

LES LOIS MANIFESTEMENT INCONSTITUTIONNELLES

PAR

MARC VERDUSSEN

PROFESSEUR ORDINAIRE
À L'UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN

Un recours en annulation est adressé à la Cour constitutionnelle plus de six mois après la publication de la norme au *Moniteur belge*. Il est dirigé, non contre une norme législative, mais contre une norme réglementaire. Il ne met pas en cause la constitutionnalité de la norme mais son opportunité politique. Les arguments articulés par le requérant à l'appui de sa demande d'annulation sont farfelus. Ce sont là autant d'hypothèses qui, de toute évidence, conduiront les juges constitutionnels à déclarer le recours irrecevable, à se considérer comme incompetents pour en connaître ou à le juger non fondé. Si l'écueil est manifeste, pourquoi devraient-ils attendre plusieurs mois pour le constater? Le législateur spécial en a été conscient. C'est ainsi que la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle permet à cette dernière de précipiter le rejet du recours. La même possibilité existe pour les questions préjudicielles, lorsqu'une juridiction adresse à la Cour constitutionnelle une question fantaisiste ou échappant manifestement à la compétence de cette dernière. Dans les deux cas, il s'agit de «séparer le bon grain de l'ivraie», comme le souligne très justement mon collègue et ami, le professeur Robert Andersen (1), à qui nous rendons aujourd'hui un hommage mérité.

Qu'il s'agisse, comme ici, de précipiter ou, dans d'autres circonstances, de suspendre, de différer ou de sauvegarder, la Cour consti-

(1) R. ANDERSEN, «Le recours en annulation devant la Cour d'arbitrage», in F. DELPÉRÉE (dir.), *Le recours des particuliers devant le juge constitutionnel*, Paris, Economica, Bruxelles, Bruylant, 1991, p. 26.

tutionnelle dispose d'une certaine maîtrise du temps (2). Tantôt elle gère le présent. Tantôt elle rapproche le futur. Tantôt elle réconcilie le passé et l'avenir.

Le pouvoir des juges constitutionnels de gérer le temps leur permet-il, plutôt que de hâter le rejet d'un recours ou d'une question, d'accélérer la constatation d'une inconstitutionnalité dès le moment où celle-ci est manifeste? N'y a-t-il pas, en effet, des inconstitutionnalités qui, par leur flagrance, doivent être promptement constatées, voire éradiquées, sans leur laisser leur temps de créer des effets parfois hautement préjudiciables? Il ne s'agit plus ici de précipiter le rejet d'un recours en annulation ou d'une question préjudicielle, mais tout au contraire de précipiter une «décision positive d'inconstitutionnalité», selon une expression propre au contentieux constitutionnel portugais.

La question doit être examinée distinctement selon que la Cour constitutionnelle est saisie d'un recours en annulation ou d'une question préjudicielle. Par ailleurs, dans ce dernier cas, il convient également de s'interroger, en amont, sur la possibilité pour le juge ordinaire d'apprécier lui-même le caractère manifeste d'une inconstitutionnalité.

I. – LES INCONSTITUTIONNALITÉS MANIFESTES SUR RECOURS EN ANNULATION

Depuis 2003, la Cour constitutionnelle est compétente pour *constater*, dans le cadre de la procédure préliminaire, l'existence d'inconstitutionnalités manifestes. Toutefois, elle n'a pas attendu de jouir de cette prérogative pour se risquer à *suggérer*, cette fois dans le cadre de la procédure de suspension, l'existence de telles inconstitutionnalités.

1. – *Les inconstitutionnalités manifestes suggérées par la Cour constitutionnelle*

Un recours en annulation à la Cour constitutionnelle n'est pas suspensif de plein droit, de telle sorte que la norme mise en cause continue à être appliquée pendant le temps de la procédure devant les juges. Dans la mesure où une telle application risque d'entraîner un préjudice grave, qui ne pourra être réparé que difficilement une

(2) M. VERDUSSEN, *Les douze juges – La légitimité de la Cour constitutionnelle*, Bruxelles, Labor, 2004, p. 73.

fois la loi annulée, la Cour peut, à certaines conditions, suspendre l'application de la loi dont l'annulation est sollicitée. En réalité, la loi spéciale du 6 janvier 1989 distingue deux hypothèses pouvant conduire à une suspension de la norme attaquée.

Première hypothèse. La première hypothèse de suspension est définie par l'article 20, 1^o, de la loi spéciale. Toute demande en suspension introduite sur cette base est subordonnée à une double condition de fond. Il convient, avant tout, que les moyens d'annulation invoqués par le requérant soient «sérieux». Un moyen qui n'est pas «manifestement non fondé», au sens de l'article 72 de la loi spéciale, constitue-t-il pour autant un moyen sérieux? Il n'en est rien. Pour être sérieux, un moyen doit nécessairement revêtir «une apparence de fondement au terme d'un premier examen des éléments dont la Cour dispose à ce stade de la procédure» (3). Il convient, ensuite, que l'exécution immédiate de la norme attaquée «risque de causer un préjudice grave et difficilement réparable». Les deux conditions sont cumulatives.

Un moyen sérieux, considéré comme tel dans le cadre d'une procédure de suspension – qui est nécessairement préalable et simplifiée –, est-il nécessairement porteur d'une inconstitutionnalité manifeste? Conceptuellement, les deux notions ne se confondent pas, dira-t-on, car un moyen sérieux n'est pas un moyen fondé. Pourtant, la frontière entre les deux est pour le moins ténue. Entre un moyen qui revêt «une apparence de fondement» – selon les termes usuels de la jurisprudence constitutionnelle – et un moyen porteur d'une inconstitutionnalité manifeste, la ligne de partage n'apparaît pas avec évidence. Elle est d'autant moins claire qu'en pratique, une suspension – basée sur un moyen sérieux – est généralement suivie d'une annulation – basée sur un moyen fondé –. Cependant, si un doute a pu ainsi poindre sur cette question, il est désormais dissipé, la réforme de la procédure préliminaire par la loi du 9 mars 2003 empêchant tout amalgame entre l'apparence de fondement et le fondement manifeste. En effet, comme nous le verrons plus loin, la loi spéciale permet aujourd'hui à la Cour constitutionnelle d'accueillir un recours en annulation, au stade de la procédure préliminaire, donc avant l'examen d'une éventuelle demande de suspension, si elle estime que l'inconstitutionnalité est manifeste. La

(3) C.C., arrêt n° 106/2007 du 19 juillet 2007, B.4 (jurisprudence constante).

circonstance que la Cour puisse, lors de la procédure préliminaire, considérer qu'il n'y a pas d'inconstitutionnalité manifeste puis, saisie d'une demande de suspension, juger que le moyen est sérieux confirme la réalité de la distinction entre les deux appréciations : le silence des juges sur l'existence d'une inconstitutionnalité manifeste ne préjuge pas de l'absence d'un moyen sérieux.

Quoi qu'il en soit, tant avant qu'après 2003, il est arrivé que la Cour constitutionnelle statue sur des demandes de suspension par des voies surprenantes, qui ont jeté un flou supplémentaire sur la distinction entre un moyen sérieux et un moyen manifestement fondé.

