

POUR UN AMÉNAGEMENT DU DIALOGUE DEVANT LE JUGE CONSTITUTIONNEL

PAR

DAVID RENDERS

Par arrêté royal du 4 février 1997 (1), l'autorité publique établit, pour l'année en cours, une cotisation équivalant à un pour cent du chiffre d'affaires généré par la vente de certains médicaments au profit des entreprises pharmaceutiques. Par arrêté royal du 16 avril 1997 (2), la même autorité modifie le montant de cette cotisation en la portant à quatre pour cent de ce chiffre d'affaires. La société de droit néerlandais Merck Sharp & Dohme saisit le Conseil d'État de recours en annulation dirigés contre chacun de ces arrêtés. Rapidement, ceux-ci sont « confirmés » par les lois du 26 juin (3) et du 12 décembre 1997 (4) qui rétroagissent à la date d'entrée en vigueur des arrêtés confirmés et qui les soustraient, du même coup, à la censure de la haute juridiction administrative.

David RENDERS est assistant à l'Université catholique de Louvain et avocat au barreau de Bruxelles. Le texte publié a été déposé et présenté au IV^e Congrès français de droit constitutionnel, organisé par l'Association française des constitutionnalistes, Aix-en-Provence, 10-12 juin 1999.

(1) A.R. du 4 février 1997 « portant fixation pour l'année 1997 d'une cotisation sur le chiffre d'affaires de certains produits pharmaceutiques en application de l'article 3, § 1^{er}, 2^o et 4^o, de la loi du 26 juillet 1996 visant à réaliser les conditions budgétaires de la participation de la Belgique à l'Union économique et monétaire européenne », *Mon. b.* du 13 mars 1997.

(2) A.R. du 16 avril 1997 « modifiant l'arrêté royal du 4 février 1997 portant fixation pour l'année 1997 d'une cotisation sur le chiffre d'affaires de certains produits pharmaceutiques en application de l'article 3, § 1^{er}, 2^o et 4^o, de la loi du 26 juillet 1996 visant à réaliser les conditions budgétaires de la participation de la Belgique à l'Union économique et monétaire européenne », *Mon. b.* du 30 avril 1997.

(3) Loi du 26 juin 1997 « portant confirmation des arrêtés royaux pris en application de la loi du 26 juillet 1996 'visant à réaliser les conditions budgétaires de la participation de la Belgique à l'Union économique et monétaire européenne', de la loi du 26 juillet 1996 'portant modernisation de la sécurité sociale et assurant la viabilité des régimes légaux de pensions', et de la loi du 26 juillet 1996 'relative à la promotion de l'emploi et à la sauvegarde préventive de la compétitivité' », *Mon. b.* du 28 juin 1997.

(4) Loi du 12 décembre 1997 « portant confirmation des arrêtés royaux pris en application de la loi du 26 juillet 1996 'visant à réaliser les conditions budgétaires de la participation de la Belgique à l'Union économique et monétaire européenne', et de la loi du 26 juillet 1996 'portant modernisation de la sécurité sociale et assurant la viabilité des régimes légaux de pensions' », *Mon. b.* du 18 décembre 1997.

Les actes de confirmation ainsi adoptés n'étaient pas imprévisibles. Ils avaient été imposés par la loi du 26 juillet 1996 «visant à réaliser les conditions budgétaires de la participation de la Belgique à l'Union économique et monétaire européenne» (5) sur le fondement de laquelle le Roi avait pris les arrêtés litigieux (6). De plus, ces actes devaient être proposés et adoptés dans un délai précis. Malgré leur prévisibilité, la conséquence de ces interventions n'en demeurerait pas moins brutale pour la partie requérante. Le Conseil d'État devenait incompétent. Il fallait prendre une autre voie.

C'est ainsi que la société Merck Sharp & Dohme s'adresse à la Cour d'arbitrage pour tenter d'obtenir l'annulation des confirmations législatives. Dans l'une et l'autre espèce, la juridiction constitutionnelle rejette les recours, considérant que les dispositions législatives entreprises sont conformes à la Constitution (7). Pour arriver à des solutions identiques, les décisions empruntent cependant des raisonnements qui tantôt se contredisent, tantôt se rejoignent. Mais même dans cette hypothèse, les solutions préconisées peuvent prêter à discussion.

