 mars 1998 (considéranants B.12. et dispo-sition), (39) 53/98 du 20 mai 1998 (considéranants B.7.1.-B.7.2. et dispo-sition), (40) 55/98 du 20 mai 1998 (considéranants B.6.-B.7. et dispo-sition), (41) 57/98 du 27 mai 1998 (considéranants B.5. et dispo-sition), (42) 72/98 du 17 juin 1998 (considéranants B.6. 98 du 7 juillet 1998 (considéranants B.9.3. et dispo-sition), (43) 80/98 du 7 juillet 1998 (considéranants B.5. et dispo-sition), (44) 81/98 du 7 juillet 1998 (considéranants B.4., alinéa 2, B.5. et dispo-sition), (44) 81/98 du 7 juillet 1998 (considéranants B.9.3. et dispo-sition), (45) 82/98 du 7 juillet 1998 (considéranants B.5. et dispo-sition), (46) 87/98 du 15 juillet 1998 (considéranants B.7. et dispo-sition), (47) 89/98 du 15 juillet 1998 (considéranants B.6. et dispo-sition), (48) 92/98 du 15 juillet 1998 (considéranants B.5. et dispo-sition), (49) 122/98 du 3 décembre 1998 (considéranants B.4.B.5. et dispo-sition), (50) 132/98 du 9 décembre 1998 (considéranants B.5. et dispo-sition), (51) 45/99 du 20 avril 1999 (considéranants B.5. et dispo-sition), (52) 54/99 du 26 mai 1999 (considéranants B.4.B.5. et dispo-sition), (53) 73/99 du 30 juin 1999 (considéranants B.7. et dispo-sition), (54) 80/99 du 30 juin 1999 (considéranants B.6. et dispo-sition), (55) 98/99 du 15 septembre 1999 (considéranants B.4.-B.5. et dispo-sition), (56) 99/99 du 15 septembre 1999 (considéranants B.9.3. et dispo-sition), (57) 119/99 du 10 novembre 1999 (considéranants B.9. et dispo-sition), (58) 128/99 du 7 décembre 1999 (considéranants B.9. et 1^{er} point du dispo-sition), (59) 131/99 du 7 décembre 1999 (considéranants B.4., B.5.5. et dispo-sition), (60) 132/99 du 7 décembre 1999 (considéranants B.6.3. et dispo-sition), (61) 5/2000 du 19 janvier 2000 (considéranants B.6. et dispo-sition), (62) 6/2000 du 19 janvier 2000 (considéranants B.4., B.5. et dispo-sition), (63) 18/2000 du 9 février 2000 (considéranants B.5. et dispo-sition), (64) 44/2000 du 8 avril 2000 (considéranants B.6.3. et dispo-sition), (65) 45/2000 du 3 mai 2000 (considéranants B.5. et dispo-sition), (66) 53/2000 du 3 mai 2000 (considéranants B.7. et dispo-sition), (67) 61/2000 du 25 mai 2000 (considéranants B.5.3., B.5.4. et dispo-sition), (68) 65/2000 du 30 mai 2000 (considéranants B.5. et dispo-sition), (69) 75/2000 du 21 juin 2000 (considéranants B.4. et dispo-sition), (70) 79/2000 du 21 juin 2000 (considéranants B.5.3. et dispo-sition), (71) 80/2000 du 21 juin 2000 (considéranants B.2.3. et dispo-sition), (72) 85/2000 du 5 juillet 2000 (considéranants B.4.1.-4.2. et dispo-sition), (73) 96/2000 du 20 septembre 2000 (considéranants B.7.2. et dispo-sition), (74) 99/2000 du 4 octobre 2000 (considéranants B.8. et dispo-sition), (75) 121/2000 du 29 novembre 2000 (considéranants B.5., B.9. et dispo-sition), (76) 129/2000 du 6 décembre 2000 (con-

des compétences (158), dans quatre cas, elle est motivée par une contrainte à

sidéranants B.5., B.6. et dispo-sition), (77) 13/2001 du 14 janvier 2001 (considéranants B.3., B.5., alinéa 2, et dispo-sition), (78) 22/2001 du 1^{er} mars 2001 (considéranants B.8. et dispo-sition), (79) 23/2001 du 1^{er} mars 2001 (considéranants B.7. et dispo-sition), (80) 43/2001 du 29 mars 2001 (considéranants B.5.5. et dispo-sition), (81) 78/2001 du 7 juin 2001 (considéranants B.7., B.8. et dispo-sition), (82) 79/2001 du 7 juin 2001 (considéranants B.6., B.7. et dispo-sition), (83) 88/2001 du 21 juin 2001 (considéranants B.6., B.7. et dispo-sition), (84) 106/2001 du 13 juillet 2001 (considéranants B.5. et dispo-sition), (85) 117/2001 du 3 octobre 2001 (considéranants B.8. et dispo-sition), (86) 119/2001 du 10 octobre 2001 (considéranants B.10. et dispo-sition), (87) 125/2001 du 16 octobre 2001 (considéranants B.4.-B.6. et dispo-sition), (88) 141/2001 du 6 novembre 2001 (considéranants B.4.-B.5. et dispo-sition), (89) 142/2001 du 6 novembre 2001 (considéranants B.8. et dispo-sition), (90) 147/2001 du 20 novembre 2001 (considéranants B.6. et dispo-sition), (91) 154/2001 du 28 novembre 2001 (considéranants B.8. et dispo-sition), (92) 162/2001 du 19 décembre 2001 (considéranants B.5.2., B.5.3. et dispo-sition), (93) 163/2001 du 19 décembre 2001 (considéranants B.5. et dispo-sition), (94) 2/2002 du 9 janvier 2002 (considéranants B.6.2. et dispo-sition), (95) 10/2002 du 9 janvier 2002 (considéranants B.5.2., B.5.3., B.5.5. et dispo-sition), (96) 11/2002 du 16 janvier 2002 (considéranants B.5.3. et dispo-sition), (97) 22/2002 du 23 janvier 2002 (considéranants B.8. et dispo-sition), (98) 32/2002 du 6 février 2002 (considéranants B.6. et dispo-sition), (99) 35/2002 du 13 février 2002 (considéranants B.6. et dispo-sition), (100) 38/2002 du 20 février 2002 (considéranants B.7.5., B.27.3. et dispo-sition), (101) 48/2002 du 13 mars 2002 (considéranants B.4. et dispo-sition), (102) 69/2002 du 28 mars 2002 (considéranants B.12. et dispo-sition), (103) 70/2002 du 18 avril 2002 (considéranants B.14., B.22. et dispo-sition), (104) 108/2002 du 26 juin 2002 (considéranants B.7.5. et dispo-sition), (105) 109/2002 du 26 juin 2002 (considéranants B.6. et dispo-sition), (106) 147/2002 du 15 octobre 2002 (considéranants B.17.5. et dispo-sition), (107) 155/2002 du 6 novembre 2002 (considéranants B.8. et dispo-sition), (108) 183/2002 du 11 décembre 2002 (considéranants B.3.7. et dispo-sition), (109) 187/2002 du 19 décembre 2002 (considéranants B.9.-B.10. et dispo-sition), (110) 17/2003 du 28 janvier 2003 (considéranants B.3. et dispo-sition), (111) 191/2003 du 30 janvier 2003 (considéranants B.5.-B.6. et dispo-sition), (112) 20/2003 du 30 janvier 2003 (considéranants B.3. et dispo-sition), (113) 22/2003 du 12 février 2003 (considéranants B.3.2. et dispo-sition), (114) 25/2003 du 12 février 2003 (considéranants B.4. et dispo-sition), (115) 54/2003 du 30 avril 2003 (considéranants B.7. et dispo-sition), (116) 55/2003 du 30 avril 2003 (considéranants B.8. et dispo-sition), (117) 66/2003 du 14 mai 2003 (considéranants B.7.2. et 1^{er} point du dispo-sition), (118) 106/2003 du 22 juillet 2003 (considéranants B.7.1.-B.7.8. et dispo-sition), (119) 137/2003 du 22 octobre 2003 (considéranants B.7.3. et dispo-sition), (120) 140/2003 du 29 octobre 2003 (considéranants B.7.3. et dispo-sition), (121) 153/2003 du 26 novembre 2003 (considéranants B.4. et dispo-sition), (122) 169/2003 du 17 décembre 2003 (considéranants B.5. et dispo-sition), (123) 8/2004 du 21 janvier 2004 (considéranants B.4. et dispo-sition), (124) 14/2004 du 21 janvier 2004 (considéranants B.7. et dispo-sition), (125) 38/2004 du 10 mars 2004 (considéranants B.7.2. et dispo-sition), (126) 53/2004 du 24 mars 2004 (considéranants B.6. et dispo-sition), (127) 79/2004 du 12 mai 2004 (considéranants B.11.3. et 2^e point du dispo-sition), (128) 79/2004 du 12 mai 2004 (considéranants B.8. et dispo-sition), (129) 81/2004 du 12 mai 2004 (considéranants B.7.3. et dispo-sition), (130) 105/2004 du 16 juin 2004 (considéranants B.7.4. et 2^e point du dispo-sition), (131) 120/2004 du 30 juin 2004 (considéranants B.8., alinéa 2, et dispo-sition), (132) 136/2004 du 22 juillet 2004 (considéranants B.7.5., B.10., B.14., B.21.1., B.21.2. et 3^e point du dispo-sition), (133) 141/2004 du 22 juillet 2004 (considéranants B.6.3. et 2^e point du dispo-sition), (134) 175/2004 du 3 novembre 2004 (considéranants B.8. et dispo-sition), (135) 176/2004 du 3 novembre 2004 (considéranants B.5., B.6. et dispo-sition), (136) 184/2004 du 16 novembre 2004 (considéranants B.6. et 1^{er} point du dispo-sition), (137) 186/2004 du 16 novembre 2004 (considéranants B.5. et dispo-sition), (138) 6/2005 du 12 janvier 2005 (considéranants B.5.2. et dispo-sition), (139) 13/2005 du 19 janvier 2005 (considéranants B.9.2. et 2^e point du dispo-sition), (140) 17/2005 du 19 janvier 2005 (considéranants B.4.4. et dispo-sition), (141) 18/2005 du 19 janvier 2005 (considéranants B.4.4. et dispo-sition), (142) 30/2005 du 9 février 2005 (considéranants B.4.3. et dispo-sition), (143) 57/2005 du 16 mars 2005 (considéranants B.9.2. et dispo-sition), (144) 68/2005 du 13 avril 2005 (considéranants B.5. et dispo-sition), (145) 103/2005 du 1^{er} juin 2005 (considéranants B.6., B.7. et dispo-sition) et (146) 118/2005 du 30 juin 2005 (considéranants B.10., B.11. et 2^e point du dispo-sition). Cette liste est basée sur un dépouillement systématique de la jurisprudence de la Cour depuis le 5 avril 1985 (arrêt 1) jusqu'au 1^{er} juillet 2005 (arrêt 118/2005 inclus).

