

Les aspérités d'un contrôle de constitutionnalité polymorphe

Henri SIMONART,

Doyen de la Faculté de Droit de l'Université catholique de Louvain

1. C'est une entreprise délicate que de tenter d'établir un rapport général au terme de ce symposium d'une grande richesse intellectuelle et d'une intensité exceptionnelle. Les limites imposées aux rapporteurs ne leur permettent malheureusement pas de relever de manière systématique les apports de chacune des contributions écrites et de toutes les interventions orales faites dans le cadre de ladite journée d'études. Que les groupes et les intervenants qui ne sont pas cités dans le présent rapport veuillent en excuser son auteur.

Les organisateurs de cette journée ont décidé qu'à l'instar de ce qui se fait à la Cour d'arbitrage il y aurait deux rapporteurs généraux, de rôles linguistiques différents, ce qui pose la question de l'utilité de devoir subir un second rapport après le remarquable exposé du professeur Karel Rimanque. Il a dans cette perspective été convenu entre rapporteurs de ne pas procéder de manière simplement répétitive, quand bien même il y a parmi les très nombreuses questions examinées dans les rapports écrits, et évoquées oralement, un certain nombre d'interrogations fondamentales qu'aucun des rapporteurs ne saurait éluder.

2. Les contours des réflexions résultent de l'intitulé même du symposium. C'est *des rapports* entre la Cour d'arbitrage, le Pouvoir judiciaire et le Conseil d'Etat dont il s'agit, ce qui tout naturellement conduit à privilégier le contentieux préjudiciel où se noue un rapport fort entre deux juges dont l'un s'adresse à l'autre dans l'espoir d'obtenir une réponse à sa question. Ce qui incite à réfléchir sur ces rapports ce sont les contrôles juridictionnels des actes *législatifs*. Il y va, d'une part, d'un contrôle direct de conformité aux règles de partage des compétences et de certaines dispositions constitutionnelles et d'autre part, d'un contrôle indirect, via les principes d'égalité et de non-discrimination, de conformité aux règles de droit interne et de droit international qui confèrent des droits, qu'ils soient ou non qualifiés de fondamentaux. Ces réflexions sont faites à un *moment* déterminé – soit près de vingt ans après qu'a été rendu le 1er arrêt de la Cour d'arbitrage et près de trente-cinq ans après l'arrêt *Le Ski* de la Cour de cassation. Elles prennent place enfin dans un *contexte* donné celui au sein duquel s'opèrent aujourd'hui en Belgique les contrôles juridictionnels dont les actes législatifs peuvent ou le cas échéant doivent faire l'objet.

3. Que ce contexte est compliqué et de ce fait de nature à susciter des difficultés n'est pas de nature à surprendre. Un contrôle diffus de conformité des actes législatifs par rapport aux dispositions de droit international ayant effet direct, d'une part, et un contrôle centralisé des mêmes actes qui, directement et indirectement, s'opère tantôt au regard de partage des compétences et de dispositions constitutionnelles, tantôt au regard de dispositions de droit national et international conférant des droits. Les choses se compliquent inévitablement et les problèmes de frontière se posent dès lors que des droits consacrés dans la Constitution figurent par ailleurs

dans des conventions internationales en des termes identiques ou analogues et y sont pourvus de protections similaires ou comparables. En réalité il n'y a pas, comme relevé oralement par le juge P. Martens, d'étanchéité entre le contrôle de constitutionnalité et le contrôle de conventionnalité.

Le contrôle de constitutionnalité au sens strict du terme fait lui aussi l'objet d'un partage: un contrôle centralisé des actes législatifs confié à la Cour d'arbitrage dans les limites prévues par l'art. 142 de la Constitution. Un contrôle diffus de constitutionnalité qui porte sur l'ensemble de la Constitution que l'article 159 attribue à l'ensemble des juridictions à propos des actes non législatifs. Il en résulte que tous les juges quels qu'ils soient sont tous quelque part investis dans l'exercice de leur fonction respective de la compétence de vérifier la constitutionnalité d'actes ou de normes dont à un titre ou un autre, ils ont à connaître.

Ce double partage évoqué très schématiquement ci-dessus, s'opère dans un environnement au demeurant fragile.

La Constitution consacre un titre distinct – le Titre IV – aux relations internationales mais elle s'abstient de dire comment doivent être articulés les traités qui y sont visés avec les dispositions de droit interne et notamment avec les dispositions constitutionnelles.

L'arrêt *Le Ski* de la Cour de cassation consacre la primauté des dispositions conventionnelles de droit international ayant effet direct sur les dispositions de droit interne.

Le rapport du groupe n°1 relève à ce propos la divergence existant entre la conception de la Cour de cassation – qui exige pour reconnaître effet direct à une disposition de droit international que le justiciable puisse en tirer un droit subjectif – ce qui n'est pas le cas à tout le moins en principe au Conseil d'Etat qui, statuant au contentieux objectif de la légalité, vérifie davantage si la législation belge est compatible avec l'objectif inscrit dans une règle claire et précise.

Le même rapport pose du reste la question de principe de savoir si le Conseil d'Etat ne devrait pas, comme l'a fait la Cour d'arbitrage, abandonner l'exigence d'effet direct au contentieux objectif.

Le positionnement de la Constitution par rapport aux conventions internationales laisse transparaître parfois des hésitations. L'arrêt *Orfinger* du Conseil d'Etat du 5 novembre 1996 énonce en substance que les traités internationaux, les normes qui en découlent et leur interprétation priment sur toutes les normes de droit interne y compris la Constitution. Le rapport du groupe n° 4 considère que le nouvel article 26*bis* de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage, qui exclut le contrôle de constitutionnalité des lois portant assentiment à un traité constituant de l'Union européenne ou de la Convention européenne des droits de l'homme et de ses protocoles, paraît définitivement trancher le débat. Quant à la Cour d'arbitrage sa jurisprudence est connue: tout en acceptant de vérifier la constitutionnalité de lois d'assentiment elle considère que lorsqu'une disposition conventionnelle liant la Belgique a une portée analogue à une disposition constitutionnelle les garanties contenues dans la disposition conventionnelle constituent un ensemble indissociable avec les garanties constitutionnelles.