Que la Cour d'arbitrage adopte des raisonnements discordants est de nature à troubler. Que ces raisonnements soient tenus à un mois et demi d'intervalle — à savoir les 28 janvier et 17 mars 1999, dates des prononcés d'arrêtés — renforce, sans nul doute, cette impression. Mais que la juridiction siège selon une même composition, éclairée par les mêmes juges-rapporteurs pour départager les mêmes parties au litige, devient à ce point intrigant qu'il paraît utile de s'y arrêter.

Au travers des deux décisions ainsi présentées, l'on décèle les symptômes de la discordance (I) pour proposer certains remèdes (II).

I. — LES SYMPTÔMES DE LA DISCORDANCE

On l'a souligné. Les arrêtés des 28 janvier et 17 mars 1999 se contredisent et se rejoignent mais dans ce dernier cas, c'est notamment pour asséner des vérités qui peuvent prêter à discussion. L'on distingue ainsi deux types de discordances : la discordance apparente (A) et la discordance voilée (B).

A. — *La discordance apparente*

La discordance apparente est l'hypothèse où les deux décisions en cause s'opposent dans leur motivation.

(5) *Mon. b.* du 1^{er} août 1996.

(6) Art. 6, § 2, alinéa 2, de la loi.

(7) C.A., arrêtés n° 9/99 du 28 janvier 1999 et n° 36/99 du 17 mars 1999.

Dans son arrêt du 28 janvier 1999, la Cour est amenée à rencontrer plusieurs moyens au travers desquels la partie requérante fait valoir que la loi de confirmation du 26 juin 1997 couvre, en réalité, un arrêté royal illégal en la forme et correspond, dès lors, à une validation législative dont l'inconstitutionnalité doit être dénoncée (8). Il est notamment allégué que l'arrêté royal confirmé a été pris sur la base d'une loi qui n'autorisait pas son adoption, ce qui revient à dire que l'auteur de l'acte administratif était incompétent (9). Il est, par ailleurs, soutenu que l'arrêté royal confirmé devait être préalablement soumis à l'avis d'un comité — le Comité de gestion de la sécurité sociale — ce qui, faute d'avoir été fait, revenait à éluder une formalité qualifiée de substantielle (10).

La Cour d'arbitrage juge que ces moyens sont non fondés. Celui relatif à l'habilitation législative le serait dans la mesure où la loi, sur le fondement de laquelle le Roi a pris son acte, le lui permettait de même qu'une autre loi (11) qui, si elle n'était pas expressément visée dans le préambule de l'arrêté confirmé, n'en constituait pas moins une autre autorisation législative en bonne et due forme (12). Quant au moyen relatif à l'avis du Comité de gestion, il est déclaré « mal fondé » (13) pour la raison que le Roi peut se passer de cet avis en cas d'urgence, ce qui, d'après la Cour, correspondait à l'état du dossier puisque l'autorité l'avait stipulé dans l'acte (14). S'agissant de ce dernier moyen, on s'étonnera au passage de constater que la Cour procède à un renversement curieux de raisonnement puisqu'ayant jugé le moyen « mal fondé », elle ajoute qu'« il n'y a [dès lors] pas lieu d'examiner sa recevabilité » (15).

Dans son arrêt du 17 mars 1999, la Cour est également amenée à rencontrer plusieurs moyens par lesquels la partie requérante fait valoir que la loi de confirmation — cette fois du 12 décembre 1997 — couvre un arrêté royal illégal en la forme et doit ainsi être censurée pour contrariété aux dis-

(8) De tels moyens ont nécessairement pour effet de demander à la Cour d'arbitrage de procéder à un contrôle de légalité d'un acte administratif pour résoudre la question de la constitutionnalité de la loi de confirmation.

(9) C.A., arrêt n° 9/99 du 28 janvier 1999, A.1.1.

(10) C.A., arrêt n° 9/99 du 28 janvier 1999, A.4.1.

(11) Il s'agirait de la loi du 26 juillet 1996 « visant à réaliser les conditions budgétaires de la participation de la Belgique à l'Union économique et monétaire européenne », *Mon. b.* du 1^{er} août 1996.

(12) C.A., arrêt n° 9/99 du 28 janvier 1999, B.4.1. à B.4.10.

(13) C.A., arrêt n° 9/99 du 28 janvier 1999, B.7.3.