La liberté constitutionnelle de l'enseignement (159), et dans un cas, elle est fondée sur une transgression des articles 10, 11 et 24 de la Constitution à la fois (160).

(158) À savoir les arrêts (1) 44 du 23 décembre 1987 (considérant B.7.f. et dispositif; transgression de l'article 12 [aménagement 7] de la Constitution), (2) 46 du 11 février 1988 (considérants B.5.3, B.5.4. et dispositif; transgression de l'article 146 [aménagement 94] de la Constitution), (3) 56 du 2 juin 1988 (considérant 4.B.2.c. et dispositif; transgression de l'article 170 [aménagement 119] de la Constitution), (4) 57 du 2 juin 1988 (considérant 4.B.4.c. et dispositif; transgression de l'article 170 [aménagement 110] de la Constitution), (5) 19/89 du 5 juillet 1989 (considérant 4.B.2.c. et dispositif; transgression de l'article 170 [aménagement 110] de la Constitution), (6) 41/90 du 21 décembre 1990 (considérant B.3.-B.4. et dispositif; transgression de l'article 146 [aménagement 94] de la Constitution), (7) 13/92 du 27 février 1992 (considérants 5.B.2., 5.B.3. et dispositif; transgression des articles 12 et 15 [aménagement 7 et 10] de la Constitution), (8) 38/92 du 7 mai 1992 (considérant B.3.2. et dispositif; transgression de l'article 170 [aménagement 157, alinéa 3, [aménagement 105, alinéa 3.] de la Constitution), (9) 48/93 du 24 juin 1993 (considérant B.5., *in fine*, et dispositif; transgression de l'article 146 de la Constitution), (10) 92/99 du 15 juillet 1999 (considérants B.5., B.6., dernier alinéa, B.7., et dispositif; transgression des articles 12, 14 et 15 de la Constitution), (11) 27/2001 du 1^{er} mars 2001 (considérant B.5., *in fine*, et dispositif; transgression de l'article 170 de la Constitution), (12) 124/2001 du 16 octobre 2001 (considérants B.6., B.7., B.9. et dispositif; transgression de l'article 170 de la Constitution), (13) 113/2005 du 30 juin 2005 (considérants B.6., B.7., B.9. et dispositif; transgression de l'article 170 de la Constitution). La liste présentée dans la présente note est basée sur un dépouillement systématique de la jurisprudence de la Cour depuis le 5 avril 1985 (arrêt 1) jusqu'au 1^{er} juillet 2005 (arrêt 118/2005 inclus).

(159) Article 24 de la Constitution. Voy. les arrêts (1) 27/95 du 21 mars 1995 (considérants B.8., B.9. et dispositif), (2) 38/96 du 27 juin 1996 (considérants B.4.3., B.5.4. et dispositif), (3) 36/97 du 19 juin 1997 (considérants B.6.-B.7. et dispositif) et (4) 58/2000 du 17 mai 2000 (comment systématique de la jurisprudence de la Cour depuis le 5 avril 1985 (arrêt 1) jusqu'au 1^{er} juillet 2005 (arrêt 118/2005 inclus)).

(160) À savoir l'arrêt 14/2000 du 2 février 2000, considérants B.3.4., B.4.1., B.4.3. et dispositif. La liste présentée dans la présente note est basée sur un dépouillement systématique de la jurisprudence de la Cour depuis le 5 avril 1985 (arrêt 1) jusqu'au 1^{er} juillet 2005 (arrêt 118/2005 inclus).

CHAPITRE 2 ÉNONCÉS ATYPIQUES

315. — Après avoir étudié l'hypothèse où une même caractéristique non standardisée est présente dans une pluralité d'injonctions, il convient d'aborder le problème des injonctions non standardisées qui sont *variées* en leur genre, c'est-à-dire qui présentent un trait atypique qui leur est *propre*. Comme ce point est d'une assez faible importance dans l'étude générale des interdictions obligatoires, nous pouvons être très bref sur ce point et nous limiter à une seule illustration, tirée de la jurisprudence constitutionnelle française.

* * *

316. — Dans une décision récente, rendue sous le gouvernement Jospin, le Conseil constitutionnel est saisi de la loi de financement de la sécurité sociale de 2002 (161). Les juges de la rue de Montpensier y énoncent que

«Il apparaissait en cours d'année que les conditions générales de l'équilibre financier des régimes obligatoires de base de la sécurité sociale étaient remises en cause, il appartenait au Gouvernement de soumettre au Parlement les ajustements nécessaires dans une loi de financement de la sécurité sociale pour l'année 2003» (162).

Uniquement en son genre, cet énoncé est particulièrement intéressant : il constitue, comme nous voudrions maintenant l'expliquer, une injonction *conditionnelle* et *indirecte*.

316.1 — Débutons avec l'aspect le plus simple de l'énoncé, sa *conditionnalité*. Celle-ci ressort à suffisance des termes

«s'il apparaissait (...) que».

L'élément 'déclencheur' de l'interférence tient en l'occurrence en la perturbation de

«l'équilibre financier des régimes obligatoires de base de la sécurité sociale»;

(161) Loi n° 2001-1246 du 21 décembre 2001, J.O. 26 décembre.
(162) OC, décision 453 DC du 18 décembre 2001, considérant 6. C'est nous qui soulignons.

autrement dit, c'est quand cet équilibre est mis en cause que l'obligation de production normative naît. Jusque-là, l'analyse de l'énoncé ne pose aucun problème; nous venons simplement de retracer le *modus operandi* d'une injonction conditionnelle (163) (164).

316.2 - Dans l'énoncé qui nous intéresse ici, les choses se compliquent cependant en raison d'un élément supplémentaire, tout à fait spécifique: la désignation du *destinataire* de l'interférence. Formellement, l'habilitation de production normative n'est en effet pas adressée au *législateur* mais au *gouvernement*:

«Considérant (...) que (...) s'il apparaissait en cours d'année que les conditions générales de l'équilibre financier des régimes obligatoires de base de la sécurité sociale étaient remises en cause, il appartiendrait au Gouvernement de soumettre au Parlement les ajustements nécessaires dans une loi de financement de la sécurité sociale pour l'année 2003».

Or, en dépit de cette formulation, c'est le *législateur* qui est le véritable destinataire de l'interférence; c'est en définitive *lui* qui est chargé de son exécution.

Pour comprendre ce point, il convient de relever qu'en France, le domaine de la sécurité sociale est protégé par une stricte *réserve de loi*: les articles 34 et 47-1 de la Constitution soumettent toute dépense à une autorisation *législative*. Or, dans ces circonstances, on ne voit pas comment le *gouvernement* pourrait utilement se conformer à l'obligation de production normative sans faire intervenir le législateur: si vraiment il devait y avoir une perturbation de

¹⁶³l'équilibre financier des régimes obligatoires de base de la sécurité sociale,

la moindre mesure de réaction nécessiterait l'accord du *Parlement*. Cette précision est essentielle pour comprendre la véritable portée de l'énoncé que nous venons de présenter. En effet, lorsque le juge constitutionnel oblige le gouvernement à

«soumettre au Parlement les ajustements nécessaires dans une loi de financement de la sécurité sociale pour l'année [en question]»,

(163) Sur cette catégorie d'interférences, voy. *supra*, n° 286-290.

(164) Précisons que la survenance de cet événement est soustraite à la maîtrise du destinataire de l'interférence: la perte de l'équilibre financier de la Sécurité sociale est en effet générée par un besoin de soins médicaux qui excède le montant généré par les cotisations des personnes actives. Il s'agit là de paramètres qui ne dépendent pas, en tant que tels, du destinataire de l'interférence. Celui-ci peut certes en prévoir l'évolution dans les grandes lignes, mais il demeure incertain de *concrètement* influencer le nombre de personnes malades; cette donnée au moins (le sans doute également le nombre précis de cotisants, qui dépend largement de la structure d'âge de la population) échappe à sa maîtrise.

il sous-entend que ce projet soit *adopté* (car sans une intervention législative, aucun remède n'est porté au déséquilibre en question): seule la production d'une norme *législative* peut effectivement mettre fin au problème constaté. Il apparaît de la sorte que le *véritable* destinataire de l'interférence est le Pouvoir *législatif*, bien que le destinataire *formel* en soit le Pouvoir réglementaire.

Le caractère *indirect* de l'interférence peut également être exprimé dans un langage plus abstrait: si nous désignons le concept de 'normes réglementaires' par le symbole NR et le concept de 'normes législatives' par l'expression NL, l'énoncé que nous venons de présenter revient à écrire

H + O (O1, O2, O3, ... On) → NR

là où il convient en réalité d'entendre

H + O (O1, O2, O3, ... On) → NL.

L'injonction, d'apparence adressée au *gouvernement*, vise le *législateur*: le devoir du gouvernement de présenter un projet de loi au Parlement ne peut porter de fruits *que s'il est ensuite adopté*; pour constituer un remède *effectif*, l'approbation du projet par le Pouvoir législatif, et donc la *production d'une norme législative*, est nécessaire (165).

317. - Les deux caractéristiques atypiques de l'énoncé (sa *conditionnalité* et son caractère *indirect*) sont ainsi clairement apparents: l'obligation de production normative n'existe que *si* se réalise un événement dont la survenance est soustraite à la maîtrise du destinataire de l'interférence; et cette obligation, quoique formellement adressée au Pouvoir réglementaire, vise le Pouvoir législatif. Unique en son genre, l'interférence doit être considérée comme un *énoncé* atypique.