Même l'article 159 de la Constitution fait l'objet d'appréciations différentes. Selon la Cour de cassation il s'applique aussi bien aux actes individuels que réglementaires. Pour le Conseil d'Etat, par contre, il ne peut en être fait application à l'égard des actes administratifs individuels accordant des droits après écoulement du délai de recours en annulation pouvant être dirigés contre eux.

4. Notre système apparaît en réalité comme inachevé procurant des réponses souvent fragmentaires ou empruntant pour partie seulement des solutions fournies par ailleurs.

Symptomatique à cet égard paraît la manière dont a été organisé le contentieux préjudiciel devant la Cour d'arbitrage. C'est l'actuel article 234 du Traité instituant la Communauté européenne qui a servi de modèle.

On peut contester ce choix et penser qu'il eut mieux valu à l'époque examiner de plus près la compétence et le fonctionnement des juridictions constitutionnelles actives par ailleurs notamment en Europe. Toujours est-il qu'on a repris du texte choisi comme modèle le contentieux de la validité tout en négligeant le contentieux de l'interprétation. Il n'est dès lors pas surprenant que dans la mesure où l'on considère que la Cour d'arbitrage a, doit ou devrait avoir pour fonction d'assurer l'unité d'application des règles constitutionnelles il est suggéré de lui confier aussi le contentieux préjudiciel d'interprétation de la Constitution, de la même manière que la Cour de Luxembourg est investie à titre préjudiciel de la compétence de connaître notamment des questions d'interprétation du Traité fondateur.

5. Intervenant dans un tel contexte l'initiative des organisateurs de ce symposium ne paraît avoir pour objet ni de réécrire les principes qui gouvernent actuellement les contrôles juridictionnels de constitutionnalité et de conventionnalité ni d'inviter à réfléchir *ab nihilo* sur des modalités nouvelles *de lege ferenda* ou *de constitutione ferenda*.

Le propos est à première vue plus modeste, et sans doute plus réaliste. Il s'agit de réfléchir ensemble sur la question de savoir s'il y a moyen, dans le contexte actuel, d'arrondir certaines aspérités dont on devine la trace dans l'évolution des jurisprudences et dans des arrêts récents, prononcés par les plus hautes juridictions de l'Etat.

C'est la perspective, résolument positive, dans laquelle se situe l'ensemble des rapports ce qui, bien entendu n'interdit pas de suggérer *de lege ferenda* certains aménagements aux dispositions existantes. Très symptomatiques paraissent à cet égard les postulats et les propositions positives du groupe n° 2 qui n'entendent pas révolutionner la matière du concours des droits consacrés par le titre II de la Constitution et par des conventions internationales mais, au contraire, trouver un *modus vivendi* acceptable.

6. En prenant connaissance des rapports écrits préparatoires, on est frappé par le nombre d'appels à la retenue adressés à l'égard de l'un ou l'autre des juges qui interviennent dans le débat. De tels appels figurent dans pratiquement tous les rapports sous des vocables au demeurant analogues: réserve, retenue, terughoudendheid, selfrestraint, judicial restraint.

Ils font inévitablement penser à l'attitude attendue des différents législateurs dans l'exercice de leurs compétences respectives. L'exigence de loyauté fédérale ne procède-t-elle pas de la considération que la fonction législative est partagée entre plusieurs législateurs entre lesquels il n'existe pas de distinction hiérarchique ce qui implique pour chacun la prise en compte des autres? Pareille prise en compte n'implique-t-elle pas dans le chef des différents législateurs une certaine retenue afin de ne pas rendre excessivement difficile ou compliqué pour un autre l'exercice de ses propres compétences à lui?

Ne s'agit-il pas ici d'une problématique analogue? Le contrôle juridictionnel des actes législatifs est partagé entre un contrôle de constitutionnalité centralisé et un

contrôle de conventionnalité diffus dont les champs ne sont comme relevé déjà pas étanches. Il concerne l'ensemble des juges, judiciaires, administratifs et constitutionnel entre lesquels, ainsi que le relève à juste titre le rapport du groupe n° 4, aucune hiérarchie n'a été établie même si parmi ceux-ci il en est un – la Cour d'arbitrage – qui dispose de cette compétence redoutable d'annuler les normes législatives irrégulières ou d'empêcher que d'autres juges les appliquent dans l'exercice de leurs compétences propres. Cela ne doit-il pas aboutir à ce que chacun prenne en compte, dans l'exercice de ce qui lui revient, la fonction exercée par les autres?

Cette espèce de « loyauté juridictionnelle » dont les contours sont, on en convient volontiers, délicats à tracer, paraît devoir se déployer *a priori* dans deux directions. Il y a la loyauté à l'égard du législateur démocratiquement élu, d'une part, et la loyauté à l'égard des autres juges, d'autre part, dans le souci constant de procurer au justiciable ce qu'il est légitimement en droit d'attendre du service public juridictionnel.

7. Diverses questions soulevées dans le cadre du symposium paraissent se situer dans cette perspective. Qu'il soit permis d'en soulever l'une ou l'autre au risque d'être incomplet.

La première concerne l'interprétation des normes légalement contrôlées. Les problèmes que suscitent cette question apparemment simple ont été synthétisés en dix points oralement par le juge P. Martens dans le courant de la matinée. Il y a à ce sujet parfois une certaine tension entre la Cour de cassation, juge naturel de l'application procurée à la loi par les juges du pouvoir judiciaire et la Cour d'arbitrage.

Un point d'équilibre pourrait être trouvé en donnant un droit de priorité à l'interprétation judiciaire tout en maintenant la possibilité par la Cour d'arbitrage d'écarter des interprétations qui paraissent manifestement erronées, ce qui à première vue devrait rester marginal.

Cette priorité devrait sans doute conduire à ce que la Cour d'arbitrage réponde dans les termes mêmes de la question, c'est-à-dire compte tenu de l'interprétation donnée par le juge au texte législatif en cause. Cela n'exclut évidemment pas, dès lors qu'elle conclut à l'inconstitutionnalité du texte ainsi interprété, qu'elle indique, mais alors de préférence dans les motifs de l'arrêt, les raisons pour lesquelles une autre interprétation, résistant aux critiques d'inconstitutionnalité, pourrait ou devrait être donnée au texte en cause.