(14) C.A., arrêt n° 9/99 du 28 janvier 1999, B.7.1. à B.7.3. Même si tel n'est pas l'objet du propos, l'on ne saurait manquer de souligner ici que ce n'est pas parce que l'autorité administrative allègue l'urgence pour se soustraire à telle ou telle formalité que pareille urgence est, de ce fait, avérée (Voy. M. LEROY, « Rapport précédent C.E., Debacker, arrêt n° 23. 479 du 14 septembre 1983 », *A.P.T.*, 1984, p. 239; J. SALMON, *Le Conseil d'État*, t. I^{er}, Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 94 à 97; P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, Liège, Presses universitaires de l'U.Lg., 1997, pp. 657 à 661).

(15) C.A., arrêt n° 9/99 du 28 janvier 1999, B.7.3.

positions constitutionnelles dont la juridiction assure le respect (16). Il est notamment allégué que l'arrêté royal confirmé a été pris en consultant la section de législation du Conseil d'État dans un délai raccourci par rapport au délai ordinaire prévu. Selon le requérant, cette solution ne pouvait être admise qu'en cas d'urgence spécialement motivée par l'auteur de l'acte, lequel ne s'y serait pas astreint, en l'espèce (17). Par ailleurs, la partie requérante persiste à soutenir que l'arrêté royal confirmé devait être préalablement soumis à l'avis du Comité de gestion de la sécurité sociale, ce qui n'ayant pas été fait, revenait une nouvelle fois à éluder une formalité substantielle (18).

En réponse aux moyens ainsi invoqués, la Cour d'arbitrage change, cette fois, radicalement de point de vue. Elle juge : « L'arrêté royal du 16 avril 1997 ayant fait l'objet d'une confirmation législative conforme aux exigences de la loi d'habilitation, il est devenu une norme législative dès la date de son entrée en vigueur. Cette confirmation ne dispense pas la Cour d'examiner des moyens selon lesquels la loi, qui s'est appropriée les dispositions de l'arrêté royal, violerait une des dispositions constitutionnelles dont la Cour doit assurer le respect. Mais la Cour n'a pas à examiner les irrégularités formelles dont l'arrêté royal aurait été vicié avant sa confirmation et qui sont seules invoquées dans [ces] moyens » (19). En conséquence, ceux-ci « sont irrecevables » (20).

Ainsi, la haute juridiction constitutionnelle fournit-elle, par ces arrêts, l'illustration d'une contradiction explicite. Le 28 janvier, elle examine la légalité externe de l'acte administratif confirmé pour vérifier la constitutionnalité de la norme législative soumise à son contrôle. Le 17 mars, elle refuse, en revanche, de procéder à cet examen d'entrée de jeu.

B. — *La discordance voilée*

La discordance voilée apparaît là où les deux arrêts en cause se rejoignent dans leur motivation pour prétendre à une affirmation dont la cohérence peut être discutée.

(16) En vertu de l'article 142 de la Constitution, il s'agit des règles répartissant les compétences entre l'État fédéral et les entités fédérées ainsi que les règles constitutionnelles de l'égalité (art. 10), de la non-discrimination (art. 11) et de la liberté d'enseignement (art. 24). On relèvera également ici que de tels moyens ont nécessairement pour effet de demander à la Cour d'arbitrage de procéder à un contrôle de légalité de l'acte administratif confirmé pour résoudre la question de la constitutionnalité de la loi de confirmation.

(17) C.A., arrêt n° 36/99 du 17 mars 1999, A.2.1. Voy. à cet égard l'art. 84 des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

(18) C.A., arrêt n° 36/99 du 17 mars 1999, A.4.1. Voy. à cet égard l'art. 15 de la loi du 25 avril 1963 « sur la gestion des organismes d'intérêt public de sécurité sociale et de prévoyance ».

(19) C.A., arrêt n° 36/99 du 17 mars 1999, B.2. Depuis le prononcé de cet arrêt, la Cour d'arbitrage a eu l'occasion de confirmer cette jurisprudence. Voy. à cet égard, C.A., arrêt n° 61/99 du 9 juin 1999, B.3.2.

(20) C.A., arrêt n° 36/99 du 17 mars 1999, B.2.

Tant dans son arrêt du 28 janvier que dans celui du 17 mars 1999, la Cour d'arbitrage est saisie d'une même question : celle de savoir si une loi de confirmation viole les règles constitutionnelles de l'égalité et de la non-discrimination pour la raison que la loi d'habilitation sur laquelle se fondent les arrêtés royaux confirmés serait « à ce point large, étendue et vague » (21) qu'elle ne saurait être considérée comme une loi attribuant des pouvoirs au Roi (22).