(165) Notre thèse, selon laquelle l'interférence contenue dans la décision 453 DC s'adresse en réalité au *législateur* est implicitement confirmée par Didier RIBES dans une contribution de 2002. Cet auteur assimile la présente décision à la décision 437 DC du 19 décembre 2000, qui contient une *interférence expressément* adressée au législateur (considérant 18) (voy. D. RIBES, *RFD*, 2002, 388-410, spécialement 400-401). Sur la décision 453 DC, voy. aussi J.-E. SIBERTIN, «La loi de financement de la sécurité sociale pour 2002 devant le Conseil constitutionnel, *Les petites affi-* ches, 31 décembre 2001, 14-24.

CONCLUSION DE LA TROISIÈME PARTIE

318. — Au terme de la partie consacrée aux injonctions, trois conclusions majeures semblent pouvoir être tirées.

318.1 — On peut premièrement relever que les injonctions sont présentes dans tous les pays de notre champ de recherche (166). Les interférences obligatoires 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 » (167), 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. Cet important constat *concorde* avec celui que nous avons déjà effectué au cours de la seconde partie, consacrée aux lignes directrices (168).

318.2. — Le deuxième constat est *différent* de celui émis pour les lignes directrices : contrairement aux interférences non obligatoires (169), les injonctions peuvent revêtir différents degrés d'*intensité*.

L'intensité de l'obligation de production normative peut être influencée de différentes manières, notamment par l'édiction d'un *délai* dans lequel cette production doit être réalisée. Une autre manière de moduler l'intensité du devoir de légiférer consiste en la *formulation de mesures provisoires*. Ces règles législatives évitent en effet la naissance d'un 'vide juridique' et rendent ainsi *moins impérieuse* une nouvelle intervention du législateur : la meilleure illustration en constitue l'arrêt *AWACS* de la Cour constitution-

(166) Même si leur nombre est très faible en France et la majorité des cas de figure provisionnent d'Allemagne. Comme nous avons pu montrer plus haut, cette différence quantitative s'explique toutefois par un certain nombre d'éléments (*supra*, n° 152.1).

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

(168) *Supra*, n° 194.1.

(169) *Supra*, n° 154 et 194.2.

nelle allemande (170), dans lequel la réglementation provisoire semble à ce point satisfaisante que le législateur la laisse subsister depuis maintenant plus de dix ans, nonobstant l'obligation qui est la sienne d'élaborer *lui-même* de nouvelles dispositions.

Du point de vue de leur capacité de moduler l'intensité d'une injonction de légiférer, il existe cependant une *différence* entre la fixation d'un délai et l'édiction de mesures provisoires : alors qu'un délai est susceptible d'*augmenter* et de *diminuer* l'intensité de l'obligation de production normative (nous avons souligné que la technique des délais est, en tant que telle, neutre (171)), la formulation de mesures provisoires a systématiquement pour effet d'*alléger* l'obligation qui pèse sur le législateur de réagir.

318.3 — Troisièmement, on peut relever que *tous* les pays de notre champ de recherche connaissent des formes *atypiques* d'injonctions, dont nous avons pu fournir quelques illustrations (172). Ce phénomène est particulièrement important en Belgique (173).
*
*

319. — Après avoir étudié, au cours des deuxième et troisième parties, les différentes manifestations des lignes directrices et injonctions, il convient de *conclure* notre travail et de présenter ses principaux résultats. Cet exposé prendra comme point de départ l'*effectivité de la justice constitutionnelle*.

CONCLUSION GÉNÉRALE

320. — Le temps est venu de conclure.

Il est devenu banal de lire dans la presse ou dans des écrits juridiques plus spécialisés que l'on assiste à une « montée en puissance » (1) du juge constitutionnel, à « l'ascension du juge constitutionnel » (2) ou à « [l']Excelsior du Palais Royal » (3). L'influence de la justice constitutionnelle sur la vie juridique est de plus en plus perceptible : on assiste non seulement à une « juridicisation » de la vie politique (4) mais plus généralement à une « constitutionnalisation » (5) du droit.

Cette « coloration progressive des branches du droit par le « Constitutionnel » » (6) a des raisons beaucoup plus profondes que le simple désir des constitutionnalistes de gagner en influence : l'affirmation selon laquelle

(1) P. AVRIL et J. GILQUER, *Le conseil constitutionnel*, 4^e édition, Paris, Montchrestien, 1998, 54 et 118.

(2) J.-M. GARIBON-LACRANEN, « Les parternaires du Conseil constitutionnel ou De la fonction interpellatrice des juges », *RDJ*, 1986, 651.

(3) J.-F. AUBERT, « L'Excelsior du Palais Royal, ou l'imprévisible ascension du Conseil constitutionnel français », in : *Im Dienst an der Gemeinshaft, Festschrift für Dietrich Schindler zum 65. Geburtstag*, Bale et Francofort-sur-le-Main, Helbing & Lichtenhahn, 1989, 655-672.

(4) B. FRANÇOIS, « Le Conseil constitutionnel et la Cinquième République. Réflexions sur l'émergence et les effets du contrôle de constitutionnalité en France », *RFP*, 1997, 394.

(5) Voy. notamment L. FAVORIS, « La constitutionnalisation de l'ordre juridique. Considérations générales », *RDD*, 1988, 233-243. Si la paternité de cette expression aujourd'hui fréquemment utilisée est généralement attribuée à cet auteur, il semble que l'écrivain le plus ancien qui l'emploie de manière expresse soit, du moins à notre connaissance, une contribution du professeur Adolphe POSADY, doyen de la Faculté de droit de Madrid, de 1935 ; le terme figure également dans une contribution du professeur Denis LÉVY de 1974 (voy. A. POSADY, « Socialisation et Constitutionnalisation du Droit politique. Vers une théorie politique et sociale de l'État », *Revue de droit constitutionnel français et étranger*, 1985, 15, et D. LÉVY, « Le rôle de la coutume et de la jurisprudence dans l'élaboration du droit constitutionnel », *Mélanges offerts à Marcel Waline*, tome I, Paris, LGDJ, 1974, 39).

(6) Pour utiliser l'expression de L. FAVORIS, « L'apport du Conseil constitutionnel au droit public », *Pouvoir*, 13 (1980), 18, ou celle de N. MORISSIS qui parle de « l'irrigation du droit » par les décisions du juge constitutionnel (*Pouvoir*, 105 [2003], 89). Du premier auteur l'on signalera aussi la contribution « L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les diverses branches du droit », in : *Hiéretiques, Études en l'honneur de Leo HANON*, Paris, Economica, 1982, 235-244. On relèvera enfin les notes de l'auteur du 3^e Congrès de l'ARC tenu à Dijon en juin 1996, parus sous la direction de B. MARTINEU et M. VERBEAUX, *La constitutionnalisation des branches du droit*, Paris et Aix-en-Provence, Economica et PUAM, 1998, 204 pages.

(170) *Supra*, n° 270.

(171) *Supra*, n° 223.4.

(172) Voy. *supra*, nos 284-317.

(173) Voy. *supra*, nos 301-313.

«ce que ces constitutionnalistes dénomment «constitutionnalisation du droit» n'est en fait pas autre chose qu'une vaste opération d'«enfranchissement» des professionnels des autres branches du droit, dans le but d'étendre au sein du champ juridique la validité juridique et pratique de leur savoir» (7)

paraît inexacte, de même qu'il semble excessif de soutenir que

«l'objectif de ces constitutionnalistes était bien d'inverser la hiérarchie disciplinaire (indissociablement symbolique et pratique) entre les différentes branches du droit (...)» (8)

L'évolution qui est intervenue n'obéit en effet pas à une stratégie au service de certains intérêts *subjectifs* mais découle directement d'un constat *objectif* : il est désormais reconnu que la norme législative *peut mal faire* (9).

C'est l'abandon de l'absolutisme de la loi (10) qui est à la base de la «constitutionnalisation du droit». En reconnaissant les erreurs de la conception rousseauiste de la loi (11) et en créant des organes

(7) B. FRANÇOIS, «Le Conseil constitutionnel et la Cinquième République, Réflexions sur l'émergence et les effets du contrôle de constitutionnalité en France», *Contribution précitée*, 381.
(8) *Ibidem*, 380. L'on n'omettra pas de relever qu'après avoir dénoncé la stratégie des constitutionnalistes qui veulent «inverser la hiérarchie entre les différentes branches du droit», *ibidem*, l'auteur, qui est *politologue et s'intéresse notamment à la sociologie des institutions*, déplore que l'on «assiste aujourd'hui dans le champ des études constitutionnelles à un abandon presque complet de l'analyse *politique* des phénomènes institutionnels au profit du discours exclusif de la *technique juridique*» (382) alors que les juristes sont à l'origine d'une «histoire mythologique» (*ibidem*) du contrôle de constitutionnalité. L'auteur estime par ailleurs que «[p]our comprendre la transformation des fonctions prêtées au contrôle de constitutionnalité (...), il faudrait alors proposer (...) une analyse *sociologique* des transformations pratiques et cognitives des conceptions de l'État» (388) puisqu'il «est (...) possible de rendre compte, de façon *réaliste* [sic], des transformations de [la juridiction constitutionnelle] et de son image qu'à la condition de rompre avec certains *présupposés* [sic] de l'analyse *juridique* des institutions» (383) (C'est nous qui soulignons). Nous est-il permis de demander à l'auteur, *politologue et sociologue*, si son analyse est elle-même exemple de *présupposés*?

(9) Ainsi, le doyen Louis FAVOREU note :

«La célèbre formule selon laquelle le législateur ne peut mal faire» (qui avait succédé à la formule : «le Roi ne peut mal faire») est à réviser. Le Parlement peut être oppresseur, le Parlement l'est aussi contre le législatif.»

(10) FAVOREU, Rapport sur les pays d'Europe occidentale, in : *Le contrôle juridictionnel des lois, Legitimité, efficacité et développements récents*, Actes du Colloque de l'ANIS tenu à Uppsalla (Suède), 1984, Paris et Aix-en-Provence, Economica et PUAM, 1986, 43. C'est nous qui soulignons.
(11) J. RIVERO, «Fin d'un absolutisme», *Formules*, 13 (réédition 1991), 5-16.