Ce qui paraît devoir être évité ce sont des réponses qui à première vue sont susceptibles de heurter parce que pouvant paraître un peu brutales dans la mesure où elles sont ressenties – à tort ou à raison, peu importe – comme procédant de la volonté de la Cour d'arbitrage d'imposer au juge *a quo* une interprétation déterminée de la règle législative contestée. On songe ici à deux techniques parfois utilisées par la Cour. Il s'agit, d'une part, des arrêts à double dispositif par lesquels la Cour dit pour droit que dans telle interprétation (qui est celle du juge *a quo*) la loi viole la Constitution, mais que dans telle autre elle ne la viole pas. Il y va, d'autre part, des arrêts où la Cour procède unilatéralement à une requalification des mesures soumises à son contrôle.

La jurisprudence la plus récente de la Cour d'arbitrage paraît – si on devine bien – s'orienter dans cette voie. C'est à tout le moins ainsi que paraît pouvoir être interprété notamment l'arrêt C.A., 144/2005, du 21 septembre 2005. La Cour d'arbitrage y répond à une question, posée en l'espèce par le Tribunal d'arrondissement de Bruges,

relative à l'interprétation d'une disposition d'un décret flamand imposant une taxe sur les immeubles inoccupés. Elle avait déjà été saisie antérieurement de questions préjudicielles portant sur la même disposition auxquelles elle avait répondu par les arrêts C.A., 58/2003, du 14 mai 2003 et C.A., 126/2003, du 1er octobre 2003. Elle avait à l'époque insisté sur le caractère restreint de cette disposition qui, par dérogation aux dispositions du Code judiciaire, déclarait territorialement compétent le tribunal du lieu de la situation de l'immeuble dans le cadre limité de l'opposition à contrainte. Elle avait répondu par deux fois que ladite règle, compte tenu du caractère limité de son champ d'application, n'excédait pas la compétence de la Région flamande.

Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt précité du 21 septembre 2005 le Tribunal soumet à la Cour une question dans une interprétation large selon laquelle ladite disposition règle la compétence territoriale du juge pour tout litige concernant ladite taxe ou redevance. Il lui soumet en conséquence à nouveau le problème d'un éventuel excès de compétence de la Région flamande.

Quelle est la réponse de la Cour ? Dans son dispositif elle répond très exactement à la question telle qu'elle lui est posée: dans l'interprétation large cette disposition viole les règles de partage de compétences. Mais dans ses motifs elle relève par ailleurs, travaux préparatoires à l'appui, que le législateur flamand n'entendait pas du tout introduire en la matière une règle d'attribution territoriale relative à l'ensemble du contentieux fiscal en matière de taxe d'inoccupation.

Dans cet arrêt la Cour d'arbitrage s'est abstenue – ce qu'elle aurait pu faire – de recourir à la technique d'un arrêt à double dispositif. En soi cela paraît heureux.

Le souci de la Cour d'arbitrage de donner aux actes législatifs une interprétation conforme à la Constitution singulièrement dans des arrêts à double dispositif interpelle quelque part. On comprend que cela puisse être ressenti comme gênant lorsque cette interprétation apparaît comme totalement «nouvelle» face à une interprétation consolidée par ce que le rapport du groupe n° 1 qualifie «d'histoire interprétative» de la norme en question.

8. L'utilisation par la Cour d'arbitrage de ce qu'il est convenu d'appeler la doctrine Waleffe peut en soi être considérée comme un hommage rendu par la Cour d'arbitrage à la Cour de cassation dont elle reprend l'enseignement. Il n'en demeure pas moins que cette technique d'interprétation date d'une autre époque, celle de la souveraineté de la loi. La présomption de rationalité sur laquelle elle s'appuie et qui consiste à présumer la conformité des lois aux règles supérieures (nationales et internationales) a, par deux fois été contredite: par la Cour de cassation dans son arrêt *Le Ski* d'abord, par le Constituant ensuite qui a estimé nécessaire de mettre en place la Cour d'arbitrage elle-même. Il n'est pas certain qu'il soit judicieux d'y recourir de manière systématique par la juridiction dont l'existence même porte atteinte au caractère irréfragable de la présomption qui en est à la base.

Les réactions que suscite la technique de l'interprétation conforme sont différentes selon que ladite technique est utilisée au contentieux de l'annulation ou au contentieux préjudiciel. Cela se comprend compte tenu du fait qu'au contentieux de l'annulation la norme est rarement porteuse d'une «histoire interprétative».

Le brevet de constitutionnalité ainsi délivré possède, il convient de l'observer, une portée différente selon le contentieux dans le cadre duquel il est rendu. S'il s'agit d'un arrêt de rejet conditionné par des réserves d'interprétation, dont il vaut sans doute mieux qu'elles soient rappelées dans le dispositif de l'arrêt, cet arrêt s'impose à l'ensemble des juridictions dans la limite de ce qui a été effectivement tranché.

On se permet d'observer qu'au contentieux de l'annulation l'inconstitutionnalité s'impose à tous, autorités juridictionnelles et autorités administratives, mais pas le brevet de constitutionnalité qui, en vertu de l'article 9, alinéa 2 de la loi spéciale, ne vaut qu'à l'égard des juges. Cette solution est-elle bien rationnelle?

Quant au brevet de constitutionnalité ou d'inconstitutionnalité résultant d'un arrêt préjudiciel il ne bénéficie que d'un effet relatif renforcé. Le rapport du groupe n° 3 pose à juste titre la question de savoir s'il ne faudrait pas étendre l'autorité de chose jugée d'un tel arrêt.

Il va même jusqu'à considérer que le caractère objectif du contentieux préjudiciel permettrait le cas échéant de conférer à la Cour en cas d'inconstitutionnalité la compétence de procéder directement à l'annulation de la règle jugée irrégulière.

