

CHAPITRE PREMIER

LA CRÉATION DE LA COUR D'ARBITRAGE *

11. — Dans l'univers institutionnel, l'apparition d'une autorité — plus encore d'une juridiction — nouvelle n'est qu'exceptionnellement le fruit du hasard, ou le produit d'une génération spontanée. Sans doute faut-il réserver l'hypothèse de ces institutions qui, bénéficiant d'un concours heureux de circonstances, s'inscrivent un jour dans un système politique donné et assoient progressivement leur existence sur fond de pratiques, voire de coutumes. Cette situation reste néanmoins marginale. Un système constitutionnel complexe comme celui de la Belgique instaure de savants équilibres que pourrait compromettre l'irruption involontaire de nouvelles autorités. Si celles-ci doivent voir le jour, ce sera au terme d'évolutions et d'expérimentations qui permettront d'avancer à pas mesurés vers la solution escomptée.

La création de la Cour d'arbitrage s'inscrit dans cette perspective. Elle clôt, au moins provisoirement, le large débat d'idées qui s'est développé en Belgique sur le thème du principe et des modalités du contrôle juridictionnel des lois (section 1). Elle s'inscrit également dans un mouvement institutionnel qui, amorcé en 1971 avec la constitution d'une section des conflits de compétence auprès du Conseil d'Etat, vise à mettre en place les autorités spécifiques qui pourront connaître de litiges constitutionnels. Avec quelques années de

* par Francis DELPÉRÉE et François TULKENS.

décalage, l'évolution des idées va ici de pair avec l'évolution des institutions (1).

Mais ces transformations majeures se seraient-elles produites en milieu fermé ? L'Etat belge aurait-il instauré des mécanismes de contrôle de constitutionnalité des lois et des décrets sans se soucier de ce qui se disait et qui se faisait à l'étranger ? Qu'il soit permis de citer ici un témoignage, celui du président Louis Favoreu (2). Dans une étude comparative qu'il consacre aux institutions de justice constitutionnelle en Europe, il cite trois réunions internationales qui, selon lui, ont marqué la réflexion scientifique des trente dernières années dans le domaine des contrôles de constitutionnalité. La première, en 1961, à Heidelberg — sous l'égide de l'Institut Max Planck (3). Puis, en 1971, à Louvain — à l'occasion des 6^{es} journées juridiques Jean Dabin (4). Enfin, en 1981, à Aix-en-Provence — à l'initiative du Groupe d'études et de recherches sur la justice constitutionnelle (5). Ce qui donne à penser que, sur le terrain des idées en tout cas, la Belgique n'est pas restée à l'écart du mouvement de réflexion qui, à l'échelle internationale, se développait pour examiner les phénomènes les plus marquants de justice constitutionnelle.

A cet égard, le continent européen peut sembler un terrain propice à l'analyse. Il est riche de solutions diversifiées. En

(1) L'évolution des idées et celle des institutions, dans le domaine du contrôle juridictionnel des lois, doivent être soigneusement distinguées. Un décalage peut, en effet, s'instaurer — du seul point de vue chronologique — entre deux phases d'un même mouvement. Mais il y a plus. Le discours juridique peut véhiculer des propos dissemblables selon qu'il entend s'exprimer de *lege ferenda* ou de *lege lata*. Tel auteur prône l'instauration d'une Cour constitutionnelle mais refuse de reconnaître, dans l'immédiat, que des formes de justice constitutionnelle ont déjà trouvé place ; tel autre récuse l'idée d'un contrôle quelconque de la constitutionnalité des lois mais concède que la Cour d'arbitrage y procède aujourd'hui, en droit et en fait. Pour ne pas mélanger inutilement les genres et pour ne pas entretenir de singulières confusions, il convient de distinguer aussi soigneusement que possible l'état d'une réflexion en termes de politique et de technique juridiques.

(2) L. FAVOREU, « Actualité et légitimité du contrôle juridictionnel des lois en Europe occidentale », *R.D.P.*, 1984, p. 1184.

(3) H. MOSLER (éd.), *La juridiction constitutionnelle à l'époque contemporaine : exposés de la situation dans différents pays et étude comparée*, Kolloquium Verfassungsgerichtsbarkeit, Heidelberg, 1961, Cologne-Berlin, Heymanns, 1962.

(4) *Actualité du contrôle juridictionnel des lois*, Travaux des 6^{es} journées d'études juridiques Jean Dabin, Bruxelles, Larcier, 1973.

(5) *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, sous la direction de L. FAVOREU, Actes du 2^e colloque d'Aix-en-Provence des 19, 20 et 21 février 1981, Paris-Aix-en-Provence, Economica - P.U.A.M., 1982.

République fédérale d'Allemagne, en France, en Italie... Il connaît des expériences récentes : en Espagne, au Portugal... La pratique de ces différents Etats (section 2) n'a pu échapper aux promoteurs de la Cour d'arbitrage. Mais une autre réalité ne peut être perdue de vue. Le continent européen s'est organisé. Les Etats qui le composent sont rassemblés, sinon unis, dans des organisations internationales : les Communautés européennes et le Conseil de l'Europe, notamment. Si ces ensembles ne disposent pas d'une Constitution, au sens propre du terme, et ne peuvent donc prétendre contrôler la constitutionnalité de normes juridiques — les leurs ou celles des Etats membres —, il reste que l'un et l'autre recourent à des mécanismes juridictionnels qui ont pu inspirer les auteurs du statut de la Cour d'arbitrage. Soit que les procédures mises en œuvre — comme les recours sur les questions préjudicielles —, soit que les objectifs poursuivis — comme la protection des droits de l'homme — retiennent, en l'occurrence, l'attention. En ce sens, l'expérience des organisations européennes ne peut non plus être perdue de vue.