En règle générale, la Cour constitutionnelle procède prioritairement à l'examen de la seconde condition prévue par l'article 20, 1°. Elle s'assure que la suspension permettra d'éviter que, pour le requérant, «un préjudice grave, qui ne pourrait pas ou qui pourrait difficilement être réparé par l'effet d'une annulation éventuelle, ne résulte de l'application immédiate de la norme attaquée» (4). Si cette condition n'est pas remplie, la Cour rejette la demande de suspension et se dispense donc d'examiner la première condition.

Pourtant, dans deux cas au moins, la Cour constitutionnelle a constaté l'absence de risque de préjudice grave et difficilement réparable, tout en déclarant aussi le moyen sérieux. Cette déclaration ne pouvait avoir aucune incidence sur le sort de la demande de suspension, l'autre condition n'étant de toute manière pas remplie. Pourquoi, dès lors, la Cour a-t-elle tenu à souligner le caractère sérieux du moyen ? On peut penser qu'elle a voulu donner, à ceux qui pourraient à l'avenir faire application de la norme querellée, «une forme d'avertissement» (5).

Dans la première affaire, les requérants sollicitaient la suspension et l'annulation de l'article 3 de la loi du 6 août 1993 modifiant les articles 259*bis* et 259*quater* du Code judiciaire et complétant l'article 21, §1^{er}, de la loi du 18 juillet 1991 modifiant les règles du Code judiciaire relatives à la formation et au recrutement des magistrats. Le but essentiel de la loi du 18 juillet 1991 était de rendre plus objectives les conditions et la procédure de nomination des magistrats. En substance, le législateur fédéral a voulu subor-

(4) C.C., arrêt n° 30/2009 du 18 février 2009, B.5.1 (jurisprudence constante).

(5) F. DELPÉRÉE et A. RASSON-ROLAND, *La Cour d'arbitrage*, Extrait du «Répertoire notarial», Bruxelles, Larcier, 1996, p. 61. Dans le même sens, voy. M.-F. RIGAUX et B. RENAULD, *La Cour constitutionnelle*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 159.

donner l'accès à la magistrature soit à la réussite d'un concours suivi d'un stage, soit à la réussite d'un examen d'aptitude professionnelle consécutif à une expérience professionnelle. Or, la disposition entreprise devant la Cour constitutionnelle réputait les juges suppléants avoir réussi l'examen d'aptitude professionnelle. Dans un arrêt du 3 mars 1994 (6), la Cour a considéré que le moyen était sérieux en tant que la disposition entreprise s'appliquait aux juges suppléants nommés après le 1^{er} octobre 1993, date de l'entrée en vigueur de la loi du 18 juillet 1991. En effet, «dès lors que les candidats à une fonction de juge effectif sont désormais soumis à des conditions de concours, de stage ou d'examen de capacité auxquels les juges suppléants ne sont pas astreints, les conditions de leur nomination étant restées ce qu'elles étaient avant l'entrée en vigueur de la loi du 18 juillet 1991, la dispense accordée aux juges suppléants, alors même qu'ils seraient nommés après l'entrée en vigueur de cette loi, ne paraît pas susceptible d'une justification raisonnable». Dans l'arrêt sur le fond, rendu le 29 juin 1994 (7), elle a jugé le moyen fondé.

Dans la seconde affaire, le requérant sollicitait l'annulation de plusieurs dispositions de la loi du 8 juin 2006 réglant des activités économiques et individuelles avec des armes. La requête en annulation était assortie d'une demande de suspension limitée au seul article 48, alinéa 2, de la loi, ainsi libellé : «Les agréments, autorisations et permis délivrés en vertu de la loi visée à l'article 47 restent valables pendant cinq ans à dater de leur délivrance ou de la dernière modification pour laquelle des droits et redevances ont été perçus et à condition qu'ils ne soient pas en contradiction avec la présente loi». Dans leur requête, les requérants ont expliqué que leur demande de suspension ne vise pas l'ensemble de la nouvelle législation sur les armes, mais uniquement la réglementation de la période transitoire qu'ils estiment juridiquement insécurisante pour eux. En effet, la loi impose un renouvellement par le gouverneur de province de toutes les autorisations et de tous les agréments qui ont été délivrés ou modifiés depuis plus de cinq ans – sous l'empire de la législation antérieure, leur validité n'était, en principe, pas limitée dans le temps –, tout en ne contenant aucune disposition tran-

(6) C.C., arrêt n° 21/94 du 3 mars 1994.

(7) C.C., arrêt n° 53/94 du 29 juin 1994.

sitoire dans l'attente de la décision du gouverneur, et ce alors même que des mesures transitoires ont été prévues à l'égard de destinataires comparables de la même loi. Dans un arrêt du 8 novembre 2006 (8), la Cour constitutionnelle a considéré que le moyen était sérieux. Selon elle, l'application de l'article 48, alinéa 2, en ce qu'il ne fait l'objet de la part du législateur d'aucune mesure transitoire «aura pour effet de plonger une catégorie de personnes dans l'illégalité, du jour au lendemain, et de les exposer à des poursuites pénales, sans que puissent être obtenues en temps utile les autorisations requises». Et la Cour d'ajouter que «l'illégalité qui atteint ces personnes et les expose à des poursuites pénales est d'autant plus arbitraire qu'elle variera selon la date à laquelle les autorisations qu'elles avaient obtenues dans le passé leur ont été délivrées». Ultérieurement, la loi du 8 juin 2006 a été complétée et modifiée par une loi du 9 janvier 2007. Entre autres modifications, le législateur a remplacé le texte de l'article 48, alinéa 2. Cette modification est entrée en vigueur à la date d'entrée en vigueur de la loi sur les armes, soit le 9 juin 2006. Dans l'arrêt sur le fond, rendu le 19 décembre 2007 (9), la Cour constate que la modification rétroactive de l'article 48, alinéa 2, a pour conséquence que le recours en annulation, en ce qu'il est dirigé contre l'article 48, alinéa 2, de la loi sur les armes, est définitivement devenu sans objet.

S'agissant du premier arrêt, on se risque à penser que, si la Cour constitutionnelle a estimé devoir déclarer le moyen sérieux, c'est parce qu'elle était convaincue de son caractère fondé et même, à ce stade de la procédure, manifestement fondé. Une telle appréciation est difficilement transposable au second arrêt, rendu après la réforme de 2003, qui, on l'a dit et on y reviendra, permet à la Cour de constater *in limine litis* qu'un recours en annulation est articulé sur une inconstitutionnalité manifeste. En l'occurrence, les juges-rapporteurs n'ont pas estimé devoir emprunter une telle voie en proposant à la Cour de rendre un arrêt de réponse immédiate. On y verra la confirmation que le moyen sérieux ne peut se confondre avec le moyen manifestement fondé.

(8) C.C., arrêt n° 169/2006 du 8 novembre 2006. Comp. avec C.C., arrêt n° 169/2006 du 8 novembre 2006 (où tant le recours en annulation que la demande suspension ne portaient pas sur l'article 48, alinéa 2, mais sur d'autres dispositions de la loi du 8 juin 2006).

(9) C.C., arrêt n° 154/2007 du 19 décembre 2007.