9. Ce sont les arrêts par lesquels la Cour d'arbitrage procède unilatéralement à une substitution de qualification qui assez naturellement provoquent les réactions les plus nettes. Elles sont exprimées en annexe du rapport du groupe n° 1. Ce qui est ressenti comme interpellant ce n'est pas tant la requalification elle-même que la façon dont il est procédé – de manière unilatérale ou, pour reprendre l'expression de l'auteur de l'annexe, de manière autoritaire – singulièrement là où elle aboutit à ce qu'il n'est pas répondu au juge *a quo* dans la perspective où il a posé sa question. Cette réaction permet d'attirer l'attention sur deux insuffisances importantes qui caractérisent le contentieux préjudiciel tel qu'il est aujourd'hui organisé par la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage. La première concerne la formulation même de la question par le juge *a quo*. La seconde est relative aux conditions procédurales dans lesquelles se déroule l'examen de la question devant la Cour d'arbitrage.

La loi spéciale sur la Cour d'arbitrage est particulièrement déficiente dans la mesure où elle est muette sur tout ce qui précède la décision de renvoi et d'un laconisme excessif quant au contenu de cette décision.

On rejoint les observations du rapport du groupe n° 3 là où celui-ci suggère l'établissement de règles de procédures tendant à ce que soit correctement mené devant le juge *a quo* le débat sur une éventuelle question préjudicielle. Il devrait en effet être précisé sans équivoque jusqu'à quel moment de l'instance une telle demande peut être faite, la manière dont elle doit être formulée et, pourquoi pas, les motifs pour lesquels une telle demande mérite d'être posée.

L'article 27, § 2, de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage est quant à lui totalement insuffisant dans la mesure où il limite l'obligation du juge *a quo* à l'indication des dispositions législatives qui font l'objet de la question tout en lui permettant de préciser, le cas échéant, les articles pertinents des normes de référence qui sont en cause.

On comprend parfaitement le besoin exprimé par les acteurs de terrain de disposer en la matière d'un certain nombre de balises pour que le débat sur l'utilité ou la nécessité de poser une question préjudicielle se déroule correctement et que la question elle-même soit posée en des termes adéquats. Les suggestions faites à ce sujet dans le rapport sont excellentes.

Elles gagneraient à être inscrites dans la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage. Compte tenu en effet de l'enjeu pour le litige du détour par la juridiction constitutionnelle il convient qu'il soit procédé devant le juge *a quo* à un examen sérieux et contradictoire des questions énoncées dans le rapport.

10. Les conditions procédurales dans lesquelles s'effectue l'examen de la question préjudicielle par la Cour d'arbitrage gagneraient à être aménagées.

Une question préjudicielle ne peut être posée que par un juge. C'est donc la question d'un juge et non pas celle des parties au litige même si, dans la plupart des cas, ce sont elles qui lui ont suggéré de la poser. La Cour d'arbitrage en déduit très logiquement qu'il n'appartient pas à ces dernières de modifier la question du juge *a quo* ou d'étendre d'une manière ou d'une autre l'étendue de sa saisine.

Cette question, qui est celle d'un juge, est soumise à un autre juge pour qu'elle soit examinée par ce dernier dans le cadre d'un débat contradictoire. Mais qui sont ceux qui sont appelés à participer au débat devant la Cour d'arbitrage?

Il s'agit en premier lieu des requérants institutionnels parmi lesquels figure notamment celui qui a qualité pour représenter l'entité dont émane l'acte législatif. C'est assurément normal. Il y va, en second lieu, de ceux qui sont parties au litige à l'occasion duquel la question a été posée. C'est normal aussi compte tenu de l'impact de la réponse sur le litige. Quant au juge *a quo*, la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage ne lui réserve aucune place dans l'instance qui se noue devant la Cour d'arbitrage, même s'il faut reconnaître que sur base d'initiatives unilatérales prises par celle-ci il peut faire l'objet d'interpellations qui lui permettent notamment d'apprécier l'utilité de la question, et le cas échéant, son maintien ou non.

D'où vient-il que dans notre contentieux préjudiciel, comme ailleurs du reste, l'auteur de la question soit privé de toute possibilité d'intervenir dans le débat? Est-ce la rémanence d'un principe de droit judiciaire qui veut que lorsqu'un juge se prononce il est dessaisi? Ce principe ne paraît pas nécessairement applicable tel quel là où la décision d'un juge consiste à poser à un autre une question de droit. Dans le même ordre d'idées on rejoint l'opinion des membres du groupe 3 selon laquelle une décision qui pose une question préjudicielle ne devrait pas être revêtue de l'autorité de chose jugée quant à l'interprétation de la disposition législative soumise pour examen à la Cour d'arbitrage.

Serait-ce porter atteinte aux exigences du procès équitable que de permettre au juge *a quo* de faire à la Cour d'arbitrage des observations à propos de la question qu'il a posée? Il semble que non. Dans son arrêt *Nideröst-Huber c. Suisse* du 8 février 1997 la Cour de Strasbourg a estimé que le dépôt d'observations d'un juge inférieur auprès du juge d'appel – qui en l'espèce consistaient en un avis motivé sur le bien-fondé du recours dont il proposait le rejet – ne se heurtait pas en soi aux exigences du procès équitable.

11. Le juge n'est-il pas le premier concerné par la réponse attendue? Ne faudrait-il pas dès lors songer à lui permettre s'il le désire de se faire entendre sur ce qui est en réalité une pure question de droit plutôt que de songer à une nouvelle instance de concertation dont l'utilité a été mise en doute par Madame la Conseillère G. Suetens-Bourgeois?

Au cas où l'idée paraîtrait acceptable, il faudrait songer au statut qui pourrait lui être réservé. Faut-il lui accorder la qualité de partie sur pied d'égalité avec les autres parties à la cause? Cela n'apparaît sans doute pas souhaitable. On voit mal en effet le juge comparaître à l'audience devant la Cour en compagnie de ceux dont il a préalablement apprécié les arguments relatifs à la pertinence de la question et dont il aura par la suite à trancher le litige qui les oppose. Faut-il l'associer à la procédure dès le moment où est nouée l'instance devant la Cour d'arbitrage? A première vue cela ne paraît pas nécessaire, même s'il est sans doute utile que lui soient transmis les mémoires des parties.