SECTION I^{re}. — L'ÉVOLUTION DES IDÉES EN BELGIQUE

12. — La question des contrôles de constitutionnalité de la loi est à la fois belle, importante et difficile. Elle n'est pas nouvelle, par contre. En 1971, J. Falys, F. Leurquin et H. Simonart ont entrepris un recensement de la littérature de droit belge qui a été consacrée à ce sujet entre 1830 et 1940 (1) ; P. Orianne a fait de même pour la période de l'après-guerre (2). Il est inutile de procéder à nouveau à ces inventaires auxquels il est permis de renvoyer le lecteur. Par contre, il convient de faire le point sur les controverses qui se sont développées depuis lors.

Comment ne pas constater que, depuis 1970, le débat a pris une particulière ampleur ? Il naît, d'abord, dans les cénacles

(1) J. FALYS, F. LEURQUIN et H. SIMONART, « La doctrine : 1831-1940 », in *Actualité du contrôle...*, p. 323 à 339.

(2) P. ORIANNE, « La doctrine : 1940-1971 », in *Actualité du contrôle...*, p. 339 à 349.

universitaires mais il gagne rapidement les prétoires et débouche finalement dans les hémicycles parlementaires. Nul ne peut plus ignorer le problème. Le débat porte, d'abord, sur le principe même d'un contrôle juridictionnel mais, très vite, il s'étend à la question des modalités pratiques et, en fin de compte, il aboutit à la création d'une nouvelle institution de justice, la Cour d'arbitrage. Le débat naît, d'abord, au départ d'une réflexion de droit interne mais il s'alimente aussitôt d'éléments de droit international pour s'inscrire, en définitive, dans une perspective européenne. L'examen même de la question fait éclater les cadres dans lesquels elle avait été initialement enfermée.

Pour rendre compte de ces controverses, il paraît simple d'en suivre l'évolution au fil des événements importants qui jalonnent l'histoire constitutionnelle : de 1970 — soit depuis la révision de la Constitution du 24 décembre — jusqu'en 1974 ; de 1974 — soit depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 3 mai de la même année — jusqu'en 1980 ; de 1980 — soit depuis la nouvelle révision de la Constitution qui intervient le 29 juillet — jusqu'en 1984 ; de 1984 — soit depuis le moment où la Cour d'arbitrage est installée, le 1^{er} octobre — jusqu'à nos jours.

§ 1^{er}. — *De 1970 à 1974 :*
l'amorce d'une réflexion

13. — Les journées juridiques Jean Dabin marquent un moment privilégié de la réflexion constitutionnelle. Paul De Visser et Francis Delpérée y présentent, le 22 octobre 1971, un rapport au titre clair et engagé : « Pour une juridiction constitutionnelle en Belgique ». Soulignant, pour la première fois peut-être dans une réunion scientifique, l'émergence d'un Etat pré-fédéral, ils relèvent que c'est la solidité des structures de pareil Etat et la cohérence de sa législation qui réclament, au premier chef, que l'édifice constitutionnel soit affermi par l'instauration d'une juridiction constitutionnelle. Les auteurs ne se contentent pas, à cette occasion, de défendre l'idée d'un contrôle juridictionnel des lois et des décrets. Ils affirment la nécessité d'instaurer une cour suprême habilitée à censurer *a posteriori* les atteintes portées aux normes fondamentales :

« C'est à un organe unique, permanent, impartial et spécialisé en matière de droit constitutionnel, écrivent les auteurs, que l'on suggère de conférer le contrôle de constitutionnalité sous ses différents aspects : contrôle des lois, règlement des conflits, protection des citoyens... A mission nouvelle, institution nouvelle » (1).

Prolongeant ce propos, Paul De Visscher observe que « la solidité même des structures nouvelles dont notre pays s'est doté ... appelle logiquement et nécessairement l'instauration d'un authentique contrôle juridictionnel des lois » (2). Francis Delpérée ajoute que « seule une juridiction et une juridiction suprême » doit censurer les atteintes portées à la Constitution, et cela en rendant « un véritable arrêt, un arrêt définitif et un arrêt d'annulation » (3).

14. — A l'occasion de la discussion suscitée par ce rapport, les constitutionnalistes belges font connaître leur point de vue.

Les uns se prononcent sur *le principe* même du contrôle juridictionnel des lois. C'est ainsi qu'André Mast défend l'idée que le juge doit interpréter les dispositions de la Constitution aux fins de garantir les droits fondamentaux des citoyens, mais qu'il ne saurait faire prévaloir, en dernière instance et souverainement, la règle constitutionnelle à l'encontre de la volonté du législateur. Tel est, en effet, le problème essentiel pour A. Mast : « A qui doit appartenir le pouvoir du dernier mot » (4) ? Sa réponse est claire. Le pouvoir législatif, seul, est élu. Seul il est appelé à délibérer sous le contrôle des citoyens. Seul il doit être en mesure de faire prévaloir l'interprétation qu'il estime appropriée de la Constitution. Le juge se pliera à la volonté politique qui se sera ainsi exprimée.