(12) J.-J. ROUSSEAU, *Des contrats sociaux ou Principes du droit politique*, édition de 1762, spé. cialment les chapitres II, III, VI et VII du livre II, et le chapitre I^{er} du livre IV (reproduction volontaire générale se trouve au 7^e paragraphe du chapitre selon laquelle la loi est l'expression de la volonté générale selon le chapitre VI du livre II :

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

juridictionnels chargés de contrôler les écarts de la norme législative, le texte constitutionnel se voit reconnaître une *efficacité juridique* qui se démarque de la position purement politique qu'il occupait auparavant (12). Comme l'observait déjà Charles EISENMANN dans sa célèbre thèse de doctorat en 1928 :

«Seule elle [la justice constitutionnelle] fait des règles constitutionnelles des normes juridiquement obligatoires, de véritables règles de droit en y attachant une sanction; sans elle, la Constitution n'est qu'un programme, à la rigueur obligatoire moralement, un recueil de bons conseils à l'usage du législateur, mais dont il est juridiquement libre de tenir compte ou de ne pas tenir compte, puisque ces actes, même faits en violation de ces préceptes, seront en tout état de cause valables. La justice constitutionnelle transforme donc en normes véritablement juridiques ce qui seulement se voulait tel. La Constitution devient ainsi et ainsi seulement la règle de droit suprême, principe de toute validité juridique.» (13)

Avant cela, ROUSSEAU avait déjà affirmé que «la volonté générale est toujours droite et tend toujours à l'utilité publique»; il admet cependant qu'il y a une différence entre la volonté de tous et la volonté générale (chapitre III du livre II, paragraphes 1^{er} et 2^e). - Sur la conception rousseauiste de la loi, voy. par ailleurs P. BASTIN, *L'idée de Constitution*, Notes de cours dispensées à la Faculté de droit de Paris au cours de l'année universitaire 1962-1963 (reproduction Paris, Economica, 1965, 117-134, spécialement 129-131), et D. BORMEY, *Réflexion sur l'apparition de l'État de droit en France et sa protection par le Conseil constitutionnel*, thèse (Tours, 1967), non publiée, 250-262.

(12) Pour un bon résumé de cette évolution, voy. - en France, G. TOULMONDE, *Le déclin du Parlement sous la 1^{re} République, Mythes et réalités*, thèse (Lille II, 1988), spécialement 408-419, ainsi que Ch. EISENMANN, «Le contrôle juridictionnel des lois en France», in : *Actualité du contrôle juridictionnel des lois, Travaux des Séminaires Journées d'études juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, 1973, 71-96, spécialement 75-80, S. PURBAVAT, *Le Conseil constitutionnel et les principes-normes du contrôle de constitutionnalité des lois ordinaires*, thèse (Reims, 1984), non publiée, spécialement la section intitulée «L'hostilité à la mise en place d'un contrôle de la constitutionnalité des lois», 13-21, S. CARON, *Le contrôle de constitutionnalité en France de 1789 à 1870*, mémoire de DEA (Aix-en-Provence, 1987), non publié, 159 pages dactylographiées, M. BOBERTO, «La genèse du contrôle de constitutionnalité en France (1789-1858)», *Adm.*, 177 (1997), 19-27.

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

- en Allemagne, voy. avant tout Chr. GUSY, *Rechtliches Prüfungsverfahren, Eine verfassungsgeschichtliche Untersuchung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1965, 134 pages. L'on consultera par ailleurs P. CHRYST, *La justice constitutionnelle en Allemagne et le tribunal constitutionnel de Karlsruhe*, thèse (Paris, 1956), spécialement le titre «L'évolution de la justice constitutionnelle en Allemagne des origines à 1945», 16-50, D. WILLOWITZ, *Deutsche Verfassungsgerichtsbarkeit, 4^e édition*, Munich, C.H. Beck, 2001, 514 pages, et, plus bref, G. ROBERTS, «Geschichtliche Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit», in : G. UMBROH et Th. CLEMENS (éds.), *Bundesverfassungsgerichtsbarkeit, Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, Heidelberg, C.F. Müller, 1992, 3-10.

(13) Ch. EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, thèse (Paris, 1928), Paris, LGDJ, 1928, 22.

C'est donc en ces termes — et non comme imaginaire stratagème de quelques constitutionnalistes (14) — que se pose la « question centrale de la justice constitutionnelle » (15) : le pouvoir de censurer l'œuvre du législateur.

321. — Mais ces développements soulèvent à leur tour une autre question : dès lors qu'on admet que la justice constitutionnelle a pour principale mission de contrôler les normes du Pouvoir législatif (16), avec la possibilité de sanctionner que cette vérification implique, la juridiction qui est chargée de ce contrôle n'exerce-t-elle pas, elle aussi, une fonction législative ? Cette position est défendue dès les années 1920 par Hans Kelsen :

« annuler une loi, c'est poser une norme générale ; car l'annulation de la loi a le même caractère de généralité que sa confection, n'étant pour ainsi dire que la confection avec un signe négatif, donc elle-même une forme législative. Et un tribunal qui a le pouvoir d'annuler les lois est par conséquent un organe du pouvoir législatif » (17)

322. — Cette conclusion de Kelsen a le grand mérite de démontrer les limites de la théorie classique de la séparation des Pouvoirs (18) et de mettre en exergue la *spécificité de la Justice constitutionnelle* (19) : celle-ci est organisée selon un mode *juridictionnel* (20), mais exerce une fonction *législative* par l'objet de son

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

(15) L. FAYONET, « La notion de Cour constitutionnelle », in : *De la Constitution, Études en l'honneur de Jean François Aubert*, Bale et Francofort-sur-le-Main, Helbing et Lichtenhahn, 1996, 21.

(16) Ainsi, Hans Kelsen relève que

« [c]e sont les lois arguées d'inconstitutionnalité qui forment le principal objet de la justice constitutionnelles »

(H. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle) », *RDJ*, 1928, 197-257, ici 227).

(17) *Ibidem*, 224-225.

(18) Théorie qui concevait la frontière entre organes législatifs et juridictionnels comme établie.

(19) H. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle) », *précité*, 224 :

« [L']organe à qui est confiée l'annulation des lois inconstitutionnelles, même s'il reçoit — par l'indépendance de ses membres — l'organisation d'un tribunal, n'exerce pas véritablement une fonction juridictionnelle. Pour autant que l'on puisse les distinguer, la différence entre la fonction juridictionnelle et la fonction législative, consiste avant tout en ce que celle-ci crée des normes générales, tandis que celle-la ne crée que des normes individuelles »

Sur ce point voy. aussi *supra*, introduction générale, n° 12.2.

(20) Des indices en ce sens sont la composition de l'organe et l'indépendance de celui-ci par rapport aux organes dont les normes sont contrôlées.

contrôle (vérification de la conformité de normes législatives). Toutefois, les prérogatives législatives de la Cour constitutionnelle ne se confondent pas avec celles du législateur parlementaire car, selon Kelsen, la juridiction constitutionnelle a pour unique compétence l'*invalidation* de ces normes ; elle agit donc de manière exclusive-ment *négative* (21). C'est dans ce contexte que Kelsen emploie la célèbre expression du « législateur négatif » (22) (« negativer Gesetzgeber » (23)), par laquelle l'activité du juge constitutionnel peut selon lui être définie.

323. — L'expression du législateur négatif a eu un impact considérable sur la pensée constitutionnelle européenne. Si Kelsen l'a émise au regard du droit positif autrichien, tel qu'il était applicable à la fin des années 1920, la notion s'est progressivement détachée de son pays d'origine et a été transposée à d'autres pays et d'autres époques. C'est à cette *extrapolation* de la notion de législateur négatif, *détachée de l'Autriche des années 1920*, qu'il convient de consacrer quelques mots dans le cadre du présent travail (24).

La question centrale à laquelle qui se pose est en effet de savoir si l'activité du juge constitutionnel français, belge et allemand en 2005 peut encore être qualifiée d'exclusivement 'négative' — c'est-à-dire comme une activité de simple invalidation — ou si elle n'inclut pas également des éléments plus positifs, qui dépassent le modèle de pensée élaboré par Kelsen. C'est à cette interrogation que nous voudrions consacrer quelques développements, fondés sur des exemples jurisprudentiels déjà examinés dans notre travail.

(21) Selon Kelsen, la juridiction constitutionnelle se borne donc à annuler les règles que le législateur a édictées en violation de sa compétence ; elle n'érige pas elle-même une réglementation nouvelle, cette tâche incombant au seul législateur parlementaire.

(22) H. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle) », *précité*, 226.

(23) H. Kelsen, « Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit », *YFDStRL*, 5 (1929), 30-38, ici 56.

(24) Le professeur de Vienne limite son analyse au droit positif autrichien des années 1920 et conclut que, dans cet ordre juridique, à cette époque, l'activité du juge constitutionnel correspond à celle d'un législateur négatif. Ce qui nous intéresse dans la présente étude n'est cependant pas l'analyse du droit autrichien des années 1920 mais celle du droit constitutionnel positif français, belge et allemand en 2005. Des lors que nos développements ne présentent aucun point de ren-contre avec ceux de Kelsen — tant l'époque que les pays examinés sont différents — la théorie de Kelsen ne saurait être infirmée par nos développements. Ce qui peut en revanche être contredit, c'est l'extrapolation du raisonnement de Kelsen, extrapolation qui sert l'affirmation de son caractère juridique initial et l'application à d'autres pays et d'autres époques.

324. — Avant de ce faire, il échet toutefois de souligner que la distinction entre activité 'positive' et 'négative' du juge constitutionnel, telle qu'elle est communément entendue à l'heure actuelle, (c'est-à-dire détachée de son contexte initial de l'Autriche des années 1920) est susceptible d'un certain nombre de malentendus. Ceux-ci sont essentiellement de deux ordres (nos 324.1 et 324.2).