Le moment opportun pour permettre le cas échéant au juge de s'exprimer ne se situe-t-il pas après l'échange des mémoires lorsque par ordonnance la Cour

d'arbitrage doit décider si l'affaire est ou non en état ? Pareille ordonnance ne pourrait-elle pas indiquer les questions qui de l'avis de la Cour d'arbitrage méritent un examen complémentaire par voie d'écrit non seulement par les parties – comme actuellement prescrit par l'article 90, de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage – mais aussi, le cas échéant par le juge *a quo*? L'aménagement auquel on songe mérite d'être bien circonscrit. Ce n'est pas dans tous les cas que le juge serait systématiquement invité à s'exprimer mais uniquement là où la Cour d'arbitrage l'estimerait nécessaire ou souhaitable. L'ordonnance prendrait la forme d'une invitation à laquelle le juge *a quo* demeurerait libre de répondre ou non. L'invitation serait aménagée de telle manière que le juge serait appelé à s'exprimer en premier – par écrit et dans un certain délai – son mémoire étant alors transmis aux parties. L'intervention du juge serait enfin limitée strictement à la possibilité de s'exprimer par écrit sur les questions énoncées par la Cour dans son ordonnance de mise en état.

Cela suppose évidemment que dans l'ordonnance de mise en état la Cour d'arbitrage exprime de manière suffisamment explicite la direction dans laquelle elle est susceptible de s'orienter. Ne peut-on pas imaginer que la Cour y laisse transparaître qu'elle éprouve des doutes à propos de la qualification de la mesure visée par la question, ce qui permettrait d'atténuer voire de supprimer le caractère unilatéral d'une éventuelle requalification?

La Cour ne pourrait-elle pas dans son ordonnance indiquer qu'elle envisage le cas échéant de déclarer inconstitutionnelle une disposition législative en ce qu'elle n'inclut pas dans son hypothèse telle catégorie de justiciable, ce qui permettrait, le cas échéant, au juge *a quo* de lui faire part de ce qu'à son sens la disposition en cause n'est pas une règle de compétence mais une disposition de droit pénal matériel ce qui l'empêche compte tenu du principe renforcé de légalité, de combler ce qui peut apparaître comme une lacune de la loi taxée d'inconstitutionnelle. En procédant comme suggéré ci-dessus n'aurait-on pas pu éviter – à tout le moins en partie – des situations regrettables du genre de celles qui se sont présentées dans l'affaire *Total* où après l'arrêt préjudiciel d'inconstitutionnalité C.A., 68/2005, du 13 avril 2005, la Cour de cassation énonce en substance dans son arrêt P.04.0482 F, du 29 juin 2005, rendu dans la même affaire, qu'elle ne pouvait remédier à ladite inconstitutionnalité qu'au prix d'une application analogique de la disposition contestée ce qui lui paraissait impossible compte tenu du principe de légalité renforcé qui caractérise la matière pénale?

Un échange de vues préalable entre la Cour de cassation et la Cour d'arbitrage à propos notamment des exigences déduites de l'article 6, de la Convention européenne des droits de l'homme aurait sans doute été profitable à tous.

12. Il semble par ailleurs que devraient être réduits au maximum les arrêts de la Cour d'arbitrage par lesquels le juge *a quo* n'obtient pas de réponse à sa question pour le motif qu'elle est irrecevable ou que, selon la Cour, elle n'appelle pas de réponse même si l'on est bien conscient qu'aujourd'hui encore lui sont soumis des actes qui n'ont pas la qualité d'acte législatif ou des dispositions législatives dont l'interprétation est saugrenue.

Deux arrêts relativement récents, dont le premier déclare la question préjudicielle irrecevable et le second dit pour droit qu'elle n'appelle pas de réponse, méritent attention.

13. Le premier est l'arrêt C.A. 93/2005, du 25 mai 2005. Il est rendu à la suite d'un jugement rendu par le Tribunal de première instance d'Anvers. La question concerne une disposition du Code de la nationalité belge qui, en matière de déclaration de nationalité, privilégie apparemment une catégorie d'étrangers, ceux dont l'un des auteurs possède la nationalité belge au moment de la déclaration, en s'abstenant d'exiger d'eux une quelconque condition de résidence, condition qui est elle exigée des autres catégories. Elle est posée par le juge, à la demande du ministère public qui conteste cette absence de condition.

Dans son arrêt la Cour relève qu'il ressort des éléments du dossier que le requérant devant le juge *a quo* satisfait aux conditions de la disposition contestée mais que le procureur du Roi d'Anvers avait néanmoins émis un avis négatif pour le motif qu'il ne remplissait pas la condition de résidence qui pourtant n'était pas exigée par cette disposition, ce que le juge du fond ne contestait pas.

C'est dans deux considérants, au demeurant très brefs, que la Cour va décider du sort de la question.

Dans le point B.2.3. elle dit littéralement ce qui suit: « La partie requérante devant le juge *a quo* satisfaisant aux exigences légales, la question préjudicielle n'est pas recevable ». Cela étant elle ajoute en substance dans le point B.3. qu'il est vrai que le choix accordé à cette catégorie d'étrangers aux seules conditions énoncées par la disposition en question n'est pas justifié si on compare sa situation à celle d'autres catégories d'étrangers qui sont mentionnées dans la question préjudicielle mais que c'est au législateur qu'il appartient de mettre fin à cette discordance. Dans son dispositif la Cour déclare la question irrecevable. N'eût-il pas été préférable en l'espèce de renoncer à toute considération quant à la recevabilité de la question?

14. Le second arrêt est, quant à lui, plus correct sur le plan des principes mais il montre l'intérêt qu'il peut y avoir à intégrer le juge *a quo* dans le débat devant la Cour. Il s'agit de l'arrêt 140/2005, du 13 septembre 2005 une date qui, on le relève, est postérieure à la rédaction des rapports.

La Cour d'arbitrage est au départ saisie d'une question posée par le Tribunal de première instance de Bruxelles. Elle concerne une ordonnance bruxelloise relative à la taxe régionale sur certains immeubles. Une différence de traitement y est relevée : une exemption de la taxe régionale est prévue pour la personne physique exerçant son activité professionnelle en tant qu'indépendant à son domicile privé, alors qu'elle n'en bénéficie pas si elle exerce cette activité par l'intermédiaire d'une société unipersonnelle à son domicile.