Paul Vermeulen considère également que la question fondamentale revient à savoir qui du Parlement ou du juge doit exercer le pouvoir d'interpréter souverainement la Constitution (5). Pour lui, la réponse ne peut être que politique et

(1) P. DE VISSCHER et F. DELPÉRÉE, « Pour une juridiction constitutionnelle en Belgique », in *Actualité du contrôle...*, p. 277.

(2) Intervention de P. DE VISSCHER, in *Actualité du contrôle...*, p. 519.

(3) Intervention de F. DELPÉRÉE, in *Actualité du contrôle...*, p. 526.

(4) Intervention de A. MAST, in *Actualité du contrôle...*, p. 532.

(5) Intervention de P. VERMEULEN, in *Actualité du contrôle...*, p. 557.

dépend du degré de confiance qu'on manifeste dans l'institution parlementaire. La création d'une autorité de justice constitutionnelle conduirait, à son avis, à la mise en place d'un organe de tutelle sur le Parlement, serait de nature à perturber profondément le rapport des forces politiques, ouvrirait la porte à une sorte de gouvernement par ceux qui n'ont pour mission que de dire le droit et d'expliquer les solutions qu'il fonde.

D'autres constitutionnalistes s'interrogent plutôt, à la faveur des journées Dabin, sur *les modalités* d'un contrôle juridictionnel des lois. Jan De Meyer approuve l'idée qu'il est nécessaire, en principe, qu'il y ait un contrôle juridictionnel des lois. Mais, ajoute-t-il aussitôt, il ne suffit pas de dire qu'il est nécessaire qu'un tel contrôle existe : « Il faut surtout se demander comment il sera organisé et comment fonctionnera l'organe juridictionnel envisagé » (1). De ce point de vue, la solution lui paraît simple. Il n'y a pas lieu, estime-t-il, de créer une juridiction nouvelle ; il suffit que les juridictions existantes — la Cour de cassation, le Conseil d'Etat ... — fassent preuve d'une certaine hardiesse (2). Depuis l'arrêt *Le Ski*, le juge belge donne primauté au droit international sur le droit national ; ne pourrait-il pas raisonner de même dans les rapports entre la loi ordinaire et la Constitution ?

Ne suffit-il pas, par surcroît, de se référer aux dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme pour obtenir, non seulement du juge international mais encore du juge belge, qu'il accepte de contrôler la loi qui s'inscrirait en violation des principes les plus fondamentaux dans le domaine des libertés publiques ? Dans ces conditions, il est permis de faire l'économie d'une juridiction nouvelle.

Pour sa part, Charles Huberlant, qui manifeste des réticences nettes à l'égard du principe même du contrôle juridictionnel des lois, met l'accent sur les problèmes d'organisation et de fonctionnement des institutions de justice en ce domaine. « Une Cour constitutionnelle aurait, selon toutes probabilités, le caractère *paritaire* le plus strict : non seulement elle serait

(1) Intervention de J. DE MEYER, in *Actualité du contrôle...*, p. 539.

(2) *Ibidem*.

composée d'un nombre égal de juges de chaque communauté, mais encore il n'y aurait aucune voix prépondérante, de telle sorte qu'un égal pouvoir de décision appartienne aux juges issus de chaque communauté. Est-il sûr qu'une telle Cour parviene toujours à une décision » (1) ?

De son côté, André Vanwelkenhuyzen s'interroge sur les inconvénients pratiques que peut susciter un contrôle répressif de la constitutionnalité des lois. Ne risque-t-il pas de créer l'insécurité juridique ? Un contrôle préalable analogue à celui qu'organise le système français ne permet-il pas d'éviter le « bouleversement des situations déjà créées et réglées » (2) ? Ne met-il pas à l'abri de conflits trop ouverts entre une juridiction et le pouvoir législatif ?

15. — Ce large débat d'idées ne reste pas sans suite. Encore que, dans l'immédiat, la controverse ne connaisse pas d'amples développements. Trois études méritent cependant d'être signalées au cours de la même période.

Dans une contribution aux *Miscellanea W. J. Ganshof van der Meersch*, André Mast revient sur le thème du contrôle juridictionnel des lois. Il s'interroge, d'abord, sur la portée des dispositions de la Constitution qui, en droit positif, s'opposent — selon lui — à l'aménagement de pareil contrôle. Il se demande si le contrôle juridictionnel des lois est un attribut des structures fédérales.

Il pose encore la question de l'incidence des développements du droit européen en la matière : dès l'instant où le juge national doit accorder la primauté au droit international qui a des effets directs dans l'ordre interne, il est juge européen — sans qu'il y ait lieu de faire le détour par la Cour européenne des droits de l'homme ; à supposer qu'il soit nécessaire, le contrôle par un juge particulier de la constitutionnalité des lois s'avère donc superflu (3).