324.1 — La première difficulté que cette division soulève tient en ce qu'elle utilise l'adjectif 'négatif' dans une acception assez particulière : alors que dans d'autres situations, on entend par 'négatif' une simple non-action (on dira par exemple que telle personne a répondu négativement à une offre en ne signant pas le contrat qui lui avait été proposé), cette épithète désigne ici une action, à savoir la création d'une nouvelle norme de droit. Pour annuler une norme existante, il faut en effet créer une nouvelle norme qui en provoque l'invalidation. Il apparaît ainsi que la distinction entre les démarches dites 'positive' et 'négative' du juge constitutionnel n'opère pas en fonction de la présence ou de l'absence d'une production normative mais implique dans les deux cas une telle production (25).

Or, si la distinction entre le rôle 'positif' et 'négatif' du juge constitutionnel ne repose pas sur le critère de la production normative, sur quel critère cette division peut-elle être fondée ? Il nous semble que ce soit le contenu des règles produites par le juge constitutionnel qui permette de distinguer les deux activités : le magistrat constitutionnel agit en sa fonction 'négative' lorsqu'il émet des normes de simple invalidation, et il agit en sa fonction 'positive', lorsqu'il émet des normes générales et abstraites, applicables à l'avenir.

324.2 — Cette classification engendre toutefois une seconde difficulté. En effet, comme nous avons déjà eu l'occasion de le préciser (26), l'invalidation d'une norme générale et abstraite fait en principe (27) revivre la norme qui était applicable avant l'entrée en vigueur de la norme invalidée. Cela signifie que même lorsque le juge constitutionnel se borne à agir purement 'négativement' (c'est-

(25) L'acte normatif qui détruit une norme doit être produit et résulter d'une production normative. On peut certes se demander si cet acte doit à tous égards être considéré comme une norme 'positive', mais cette interrogation n'est pas de nature à altérer la constatation de base que nous venons d'énoncer : l'acte qui détruit une norme résulte d'une action de production normative.

(26) *Supra*, n° 219.

(27) Sous réserve de ce que nous dirons ci-après, n° 329.1.

à-dire émet une norme de simple invalidation), cette action *renet en vigueur une norme législative générale et abstraite* qui a vocation à régir le futur. La démarche dite 'négative' du juge constitutionnel débouche donc, de même que l'activité dite 'positive', sur la mise en vigueur d'une norme générale et abstraite qui a vocation à régir l'avenir.

325. — En définitive, la distinction entre activité 'positive' et 'négative' du juge constitutionnel n'opère ni en fonction de la production ou de la non-production d'une norme, ni en fonction du caractère général ou individuel de la norme qui sera applicable à l'avenir mais tient uniquement en ce que le juge constitutionnel, lorsqu'il agit 'négativement', n'exerce aucune influence sur le contenu de la norme qui règle la situation à l'avenir : celui-ci est préalablement fixé par le législateur (28).

*
*

326. — L'identification précise du critère distinctif des activités 'positive' et 'négative' du juge constitutionnel a une importance qui dépasse de loin le cadre simplement explicatif : elle nous permet de réaliser que la théorie du législateur négatif est souvent fondée sur un *présupposé de base* qu'il convient maintenant de présenter.

Lorsqu'on affirme que la fonction du juge constitutionnel devrait correspondre à celle d'un législateur négatif (c'est-à-dire se limiter à des actes de simple invalidation), il est en effet souvent présupposé que toute norme inconstitutionnelle puisse être invalidée : la limitation de l'activité du juge constitutionnel à des actes de simple invalidation n'aurait pas de sens — c'est-à-dire ne permettrait pas d'assurer un contrôle de constitutionnalité efficace — si certaines normes demeureraient *sous-traitées* au contrôle de constitutionnalité. Le présupposé de l'extrapolation de la théorie du législateur négatif tient donc en ce que la contrariété d'une norme législative à la Constitution constitue une condition *suffisante* pour l'exercice du pouvoir d'invalidation : pour que le juge constitutionnel puisse annuler une norme, il *suffit* qu'elle soit non conforme à la Loi fondamentale.

(28) Étant donné que le législateur est l'auteur de la norme antérieure qui renait.

327. — L'analyse de la jurisprudence constitutionnelle de nos pays de référence (29) nous renseigne toutefois qu'un certain nombre de décisions sont *incompatibles* avec ce présupposé et qu'une annulation pure et simple ne peut pas toujours être envisagée. C'est ce constat qui nous conduit à *remettre en cause* la théorie du législateur négatif (30).

Avant de nous concentrer sur l'aspect doctrinal de la problématique (n° 331-334), nous voudrions brièvement évoquer — il s'agit là d'une synthèse — les constellations dans lesquelles l'invalidation pure et simple de la norme inconstitutionnelle *ne peut être utilement envisagée* (n°s 328-330).

328. — La première hypothèse — qui est la plus élémentaire mais qui est, précisément pour cette raison, parfois perdue de vue — est celle où l'ordre juridique *n'accorde pas* à la Cour constitutionnelle la *compétence* de procéder à l'invalidation de certaines normes. Tel est notamment le cas en Belgique où — véritable *antithèse de la doctrine selon laquelle la juridiction constitutionnelle peut invalider toute norme contraire à la Constitution* — la Cour d'arbitrage *ne peut justement pas* annuler les normes législatives qui lui sont soumises par voie préjudicielle : elle est obligée de se limiter à un simple *constat de violation*. Si nous avons dénoncé cet état des choses plus haut (31), la situation est parfaitement univoque *de lege lata* : la norme déclarée inconstitutionnelle *reste en vigueur* et continue, en tant que règle du droit positif, à lier les autorités administratives et les officiers ministériels (32).

329. — Une seconde hypothèse dans laquelle l'invalidation pure et simple ne peut être envisagée est celle où il n'existe pas de norme qui puisse *'revivre'* (*'spring back into force'*). Cette constellation doit à son tour être divisée en deux sous-hypothèses : l'une vise la situation où la renaissance de règles juridiques antérieures est exclue parce que de telles règles *n'existent tout simplement pas* (n° 329.1) ;

(29) *Supra*, 2^e et 3^e parties.

(30) On se permettra de rappeler que ce constat n'emporte pas une critique des écrits de Kriszán : nous avons déjà souligné que le professeur de Vienne limitait son analyse au droit positif autrichien des années 1930, tandis que nos travaux s'intéressaient au droit constitutionnel français, belge et allemand à l'époque actuelle. Ce que nous critiquons, c'est l'extension — à notre sens erronée — à la France, à la Belgique et à l'Allemagne contemporaines, d'une théorie qui était initialement parfaitement exacte mais qui visait un autre pays à une autre époque.

(31) *Supra*, n° 310.

(32) *Voy. supra*, n°s 301-309.

l'autre concerne le cas où une norme antérieure existe mais *ne peut*, pour certaines raisons, *être remise en vigueur* (n° 329.2).

329.1 — La première sous-hypothèse — dans laquelle il n'existe tout simplement pas de norme législative antérieure — peut être rencontrée chaque fois que de *nouveaux mécanismes, institutions et procédures* sont créés par des normes constitutionnelles, que le législateur est ensuite obligé de concrétiser. Pour donner un exemple, lorsqu'en 1998 le constituant belge crée le Conseil supérieur de la Justice (33), le législateur est obligé de mettre en œuvre cette décision de principe par la production d'une loi qui règle la composition préisée du Conseil, les conditions d'élection de ses membres ainsi que les incompatibilités qui leur sont applicables (34). Or, si cette législation — par hypothèse la première en la matière — est invalidée par le juge constitutionnel (35), cette invalidation ne fait revivre aucune norme antérieure et paralyse de la sorte le bon fonctionnement de l'organe nouvellement créé. Il n'est guère besoin de souligner que, dans une telle situation, l'annulation *pure et simple* de la loi ne peut être utilement envisagée (36), puisqu'elle est contraire à la volonté du constituant qui, lorsqu'il crée un nouvel organe, souhaite le voir *effectivement fonctionner*.

Le même raisonnement vaut *mutatis mutandis* en France, pour la relation entre la loi *organique* et la loi de *pays* néo-calédonienne. Lorsqu'en 1999, la première charge la seconde de préciser la signification du terme *'durée suffisante de résidence'* (37), l'on se situe dans un cadre institutionnel *complètement nouveau* : si la loi de pays qui porte exécution de cette obligation est déclarée non conforme (38), aucune loi de pays antérieure ne peut être appliquée et c'est indirectement l'effectivité de la loi *organique* qui est compromise.

(33) Révision constitutionnelle du 30 novembre 1998, *Moniteur belge*, 24 novembre.

(34) Loi du 22 décembre 1998, *Moniteur belge*, 2 février 1999.

(35) Ce qui est arrivé (annulation partielle) : *voy. CA*, arrêt 16/2003 du 28 janvier 2003, mentionné *supra* au tableau n° 275.

(36) Ceci vaut du moins lorsqu'il s'agit d'une *invalidation totale* de la loi, ou de l'annulation de *dispositions essentielles* (c'est-à-dire de dispositions sans lesquelles la loi ne peut être appliquée).

(37) Article 24 de la loi n° 99-209 du 19 mars 1999 organique relative à la Nouvelle-Calédonie, JO, 21 mars. Sur ce point, *voy. aussi supra*, n°s 31 et 202.

(38) Il s'agit ici d'un exemple hypothétique : aucune invalidation d'une loi de pays n'est à présent intervenue.

329.2 — La seconde sous-hypothèse dans laquelle l'invalidation pure et simple de la norme ne peut être envisagée est celle où des dispositions législatives antérieures existent mais *ne peuvent être remises en vigueur* : tel est notamment le cas en matière budgétaire où le principe constitutionnel de l'annuité exige qu'un budget soit voté pour chaque exercice. L'invalidation de la loi de finances pour un exercice donné ne fait en effet pas revivre celle qui couvre l'exercice précédent. Nous avons pu illustrer cette constellation à l'arde de la décision 110 DC du juge constitutionnel français : la déclaration de non-conformité de la loi de finances pour 1980 ne conduit pas à une application, *en 1980*, de celle pour 1979 (39) (40).