Le problème en l'espèce vient de ce que le demandeur devant le juge *a quo* n'exerçait pas son activité professionnelle par l'intermédiaire d'une société unipersonnelle mais bien dans le cadre d'une société en commandite simple qui compte en principe au moins deux associés. La Région de Bruxelles-Capitale le relève et conclut à l'irrecevabilité de la question. Le demandeur originaire le reconnaît mais demande à la Cour de reformuler la question.

Dans son arrêt la Cour observe qu'il ne lui appartient pas d'examiner une différence de traitement à propos de laquelle elle devrait définir elle-même les catégories à comparer. C'est exact. C'est au juge *a quo*, poursuit la Cour, qu'il appartient de décider quelles questions préjudicielles doivent être posées à la Cour. Les parties ne peuvent modifier le contenu de la question. C'est vrai aussi. La Cour termine en observant ce qui suit: «Dès lors que la comparaison soumise au contrôle de la Cour n'est manifestement pas pertinente (et) compte tenu des faits du litige et que la Cour ne peut en modifier les termes à la demande des parties, la question

préjudicielle n'appelle pas de réponse. C'est au juge *a quo* qu'il appartient de décider s'il doit poser une nouvelle question préjudicielle.

Ne faudrait-il pas introduire un peu plus de souplesse? La Cour n'aurait-elle pas pu avant de rendre son arrêt interpellier le juge en lui montrant son erreur et en lui demandant s'il entendait maintenir sa question? Celle solution n'aurait-elle pas permis de gagner du temps étant entendu que s'il y a perte de temps en l'espèce cela est dû à l'erreur commise par le juge du fond?

15. Le premier des deux exemples cités ci-dessus permet d'attirer l'attention sur certaines questions que suscitent les dispositions législatives dont le champ d'application peut poser problème au regard des principes d'égalité et de non-discrimination. Il s'agit en fait de dispositions qui imposent certaines obligations à certaines catégories de justiciables mais pas à d'autres ou qui réservent le bénéfice de droits ou d'avantages à certains sans que l'on perçoive les motifs pertinents qui permettraient d'en exclure d'autres jugées comparables.

La problématique a été abordée en cours de journée par Mme la référendaire C. Horevoets. Elle a par ailleurs fait l'objet de développements dans un *capitulum selectum* annexé aux travaux du groupe n° 3. Son auteur a fort bien mis en lumière les trois réponses susceptibles d'être fournies par la Cour d'arbitrage. Par souci de commodité on se limite ici au contentieux préjudiciel.

Tantôt la Cour règle le problème au niveau de l'interprétation de la disposition en cause au moyen d'arrêts à double dispositif énonçant en substance que dans telle interprétation (le plus souvent stricte) la disposition viole les articles 10 et 11 de la Constitution mais que dans telle autre interprétation (extensive) elle ne la viole pas. Tantôt la Cour déclare que la disposition viole la Constitution en ce qu'elle ne s'applique pas à une situation déterminée ou à une catégorie de justiciable. Tantôt encore elle énonce que la règle en cause ne viole pas les principes d'égalité et de non-discrimination tout en relevant qu'elle contient des distinctions apparemment non justifiées auxquelles il appartient au législateur de porter remède.

16. Ainsi que le relève justement l'auteur du *capitulum selectum* la seconde technique surtout pose le problème de la légitimité de la démarche qui se situe dans le cadre des relations entre le juge constitutionnel et le législateur, la Cour d'arbitrage pouvant se trouver le cas échéant dans la situation d'un législateur positif.

Lorsqu'une catégorie se trouve dans une situation privilégiée par rapport à d'autres deux réactions sont à première vue possibles: soit les autres sont élevés au niveau de la catégorie privilégiée, soit cette dernière est abaissée au niveau des autres. Une troisième solution ne doit toutefois pas être écartée. Elle consiste à raboter le privilège dont bénéficient les uns et à améliorer proportionnellement la situation des autres. Il y a, en réalité, une quatrième solution qui paraît quant à elle toute théorique: c'est le maintien pur et simple du prétendu privilège pour des motifs jugés pertinents, après réexamen de la question par le législateur compétent.

Cette situation amène à se demander si des trois techniques actuellement utilisées par la Cour d'arbitrage la plus respectueuse des prérogatives du législateur démocratiquement élu n'est pas la troisième. La règle n'est pas déclarée inconstitutionnelle au contentieux préjudiciel, le législateur étant par ailleurs invité à se saisir – se ressaisir – du dossier. A lui de choisir la solution qu'il entend y donner. N'y a-t-il pas là une forme de loyauté à témoigner à l'égard du législateur?

Au fond, n'est-ce pas ce à quoi aurait dû aboutir l'arrêt déjà cité 93/2005, du 25 mai 2005?

17. L'arrêt précité C.A. 93/2005, du 25 mai 2005 suscite par ailleurs une autre réflexion. Elle concerne l'effet dans le temps des réponses fournies par la Cour d'arbitrage au contentieux des questions préjudicielles.

L'opportunité – voire la nécessité – a été évoquée d'étendre au contentieux préjudiciel la faculté reconnue à la Cour de limiter – pour le passé et pour l'avenir aussi – les conséquences des annulations qu'elle prononce. Ces observations sont pertinentes pour le motif qu'il s'agit dans le cadre des deux contentieux d'un contrôle abstrait de légalité qui s'opère dans des conditions qui, par essence, sont analogues. Le juge A. Alen y a clairement fait allusion en cours de journée.

La Cour pourrait sans doute s'engager dans cette voie de manière plus systématique qu'elle n'a jusqu'à présent estimé pouvoir le faire. Que penser d'un dispositif qui dans un cas analogue à celui examiné par l'arrêt susmentionné du 25 mai 2005 se terminerait de la manière suivante: «... mais c'est au législateur qu'il appartient de mettre fin à cette discordance pour telle date, l'absence de toute intervention législative à ce moment rendant discriminatoire la discordance constatée ci-dessus»?