En réponse à cette interrogation, la Cour d'arbitrage précise que si la loi d'habilitation « attribue au Roi des pouvoirs étendus, il ne s'ensuit pas que tout arrêté pris en vertu de cette habilitation serait irrégulier. En confirmant [les arrêtés royaux des 4 février et 16 avril 1997], le législateur a nécessairement considéré que [ces actes réglementaires] n'excédai[ent] pas les limites de l'habilitation accordée au Roi » (23).

La réponse ainsi apportée est pour le moins surprenante. Car on peut légitimement se demander si l'objet d'une loi de confirmation est bien de marquer son accord sur la correspondance entre le contenu de l'acte adopté par le Roi et le mandat qui lui avait été conféré au préalable (24). En effet, à suivre pareille perspective, la portée du mandat conféré par la loi d'habilitation n'aurait plus à être décrite au moment de son adoption puisque la loi de confirmation aurait toujours le pouvoir de la redessiner *a posteriori*. Dès lors, la loi de confirmation ne constitue-t-elle pas plus simplement, pour le législateur, l'expression de son accord sur la mesure adoptée par l'autorité administrative ? En toute hypothèse, ce n'est pas parce que le législateur considère que le contenu de l'acte administratif serait compatible avec l'habilitation législative que, pour autant, la vérité serait telle. Du reste, le moyen soulevé par la partie requérante n'avait d'autre portée que de demander à la juridiction constitutionnelle de vérifier la réelle correspondance entre le contenu de l'arrêté royal confirmé et la loi d'habilitation sur laquelle ce dernier prétendait reposer, pour trancher la question de

(21) C.A., arrêt n° 9/99 du 28 janvier 1999, A.5.1. Dans l'affaire donnant lieu à l'arrêt n° 36/99 du 17 mars 1999, la Cour résume le moyen de la partie requérante qui use cette fois de l'expression « exagérément large et imprécise » (C.A., arrêt n° 36/99 du 17 mars 1999, A.8).

(22) On relèvera que le moyen ainsi soulevé a pour effet d'inviter la Cour d'arbitrage à procéder au contrôle de constitutionnalité de la loi d'habilitation pour résoudre la question de la constitutionnalité de la loi de confirmation.

(23) C.A., arrêt n° 9/99 du 28 janvier 1999, B.8.1; C.A., arrêt n° 36/99 du 17 mars 1999, B.4.5. Depuis, la Cour d'arbitrage a, semble-t-il, tempéré sa position en vérifiant la portée de l'habilitation au regard du contenu de l'arrêté royal de pouvoirs spéciaux et en précisant que puisqu'elle ne peut être considérée comme expresse et non ambiguë, « il ne saurait être admis que le législateur confirme un tel arrêté qui, sans fondement juridique, affecte aussi fondamentalement la matière que l'article 182 de la Constitution réserve explicitement au législateur » (C.A., arrêts n° 52/99 du 26 mai 1999, B.4.1. et n° 68/99 du 17 juin 1999, B.6.1.).

(24) À propos des lois de confirmation, voy. not. C.E., *s.a. Instituts de biologie clinique et consorts*, arrêt n° 33.399 du 10 mars 1989, *J.T.*, 1990, p. 607 et obs. Ph. COPPENS, « Un arrêté royal de pouvoirs spéciaux confirmé par une loi est-il annulable par le Conseil d'État lorsque les dispositions confirmées sont contraires à une norme de droit international ? ».

savoir si la loi de confirmation couvrirait — oui ou non — un acte administratif illégal.

En jugeant que la confirmation des arrêtés royaux constitue la preuve irréfutable que ceux-ci pouvaient être adoptés en vertu de la loi d'habilitation, la Cour prononce, en réalité, une «vérité» triplement problématique. Elle se retranche derrière une affirmation qui ne répond pas à la critique de constitutionnalité dont elle est saisie. Cette affirmation permet, de plus, au législateur de légitimer, après coup, l'arrêté royal pris sur la base de quelque habilitation que ce soit, fût-ce la plus sibylline. Avec cette conséquence que le libellé de l'habilitation n'a plus aucune importance puisque sa portée n'est définitivement fixée qu'au jour de l'entrée en vigueur de la loi de confirmation. Enfin, cette affirmation protège la loi de confirmation elle-même de certaines critiques de constitutionnalité relatives aux validations législatives. En effet, dans la perspective adoptée par la Cour, l'acte confirmé repose en toute hypothèse sur une base légale adéquate, ce qui a pour conséquence qu'il est exempt de toute critique de légalité sur ce point. Dès lors que la validation législative suppose l'illégalité postulée ou avérée de l'acte protégé (25), la loi de confirmation ne saurait encore constituer la validation d'un acte dépourvu de fondement légal.