Une remise en vigueur de dispositions antérieures est également impossible lorsque celles-ci sont *tout aussi* inconstitutionnelles — voire *davantage* — que les dispositions qui sont soumises au juge constitutionnel. Ainsi, si une loi B est déclarée contraire à la Constitution pour un motif donné, la loi A, antérieure, qui contient le même vice (ou un défaut encore plus grave) ne peut être remise en vigueur ; il n'a point de sens de remplacer une inconstitutionnalité par une autre (41). Cette impossibilité de retourner au droit antérieur, en raison du caractère inconstitutionnel de ses dispositions, est *assez fréquente* : dans beaucoup de domaines, les mœurs et la pensée dominante de la société n'ont que récemment évolué et le caractère discriminatoire de certaines situations se retrouve dans toutes les législations antérieures, jusqu'à la plus ancienne. Ceci vaut pour le statut juridique — et spécialement matrimonial — de la femme, pour le régime successoral des enfants naturels, pour les droits des concubins, pour la situation des parents non mariés, pour le statut des étrangers, etc. Dans tous ces domaines, on peut penser que si la norme *la plus récente* est encore entachée d'une discrimi-

(39) *Supra*, troisième partie, n° 295.

(40) Rien n'empêcherait naturellement le législateur organique (ou directement le constituant) de prévoir que dans l'hypothèse d'une invalidation d'une loi de finances, la loi de l'exercice précédent serait prorogée et applicable, mais une telle règle n'existe pas en droit positif français.

(41) Ceci a été clairement exprimé par la Cour constitutionnelle allemande : voy. par exemple BVerfG, décision du 10 novembre 1999, *BVerfGE* 99, 216 (244) :

*L'invalidation [des dispositions entrepreneuriales (...)] créait une situation juridique qui servait encore *motus comparabilis* avec l'article 6, alinéas 1^{er} et 2, de la Loi fondamentale que les dispositions [entreprises] elles-mêmes.*

C'est nous qui soulignons. Texte original :

[Eine Nichtigerklärung (...) würde damit eine Rechtslage schaffen, die mit Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 GG noch weniger vereinbar wäre als die [angefochtenen] Regelungen.]

nation, il en va nécessairement de même dans toutes les réglementations antérieures qui régissent le point de droit en question (42).

330. — Une troisième et dernière hypothèse dans laquelle l'invalidation de la norme ne peut être envisagée est celle de la *paralyse des institutions parlementaires*. Nous avons déjà illustré cette constellation à l'aide de la célèbre décision du juge constitutionnel allemand de 1963 (43), relative à la loi électorale pour le Bundestag. Dans le cas d'espèce, l'annulation de la législation électorale par le juge constitutionnel aurait non seulement entraîné la déchéance de tous les mandats parlementaires et la dissolution du Bundestag en place, mais aurait surtout eu l'irréparable inconvénient de rendre définitivement impossible — à défaut de législation électorale — l'élection d'un nouveau Parlement.

*
*

331. — Les développements qui précèdent permettent de formuler un constat de base : le juge constitutionnel *ne peut systématiquement se contenter d'une attitude 'négative'* ; il existe des situations où une démarche plus 'positive' est *nécessaire* pour résoudre les problèmes dont il est — il convient d'insister sur ce point — *valablement saisi*. Ce besoin d'actions 'positives' est d'autant plus grand que les compétences du juge constitutionnel sont vastes : plus ses prérogatives sont étendues, plus il est confronté à des situations dans lesquelles une invalidation pure et simple de la norme inconstitutionnelle ne peut être envisagée.

332. — Il ne peut dès lors étonner que ce fut d'abord en *Allemagne* que la conception purement négative de la justice constitutionnelle fut abandonnée. Lorsqu'on se souvient que le mécanisme de l'*Unvereinbarkeitsklärung* est expressément reconnu par le législateur fédéral (44) et qu'on se rappelle la jurisprudence très audacieuse de la Cour dans les affaires *IVG I* (45), *IVG II* (46),

(42) À titre d'exemple, la loi du 31 mars 1987 (*Moniteur belge*, 27 mai) met fin à un certain nombre de discriminations contenues dans le droit familial et successoral belge. Si cette loi était invalidée — il s'agit là d'une simple hypothèse — la rennaissance des dispositions législatives antérieures serait exclue, puisque ces règles sont *tout aussi* inconstitutionnelles (voire *davantage*) que la loi annulée.

(43) BVerfG, décision du 22 mai 1963, *BVerfGE* 16, 130, mentionnée *supra*, n° 236.1.

(44) *Supra*, n° 65.2 ; pour un cas d'application, voy. *supra*, n° 285.1.

(45) *Supra*, n° 288.

(46) *Supra*, n° 289.

AWACS (47) et bien d'autres encore (48), on ne peut qu'aboutir à une conclusion : en République fédérale, la théorie du législateur négatif *ne correspond plus à la réalité*. Ce point est acquis depuis les années 1980 au plus tard (49) et à l'heure actuelle, les manuels de Contentieux constitutionnel n'y consacrent plus que quelques lignes (50) : il s'agit d'une *évidence* qui n'est, à notre connaissance, plus contestée par personne.

333. — Le processus de *dépassement* de la doctrine du législateur négatif n'a en revanche pas encore complètement abouti en France. Cette situation se comprend aisément au vu de l'étendue des compétences du juge constitutionnel : dans un système où la saisine est limitée aux requérants institutionnels et où le contrôle opère exclusivement *a priori* (51) il a été jusque dans un passé assez récent plausible de penser que la juridiction constitutionnelle puisse effectivement se limiter à des actions parfaitement 'négatives'. À cela s'ajoute que

« la confrontation entre le juge et le législateur est toujours délicate surtout dans un pays comme la France qui a longtemps consacré la souveraineté du législateur » (52)

Deux évolutions ont toutefois eu raison, *aussi dans l'Hexagone*, de la doctrine du législateur négatif : il s'agit, d'une part, de l'ampleur de la technique des *réserves d'interprétation* (53) et, d'autre part, de la naissance de la jurisprudence relative à l'*incompétence négative du législateur* (54). Quant à la première technique, il convient d'admettre avec le professeur Jean GICQUEL qu'elle peut parfois se situer « à la limite de la réécriture » (55).

(47) *Supra*, n° 270.

(48) Voy. notamment *supra*, n° 143, 208, 209, 218, 235.2, 236.2, etc.

(49) K. A. BERTHELMANN, « Richtigkeits Normenkontrolle als negative Gesetzgebung? », *DZfR*, 1982, 91-95, loi 95. — On relèvera qu'en 1969, le juge constitutionnel P. KIRCHBERGER avait encore affirmé que les fonctions de la Cour étaient « plutôt négatives », même si déjà à l'époque, l'affirmation devait sembler dépassée (l'adverbe « plutôt » trahissant la relative incertitude de l'affirmation). P. KIRCHBERGER, « Le rôle de la Cour Constitutionnelle Fédérale dans l'organisation politique et judiciaire de la République Fédérale Allemande », *Ann. Dr. Louvain*, 1969, 253-282, loi 280.

(50) Voy. notamment K. SCHLATER et S. KOROTCH, *Das Bundesverfassungsgericht*, 5^e édition, Munich, C.H. Beck, 2001, 331.

(51) Sous réserve de ce que nous avons dit *supra*, n° 38, *in fine*, et 42.1.

(52) L. FAVORÉ, « La décision de constitutionnalité », *RIDD*, 1986, 633. C'est nous qui soulignons.

(53) Sur cette notion, voy. *supra*, première partie, n° 61, note 218, et n° 113-115.

(54) Sur cette notion, voy. *supra*, troisième partie, n° 204 et note 19.

(55) J. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 18^e édition, Paris, Montchrestien, 2002, 589.

avec tous les éléments 'positifs' que cela implique : le juge constitutionnel donne assez fréquemment des *directives* aux autorités d'exécution de la loi (56) et aux juridictions (57). Quant au second mécanisme, dont le

« véritable départ peut (...) être fixé à 1982 » (58),

il paraît encore plus interventionniste que le premier (59), puisqu'il a pour finalité d'obliger le législateur lui-même à exercer la compétence qu'il vient de l'article 34 de la Constitution (60) : le juge constitutionnel indique au Pouvoir législatif quels points celui-ci ne pourra abandonner au Pouvoir réglementaire (61).

Il n'est guère besoin de souligner qu'aucune de ces deux techniques *ne peut être considérée comme une expression 'purement négative' du contrôle de constitutionnalité* : le juge constitutionnel ne se limite pas à la production de normes de simple invalidation, mais indique *positivement* ce que telle autorité — réglementaire, judiciaire ou législative — doit faire pour assurer la constitutionnalité de la loi qui est soumise à son contrôle. En procédant de la sorte, le Conseil

« dépasse[] la simple faculté frontale d'empêcher le législateur » (62)

et sort de

« l'alternative binaire du contrôle de constitutionnalité » (63).

334. — Un débordement de l'action du juge constitutionnel peut également être constaté en Belgique. Dans une étude publiée en

(56) Voy. notamment CC, décisions 155 DC du 30 décembre 1982 (*Rec.*, 98), 162 DC des 19 et 20 juillet 1983 (*Rec.*, 63), 207 DC des 25 et 26 juin 1986 (considérants 59, 61 et 79), 208 DC des 1^{er} et 2 juillet 1986 (considérants 24 et 27), 211 DC du 26 août 1986 (considérant 4), 225 DC du 23 janvier 1987 (considérant 17), et 229 DC du 22 juillet 1987 (considérant 13, *in fine*). De nombreux autres exemples pourraient encore être donnés.

(57) Voy. notamment CC, décisions 162 DC des 19 et 20 juillet 1983 (*Rec.*, 63) et 211 DC du 26 août 1986 (considérant 4). De nombreuses autres illustrations pourraient encore être citées.

(58) F. PATTY, « L'incompétence négative du législateur », *RIDD*, 1994, 58-85, ici 59.

(59) Nous disons bien « partiel », car il convient de tenir compte de ce nous dirons *infra*, au n° 342.

(60) L'article 34 n'est cependant pas la seule disposition constitutionnelle qui peut donner lieu à des cas d'incompétence négative; voy. sur ce point G. SCHARTMAN, « L'incompétence négative du législateur et des autorités administratives », *AJCO*, 6 (1989), 137-176, ici 145.