La mercuriale prononcée le 1^{er} septembre 1972 par le procureur général Ganshof van der Meersch, au cours de la séance

(1) Intervention de Ch. HUBERLANT, in *Actualité du contrôle...*, p. 550.

(2) Intervention de A. VANWELKENHUYZEN, in *Actualité du contrôle...*, p. 544.

(3) A. MAST, « De rechterlijke toetsing van de wetten opnieuw in de branding », in *Miscellanea W. J. Ganshof van der Meersch*, Bruxelles, Bruylant, 1972, t. 3, p. 191.

solennelle de rentrée de la Cour de cassation, ne peut non plus laisser indifférent. L'éminent magistrat observe, en effet, que depuis 1970, et plus encore depuis la loi du 3 juillet 1971, « le législateur s'est engagé expressément dans la voie du contrôle de la conformité des normes législatives et de celles qui ont force de loi à la Constitution » (1). Le diagnostic est particulièrement exact et tranche sur des propos qui s'efforcent de minimiser le rôle nouveau dévolu au Conseil d'Etat : « Le contrôle instauré par l'article 14 de la loi (du 3 juillet 1971) est un contrôle de la constitutionnalité de la loi et du décret » (2). Est-ce à dire que la solution retenue lui paraît opportune ? Il n'en est rien. C'est l'occasion pour le procureur général près la Cour de cassation de relever que, depuis la naissance de l'Etat belge, les cours et tribunaux ont mené, avec sagesse et sans heurts, une action qui leur a permis de contrôler la conformité à la Constitution des arrêtés réglementaires, des arrêtés-lois et des arrêtés de pouvoirs spéciaux. « Demain, prédit le procureur général, avec le même respect du droit, la même conscience et, je crois pouvoir ajouter, la même maîtrise, le pouvoir judiciaire accomplira les tâches nouvelles qui résulteront pour lui de la mise en œuvre des nouveaux principes constitutionnels » (3). Ce qui est peut-être une manière d'indiquer que les cours et tribunaux pourraient, s'ils en avaient l'opportunité, s'attacher à contrôler eux-mêmes la conformité des lois et des décrets à la Constitution ...

Enfin, une troisième étude, celle de Francis Delpérée, s'attache, dans une perspective plus générale, à préciser les traits d'un Etat fédéral. Dans un article publié à la *Revue du droit public et de la science politique*, l'auteur regrette les solutions intervenues en 1971, qui conduisent à la création d'une section des conflits de compétence auprès du Conseil d'Etat. Il ajoute : « Le caractère *arbitral* des juridictions constitutionnelles dans les Etats composés a été souligné à suffisance. Ne convient-il pas de regretter l'absence de pareille juridiction en

(1) W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Réflexions sur la révision de la Constitution », *J.T.*, 1972, pp. 477 et suiv., ici p. 489.

(2) W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *ibidem*.

(3) W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *op. cit.*, p. 494. Voy. également du même auteur, « Réflexions sur l'art de juger et l'exercice de la fonction judiciaire », *J.T.*, 1973, pp. 509 et suiv.

droit public belge ? Son action aurait permis, nous semble-t-il, de mieux veiller au respect des différences et des compétences des communautés et de l'Etat central » (1).

En somme, au lendemain de la révision constitutionnelle du 24 décembre 1970, le débat sur les contrôles de constitutionnalité connaît de singuliers approfondissements ; il s'étoffe d'analyses comparatives non négligeables (2) ; il donne naissance aussi à des études particulières (3). Ce débat ne pourra être clos à bref délai.

§ 2. — *De 1974 à 1980 :*
le temps des hésitations

16. — Jusqu'ici, pourtant, le débat constitutionnel s'est, pour l'essentiel, développé dans les cercles académiques. En 1974 et 1975, il franchit la porte des prétoires et celle des assemblées parlementaires. Deux événements précipitent le cours des réflexions à ce sujet : l'un est l'arrêt *Le Compte*, rendu par la Cour de cassation, le 3 mai 1974 ; l'autre est la proposition de loi Pierson adoptée par le Sénat, le 26 juin 1975.

17. — Il n'est pas besoin de revenir ici sur les circonstances de l'affaire *Le Compte*. Il suffira d'observer qu'à la faveur de cette affaire, la Cour de cassation est amenée à considérer que « l'article 78 de la Constitution permet qu'une loi particulière, portée en vertu de la Constitution même, étende l'exercice du pouvoir réglementaire du Roi au-delà des limites fixées par l'article 67 de la Constitution » et que, dès lors, le Roi a, sur la base de pareille loi d'habilitation, pu prendre des arrêtés de pouvoirs spéciaux valables. Ne faut-il pas considérer qu'à la faveur de cet arrêt, la Cour a entrepris de vérifier la conformité à l'article 78 de la Constitution d'une loi de pouvoirs spéciaux et des arrêtés qui furent pris sur cette base (4)?

(1) F. DELPÉRÉE, « La Belgique, Etat fédéral ? », *R.D.P.*, 1972, pp. 607 et suiv., ici p. 653.

(2) Voy. l'ensemble des contributions étrangères, in *Actualité du contrôle...*, p. 15 à 238.