On constate – en fait – que même sans texte la Cour de Justice de Luxembourg et la Cour d'arbitrage se sont engagées dans cette voie, fût-ce de manière tout à fait exceptionnelle. Ne serait-ce pas un indice de ce que le contrôle opéré tantôt au contentieux de l'annulation tantôt au contentieux préjudiciel est fondamentalement identique?

Un tel dispositif serait-il contraire aux prescrits de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage? Ce n'est pas évident. On concède bien volontiers que l'article 8, alinéa 2, de ladite loi figure dans le chapitre Ier de la loi relatif au contentieux de l'annulation et non pas dans son chapitre II qui est consacré aux questions préjudicielles. Doit-on, pour autant, déduire nécessairement du silence du législateur à propos de la possibilité de moduler dans le temps les effets des arrêts préjudiciels de ce que cette faculté reconnue explicitement au contentieux de l'annulation, ne peut pas être mise en œuvre dans des réponses données à des questions par les juges? Ce n'est pas certain.

18. Restent, à ce stade, deux questions qui sont ressenties comme liées. Il s'agit d'une part, du caractère excessivement contraignant de l'obligation pesant sur le Conseil d'Etat et la Cour de cassation de poser des questions préjudicielles. Il y va, d'autre part, du délicat problème du concours direct et indirect de droits fondamentaux lorsqu'ils sont consacrés à la fois par le titre II de la Constitution et une convention internationale.

Tout le monde s'accorde, ainsi que l'ont opportunément rappelé lors des travaux du symposium le juge A. Alen et le doyen G. de Leval, pour critiquer la distinction faite dans le dernier alinéa de l'article 26, § 2, de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage. Elle conduit à cette situation, en soi absurde, que la Cour de cassation et le Conseil d'Etat sont, selon le texte, tenus de poser une question quand bien même la règle législative ne viole manifestement pas une disposition dont la Cour d'arbitrage est chargée de vérifier le respect ou que la réponse à la question n'est pas indispensable pour se prononcer sur la demande dont ils sont saisis.

Les travaux du groupe n° 4 font apparaître que, dans les faits, nos Hautes juridictions judiciaire et administrative refusent bien souvent de poser des questions dans ces hypothèses. Elles ont évidemment raison. Les réalités – de la vie et des mots – sont autrement plus fortes et contraignantes que n'importe quelle règle de droit. Il va quand même de soi que pour qu'il y ait lieu à poser une question préjudicielle il

faut que se pose devant le juge une question et que celle-ci soit susceptible d'être qualifiée de préjudicielle.

Comment dans la langue française ces deux concepts sont-ils définis? Le dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française définit le concept «question» de la manière suivante: «Connaissance incomplète ou incertaine qui peut donner lieu à des discussions; sujet qui implique des difficultés à résoudre, d'ordre théorique ou pratique». Cela signifie tout simplement dans le domaine qui nous occupe que n'importe quelle critique d'inconstitutionnalité n'est pas en soi susceptible de susciter une question.

L'adjectif qualificatif préjudiciel est, quant à lui, défini comme suit: «Qui doit précéder le jugement». Cela implique que là où il y a question dont la solution n'est pas indispensable pour juger cette question ne peut, en français, être qualifiée de préjudicielle.

Il faut bien constater que cela fait des années qu'est critiquée la distinction faite entre les juridictions de fond, d'une part, et la Cour de cassation et le Conseil d'Etat, d'autre part sans que le législateur n'y fasse écho. Il n'y a d'autre solution, sans doute, que de refuser explicitement d'appliquer les mots qui réduisent la portée de l'exception aux seuls juges du fond pour le motif qu'ils sont contraignés au droit fondamental d'obtenir une décision de justice dans un délai raisonnable tel que prescrit par l'article 6, de la Convention européenne des droits de l'homme. La solution est évidemment partielle dans la mesure où elle n'est susceptible d'être adoptée que pour les litiges auxquels s'applique ledit article 6, de la Convention. On peut toutefois croire que si l'on adopte systématiquement cette solution partielle, il deviendra, à terme, intenable de maintenir l'obligation de poser une question préjudicielle pour les litiges auxquels actuellement ne s'applique pas l'article 6, de la Convention européenne des droits de l'homme.

19. L'hypothèse du concours des droits fondamentaux a toute entière retenu l'attention des membres du groupe n° 2. Les réflexions aboutissent, au nom d'un réalisme compréhensible, à proposer une formule de compromis qui tient en deux propositions: 1° obligation de principe de poser à la Cour d'arbitrage une question préjudicielle en cas de concours entre un droit fondamental garanti par le titre II de la Constitution et une convention internationale; 2° dispense de l'obligation lorsque le juge estime que la Constitution n'est manifestement pas violée et aussi lorsqu'il résulte d'un arrêt d'une juridiction internationale ou de la Cour d'arbitrage elle-même que la Constitution est manifestement violée.

Le contexte dans lequel s'opère le raisonnement paraît doublement circonscrit, comme rappelé en cours du symposium par le professeur J. Velaers: 1° on se situe uniquement dans le cadre du contentieux préjudiciel; 2° les critiques dirigées contre l'acte législatif sont tirées à la fois de la méconnaissance de dispositions constitutionnelles et de règles de droit international protégeant de manière analogue des droits identiques ou similaires.

20. Le justiciable ayant, jusqu'à plus ample informé, le choix des armes, il peut – dès lors qu'il entend critiquer la régularité d'un acte législatif devant le juge – invoquer les dispositions qui lui paraissent les plus adéquates.

Théoriquement, il peut adopter quatre attitudes: 1° il invoque uniquement la violation d'une règle de droit international; 2° il invoque, à titre principal, la violation de la Constitution et à titre subsidiaire celle d'une règle internationale; 3° il adopte l'attitude inverse en se prévalant d'abord de la violation du droit international et

ensuite de la Constitution; 4° enfin, il invoque la violation combinée du droit constitutionnel et du droit international soit isolément soit en combinaison avec les trois attitudes précédentes.