II. — LES REMÈDES À LA DISCORDANCE

Puisque le jugement constitutionnel exprime ça et là des contradictions, il est utile de se demander si celles-ci ne pourraient pas être gommées, en partie tout au moins. Deux voies sont à suggérer : l'aménagement du dialogue entre les parties au litige (A) et la transparence du dialogue entre les juges du siège (B).

A. — *L'aménagement du dialogue entre les parties au litige*

Si les règles d'organisation et de fonctionnement de la Cour d'arbitrage peuvent paraître satisfaisantes du point de vue de la saisine de la juridiction ou du point de vue de sa composition, il n'en va pas de même s'agissant de certaines règles de procédure auxquelles sont astreintes les parties au litige.

(25) En ce sens, voy. B. MATHIEU, *Les validations législatives, pratique législative et jurisprudence constitutionnelle*, Paris, Economica, 1987, pp. 38, 57 et 105. H. SIMONART et J. SALMON, «Les validations législatives et le contrôle de la Cour d'arbitrage», *J.T.*, 1994, p. 198; P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, Liège, Presses universitaires de l'U.Lg., 1997, pp. 586-587.

S'agissant du recours en annulation, l'on sait que la — ou les — parties requérantes peuvent déposer une « requête » (26) et un « mémoire en réponse » (27) alors que la partie adverse, qui défend l'acte entrepris, a droit en tout et pour tout au dépôt d'un seul écrit de procédure, à savoir le « mémoire » (28). La formule n'est assurément pas très heureuse. Du point de vue du requérant, deux écrits c'est peu. Surtout quand on sait que le premier a d'abord et avant tout pour objet de saisir la juridiction et de présenter les différents moyens d'inconstitutionnalité, sans autres développements. Mais que dire du point de vue de l'autorité publique défenderesse qui n'en a qu'un ? Surtout si l'on a à l'esprit qu'il permet de répondre à la présentation des moyens plus qu'à leur argumentation. Il y a là, sans nul doute, un premier aménagement à opérer. Celui de donner à chacun une place plus étendue dans le débat constitutionnel, en instituant — pourquoi pas ? — un écrit de procédure supplémentaire pour chaque partie au litige.

S'agissant de la procédure sur renvoi préjudiciel, l'on sait que chaque protagoniste dispose de deux écrits : le « mémoire » (29) et le « mémoire en réponse » (30). De ce point de vue, la parole est répartie plus équitablement que dans le cadre de la procédure de recours en annulation. Toutefois, ces différents écrits ne se répondent jamais. En effet, dès que la décision du juge *a quo* est notifiée par le greffe de la Cour d'arbitrage, toutes les parties disposent d'un *même* délai dans lequel elles font chacune valoir leurs observations (31). Au bout de ce délai, le greffe reçoit l'ensemble des écrits et assure à chaque intervenant la notification des écrits rédigés par les autres parties (32). À compter de cette date, celles-ci reçoivent un nouveau délai pour formuler les observations que leur inspire le premier écrit déposé par les autres parties (33). Ainsi, les règles de procédure instituent-elles des discours parallèles mais pas de véritable dialogue. Chacun parle. Chacun se parle. Mais pas de la même chose au même moment. Il y a là aussi, semble-t-il, une réforme à mettre en œuvre. Celle de donner la parole à chacun de façon successive, en sorte que les écrits se répondent.

(26) Art. 1^{er} et 3 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 « sur la Cour d'arbitrage », *Mon. b.* du 7 janvier 1989.

(27) Art. 89 de la loi spéciale du 6 janvier 1989.

(28) Art. 85 de la loi spéciale du 6 janvier 1989.

(29) *Ibid.*

(30) Art. 89 de la loi spéciale du 6 janvier 1989.