(3) *Adde* : Y. BOUCQUEY, « Pour une Cour constitutionnelle en Belgique ? », *La Revue nouvelle*, 1974, n° 2, p. 173 ; C. DAUBIE et Y. LEJEUNE, « Une Cour constitutionnelle en Belgique », *La Revue générale*, 1974, n° 1, p. 1.

(4) Cass., 3 mai 1974, *J.T.*, 1974, p. 564, concl. W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH.

Comme l'écrit Jacques Velu, l'arrêt du 3 mai 1974, ceux aussi des 25 juin et 6 septembre de la même année, n'ont pas mis fin aux controverses sur le contrôle juridictionnel des lois (1). Loin s'en faut ! Le débat paraît même s'être compliqué. « Les commentateurs de ces arrêts, tout d'abord, ne se sont guère accordés sur la portée qu'il convenait de leur attribuer : pour les uns, la Cour est restée fidèle à sa jurisprudence traditionnelle ; pour les autres, elle s'en est écartée. Peu après, certains auteurs ont vu leur opinion sur ces arrêts confirmée ou infirmée par des arrêts ultérieurs de la Cour » (2).

18. — On rappelle aussi, pour mémoire, le dépôt de la proposition de loi Pierson. Le 26 juin 1975, le Sénat en adopte l'article unique : « Les cours et tribunaux ne sont pas juges de la constitutionnalité des lois et des décrets ». Ce texte qui, manifestement, entendait faire pièce aux prétentions que le pouvoir judiciaire avait, selon certains, manifestées dans l'arrêt du 3 mai 1974 fut transmis à la Chambre des représentants qui ne lui donna aucune suite. L'adoption de ce texte par le Sénat suscita, cela va sans dire, de nouvelles controverses. Elles portèrent tant sur la manière dont la proposition avait été déposée et discutée que sur son contenu (3).

19. — Les événements qu'on rapporte ne manquent pas d'insuffler à la doctrine constitutionnelle de nouvelles énergies. Au-delà même des commentaires d'arrêt, des préoccupations

(1) J. VELU, *Droit public*, Bruxelles, Bruylant, 1986, t. 1^{er} avec la collaboration de Ph. QUERTAINMONT et M. LEROY, p. 265.

(2) Parmi les commentaires consacrés à cette jurisprudence, voy. J. DE JONGHE et F. REYNTJENS, « De twijfels van het Hof van cassatie », *R.W.*, 1975-1976, col. 2113 ; F. DELPÉRÉE, « La conformité de la loi à la Constitution », note sous cass., 20 novembre 1975, *R.C.J.B.*, 1977, p. 450 ; J. DE MEYER, note sous cass., 3 mai 1974, *R.W.*, 1974-1975, col. 102 ; A. MAST, « Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois », note sous cass., 3 mai 1974, *R.C.J.B.*, 1975, p. 216 ; F. REYNTJENS, « De wetten zijn nog steeds onschendbaar », *R.W.*, 1974-1975, col. 1788 ; K. RIMANQUE, « Het vraagstuk van de rechterlijke toetsing van de grondwettigheid der wetten. Synthese van een aktuele kwestie », *R.W.*, 1974-1975, col. 1871 ; M. SOMERHAUSEN, « Naar een 'gouvernement des juges' », *T.B.P.*, 1976, p. 131 ; L. P. SUTENS, « Gerechtelijke toetsing van de wet en het constitutionaliteitsprobleem van wetten met regionaal toepassingsgebied », *R.W.*, 1974-1975, col. 1724 ; A. VANWELKENHUYZEN, « L'attribution de pouvoirs spéciaux et le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois. A propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 3 mai 1974 », *J.T.*, 1974, p. 577 à 587 et p. 597 à 607.

(3) Sur l'ensemble du sujet, voy. F. DELPÉRÉE, « Au nom de la loi », *J.T.*, 1975, p. 489 ; P. DE STEKHE, « Au nom de la loi. Observations », *J.T.*, 1975, p. 625 ; J. ECKHOUD, « De la Constitution, des lois et des décrets », *J.T.*, 1975, p. 591.

plus précises se dessinent. C'est l'heure des projets et des propositions. L'on n'y a vu parfois que redondance dans les argumentations.

Le débat pourtant paraît, à ce moment, se focaliser sur des problèmes plus techniques : quelle juridiction, quels recours, quels arrêts, quelles procédures ? Certes, aucune des réponses à ces questions ne fait l'unanimité. Mais la discussion qui s'ébauche de cette manière n'est-elle pas annonciatrice de réformes imminentes ?

Le colloque d'Anvers sur « De hervorming van de Staat » donne à plusieurs constitutionnalistes l'occasion de faire connaître leurs préoccupations à ce sujet (1). La position défendue par Jan De Meyer, en particulier, mérite d'être relevée. Pour lui, la solution est simple : il faut laisser à chaque juge le soin de remplir la fonction juridictionnelle ; elle implique le règlement des conflits qui peuvent survenir entre lois et décrets (2). De cette façon, l'idée d'un contrôle diffus de la constitutionnalité des lois est affirmée avec un particulier éclat.