(61) Voy. notamment CC, décisions 132 DC du 16 janvier 1982 (*Rec.*, 25), 162 DC des 19 et 20 juillet 1983 (*Rec.*, 52 et 54), 168 DC du 20 janvier 1984 (*Rec.*, 39-40), 191 DC du 10 juillet 1986 (*Rec.*, 47), 260 DC du 28 juillet 1989 (considérants 34-37) et 277 DC du 25 juillet 1990 (considérants 25-26). De nombreux autres exemples pourraient encore être donnés; nous nous permettons de renvoyer le lecteur désireux d'approfondir le sujet à la contribution très fouillée de François PATTY, mentionnée *supra*, à la note 58.

(62) A. VIALA, *thèse précitée*, 283.

(63) *Ibidem*.

2002, les professeurs Sabien LUSR et Patricia POPELIER relèvent que le juge constitutionnel belge ne se limite pas non plus à une activité strictement négative (64). Une telle activité existe certes au sein de sa jurisprudence (65), mais elle ne constitue pas *sa seule* forme d'expression; elle est complétée par des éléments *positifs*. Parmi ces éléments, les professeurs LUSR et POPELIER relèvent le maintien des effets des dispositions annulées (66), l'invalidation partielle de dispositions législatives (67), le rejet de recours en annulation sous réserve d'interprétation (68) ainsi que la constatation de 'lacunes' dans la législation (69).

Par rapport à trois de ces quatre illustrations, nous sommes en parfait accord avec les auteurs : le *maintien des effets* de dispositions annulées, le rejet du recours en annulation *sous réserve* (70) ainsi que la *constatation d'une 'lacune' dans la législation* (71) nous paraissent effectivement dépasser le concept du législateur négatif; une composante positive y est clairement visible. Il en va autrement dans l'hypothèse de l'*invalidation partielle* d'une disposition législative: dans cette constellation, l'action du juge constitutionnel demeure à notre sens purement négative (72).

(64) S. LUSR et P. POPELIER, [Le maintien des effets de règles de droit dans le cadre de la compétence d'annulation devant la Cour d'arbitrage et le Conseil d'État: la contribution positive et négative à la formation du droit], *RW*, 2001-2002, 1210-1224. Dans le cadre de la présente étude, réservée à l'activité du juge constitutionnel, nous nous permettons de ne pas analyser l'activité dite 'positive' du juge administratif. - Notre traduction et soulignage du titre; titre original en néerlandais:

« Rechtsaandhaving door het Arbitragehof en de Raad van State door de uitspraak van de vernietigingsbevoegdheid: de positieve en negatieve bijdrage aan de rechtsvorming. »

Malgré la grande qualité du travail, un regret peut cependant être émis: la contribution ne mentionne pas une seule fois l'œuvre de KRISSEN, pourtant centrale en la matière.

(65) *Idem*, 1212-1213.

(66) *Idem*, 1213-1214.

(67) *Idem*, 1214.

(68) *Idem*, 1214-1217.

(69) Un grand nombre de décisions pourraient être citées. Voy. encore très récemment, CA, arrêts 19/2005 du 26 janvier 2005 et 48/2005 du 1^{er} mars 2005.

(70) Sur la notion de 'lacune dans la loi', voy. *supra*, p^{tes} 311-313.

(72) Il est certes exact que le contenu de la règle est modifiée par l'invalidation, mais cette altération ne résulte pas d'un *ajout* mais d'un simple *retrait*: tel un chrurgien, le juge constitutionnel *enlève* certains segments de la règle. Nous ne pourrions dès lors pas souscrire à la thèse selon laquelle

« la Cour d'arbitrage et le Conseil d'État, lorsqu'ils font usage de la possibilité d'invalidier une norme seulement *pour partie*, fournissent une *contribution positive* au droit. »

[Arbitragehof en Raad van State leveren en *positieve bijdrage* (...) wanneer ze gebruik maken van de mogelijkheid (...) om een handlung slechts gedeeltelijk te vernietigen. »]

Si les auteurs tentent de justifier leur position par l'allegation que

« [l']annulation partielle d'une règle constitue un amendement »,

Cette différence d'opinion quant au problème spécifique des invalidations partielles n'altère cependant pas notre adhésion au *consensus général* des professeurs LUSR et POPELIER :

« la Cour d'arbitrage (...) exerce une *fonction positive* dans l'élaboration du droit. » (73) (74).

*
*
*

335. - Dans le cadre des présentes conclusions, un autre point mérite encore d'être abordé: la question de savoir quelles conséquences normatives découlent du *non-respect* par le législateur d'une interdiction. Il va de soi que ce problème ne se pose qu'à propos des *interférences obligatoires* (injonctions); lorsqu'une *interférence est purement permissive* (ligne directrice), l'organe législatif qui en est le destinataire peut parfaitement rester inactif.

Si nous n'avons pas intégré cette problématique dans notre recherche, c'est parce qu'elle concerne un problème *distinct*: alors que nos travaux portent sur l'activité du *juge constitutionnel*, la question de savoir quelles conséquences juridiques découlent du *non-respect* des interdictions a trait à l'activité du *législateur*, en tant que celui-ci ne donne pas adéquatement exécution à l'injonction qu'il a reçue. Or, dans les deux hypothèses, la qualité des normes émises est fondamentalement différente: dans la première, il s'agit de normes juridictionnelles, dans la seconde, de normes législatives. Quoique liés, les deux problèmes sont distincts; le second se situe en aval du premier, auquel sont réservés nos *travaux*.

[« De gedeeltelijke vernietiging komt neer op een amendement. »]

elles n'établissent pas par là le caractère *positif* de l'intervention du juge constitutionnel: lorsqu'on considère toute invalidation partielle comme une contribution 'positive' du juge constitutionnel, on confond en réalité la notion d'activité positive avec l'*effet utile* de l'invalidation.

(73) *Idem*. C'est nous qui soulignons. Texte original en néerlandais: « [Bij] het Arbitragehof (...) werd vastgesteld dat de rechter wel degelijk een *positieve rol* speelt bij de rechtsvorming. »]

(74) À propos de cette contribution, une remarque nous sera encore permise. Les auteurs affirment en effet que, contrairement à la Cour d'arbitrage et au Conseil d'État, le *juge ordinaire* ne disposerait pas de la possibilité de procéder à l'invalidation partielle d'une règle de droit (*idem*, 1924). Cela est inexact: lorsqu'il est saisi de normes de droit privé émises par des particuliers, le juge ordinaire peut *partiellement invalider* ces normes; l'invalidation est totale dans le champ d'application de l'article 1172 du Code civil et *partielle* dans le champ d'application de l'article 900 du même code (H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 3^e édition, tome 8, volume 1, Bruzelles, Bruylant, 1962, 404).

336. — Ce constat ne revient pas à nier le *grand intérêt* que revêt le problème du non-respect des injonctions : lorsqu'un organe législatif est *juridiquement tenu* de légiférer et ne se conforme pas à cette obligation, la question de savoir quelles *conséquences juridiques* cette inaction est susceptible d'entraîner mérite une analyse approfondie. Cette problématique est cependant à ce point vaste qu'elle ne peut être abordée d'une manière satisfaisante dans le cadre de la présente étude. Rien n'est en effet plus nuisible à la qualité d'un travail de recherche que de vouloir embrasser des sujets dix fois trop vastes et de ne plus rien analyser en profondeur. Attachant la plus grande importance à ne pas encourir cette critique, nous souhaitons nous limiter dans le cadre de la présente thèse à quelques observations seulement, tout en soulignant que la réflexion devra être poursuivie. C'est aussi l'un des rôles d'une conclusion que de dégager des pistes pour des recherches futures.

337. — La première chose qu'on peut observer quand on s'intéresse aux conséquences juridiques de l'inexécution d'une injonction de légiférer, est la grande proximité — on pourrait même dire : la *connexité intrinsèque* — entre cette problématique et celle de la *responsabilité de la puissance publique* pour les actes du Pouvoir législatif. Or, comme rien ne garantit que le régime de la responsabilité de l'État soit identique dans les différents pays de notre champ de recherche, il convient de procéder à une analyse *par ordre juridique*.

La *question de base* est la même dans les trois pays : lorsque le législateur est destinataire d'une obligation de légiférer — obligation qui doit, le cas échéant, être exécutée dans un délai précis (75) — le non-respect de ce devoir est-il de nature à engager la responsabilité de l'État ? Dans son principe, cette question nous semble appeler une réponse affirmative : le législateur est le *seul* organe à pouvoir produire des normes législatives, et le fait d'exercer imparfaitement ce monopole de production normative peut causer un dommage à autrui.

338. — *La base juridique* de la responsabilité de l'État du fait des lois se définit toutefois *différemment* en droit positif belge, français et allemand.

(75) Sur ce point, *supra*, nos 235-236 et 248-251.

338.1 — En Belgique, cette responsabilité se fonde sur l'article 1382 du Code civil (76).

338.2 — En France, l'article 1382 n'est, en raison du principe d'autonomie⁽⁷⁷⁾ de la responsabilité de la puissance publique pas applicable (78), et le fondement juridique de la responsabilité du fait des lois est purement prétorien (79).

338.3 — En Allemagne, la situation est très peu ordonnée et, pour reprendre les termes du professeur Christian PESTALOZZA,

« doit d'urgence être réglementée à neuf. » (80)

Par un arrêt du 19 octobre 1982 (81), la Cour constitutionnelle fédérale a en effet invalidé, pour excès de compétences, la *Loi sur la responsabilité des pouvoirs publics (Staatshaftungsgesetz)* que le législateur fédéral avait édictée à peine quelques mois plus tôt (82). Selon la Cour, la matière, que la Constitution n'attribue pas expressément à la Fédération, relève de la compétence exclusive des Länder (83). Afin de permettre au législateur fédéral une nouvelle intervention en la matière, la Loi fondamentale a été révisée en 1994 (84), mais depuis, plus de dix ans se sont écoulés sans qu'une nouvelle loi ne soit intervenue. Dans l'attente de cette intervention, le *principe même* de la responsabilité de l'État législateur *n'est pas clairement établi* : alors qu'une partie de la doctrine est favorable à cette solution (85), la

(76) Voy. la jurisprudence citée *infra*, à la note 94.