(31) L'article 85, alinéa 1^{er}, dispose en effet que « Dans les 45 jours de la réception des notifications faites par le greffier en vertu des articles 76 (recours en annulation), 77 (renvoi préjudiciel) et 78 (recours en annulation et renvoi préjudiciel), le Conseil des ministres, les gouvernements, les présidents des assemblées législatives et les personnes destinataires de ces notifications peuvent adresser un mémoire à la Cour ».

(32) Art. 89 de la loi spéciale du 6 janvier 1989.

(33) *Ibid.*

Enfin, s'agissant des délais dans lesquels les écrits de procédure doivent être déposés, l'on sait qu'ils sont de trente (34) ou de quarante-cinq jours (35) selon les cas, à l'exclusion de l'introduction de la requête en annulation qui doit intervenir dans les six mois qui suivent le jour de la publication de la loi au *Moniteur belge* (36). La technicité des problèmes soulevés, le nombre particulièrement réduit d'écrits dont dispose chaque partie, de même que les impératifs liés à la profession d'avocat — tel l'accord du client — ou au fonctionnement des exécutifs — telle la délibération en Conseil des ministres (37) — rendent ces périodes particulièrement courtes. Même si ce dernier aspect a déjà été pris en compte pour allonger le délai du « mémoire » de trente à quarante cinq jours (38), n'y a-t-il pas là aussi des réalités à reconsidérer ? Ne pourrait-on pas songer à faire passer les délais de trente à quarante cinq jours et ceux de quarante-cinq, à soixante ?

B. — *La transparence du dialogue entre les juges du siècle*

À côté de l'aménagement de certaines règles existantes, plutôt relatives au débat entre les parties au procès constitutionnel, il pourrait être utile de suggérer l'insertion de nouvelles règles de fonctionnement, touchant cette fois à la façon dont la justice constitutionnelle est rendue.

Dans cette perspective, certains s'interrogeaient dès l'origine sur l'utilité d'un audiorat ou d'un parquet général non prévu, comme on le sait, au sein de la Cour d'arbitrage (39). Cette idée mériterait à l'occasion d'être à nouveau débattue, d'autant que la juridiction dispose de référendaires (40) qui pourraient utilement prendre part au débat public, eu égard à la connaissance qu'ils ont de la jurisprudence constitutionnelle. Moins nombreux semblaient, en revanche, les partisans de l'opinion dissidente (41), moyen à travers lequel le ou les juges ralliés à une thèse minoritaire pour-

(34) Art. 89 de la loi spéciale du 6 janvier 1989.

(35) Art. 85 et 87 de la loi spéciale du 6 janvier 1989.

(36) Art. 3 de la loi spéciale du 6 janvier 1989.

(37) Art. 7, alinéa 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989.

(38) Voy. à ce égard *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1988-1989, n° 483/2, p. 92. La justification de l'amendement ayant pour objet de rallonger le délai de quinze jours était formulé en ce sens que « Le délai de trente jours est insuffisant face à la création du droit de recours individuel et à ses conséquences prévisibles sur le nombre des recours. En particulier, la durée du délai doit tenir compte des exigences du fonctionnement des organes gouvernementaux. Dès lors, le délai doit être porté à quarante cinq jours ».

(39) Voy. R. ANDERSEN et J. VAN COMPERNOLLE, « La procédure devant la Cour d'arbitrage », in F. DELPÉREE (dir.), *La Cour d'arbitrage, actualités et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 107.

(40) Art. 35 à 39 de la loi spéciale du 6 janvier 1989.

(41) A. ANZON, *L'opinione dissenziente, atti del seminario svoltosi in Roma, palazzo della consulta nei giorni 5 e 6 novembre 1993*, Milano, Giuffrè, 1995, 466 pp.

raient faire connaître la solution qu'ils préconisent pour la solution du litige qui leur est soumis (42).

De la lecture des travaux préparatoires, il ressort que cette réticence n'a jamais été de principe. Les auteurs de la première loi relative à la Cour d'arbitrage résument parfaitement la difficulté à laquelle l'opinion dissidente risquait de se heurter, en indiquant que « Quelque défendable qu'elle puisse être en principe, cette technique ne nous paraît guère applicable dans notre pays. La Cour d'arbitrage doit en effet être tenue à l'écart des conflits communautaires, et cette technique risquerait d'inciter les membres à se soucier uniquement de leur propre image vis-à-vis de leur communauté. Le vote secret doit permettre d'assurer également le secret interne lorsque se posent des problèmes ayant de lourdes implications communautaires. Il permet non seulement d'éviter que des pressions soient éventuellement exercées sur les membres de la Cour, mais aussi que certaines décisions prennent [une] coloration communautaire » (43).