Seconde hypothèse. La seconde hypothèse de suspension est définie par l'article 20, 2°, de la loi spéciale, modifié par la loi spéciale du 9 mars 2003 (10). La norme qui fait l'objet du recours en annulation peut être suspendue si elle est «identique ou similaire à une norme déjà annulée par la Cour constitutionnelle et qui a été adoptée par le même législateur». Il en résulte qu'elle ne sera pas suspendue si elle diffère d'une façon qui n'est pas purement formelle de la norme déjà annulée par la Cour» (11).

Mais quelle est la signification exacte de cette disposition? Le législateur a-t-il voulu, au nom de la sécurité juridique, éviter que ne traîne dans l'ordre juridique une norme à l'encontre de laquelle sont invoqués des moyens à ce point sérieux qu'ils ont déjà conduit à l'annulation d'une norme identique ou similaire? Le législateur spécial a-t-il plutôt voulu prévoir une sanction à l'égard de tout législateur récidiviste qui, au mépris de l'autorité de chose jugée qui s'attache aux arrêts de la Cour constitutionnelle, adopterait délibérément une norme identique ou similaire à une norme déjà annulée? Cette seconde lecture de l'article 20, 2°, a emporté la conviction des juges constitutionnels. Depuis un arrêt du 28 novembre 1996 (12), la Cour constitutionnelle considère que l'intention du législateur spécial a été de «garantir que l'autorité méconnue d'un arrêt [...] puisse être immédiatement rétablie au cas où un législateur, après avoir vu annuler une de ces normes, adopterait une norme identique ou similaire» (13).

En s'inscrivant dans cette logique, et quel qu'en soit le bien-fondé, la Cour constitutionnelle réduit la possibilité de suspendre des normes identiques ou similaires à des normes déjà annulées et, par là, de les écarter – provisoirement *de iure*, mais définitivement *de facto* – pour des inconstitutionnalités d'autant plus manifestes que, précisément, elles ont déjà conduit, dans le passé, à l'annulation de normes identiques ou similaires.

(10) Voy. F. MOLINE, «Les modifications relatives au contentieux de la suspension devant la Cour d'arbitrage», in *La Cour d'arbitrage vingt ans après – Analyse des dernières réformes* (dir. A. RASSON-ROLAND, D. RENDERS et M. VERDUSSEN), Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 338-341; P. POPELIER, *Procederen voor het Grondwettelijk Hof*, Antwerpen/Oxford, Intersentia, 2008, pp. 227-230; M.-F. RIGAUX et B. RENAULD, *op. cit.*, pp. 156-158.

(11) C.C., arrêt n° 134/2000 du 13 décembre 2000, B.2.3.

(12) C.C., arrêt n° 67/96 du 28 novembre 1996, B.4.

(13) C.C., arrêt n° 9/2006 du 18 janvier 2006, B.3.

2. — *Les inconstitutionnalités manifestes constatées par la Cour constitutionnelle*

Dans tous les Etats européens qui ont aménagé au profit des particuliers une voie d'accès au prétoire de la juridiction constitutionnelle, la crainte est apparue que les recours directs des citoyens provoquent un engorgement juridictionnel et, de la sorte, génèrent un arriéré dans le traitement des affaires, même si ces recours ne représentent pas le seul facteur d'hypertrophie du contentieux constitutionnel. Des mécanismes de filtrage ont été mis en place qui permettent aux juridictions constitutionnelles d'endiguer le flot des recours et de favoriser ainsi le traitement de chaque affaire dans un délai raisonnable.

C'est dans cet esprit que le législateur fédéral a organisé, dans la loi spéciale du 6 janvier 1989, une procédure préliminaire. Elle fait l'objet des articles 69 à 73 de la loi spéciale (14). Elle permet à une chambre restreinte composée de trois juges de rejeter un recours en annulation pour irrecevabilité manifeste ou pour incompétence manifeste de la Cour constitutionnelle. Elle permet, par ailleurs, à la Cour elle-même de rejeter un recours en annulation pour défaut manifeste de fondement.

La procédure préliminaire a été sensiblement remaniée par la loi spéciale du 9 mars 2003 (15). Parmi d'autres modifications, le législateur fédéral crée une nouvelle hypothèse de mise en œuvre de la procédure préliminaire. Elle permet à la Cour constitutionnelle, dans le cadre de cette procédure, d'accueillir un recours en annulation et, partant, d'annuler la norme litigieuse, lorsqu'il appert que, par «la nature de l'affaire» ou par «la simplicité relative des problèmes qui y sont soulevés», il peut y être mis fin «par un arrêt de réponse immédiate». Tels sont les termes désormais utilisés à l'article 72, alinéa 1^{er}, de la loi. Certains passages des travaux préparatoires (16) peuvent donner à penser que cette nouvelle hypothèse ne s'applique qu'aux questions préjudicielles. Une telle lecture

(14) Voy. not. M. VERDUSSEN et D. DE BRUYN, «La procédure préliminaire devant la Cour d'arbitrage», *R.B.D.C.*, 1996, pp. 295-316.

(15) Voy. P. POPELIER, *op. cit.*, pp. 342-350; M.-F. RIGAUX et B. RENAULD, *op. cit.*, pp. 277-283; M. VAN OVERSTRAETEN, «Les modifications relatives à la procédure préliminaire devant la Cour d'arbitrage», in *La Cour d'arbitrage vingt ans après ...*, *op. cit.*, pp. 221-250.

(16) Voy. not. *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2002-2003, n° 2-897/6, p. 176.

de la loi serait malvenue. En réalité, l'hypothèse nouvelle créée par celle-ci vise également les recours en annulation (17).

Deux éléments peuvent être invoqués à l'appui de cette lecture de la loi.

Tout d'abord, il n'existe ici, à notre sens, aucune raison de traiter différemment les recours en annulation et les questions préjudicielles. Si les besoins d'une bonne administration de la justice constitutionnelle exigent qu'une inconstitutionnalité manifeste soit dénoncée rapidement, on voit mal pourquoi les recours en annulation échapperaient à un tel sort.

A titre de comparaison, on observera que, s'agissant des recours en annulation portés devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat, l'article 30, §2, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, introduit par la loi du 18 avril 2000 et modifié par la loi du 15 septembre 2006, habilite le Roi, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, à «fixer des règles particulières de procédure pour le traitement des requêtes qui sont sans objet, ou qui n'appellent que des débats succincts». Fort de cette habilitation, le Roi a, par un arrêté royal du 25 avril 2007, remplacé l'article 93 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat par une disposition qu'il tient lui-même pour «une pierre d'angle de l'accélération des procédures» (18). Elle est rédigée en ces termes : «Lorsqu'il apparaît que le recours en annulation est sans objet ou qu'il n'appelle que des débats succincts, le membre de l'auditorat désigné fait immédiatement rapport au président de la chambre saisie de l'affaire. Le président convoque la partie requérante, la partie adverse et la partie intervenante à comparaître devant lui à bref délai; le rapport est joint à la convocation. Si le président partage les conclusions du rapport, l'affaire est définitivement tranchée. S'il estime que l'affaire n'est pas en état d'être tranchée définitivement, il renvoie celle-ci à la procédure ordinaire» (19). La question

(17) En ce sens, voy. not. M.-F. RIGAUX et B. RENAULD, *op. cit.*, p. 281. Sur ce problème, voy. égal. F. TULKENS, «La loi du 9 mars 2003 modifiant la loi sur la Cour d'arbitrage : changements de fond ou améliorations de façade?», *R.B.D.C.*, 2003, p. 261; P. VANDEN HEEDE et G. GOEDERTIER, «Eindelijk een volwaardig Grondwettelijk Hof? Een commentaar op de Bijzondere Wet van 9 maart 2003 op het Arbitragehof», *T.B.P.*, 2003, p. 477.