Jan Delva publie, au *Tijdschrift voor bestuurswetenschappen en publiekrecht*, une importante étude. Après avoir retracé la jurisprudence des cours et tribunaux, et celle du Conseil d'Etat, dans le domaine des contrôles de constitutionnalité, il s'attache à suggérer des réformes. Il lui semble que la complexité des nouvelles structures institutionnelles invite à confier le contrôle du partage des compétences entre l'Etat, les Communautés et les Régions au pouvoir judiciaire (3).

Dans plusieurs mercuriales, le premier avocat général, puis procureur général Dumon s'attache à rencontrer ce problème essentiel. En 1975, d'abord, où il semble acquiescer à la jurisprudence amorcée le 3 mai 1974 : le juge n'excède pas ses pouvoirs en décidant qu'une norme — « règlement, arrêté ministériel ou royal, ... loi » — a violé une norme supérieure

(1) « De hervorming van de Staat », *T.B.P.*, 1975, pp. 326 et suiv.

(2) Advies van prof. DE MEYER, *T.B.P.*, 1975, p. 344.

(3) J. DELVA, « Actualiteit van de confrontatie van de rechter met de toetsing van de wet aan de Grondwet », *T.B.P.*, 1978, pp. 379 et suiv., ici p. 395.

de droit national ou international (1). En 1977, ensuite, lorsqu'il s'interroge sur les effets de la régionalisation ; rejetant des exemples étrangers dont il serait malvenu — estime-t-il — de s'inspirer, il souligne la mission éminente reconnue à « un pouvoir judiciaire dont notre Constitution a établi scrupuleusement et minutieusement le statut afin d'en assurer l'indépendance et l'efficacité » (2). Dans cette perspective, le procureur général Dumon défend l'idée que les cours et tribunaux ont *le devoir*, sur base de l'article 107 de la Constitution, de refuser d'appliquer un décret qui a statué dans une matière relevant de la compétence nationale et, réciproquement, une loi qui ne respecterait pas les règles de répartition des compétences. S'il s'avérait utile d'organiser un contrôle abstrait de constitutionnalité des lois ou des décrets, mieux vaudrait sans doute confier cette mission à une autre institution qui, elle, ne relève pas du pouvoir judiciaire, à savoir le Conseil d'Etat (3). Dans la perspective de réformes plus profondes, le procureur général Dumon se prononce encore pour la création d'une chambre mixte « composée de conseillers à la Cour de cassation et de conseillers d'Etat et faisant partie tant de notre Cour suprême que de la haute juridiction administrative » (4) ; mieux qu'une Cour constitutionnelle, cette institution pourrait éviter que des jurisprudences différentes naissent dans l'ordre judiciaire et dans l'ordre administratif.

En 1979, la même préoccupation est exprimée, mais est formulée de manière plus discrète (5) : le contrôle de conformité à la Constitution doit, selon le procureur général, être confié à un juge ayant reçu un mandat de l'ensemble de la collectivité. En 1980, soit quelques semaines après une nouvelle révision de la Constitution, c'est un véritable cri d'alarme qui est lancé : « Quo vadimus ? » (6). Des propos particulièrement

(1) F. DUMON, « La mission des cours et tribunaux. Quelques réflexions », *J.T.*, 1975, pp. 541 et suiv. et pp. 561 et suiv., ici p. 571.

(2) F. DUMON, « Projets de réforme et fonction juridictionnelle », *J.T.*, 1977, pp. 537 et suiv. et pp. 561 et suiv., ici p. 546.

(3) F. DUMON, *op. cit.*, p. 566.

(4) F. DUMON, *op. cit.*, p. 568.

(5) F. DUMON, « De l'Etat de droit », *J.T.*, 1979, pp. 472 et suiv. et pp. 493 et suiv., ici p. 476.

(6) F. DUMON, « Quo vadimus ? », *J.T.*, 1980, pp. 501 et suiv. et pp. 521 et suiv.

sévères sont tenus à cette occasion. La « thèse judiciaire » est ici poussée à son point ultime. « Il eût été normal et, à mon avis, sain et salutaire — n'hésite pas à dire l'éminent magistrat — de reconnaître aux cours et tribunaux, chacun intervenant dans les domaines de ses compétences ordinaires, la mission de trancher, à l'occasion des litiges ou des autres questions qui leur sont soumis, tous ces problèmes de conflits entre normes » (1). Constatant qu'il n'en sera vraisemblablement pas ainsi, le procureur général Dumon se demande si la solution retenue ne revient pas à « innover, improviser, ébranler nos institutions juridictionnelles » (2) et si elle ne conduit pas à organiser « insécurité, arbitraire, chaos, aventure » (3).

De leur côté, Jacques Velu et André Vanwelkenhuyzen consacrent une étude importante aux contrôles de constitutionnalité des lois et décrets, à l'occasion du colloque de Colonster (4). D'entrée de jeu, une préoccupation est exprimée. Le rapport qu'ils rédigent a un objet : « examiner le contrôle que *des juges* peuvent être appelés à exercer dans un système où les législateurs sont multiples » (5). C'est l'occasion d'examiner comment le problème se pose dans l'état du droit positif — au moment où l'étude est écrite —, dans les projets politiques en discussion et dans les travaux de la doctrine. Plus fondamentalement, cependant, les auteurs s'attachent à dresser le tableau des avantages et des inconvénients des deux formes de contrôle juridictionnel, telles qu'elles se présentent dans les droits étrangers : le contrôle par une juridiction spéciale et le contrôle par toutes les juridictions. « Il n'est pas de solution qui s'impose avec la clarté de l'évidence », concèdent-ils (6). Selon eux, néanmoins, « le contrôle du respect de leurs compétences législatives respectives par le législateur national, les législateurs culturels et les législateurs régionaux devrait être attribué à l'ensemble des juridictions judiciaires et admi-

(1) *Addé* : F. DUMON, « Les conflits de compétence », in *La réforme de l'Etat, 150 ans après l'indépendance nationale*, Bruxelles, Ed. Jeune Barreau, 1980, p. 277 à 329.