Aussi lucides que puissent être ces observations, l'on peut toutefois se demander si la solution finalement adoptée de rejeter toute forme d'avis minoritaire n'est pas trop absolue (44). S'il n'est personne pour condamner une telle institution dans son principe, pourquoi ne pas s'attacher à en moduler l'utilisation à la lumière des difficultés inhérentes à la Belgique ? L'on pourrait ainsi instituer l'opinion dissidente à la Cour d'arbitrage, en l'assortissant de trois garanties.

La *première garantie* serait celle de l'anonymat. Si l'une des difficultés tient à l'appartenance communautaire de chaque juge, l'on pourrait imaginer que la publication de l'opinion dissidente en marge de l'arrêt ne soit pas assortie de l'identité du juge qui l'émet.

La *deuxième garantie* tiendrait en ce que le décompte des voix pour et contre la décision majoritaire ne serait pas publié, lui non plus. Dans le système institué par la loi spéciale du 6 janvier 1989 « sur la Cour d'arbitrage », le président en exercice peut, dans certains cas, disposer d'une voix prépondérante. C'est lorsque la Cour est réunie en séance plénière et qu'une parité des voix s'y dégage (45). Il paraîtrait pour le moins délicat que pareille divi-

(42) Voy. not. *Doc. parl.*, Chambre des représentants, sess. ord. 1982-1983, n° 647/4, p. 12.

(43) *Doc. parl.*, Chambre des représentants, sess. ord. 1982-1983, n° 647/4, p. 12.

(44) L'on notera à cet égard qu'analysant les frustrations du juge constitutionnel, le juge P. MARTENS indique qu'il n'existe à la Cour d'arbitrage « aucun exutoire institutionnel et la déontologie du juge n'autorise pas les épanchements médiatiques : chacun doit donc assumer dans l'anonymat de la décision collective la paternité de l'œuvre qu'il voudrait désavouer. Cette situation est parfois héroïque, spécialement quand le minoritaire est indiqué, dans l'arrêt qu'il réproouve, comme en étant le rapporteur, ce qui incite certains lecteurs à lui en attribuer la paternité putative » (« Le métier de juge constitutionnel », in F. DELPÉRÉE et P. FOUCHER, *La saisine du juge constitutionnel — Aspects de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 41).

(45) Art. 56, alinéa 4, de la loi spéciale du 6 janvier 1989. Sur les délibérations, voy. A. RAS-SON-ROLAND, « Les méthodes de travail des juridictions constitutionnelles — Belgique », *A.I.J.C.*, 1992, p. 222; P. MARTENS, *ibid.*, pp. 40-42.

sion soit connue de tous, spécialement lorsque le litige revêt une coloration communautaire.

Enfin, la *troisième garantie* pourrait être que l'opinion dissidente ne soit pas admise pour n'importe quel type d'affaire. Il serait ainsi opportun d'examiner chaque dossier en ayant égard aux deux rôles très différents qu'assume la Cour d'arbitrage. Celle-ci est d'abord instituée dans une perspective fédérative (46) qui la conduit à veiller au respect des règles répartitrices de compétences entre l'État fédéral, les communautés et les régions ou à dénoncer les discriminations relatives à l'emploi des langues. Dans ces affaires, la pratique de l'opinion dissidente peut certes apparaître dangereuse. Mais plus encore, une telle institution peut être jugée contre nature. Car, plutôt que de fédérer les composantes de l'État belge, elle risque de les diviser. En revanche, la Cour d'arbitrage est depuis 1989 une juridiction des droits fondamentaux puisqu'elle assure le respect des règles constitutionnelles de l'égalité, de la non-discrimination et de la liberté d'enseignement, au travers desquelles la protection de l'ensemble des droits de l'homme est, en réalité, opérée (47). Dans ces affaires, l'enjeu dépasse largement les clivages auxquels faisaient allusion les auteurs de la loi sur la Cour d'arbitrage pour correspondre à des problématiques qui méritent que chaque argument puisse être diffusé de façon à alimenter la réflexion et à suivre l'évolution du raisonnement majoritairement défendu par la haute juridiction constitutionnelle (48).