(18) Rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 25 avril 2007 modifiant divers arrêtés relatifs à la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat, *Mon. b.*, 30 avril 2007, p. 22.977.

(19) Voy. P. LEWALLE et L. DONNAY, *Contentieux administratif*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 818-821.

reste toutefois ouverte de l'interprétation de la notion de cause n'appelant que des «débats succincts» (20).

Ensuite, comme l'a bien montré Marc Van Overstraeten – qui se fonde sur la nécessité de conférer une signification uniforme au substantif «affaire» –, la formulation donnée par le législateur spécial aux dispositions relatives aux arrêts de réponse immédiate ne laisse planer aucun doute sur la possibilité qu'a désormais la Cour constitutionnelle de «rendre un arrêt de réponse immédiate tant lorsque celle-ci est saisie d'une question préjudicielle que lorsqu'elle est appelée à statuer sur un recours en annulation» (21). Certes, à l'origine – avant 2003 –, le concept d'«arrêt de réponse immédiate» a été forgé par la Cour elle-même pour désigner les arrêts par lesquels, au stade préliminaire, elle constate qu'une question préjudicielle est «manifestement sans objet» (22). On pourrait être tenté d'en déduire que l'expression se rattache aux seules questions préjudicielles. D'ailleurs, les «arrêts de réponse» ne sont-ils pas justement ceux par lesquels la Cour statue sur une question préjudicielle? Une telle déduction serait pourtant inconciliable avec les termes de la loi et, tout particulièrement, avec l'article 72, alinéa 3, qui dispose que la Cour peut «décider de mettre fin à l'examen de l'affaire, sans autre acte de procédure, par un arrêt de réponse immédiate dans lequel, selon le cas, le recours est déclaré non fondé ou la question reçoit une réponse négative».

En conclusion, la Cour constitutionnelle est aujourd'hui «en mesure de radier rapidement de l'ordre juridique, par le biais de l'annulation, des normes législatives qui n'auraient jamais dû voir le jour du fait de leur non-conformité manifeste aux normes dont elle assure le respect» (23).

La jurisprudence de la Cour constitutionnelle va en ce sens.

Le 11 février 2004, elle annule une disposition législative par un premier arrêt de réponse immédiate (24). Le recours en annulation

(20) P. GOFFAUX, «Organisation générale du Conseil d'Etat et règles de procédure communes», *A.P.T.*, 2006, p. 197.

(21) M. VAN OVERSTRAETEN, *op. cit.*, p. 247.

(22) Voy. *infra*.

(23) M. VAN OVERSTRAETEN, *op. cit.*, p. 248.

(24) C.C., arrêt n° 28/2004 du 11 février 2004. Précédemment, le 29 octobre 2003, la Cour constitutionnelle a rendu un arrêt décrétant le désistement du requérant, après que les juges-rapporteurs aient informé la Cour qu'ils pourraient être amenés à proposer de rendre un arrêt de réponse immédiate : C.C., arrêt n° 142/2003 du 29 octobre 2003.

était dirigé contre l'article 81, 2°, de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, au terme duquel ne peuvent être déclarés excusables «la personne physique faillie qui a été condamnée pour infraction à l'article 489^{ter} du Code pénal ou pour vol, faux, concussion, escroquerie ou abus de confiance, ni le dépositaire, tuteur, administrateur ou autre comptable, qui n'a pas rendu et soldé son compte en temps utile». Or, par un arrêt rendu quelques mois plus tôt, la Cour, répondant à une question préjudicielle posée par le Tribunal de commerce de Bruxelles, avait jugé que cette disposition viole les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'elle instaure une différence de traitement entre les faillis qui ont été condamnés pour les infractions visées à l'article 81, 2°, et les faillis qui n'ont pas subi une telle condamnation (25). C'est précisément cet arrêt rendu sur renvoi préjudiciel qui avait conduit le requérant à introduire son recours en annulation, l'article 4, alinéa 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 – modifié par la loi spéciale du 9 mars 2003 –, octroyant à toute personne physique ou morale le droit d'introduire un recours en annulation contre une disposition législative dont l'inconstitutionnalité a été constatée par la Cour constitutionnelle, et ce dans un délai de six mois à compter de la publication de l'arrêt préjudiciel au *Moniteur belge* (26). C'est donc par identité de motifs que la Cour a prononcé au stade préliminaire l'annulation de l'article 81, 2°.

La même démarche est suivie par la Cour constitutionnelle dans un arrêt du 4 mars 2008 (27). Par un arrêt de réponse immédiate, elle annule l'article 15, §1^{er}, b, 3°, de la loi du 11 avril 2003 prévoyant de nouvelles mesures en faveur des victimes de la guerre. Cette disposition excluait certaines catégories de ces victimes de guerre du bénéfice d'une rente prévue pour les personnes qui, soumises aux mesures de persécutions raciales des autorités occupantes, ont été forcées de vivre dans la clandestinité. En réalité, saisie préalablement d'une question préjudicielle posée par le Conseil d'Etat, la Cour avait déjà répondu que la différence de traitement créée par la disposition en cause n'était pas compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution (28). C'est

(25) C.C., arrêt n° 39/2003 du 3 avril 2003.

(26) Voy. C. HOREVOETS, «La jurisprudence constitutionnelle deviendrait-elle source de précédent?», in *L'humanisme dans la résolution des conflits. Utopie ou réalité? – Liber Amicorum Paul Martens*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 765-783.

(27) C.C., arrêt n° 45/2008 du 4 mars 2008.

(28) C.C., arrêt n° 103/2007 du 12 juillet 2007.

donc très logiquement que, saisie d'un recours en annulation fondé sur l'article 4, alinéa 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989, elle l'accueille favorablement dès la phase préliminaire de la procédure.

On citera également un arrêt du 21 mars 2007 (29) dans lequel la Cour constitutionnelle, non seulement annule, pour le même motif que dans les arrêts précédents et donc par un arrêt de réponse immédiate, une disposition dont l'inconstitutionnalité a déjà été constatée sur renvoi préjudiciel (30), mais de surcroît assortit cette annulation d'une décision de maintien, limitée dans le temps, des effets de la disposition annulée, par application de l'article 8, alinéa 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989. Des raisons de sécurité juridique ont guidé ce choix.

Dans les cas relevés ci-dessus, les inconstitutionnalités étaient d'autant plus manifestes qu'elles avaient été constatées préalablement, sur renvoi préjudiciel, par la Cour constitutionnelle.