(2) F. DUMON, « Quo vadimus ? »..., p. 504.

(3) F. DUMON, *op. cit.*, p. 508.

(4) J. VELU et A. VANWELKENHUYZEN, « Le contrôle de la conformité des normes ayant force de loi aux règles redistribuant le pouvoir législatif », *A.P.T.*, 1979-1980, t. 2, pp. 93 et suiv.

(5) J. VELU et A. VANWELKENHUYZEN, *op. cit.*, p. 94.

(6) J. VELU et A. VANWELKENHUYZEN, *op. cit.*, p. 155.

nistratives » (1). La formule proposée aurait pour elle d'être économe des moyens mis en œuvre ; elle n'aboutirait pas au dessaisissement du juge normalement compétent ; elle s'inscrirait dans le sillage de l'interprétation classique de l'article 107 de la Constitution ; elle permettrait d'exercer la fonction de justice constitutionnelle, non au départ de problèmes abstraits, mais à travers des difficultés concrètes. A titre subsidiaire, « si les avantages d'un contrôle centralisé paraissaient tout de même l'emporter », les auteurs se rallieraient, non sans réticence, au principe d'une juridiction qui serait constituée selon la formule de la chambre mixte, suggérée par le procureur général Dumon.

La même thèse sera reprise avec quelques variantes par Léon Moureau. L'argumentation développée a, pour elle, le mérite de la logique. S'il faut justifier le contrôle diffus de constitutionnalité par référence à la mission naturelle du juge, on voit mal ce qui permettrait d'aménager pareilles vérifications dans le sein des institutions judiciaires sans l'étendre en même temps aux juridictions administratives, qu'elles statuent au contentieux des droits politiques ou à celui de l'excès de pouvoir (2).

Dans un article qui peut apparaître comme une réponse à l'étude du président Léon Moureau, Paul De Visscher reprend, avec maîtrise, l'examen du problème lancinant des contrôles de constitutionnalité (3). Il n'exclut pas l'idée que le contrôle de la constitutionnalité des lois puisse être, un jour, formellement consacré par voie jurisprudentielle. Il croit, cependant, qu'une révision de la Constitution permettrait de mieux asseoir pareil contrôle et de mieux préciser la manière dont il devrait être organisé dans le contexte de la Belgique régionalisée. Des propositions concrètes sont faites à cet égard : il faut valoriser les contrôles préventifs de constitutionnalité ; il faut créer une juridiction qui puisse être saisie selon la technique de la question préjudicielle ; il faut instaurer une sorte de « tribu-

(1) J. VELU et A. VANWELKENHUYZEN, *ibidem*.

(2) L. MOUREAU, « Remarques sur le contrôle de la constitutionnalité des lois », *A.P.T.*, 1976-1977, t. 1, p. 16.

(3) P. DE VISSCHER, « La sauvegarde de la suprématie de la Constitution », *A.P.T.*, 1976-1977, t. 2, p. 93.

nal des conflits », composé en nombre égal de conseillers à la Cour de cassation et de conseillers d'Etat et assisté d'assesseurs juristes venant des assemblées parlementaires (qui seraient recrutés en nombre égal dans chacun des deux rôles linguistiques) ; il faut donner aux arrêts d'annulation une portée *erga omnes* (1).

Dans plusieurs articles, Francis Delpérée s'attache, pour sa part, à montrer la place qu'une institution de justice constitutionnelle peut remplir dans le cadre constitutionnel d'une Belgique communautarisée et régionalisée. « Une simplification et une coordination des institutions nationales, communautaires et régionales vont de pair avec l'organisation de *mécanismes juridiques d'arbitrage*. Si l'on veut fédérer les collectivités politiques qui composent la Belgique pour les associer à une œuvre commune, si l'on veut, donc, selon une formule désormais historique, les « unir dans la différence acceptée », comment ne pas songer à la mise en place des mécanismes de contrôle qui veillent à maintenir l'équilibre entre le souci de l'unité d'action et la préoccupation du respect des différences ? Une Cour constitutionnelle serait bienvenue pour maintenir la balance égale entre ces deux exigences » (2).

Le propos est amplifié quelques mois plus tard. Cette institution doit servir de « clef de voûte » à tout l'édifice constitutionnel... C'est la solidité même de l'ensemble qui est en jeu (3).