La première attitude suscite, à première vue, peu d'hésitation. Le justiciable ayant délibérément choisi de limiter le débat à la seule conformité au droit international, la jurisprudence de l'arrêt *Le Ski* doit trouver à s'appliquer. Il ne semble pas, en d'autres termes, qu'il puisse être reproché au juge de ne pas poser une question à la Cour d'arbitrage sous prétexte de ce qu'il existe par ailleurs dans la Constitution une disposition, par hypothèse non invoquée par le justiciable, qui protège le même droit de manière identique ou analogue. Encore convient-il d'être attentif aux observations faites oralement par le Président R. Andersen à propos du caractère peu développé des études relatives au caractère d'ordre public des dispositions constitutionnelles, singulièrement de celles qui consacrent les droits et libertés fondamentales, et des conséquences qui pourraient en être déduites au contentieux préjudiciel.

21. Dans la réalité des faits, les justiciables invoquent souvent – la plupart du temps même – une violation combinée de la Constitution et de conventions internationales. Ils y sont incités par la jurisprudence de la Cour d'arbitrage selon laquelle les textes internationaux forment un ensemble indissociable avec les dispositions analogues de la Constitution, ce qui conduit la Cour à tenir compte dans son contrôle de la constitutionnalité des dispositions analogues de droit international. La Cour d'arbitrage énonce par ailleurs que la violation d'un droit fondamental constitue *ipso facto* une violation du principe d'égalité et de non-discrimination. On ne peut s'empêcher de penser qu'en raisonnant de la sorte la Cour d'arbitrage s'engage sur un terrain qui, depuis l'arrêt *Le Ski* de la Cour de cassation, est occupé par ailleurs par les autres juges. Affirmer dans le cadre du contrôle d'une violation directe par la loi d'une disposition constitutionnelle qu'il convient de tenir compte aussi des dispositions analogues de droit international c'est en réalité inclure dans ce contrôle direct la violation de ces dispositions de droit international. Enoncer par ailleurs que la violation d'un droit fondamental constitue *ipso facto* une violation du principe d'égalité et de non-discrimination est sans doute sujet à caution, à tout le moins théoriquement. Ce qui est exact c'est que toute violation du principe d'égalité et de non-discrimination implique pour ceux qui en sont victimes la violation d'un de leurs droits dits fondamentaux.

22. La démarche de la Cour d'arbitrage ne soulève à notre sens aucune objection dès lors qu'elle est effectuée dans le cadre du contentieux de l'annulation. Du seul point de vue du rapport entre la Cour, le Conseil d'Etat et les juridictions judiciaires il n'y a pas, comme le prétendent d'aucuns, d'empiètement qui saurait lui être reproché. Etant la seule juridiction habilitée à annuler des dispositions législatives elle peut parfaitement tenir ce raisonnement.

Au fond, ne se trouve-t-on pas dans une situation similaire, toute proportion gardée, à celle dans laquelle on s'est trouvé à l'époque lors de la création de la section d'administration du Conseil d'Etat?

De là à prétendre que ce raisonnement devrait avoir pour conséquence que les juges sont tenus, au contentieux préjudiciel, en cas de critique combinée de constitutionnalité et de conventionnalité, de donner la priorité à la critique de constitutionnalité et donc à poser une question préjudicielle, il y a un pas que, pour notre part, nous hésitons à franchir.

Le motif n'est pas à chercher dans la primauté affirmée du droit international sur le droit interne, ni dans les enseignements qui se déduisent de la jurisprudence actuelle de la Cour de Justice de Luxembourg. Sur ce point nous sommes parfaitement d'accord tant avec les membres du groupe n° 2 qu'avec ceux du groupe de travail n° 5.

Le motif est croyons-nous de pur droit interne. A savoir l'affirmation maintes fois répétée, notamment au plus haut niveau, que la création de la Cour d'arbitrage n'avait ni pour objet ni pour effet d'amputer les juges judiciaires et administratifs dans leurs compétences. La solution de compromis suggérée par le groupe n° 2 aboutit, en réalité, à priver ces derniers d'une partie de leur pouvoir juridictionnel. Le pouvoir de juridiction constitue un objet qui, en l'absence de toute intervention explicite du Constituant, n'est pas susceptible de transactions ou de compromis quand bien même ce compromis serait imposé par voie législative.

23. Est-ce pour autant condamner le rôle que la Cour d'arbitrage est appelée à jouer dans le domaine des droits et libertés fondamentales? On ne le pense pas. Au contentieux de l'annulation elle est seule à occuper pleinement le terrain. Au contentieux préjudiciel elle sera peut-être un peu moins sollicitée si les juges *a quo* donnent la priorité au contrôle de conformité aux textes de droit international. Mais pour quel motif? Pour le seul motif que la disposition législative en cause viole effectivement une disposition de droit international étant entendu que le juge n'a en aucune manière à se prononcer par ailleurs sur la conformité ou non à une disposition constitutionnelle analogue hormis le cas, qui devrait rester marginal, où ladite disposition ne viole manifestement pas la Constitution.

Faut-il par ailleurs craindre à l'excès d'éventuelles divergences de jurisprudence entre la Cour d'arbitrage et les autres juges? On n'en est pas convaincu. Le contrôle de conformité à la Convention européenne des droits de l'homme s'effectue de part et d'autre sous la surveillance de la Cour de Strasbourg. Celui de l'adéquation par rapport au droit européen moyennant le contentieux préjudiciel d'interprétation et de validité de la Cour de Luxembourg.

24. Les lignes qui précèdent entendent rendre compte, dans un souci de complémentarité avec le texte du rapport établi par le Professeur Karel Rimanque, de certaines des questions évoquées lors du symposium du 21 octobre 2005 auxquelles leur auteur s'est permis d'adjoindre parfois des considérations personnelles. Qu'il soit permis de saluer l'initiative de ceux qui en sont à l'origine. Ils ont parfaitement relevé le défi de rassembler autour d'une même table et d'une même tribune tous ceux qui sont soucieux d'un rapport harmonieux entre les juridictions supérieures de ce Pays, dans l'intérêt du justiciable et de l'Etat de droit. La réussite dont témoigne la tenue de ce symposium conduit à émettre le vœu d'un nouveau rendez-vous à moyen terme.

Bruxelles, 31 octobre 2005