Cela étant dit, comme l'a bien montré Christine Horevoets (31), tout recours en annulation fondé sur l'article 4, alinéa 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 ne conduit pas nécessairement à une annulation de la disposition censurée par voie préjudicielle. On en trouve un exemple dans des arrêts rendus successivement le 12 mai 2004 (32) et le 19 avril 2006 (33). Dans le premier arrêt, la Cour constitutionnelle répond à une question préjudicielle du Tribunal de première instance de Liège, en ces termes : «L'article 418 du Code des impôts sur les revenus 1992 (anciennement l'article 308 du Code des impôts sur les revenus 1964), avant sa modification par l'article 43 de la loi du 15 mars 1999 relative au contentieux en matière fiscale, interprété comme ne permettant pas d'allouer des intérêts moratoires en cas de remboursement d'accroissements d'impôts, viole les articles 10 et 11 de la Constitution». Dans le second arrêt, elle rejette le recours en annulation fondé sur l'article 4, alinéa 2, au motif que l'inconstitutionnalité constatée dans l'arrêt préjudiciel concerne la disposition en cause dans l'interprétation proposée par la juridiction *a quo*. Cette constatation ne porte toutefois pas préjudice à la possibilité d'une autre interpréta-

(29) C.C., arrêt n° 49/2007 du 21 mars 2007.

(30) C.C., arrêt n° 74/2006 du 10 mai 2006.

(31) C. HOREVOETS, «La jurisprudence constitutionnelle deviendrait-elle source de précédent?», *op. cit.*, p. 781.

(32) C.C., arrêt n° 85/2004 du 12 mai 2004.

(33) C.C., arrêt n° 52/2006 du 19 avril 2006.

tion de la disposition qui la rende compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution. Il se déduit en effet des termes du dispositif de l'arrêt n° 85/2004 que l'article 418 du C.I.R. 1992, avant sa modification par l'article 43 de la loi du 15 mars 1999, interprété comme permettant d'allouer des intérêts moratoires en cas de remboursement d'accroissements d'impôts, ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution. Par ailleurs, depuis sa modification par la loi du 15 mars 1999, l'article 418, alinéa 1^{er}, du C.I.R. 1992 dispose qu'«en cas de remboursement d'impôts, de précomptes, de versements anticipés, d'intérêts de retard, d'accroissements d'impôts ou d'amendes administratives, un intérêt moratoire est alloué au taux de l'intérêt légal, calculé par mois civil». L'article 418 du C.I.R. 1992, depuis l'entrée en vigueur de cette modification, est donc compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution. En considération de ces éléments, la Cour décide de rejeter le recours, puisque l'article 418 du C.I.R. 1992, avant sa modification par l'article 43 de la loi du 15 mars 1999, doit recevoir l'interprétation proposée par la Cour. Cette interprétation étant une question de droit tranchée par la Cour, qui s'impose aux juridictions en vertu de l'article 9, §2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989, celles-ci sont tenues d'appliquer la disposition en cause dans l'interprétation jugée compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution.

Il arrive également que, toujours sur la base de l'article 4, alinéa 2, la Cour constitutionnelle annule au terme de la procédure ordinaire, et pas au stade de la procédure préliminaire. Ainsi, par un arrêt du 13 avril 2005, rendu au contentieux préjudiciel, la Cour a dit pour droit, notamment, qu'«en ce qu'il imposerait le dessaisissement des juridictions belges bien qu'un plaignant soit un réfugié reconnu en Belgique au moment de l'engagement initial de l'action publique, l'article 29, §3, alinéa 2, de la loi du 5 août 2003 relative aux violations graves du droit international humanitaire viole les articles 10, 11 et 191 de la Constitution» (34). A la suite de ce constat d'inconstitutionnalité, un recours a été introduit, le 13 octobre 2005, sollicitant l'annulation partielle de l'article 29, §3, de la loi du 5 août 2003. Les juges rapporteurs n'ont pas estimé devoir recourir à la procédure préliminaire – sans doute pour des raisons liées à la complexité de l'affaire – et, dans un arrêt rendu le

(34) C.C., arrêt n°68/2005 du 13 avril 2005.

21 juin 2006, la Cour a annulé «à l'article 29, §3, de la loi du 5 août 2003 relative aux violations graves du droit international humanitaire, les alinéas 2, 3 et 4, ainsi que, dans l'alinéa 5, les mots 'où dont le dessaisissement n'est pas prononcé sur base du précédent alinéa'» (35).

Un survol rapide d'autres Etats du modèle européen de justice constitutionnelle nous enseigne que, devant plus d'une juridiction constitutionnelle, on trouve des mécanismes comparables, qui permettent de constater rapidement, selon une procédure simplifiée, des inconstitutionnalités manifestes.

En Allemagne (36), l'article 93-c de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale dispose qu'à la condition que le recours constitutionnel soit admissible et que la Cour ait déjà statué sur la question de droit constitutionnel déterminante pour l'appréciation de ce recours, il peut y être fait droit s'il est manifestement fondé. Selon l'article 93-d de cette même loi, une telle décision est rendue sans audition des parties et n'est pas susceptible de recours. Toutefois, elle n'est possible que sous réserve que le recours ne mette pas directement en cause une loi, mais soit dirigé contre une décision administrative ou juridictionnelle. Ce dispositif de résolution rapide des recours constitutionnels a été introduit par le législateur le 12 décembre 1985 et confirmé, moyennant quelques précisions terminologiques, lors de la réforme du 2 août 1993. L'objectif est «d'optimiser le processus de sélection en évitant que les juges ne perdent trop de temps à examiner des affaires répétitives, c'est-à-dire des affaires pour lesquelles la jurisprudence constitutionnelle est bien affirmée» (37).

En Espagne, depuis plusieurs années, la doctrine appelait de ses vœux l'introduction d'un dispositif comparable. Manuel Aragon Reyes, par exemple, soulignait qu'un des moyens de résorber la surcharge de travail du Tribunal constitutionnel serait de confier à un collège de trois magistrats le pouvoir d'intervenir au fond si un recours en inconstitutionnalité, une question d'inconstitutionnalité ou un recours d'*amparo* analogue a déjà été jugé (38). Le 24 mai

(35) C.C., arrêt n° 104/2006 du 21 juin 2006.

(36) S. NICOT, *La sélection des recours par la juridiction constitutionnelle (Allemagne, Espagne et Etats-Unis)*, Paris, L.G.D.J., 2006, pp. 110-115, 191-197 et 283-284.

(37) *Ibid.*, p. 283.

(38) M. ARAGON REYES, «Quelques considérations sur le recours d'*amparo*», *A.I.J.C.*, 2002, vol. XVIII, p. 23. Voy. égal. «Entretien avec M. Alvaro Rodriguez Bereijo, Président du Tribunal constitutionnel espagnol», *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1997, n° 2, p. 61.

2007, la loi organique n° 2/1979 relative au Tribunal constitutionnel a été substantiellement modifiée par le législateur espagnol (39). L'objectif essentiel de la réforme «est de permettre au Tribunal constitutionnel de faire face du mieux possible (ou, plus exactement, du moins mal possible) à l'afflux de recours et notamment de recours d'*amparo*» (40). Concernant ces derniers, la chambre saisie est dorénavant habilitée à déléguer à une section de trois juges la compétence de statuer sur un recours lorsqu'elle constate que ce recours peut être résolu en appliquant une jurisprudence constitutionnelle consolidée. Cette possibilité de délégation n'est cependant pas exempte d'illogismes, eu égard à d'autres aspects de la réforme de 2007 avec lesquels elle se concilie malaisément (41).