L'on pourrait reprocher aux garanties ainsi proposées de dépouiller l'opinion dissidente de la majeure partie de son intérêt. Toutefois, ce serait là faire preuve d'un jugement réducteur. Après tout, l'utilité juridique d'une telle opinion ne tient-elle pas dans son contenu davantage que dans l'identité de celui qui en est l'auteur? De même, l'absence de publication du détail des votes entame-t-elle l'intérêt de cette institution davantage qu'elle ne garantit la légitimité de la décision majoritaire à laquelle il faut bien se ranger? (49) Enfin, même si elle devait être pratiquée à l'occasion des seuls

(46) Voy. à ce sujet F. DELPÉRÉE et S. DEPRÉ, *Le système constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles, Larcier, 1998, p. 265.

(47) Voy. à cet égard M. VERDUSSEN, «La Cour d'arbitrage belge et l'application de la Convention européenne des droits de l'homme», *R.F.D.C.*, 1994/18, pp. 433-438; R. ERGEC, «La censure du législateur : le justiciable entre la Cour d'arbitrage, la Cour de Strasbourg et la Cour de Luxembourg», in F. DELPÉRÉE, A. RASSON-ROLAND et M. VERDUSSEN, *Regards croisés sur la Cour d'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 208; F. DELPÉRÉE et A. RASSON-ROLAND, *La Cour d'arbitrage*, Bruxelles, Larcier, 1996, pp. 90 à 93.

(48) Voy. à ce sujet l'art. 58 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales; F. NOVARESE, «Dissenting opinion e Corte europea dei diritti del uomo», in A. ANZON (dir.), *L'opinione dissenziente, atti del seminario svoltosi in Roma, palazzo della consulta, nei giorni 5 e 6 novembre 1993*, Milano, Giuffrè, 1995, pp. 361-376 et spécialement 375.

(49) À cet égard, l'on constatera qu'en Espagne, la publication du contenu de l'opinion et du détail des votes n'est pas assurée de la même manière. Voy. not. sur ce point L. FAVOREU, *Les cours constitutionnelles*, Paris, P.U.F., 2^e éd., 1992, p. 99.

litiges où la Cour remplit une mission de gardienne des droits fondamentaux, l'opinion dissidente ne serait-elle pas susceptible d'encore apparaître à l'occasion de plus de deux affaires sur trois ?

*
* *

Les aménagements suggérés quant à la façon dont le débat est organisé devant la Cour d'arbitrage ne sont pas de nature à enrayer les discordances que comporte parfois le jugement constitutionnel. Il faut, à cet égard, se souvenir que « l'esprit de compromis, sinon de consensus » (50) préside à la rédaction des arrêts de la Cour d'arbitrage. Ces aménagements peuvent cependant améliorer la qualité du dialogue vis-à-vis duquel la Cour pourra sans doute mieux se positionner. L'on songe particulièrement à l'exemple de discordance voilée que procurent les deux arrêts étudiés et qui provient — il faut du moins l'espérer — d'une incompréhension de la portée du moyen soulevé par la partie requérante.

Quant à la proposition d'instituer la technique de l'opinion dissidente, elle permettrait d'assurer une plus grande transparence (51), et donc une lecture plus cohérente, de la jurisprudence constitutionnelle. Elle pourrait notamment éclairer le justiciable sur la raison d'être des solutions contradictoires qui sont parfois proposées, comme c'est le cas de la discordance apparente à laquelle se livrent les deux arrêts commentés.

(50) F. DELPÉRÉE, « Lire un arrêt de la Cour d'arbitrage », *R.B.D.C.*, 1996/3, p. 287.

(51) En ce sens, voy. not. Y. LAURIN, « L'opinion divergente dans les décisions de justice (*opinio dissensu*) », *Gazette du palais*, 20-21 juin 1990, p. 37 ; L.-E. PETTITI, « Préface », in V. BERGER, *La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Sirey, 1991, p. XI, cité par Y. LAURIN, « L'opinion séparée des juges de la Cour européenne des droits de l'homme », *Gazette du palais*, 1^{er}-5 janvier 1993, p. 14 ; M. BEDJAOUÏ, « La fabrication des décisions de la Cour internationale de justice », in *La méthode de travail du juge international*, Bruxelles, Nemesis-Bruylant, 1997, p. 65 ; P. LAMBERT, « Les opinions séparées de M. le Juge PETTITI », in *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 25.