(77) R. CHARVAT, *Droit administratif général*, tome 1^{er}, 15^e édition, Paris, Montchrestien, 2001, 1228; les deux ouvrages classiques en la matière étant P. DURZ, *La responsabilité de la puissance publique (hors contrat)*, 2^e édition, Paris, Dalloz, 1988 (spécialement 18-20), et R. CHARVAT, *Responsabilité publique et responsabilité privée*, thèse (Paris), Paris, LGDJ, 1954 (spécialement 34-41).

(78) TC, arrêt du 8 février 1973 (Blanco), *Rec.*, 1^{er} supplément, 61.

(79) La décision fondatrice étant CE [Ass.] 14 janvier 1938, *La Fleurille (Rec., 25)*.

(80) Chr. PESTALOZZA, *Verfassungsgesetzrecht*, 3^e édition, Munich, 1991, 356. Cette affirmation date d'il y a quatorze ans...

(81) *BVerfGE* 61, 149.

(82) Loi du 26 juin 1981, *BGBI*, série I, 1981, 553. Conformément à son paragraphe 38, cette loi est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1982.

(83) *BVerfGE* 61, 149 (149-150 [points 5a et 5b du sommaire] et 200-206). En Allemagne, ce sont en effet les Länder qui disposent, aux termes de l'article 70, alinéa 1^{er} de la Loi fondamentale de la compétence résiduaire; la Fédération ne peut pas agir sans une habilitation constitutionnelle expresse.

(84) Loi constitutionnelle du 27 octobre 1994, *BGBI*, série I, 1994, 3146, portant modification de l'article 74, alinéa 1^{er}, de la Loi fondamentale (liste des compétences concurrentes), en vue d'y insérer un numéro 25.

(85) Voy. notamment W.-R. SCHENKE, « Daschuldigungsprinzip bei legislativem Unrecht unter dem Aspekt des enteignungsrechtlichen Eingriffs », *NJW*, 1988, 557-564. R. FETZER, *Die Haftung des Staates für legislatives Unrecht*, thèse (Constance, 1993), Berlin, Duncker & Humblot, 1994, 42-44 et 213 (point 5), et S. DERTERBECK, K. WINDROSKER et H.-D. STROLL, *Staatshaftungsrecht*, Munich, C.H. Beck, 2000, 153.

Cour fédérale de justice (*Bundesgerichtshof*) n'admet en principe la responsabilité de l'État que pour des actes du Pouvoir réglementaire (86) et ce n'est que dans l'hypothèse tout à fait particulière où une norme législative a une portée individuelle (et non générale) que la Haute juridiction civile reconnaît, à titre exceptionnel, la responsabilité du Pouvoir législatif (87).

Les auteurs qui admettent plus généralement la possibilité de la responsabilité du législateur parlementaire en situent la base légale dans le paragraphe 839 du *Bürgerliches Gesetzbuch*, combiné avec l'article 34, première phrase, de la Loi fondamentale (88); alternativement, les articles 20, alinéa 3, et 1^{er}, alinéa 3, de la Loi fondamentale sont également invoqués (89).

339. — Quant au traitement doctrinal de la responsabilité de l'État législateur, on peut relever que la question a fait l'objet d'une thèse de doctorat en France (90) et en Alle-

(86) Chr. PASTALOZZA, *Verfassungsgeschichte*, 3^e édition, ouvrage précité, 356 (n^o 182), et Bundesgerichtshof, arrêt du 11 mars 1993 (*DfJ*, 1993, 718).

(87) F. OSSENBORN, *Staatshaftungsrecht*, 5^e édition, Munich, 1998, 106, et décisions citées: Bundesgerichtshof, arrêts du 29 mars 1971 (*BGHZ / Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen* / 56, 40 [46]) et 10 décembre 1987 (*BGHZ* 102, 350 [367-368]).

(88) Voy. notamment S. DERTENBECK, K. WINDTROSKER et H.-D. SPOHL, *Staatshaftungsrecht, Münch. C.H. Beck*, 2000, 15-16, et R. FETZER, *Die Haftung des Staates für legislative Urrechte, these précitée*, 120-121. L'article 34, première phrase, de la Loi fondamentale porte :

Lorsqu'une personne, dans l'exercice d'une fonction publique dont elle est investie, viole ses obligations de fonction envers un tiers, la responsabilité incombe par principe à l'État on à la collectivité au service de laquelle elle se trouve.

(89) Versteht jemand in Ausübung eines ihm anvertrauten Amtes die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so trifft die Verantwortlichkeit grundsätzlich den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienst er steht. §1

(90) En ce sens : R. FETZER, *Die Haftung des Staates für legislative Urrechte, these précitée*, 218 (point 14). L'article 20, alinéa 3, de la Loi constitutionnelle porte :

« Le Pouvoir législatif est lié par l'ordre constitutionnel, les Pouvoirs exécutif et judiciaire sont liés par la loi et le droit. »

(91) Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden. §1

L'article 1^{er}, alinéa 3, de la Loi fondamentale porte :

« Les droits fondamentaux énoncés ci-après lient les Pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire en tant que dispositions directement applicables. »

(92) Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht. §1

(93) G. BROUWER, *La responsabilité de l'État du fait des lois*, thèse (Paris II, 2002), Paris, LGDJ, 2003, 454 pages. Voy. aussi, déjà antérieurement, la contribution de O. GOHN, « La responsabilité de l'État en tant que législateur », *RDG*, 1998, 595-610. — En raison de son ancienneté et du moment de sa rédaction (Occupation de la France) l'article de C. CHAKONOFF, « La responsabilité extra-contractuelle de l'État dans l'exercice de la fonction législative », *RDJ*, 1940-1941, 200-219, semble peu approprié au débat actuel. Est également dépassé — car antérieur à l'arrêt *La Fleurette* de 1938 — le travail de J.-F. BRUYER, *De la responsabilité de l'État législateur*, thèse (Paris, 1936), Paris, De Boccard, 1936, 164 pages.

magne (91) et qu'il existe une étude comparative en droit franco-germano-anglais (92). En droit belge, un travail de recherche systématique en la matière n'a pas encore été réalisé, mais la doctrine a manifesté son intérêt pour la question au travers d'un certain nombre de contributions (93). Cet intérêt est alimenté par une dizaine de décisions judiciaires récentes qui ont effectivement admis la possibilité de condamner l'État belge pour des actions ou omissions qui relèvent de son activité législative (94).

En France par contre, le problème de la responsabilité du législateur demeure cantonné à quelques rares arrêts du Conseil

(91) R. FETZER, *Die Haftung des Staates für legislative Urrechte, these précitée*, 246 pages. En langue française, on consultera aussi l'article de Jérôme SOMMER, « La responsabilité de l'État législateur en droit allemand », *APT*, 1986, 216-229.

(92) P. SEMKOVIC, *L'évolution de la responsabilité de l'État législateur sous l'influence du droit communautaire*, thèse (Paris I, 1998), Bruxelles, Bruylant, 2000, 490 pages.

(93) Voy. notamment R. ANDRESEN, « Quelques réflexions sur la responsabilité du fait des lois », in : *Actualité du contrôle juridictionnel des lois. Treize ans de Sièges Journées d'études juridiques Jean Dabin*, Bruylant, 1973, 391-441, spécialement 392-423, J. HAINES, « La responsabilité du fait des lois en Belgique », *Ann. Dr. Liège*, 1977, 169-213, M. IANOVY, « La responsabilité de l'État législateur », *JT*, 1978, 321-329, et « Responsabilité des pouvoirs publics du chef de méconnaissance des normes supérieures de droit national par un pouvoir législatif », in : *La responsabilité des pouvoirs publics*, Actes du colloque interuniversitaire des 14 et 15 mars 1991, Bruxelles, Bruylant, 1991, 299-341, H. SIMONKOVY, « La responsabilité du législateur en raison de la méconnaissance de normes supérieures de droit international », in : *La responsabilité des pouvoirs publics, ouvrages précités*, 343-358, A. VAN OUYENEN et P. POPPELIER, « De aansprakelijkheid van publiekrechtelijke rechtspersonen voor onrechtelijke wetgeving », in : *De doorgesling van het publiekrecht in het privaatrecht*, Gand, Mys & Breesch, 1997, 75-127, M. MARIBU et S. VAN DROOGHENBORCK, « La responsabilité de l'État législateur », *JT*, 1998, 825-846, H. VOYE, « Aansprakelijkheid van de Belgische Staat voor het doen en laten van de wetgever », *Revue générale de droit civil belge*, 2002, 526-540, et R. ESCOFF, « La responsabilité du fait de la carence législative », in : *Mélanges Philippe Gérard*, Bruxelles, Bruylant, 2002, 287-303. Cette bibliographie exclut là où cela est possible, les contributions spécifiquement consacrées à la responsabilité du Pouvoir législatif pour la violation du droit communautaire, problèmes qui nous semblent se poser en des termes différents, définis par la Cour de Justice de Luxembourg.

(94) Voy. avant tout BRUYER, *4 juillet 2002*, *JMLB*, 2002, 1184, et *Revue générale de droit civil belge*, 2002, 551. Voy. aussi, déjà antérieurement :

Liège, 25 janvier 1994, *Pas. II*, 1993 (sic), 50.

Civ. Bruxelles, 17 mars 1997, *RP*, 1997-1998, 257, note P. POPPELIER,

Liège (1^{er}), 12 février 1998, *JLMB*, 1998, 502, note F. ABU DALIV.

Civ. Liège, 17 novembre 2000, *JT*, 2001, 299, note Y.-H. LÉLIEU.

Bruxelles, 7 décembre 2000, *JT*, 2001, 385.

Civ. Bruxelles, 9 février 2001, *JT*, 2001, 362.

Civ. Bruxelles, 6 novembre 2001, *Journal des procès*, 425 (2001), 29, note Chr. PANIER, et

Revue générale de droit civil belge, 2002, 15, note H. VOYE et K. STANGHELIEN.

Voy. également Bruxelles, 16 décembre 1999, *Revue générale des Assurances et des Responsabilités*, 2002, rubrique 13490(1), et Civ. Bruxelles, 27 octobre 2000, *Revue générale de droit civil belge*, 2002, 550.