En ce qui concerne la Convention européenne des droits de l'homme, on relèvera que l'article 8 du Protocole additionnel n° 14 à la Convention européenne des droits de l'homme, adopté le 13 mai 2004, modifie l'article 28 de la Convention, en prévoyant que tout comité saisi d'une requête individuelle, introduite en vertu de l'article 34, peut, par un vote unanime et définitif, «la déclarer recevable et rendre conjointement un arrêt sur le fond lorsque la question relative à l'interprétation ou à l'application de la Convention ou de ses Protocoles qui est à l'origine de l'affaire fait l'objet d'une jurisprudence bien établie de la Cour». Il y va d'«affaires dites répétitives» (42). La Russie refusant obstinément de le ratifier, le Protocole n° 14 n'est malheureusement pas encore entré en vigueur. C'est la raison pour laquelle, en attendant son entrée en vigueur, le

(39) Voy. G. FERNANDEZ FARRERES, «La reforma de la ley organica del Tribunal constitucional. Comentario a la ley organica 6/2007 de 24 de mayo», *Revista espanola de derecho constitucional*, 2007, pp. 19-24.

(40) P. BON, «Tribunal constitutionnel espagnol. Importantes modifications de sa loi organique en 2007», in *Le dialogue des juges – Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, p. 53.

(41) Voy. *ibid.*, pp. 66 et 71.

(42) F. MATSCHER, «La Cour européenne des droits de l'homme, hier, aujourd'hui et demain, au lendemain de son cinquantième anniversaire», *Rev. trim. dr. h.*, 2009, p. 915. Voy. M. EATON et J. SCHOKKENBROECK, «Reforming the Human Rights Protection System Established by the European Convention on Human Rights», *H.R.L.J.*, 2005, p. 10; S. GREER, «Protocol 14 and the Future of the European Court of Human Rights», *Public Law*, 2005, p. 89; P. LEMMENS et W. VANDENHOLE (eds), *Protocol n° 14 and the Reform of the European Court of Human Rights*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2005, pp. 35-39; B. NASCIMBENE, «Le Protocole n° 14 à la Convention européenne des droits de l'homme à la lumière de ses travaux préparatoires», *Rev. trim. dr. h.*, 2006, pp. 534-540; L.-A. SICILIANOS, «L'objectif primordial du Protocole n° 14 à la Convention européenne des droits de l'homme: alléger la charge de travail de la Cour», in G. COHEN-JONATHAN et J.-F. FLAUSS (dir.), *La réforme du système de contrôle contentieux de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 61-63.

Comité des ministres du Conseil de l'Europe a adopté le 12 mai 2009, en tant que mesure intérimaire et provisoire, un Protocole additionnel n° 14*bis*, qui reprend certaines mesures procédurales du Protocole n° 14, celles «qui seraient le plus rapidement efficaces pour augmenter la capacité de traitement des requêtes par la Cour» (43). L'entrée en vigueur de ce nouveau Protocole additionnel a été subordonnée à sa ratification par seulement trois Etats membres du Conseil de l'Europe. Ce chiffre ayant été atteint, le Protocole n° 14, est entré en vigueur le 1^{er} octobre 2009. Il est désormais applicable aux seuls Etats qui l'ont ratifié. On retrouve dans le Protocole n° 14*bis* la modification de l'article 28 de la Convention contenue dans le Protocole n° 14.

II. – LES INCONSTITUTIONNALITÉS MANIFESTES SUR QUESTION PRÉJUDICIELLE

Les *juges constitutionnels* peuvent-ils considérer qu'une question préjudicielle dont ils sont saisis appelle une réponse immédiate en raison de l'inconstitutionnalité manifeste de la norme législative qui en est l'objet? Depuis 2003, la Cour constitutionnelle est également compétente pour constater, au stade préliminaire, l'existence de telles inconstitutionnalités. Par ailleurs, les *juges ordinaires* ont-ils, eux-mêmes, sur ce point la possibilité de formuler quelque appréciation?

1. – *La Cour constitutionnelle et les inconstitutionnalités manifestes*

La procédure préliminaire organisée par les articles 69 à 73 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 s'applique également aux questions préjudicielles. Comme pour les recours en annulation, «la nature de l'affaire» ou «la simplicité relative des problèmes (...) soulevés» – selon les termes de l'article 72, alinéa 1^{er}, de la loi spéciale – peut amener la Cour à mettre fin à une question préjudicielle par un arrêt de réponse immédiate.

(43) Conseil de l'Europe, Protocole n° 14*bis* à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, *Rapport explicatif*, p. 1.

On cite deux exemples, tirés de la législation sur la police de la circulation routière.

Dans un arrêt du 22 juillet 2003 (44), la Cour constitutionnelle répond à une question préjudicielle d'un tribunal de police sur la compatibilité de l'article 67^{ter} de la loi relative à la police de la circulation routière avec les articles 10 et 11 de la Constitution. Cette disposition engage la responsabilité des personnes physiques qui représentent juridiquement une personne morale, lorsqu'une infraction est commise avec un véhicule immatriculé au nom de cette personne morale et que l'identité du conducteur ou, à défaut, du responsable du véhicule n'est pas communiquée. Or, en vertu de l'article 5 du Code pénal, «toute personne morale est pénalement responsable des infractions qui sont intrinsèquement liées à la réalisation de son objet ou à la défense de ses intérêts, ou de celles dont les faits concrets démontrent qu'elles ont été commises pour son compte». Se départissant de l'interprétation procurée par le juge *a quo*, la Cour constate que l'article 5 du Code pénal se prête à une interprétation d'où il résulte qu'en réalité, l'article 67^{ter} de la loi a été implicitement abrogé par l'article 5, «dans la mesure où la loi antérieure n'est pas compatible avec les dispositions de la loi nouvelle». Et la Cour de conclure que, dans l'interprétation qu'elle privilégie, «la différence de traitement en cause est inexistante et la question préjudicielle est sans objet».

Dans un arrêt du 19 juillet 2005 (45), la Cour constitutionnelle répond à des questions préjudicielles posées par des tribunaux correctionnels sur la compatibilité avec les articles 10 et 11 de la Constitution de l'article 33 de la loi du 7 février 2003 qui introduit un article 69^{bis} dans la loi relative à la police de la circulation routière, en ce qu'il est applicable à des infractions commises avant le 1^{er} mars 2004, date d'entrée en vigueur de la loi du 7 février 2003. Par dérogation à l'article 40 du Code pénal, qui prévoit une peine subsidiaire à l'amende consistant en un emprisonnement, l'article 69^{bis} crée une autre peine subsidiaire à l'amende, consistant en la déchéance temporaire du droit de conduire. Or, l'article 2, alinéa 2, du Code pénal dispose que «si la peine établie au temps du jugement diffère de celle qui était portée au temps de l'infraction,

(44) C.C., arrêt n° 104/2003 du 22 juillet 2003.

(45) C.C., arrêt n° 138/2005 du 19 juillet 2005.

la peine la moins forte sera appliquée». Par ailleurs, la Cour de cassation considère qu'en l'occurrence, la peine subsidiaire la plus douce est la déchéance du droit de conduire. Prenant le contre-pied de cette jurisprudence, la Cour constitutionnelle relève que «le législateur a constaté que les peines prévues par la loi qu'il modifiait ne répondaient pas de manière adéquate à la nécessité de remédier à l'augmentation du nombre de victimes d'accidents de la circulation et que celle-ci requerrait une répression plus sévère des infractions qui en sont la cause». Voilà pourquoi la loi élève la peine de déchéance du droit de conduire au rang de «peine incapacitante principale», selon l'expression utilisée par l'exposé des motifs. La Cour répond alors positivement aux questions posées : «Connaissant la portée de l'article 2, alinéa 2, du Code pénal, (...) selon laquelle la loi nouvelle doit néanmoins être considérée comme la plus douce, dès lors qu'elle ne prévoit plus la peine d'emprisonnement figurant dans la loi ancienne, le législateur a toutefois permis que des justiciables soient sanctionnés, après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, pour des faits commis avant cette entrée en vigueur, d'une manière que le législateur a voulue lui-même plus sévère qu'ils ne l'auraient été s'ils avaient été jugés avant cette entrée en vigueur. L'application rétroactive de la loi nouvelle aux infractions commises avant son entrée en vigueur est par conséquent discriminatoire». En l'occurrence, le recours à la procédure préliminaire se justifie par le fait que la Cour s'était déjà prononcée en ce sens dans un arrêt du 23 février 2005, en réponse à des questions préjudicielles posées par des tribunaux de police (46).

2. – Les juridictions ordinaires et les inconstitutionnalités manifestes

Dans l'état actuel des choses, une juridiction saisie d'une demande de question préjudicielle peut, en principe, refuser d'interroger la Cour constitutionnelle si elle estime que la norme législative mise en cause ne viole manifestement pas la Constitution ou les règles de répartition des compétences établies en vertu de celles-ci. Seules les juridictions dont les décisions ne sont pas susceptibles, selon le cas, d'appel, d'opposition, de pourvoi en cassation ou de recours en annulation au Conseil d'Etat sont privées de la possibi-

(46) C.C., arrêt n° 45/2005 du 23 février 2005.

lité de recourir à la voie échappatoire aménagée par le législateur spécial. Sont essentiellement visées par cette restriction la Cour de cassation et la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat.

Aménagée par l'article 26 de la loi spéciale du 6 janvier 1989, la voie échappatoire évoquée ici ne représente qu'une consécration partielle de la théorie de l'acte clair, puisque le législateur spécial, même en 2003, n'a pas autorisé les juridictions ordinaires à décréter que la norme législative mise en cause viole manifestement la Constitution ou une règle de répartition des compétences établie en vertu de celle-ci (47). La volonté du législateur spécial est de réserver une telle appréciation à la Cour constitutionnelle elle-même. La clause échappatoire «est donc de stricte interprétation» (48).

Est-il toutefois certain que les juridictions ordinaires sont privées de la possibilité de formuler la moindre appréciation sur le caractère manifestement inconstitutionnel d'une norme législative? Par la force des choses, il arrive que la formulation d'une question préjudicielle ne reflète pas un simple doute dans le chef de son auteur, mais qu'elle traduise ou trahisse la conviction de celui-ci que la norme législative querellée est inconstitutionnelle, voire manifestement inconstitutionnelle. En Allemagne, le renvoi d'une question préjudicielle n'est pas simplement l'expression d'un doute mais le reflet d'une véritable conviction, que le juge soumet à la Cour constitutionnelle fédérale, seule autorité habilitée à en décider (49), et que la Cour vérifie (50). Jusqu'ici, une telle conviction était, en Belgique, sans portée juridique, en ce qu'elle n'emportait en droit aucune conséquence. Il n'en est plus ainsi depuis l'entrée en vigueur de la loi spéciale du 12 juillet 2009, qui ajoute un quatrième paragraphe à l'article 26 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle. Cette loi ayant été publiée au *Moniteur belge* du 31 juillet 2009 et à défaut d'en disposer autrement, elle est entrée en vigueur le 10 août 2009.

(47) C. HOREVOETS et P. BOUCQUEY, *Les questions préjudicielles à la Cour d'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 46.

(48) M.-F. RIGAUX et B. RENAULD, *op. cit.*, p. 195.

(49) M. VERDUSSEN, «Le recours des particuliers devant le juge constitutionnel dans une perspective comparative», in *Le recours des particuliers devant le juge constitutionnel*, *op. cit.*, p. 177.

(50) R. ARNOLD, «La question préjudicielle de constitutionnalité en Allemagne», *A.I.J.C.*, 2007, vol. XXIII, p. 24.

Avant le 10 août 2009. En vertu de l'article 26, §3, de la loi spéciale du 6 janvier 1989, inséré par la loi spéciale du 9 mars 2003 (51), les juridictions – judiciaires et administratives – statuant en référé ne sont pas tenues de poser les questions préjudicielles soulevées devant elles, sauf dans le cas où il existe un «doute sérieux» sur la constitutionnalité de la loi et à la condition, si ce doute existe, qu'il n'y ait «pas de demande ou de recours ayant le même objet qui soit pendant devant la Cour». Les juridictions d'instruction sont soumises au même régime lorsqu'elles statuent sur le maintien de la détention préventive.

Peut-on déduire du refus de poser la question préjudicielle que la juridiction considère le moyen comme manifestement non fondé? Telle est l'opinion de la section de législation du Conseil d'Etat, qui interprète la modification législative comme procédant de la préoccupation du législateur de ne pas obliger les juridictions concernées à poser une question préjudicielle lorsqu'elles estiment «que la disposition contestée ne viole manifestement pas la norme supérieure» (52). Cette assimilation entre absence de doute sérieux – ou de «moyen» sérieux pour faire le parallèle avec la procédure de suspension de l'article 20, 1°, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 – et absence manifeste d'inconstitutionnalité est mise en cause par la doctrine (53). Quoi qu'il en soit, il nous paraît difficile de nier qu'à l'inverse, et malgré toutes les précautions de langage qu'il peut prendre, lorsqu'un juge a un doute sérieux sur la constitutionnalité d'une norme législative et décide en conséquence de s'en remettre à la Cour constitutionnelle, c'est parce qu'il est convaincu que cette norme est manifestement inconstitutionnelle. N'est-il pas d'ailleurs avéré que, dans ce cas, l'obligation qu'a normalement le juge d'aménager une situation d'attente le conduit souvent à écarter la norme législative mise en cause et à en tirer les conséquences qui s'imposent pour les parties?

(51) Voy. J.-T. DEBRY, «Les questions préjudicielles après la loi spéciale du 9 mars 2003», in *La Cour d'arbitrage : un juge comme les autres?*, Editions du Jeune barreau de Liège, 2004, pp. 77-91; C. HOREVOETS, «Les modifications relatives au contentieux préjudiciel à la Cour d'arbitrage», in *La Cour d'arbitrage vingt ans après...*, *op. cit.*, pp. 280-291; P. POPELIER, *op. cit.*, pp. 244-249; M.-F. RIGAUX et B. RENAULD, *op. cit.*, 190-195.

(52) *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2001-2002, n° 897/1, pp. 32-33.

(53) Voy. not. M.-F. RIGAUX et B. RENAULD, *op. cit.*, p. 193.

On en trouve un exemple dans un arrêt rendu par le Conseil d'Etat le 2 octobre 2008 (54). Saisi par une étudiante en médecine d'une demande de suspension, en extrême urgence, de l'exécution de la décision prise par les Facultés universitaires Notre-Dame de la Paix de Namur de ne pas l'inscrire en deuxième année de bachelier en médecine, alors qu'elle a obtenu les soixante crédits associés à la première année d'études du grade de bachelier en médecine, le Conseil d'Etat décide d'interroger la Cour constitutionnelle sur la constitutionnalité des dispositions législatives empêchant l'accès de la requérante à la deuxième année et, en attendant la réponse de la Cour, décide de suspendre provisoirement la décision attaquée. Si, à aucun moment, le juge n'admet formellement le caractère sérieux du moyen, la motivation de l'arrêt révèle clairement qu'il est animé d'un doute sérieux. Ne dit-il pas expressément que c'est «à juste titre» que la requérante soulève la question de la conformité du système mis en place avec, notamment, l'article 24 de la Constitution ? Et puis le fait que le juge interroge la Cour constitutionnelle ne suffit-il d'ailleurs pas à établir l'existence d'un doute sérieux dans son chef ?

Depuis le 10 août 2009. L'obligation de principe qu'ont les juridictions de poser à la Cour constitutionnelle les questions soulevées devant elles se heurte à un écueil lié à l'articulation entre l'ordre juridique national et l'ordre juridique international. Depuis l'arrêt *Le Ski* rendu par la Cour de cassation le 27 mai 1971 (55), il est admis que, lorsqu'un conflit oppose une norme de droit interne et une norme de droit international conventionnel, la règle établie par le traité international doit prévaloir, en raison «de la nature même du droit international conventionnel». Compte tenu de cette jurisprudence, comment doit réagir le juge lorsqu'une des parties au litige l'invite à poser à la Cour constitutionnelle une question préjudicielle sur la conformité d'une norme législative à un droit fondamental consacré à la fois par la Constitution et par la Convention européenne des droits de l'homme, par exemple ? De deux choses l'une. Ou bien le juge est animé du souci d'assumer les responsabilités que lui reconnaît la jurisprudence *Le Ski* et il refusera de poser la question préjudicielle, en faisant valoir qu'il est habilité à exercer

(54) C.E., arrêt *Neuwels*, n° 186.852, du 2 octobre 2008. Pour d'autres exemples, voy. C.E., arrêt *Brouillard*, n° 119.261, du 12 mai 2003 ; arrêt *Servais*, n° 127.040, du 13 janvier 2004.

(55) Cass., 27 mai 1971, *Pas.*, 1971, I, p. 886.

lui-même un tel contrôle. Ou bien le juge entend respecter l'obligation que lui fait la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle de poser la question et il s'en remettra à l'appréciation de celle-ci.

Afin de résoudre ce dilemme, le législateur fédéral a modifié l'article 26 de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle, le 12 juillet 2009, en y ajoutant un quatrième paragraphe, libellé en ces termes :

«Lorsqu'il est invoqué devant une juridiction qu'une loi, un décret ou une règle visée à l'article 134 de la Constitution viole un droit fondamental garanti de manière totalement ou partiellement analogue par une disposition du titre II de la Constitution ainsi que par une disposition de droit européen ou de droit international, la juridiction est tenue de poser d'abord à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle sur la compatibilité avec la disposition du titre II de la Constitution.

Par dérogation à l'alinéa 1^{er}, l'obligation de poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle ne s'applique pas :

1° dans les cas visés aux paragraphes 2 et 3;

2° lorsque la juridiction estime que la disposition du titre II de la Constitution n'est manifestement pas violée;

3° lorsque la juridiction estime qu'un arrêt d'une juridiction internationale fait apparaître que la disposition de droit européen ou de droit international est manifestement violée;

4° lorsque la juridiction estime qu'un arrêt de la Cour constitutionnelle fait apparaître que la disposition du titre II de la Constitution est manifestement violée».

La proposition votée originellement par le Sénat a été modifiée par la Chambre des représentants, afin de tenir compte d'observations émises par la section de législation du Conseil d'Etat dans un avis rendu, en assemblée générale, le 3 mars 2009 (56). La solution préconisée doit être approuvée (57). Elle est «pragmatique» et «équidistante des positions extrêmes» (58). Elle est surtout parfaitement conforme à la logique de subsidiarité qui, en matière de droits fondamentaux, préside aux relations entre les droits constitutionnels et les droits conventionnels, ces derniers étant un socle minimal

(56) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2008-2009, n° 1283/002.

(57) En ce sens, voy. C. HOREVOETS, «L'article 26 de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage est-il voué à une perpétuelle mutation?», in *Itinéraires d'un constitutionnaliste – En hommage à Francis Delpérée*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2007, pp. 631-645. Voy. égal. M. VERDUSSEN, «Le contrôle de constitutionnalité par voie préjudicielle en Belgique», in *Contrôle de constitutionnalité par voie préjudicielle – La saisine par les citoyens*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2009, pp. 118-119.

(58) P. MARTENS, «La Cour de cassation, la Constitution et la Cour constitutionnelle : la paix des juges?», *J.T.*, 2007, p. 654.

que chaque Constitution cherche à adapter, dans un souci de contextualisation, ou à enrichir, dans un but de complémentarité.

La réforme est importante. Pour la première fois, le législateur spécial reconnaît, de manière non équivoque, la possibilité pour les juridictions ordinaires – y compris la Cour de cassation et la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat – d'apprécier le caractère manifestement inconstitutionnel d'une norme législative.

Un auteur, Christine Horevoets (59), s'interroge toutefois sur la plus-value réelle d'une telle règle. L'article 26, §2, alinéa 2, 2°, de la loi spéciale du 6 janvier 1989, modifié par la loi du 9 mars 2003, dispense déjà toute juridiction d'un renvoi préjudiciel lorsqu'il appert que la Cour constitutionnelle a, dans le passé, «statué sur une question ou un recours ayant un objet identique». N'est-ce pas là une manière pour le législateur spécial de souligner qu'une norme législative dont la constitutionnalité est questionnée doit être tenue pour manifestement inconstitutionnelle si son inconstitutionnalité a déjà été reconnue préalablement par la Cour constitutionnelle? On peut le penser. Mais un doute subsistait sur les intentions réelles du législateur de 2003. Ce doute est désormais dissipé.



Une norme dont l'irrégularité est manifeste doit-elle être extirpée promptement de l'ordre juridique? L'interrogation traduit une tension entre deux impératifs. D'une part, il n'est pas souhaitable que subsiste trop longtemps dans l'ordre juridique une norme dont la non-conformité ou la non-compatibilité avec une norme supérieure ne suscite aucun doute raisonnable. D'autre part, l'élimination rapide d'une telle norme ne saurait être réalisée à n'importe quel prix et, spécialement, au mépris des garanties inhérentes à toute procédure juridictionnelle.

A nouveau, tout est une question de mesure et de pondération. Des qualités que, tout au long de son parcours universitaire, Robert Andersen a cultivées avec conviction et enthousiasme, pour le plus grand bonheur de ses étudiants et de ses collègues.

(59) C. HOREVOETS, «L'article 26 de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage est-il voué à une perpétuelle mutation?», *op. cit.*, pp. 643-644.