Dans une note publiée dès 1974 au *Rechtskundig Weekblad*, Louis-Paul Suetens souligne encore que si le contrôle juridictionnel des lois devait être instauré, il conviendrait que ce le fût, non à la faveur d'une évolution jurisprudentielle ou de l'instauration d'une sorte de coutume, mais à la suite d'une révision en bonne et due forme de la Constitution ; dans son esprit, le contrôle ne devrait pas être exercé par tous les juges mais par une institution particulière, une Cour constitution-

(1) P. DE VISSCHER, *op. cit.*, pp. 98 et 99.

(2) F. DELPÉRÉE, « Le nouveau visage de l'Etat belge », *La Revue nouvelle*, 1976, n° 5-6, p. 526.

(3) F. DELPÉRÉE, « Futuribles... », p. 14 ; Id., « Vers un nouvel Etat belge », *Wallonie* 77, n° 6, p. 358.

nelle ou une chambre spécialisée de la Cour de cassation (1).

20. — En somme, à la veille de la révision constitutionnelle de 1980, la réflexion doctrinale marque le pas. Les thèses sont peut-être mieux profilées. Des solutions de compromis sont aussi ébauchées. Une réalité juridique est souvent perdue de vue dans ces débats. La loi du 3 juillet 1971 existe. Sans doute n'a-t-elle pas reçu application. Les solutions qu'elle retient — en particulier, pour définir la portée des arrêts que pourrait rendre la nouvelle juridiction — sont éminemment critiquables. Mais est-on sûr que l'on pourra, à bref délai, se défaire de deux éléments essentiels inscrits dans la réforme de 1971 : d'une part, le principe de la juridiction centralisée ; d'autre part, les modes de saisine, et spécialement le système de la question préjudicielle qui peut apparaître comme réalisant un compromis entre le système centralisé et le système diffus ?

§ 3. — *De 1980 à 1984 :* *l'heure des choix*

21. — En 1980, la réflexion prend un tour nouveau. La Constitution est, en effet, révisée le 29 juillet 1980. Un chapitre particulier est introduit, à cette occasion, au titre III de la Constitution ; il concerne la prévention et le règlement des conflits qui peuvent apparaître entre lois et décrets. Ce chapitre *IIIbis* ne contient qu'un article unique, l'article 107^{ter}.

Ce dernier prescrit — dans son § 1^{er} — que « la loi organise la procédure tendant à prévenir les conflits entre la loi, le décret et les règles visées à l'article 26^{bis}, ainsi qu'entre les décrets entre eux et entre les règles visées à l'article 26^{bis} entre elles » : la section de législation du Conseil d'Etat et le comité de concertation s'attachent à prévenir les conflits de compétence qui pourraient surgir ; le comité de concertation et les institutions qui lui sont associées se préoccupent, pour leur part, de prévenir les conflits d'intérêt qui pourraient surgir à l'occasion de l'élaboration de normes législatives ou décrétales, voire de mesures exécutives.

(1) L. P. SUTENS, « De toetsing van de wet aan de Grondwet », *R.W.*, 1973-1974, col. 1011.

L'article 107^{ter} ne se contente pas d'établir les bases d'un contrôle en amont de la constitutionnalité des lois et des décrets. Il pose également le principe d'un contrôle en aval. Son paragraphe 2 traite du règlement des conflits en ces termes : « Il y a, pour toute la Belgique, une Cour d'arbitrage, dont la composition, la compétence et le fonctionnement sont déterminés par la loi. Cette Cour règle les conflits visés au § 1^{er} », soit les conflits entre la loi et le décret ainsi qu'entre les décrets entre eux (1). On dira peut-être que cette disposition est particulièrement laconique. Mais les textes qui instituent la Cour de cassation, la Cour des comptes et *a fortiori* le Conseil d'Etat sont-ils plus explicites ? Pour qui veut prendre la peine de les lire avec attention, des leçons précises d'ailleurs se dégagent ; des options sont prises avec une netteté suffisante. Cela suffit pour modifier quelque peu les données du débat. Le problème n'est plus de se déclarer en faveur des contrôles de constitutionnalité ou de se montrer allergique à de telles vérifications. Il est de préciser sa position eu égard à la Cour d'arbitrage dont la création est envisagée par la Constitution.

22. — Pour la période considérée, il y a lieu de relever une étude de Francis Delpérée et d'Anne Rasson-Roland, sous le titre engageant : « En route pour la Cour d'arbitrage ». Les auteurs ne manquent pas de rappeler que la Cour d'arbitrage est appelée à emprunter une « voie résolument nouvelle » et qu'elle est amenée à s'aventurer sur un terrain qui, pour une bonne part, n'est pas encore défriché (2). Mais ils ne peuvent s'abstenir de relever la méfiance de certains milieux scientifiques à l'égard des institutions de justice constitutionnelle. Cette attitude est néfaste, écrivent-ils ; elle laisse la voie ouverte à des discours politiques où les préoccupations de droit constitutionnel n'occupent peut-être pas la première place. Francis Delpérée et Anne Rasson-Roland entendent rappeler les choix constitutionnels qui ont déjà été opérés, tout comme les impératifs de la Convention européenne des droits de l'homme qu'il s'agit de respecter. Ils s'interrogent

(1) Cette disposition est révisée, le 15 juillet 1988. Sur ce thème, voy. le chapitre VII du présent ouvrage.

(2) F. DELPÉRÉE et A. RASSON-ROLAND, « En route pour la Cour d'arbitrage », *A.P.T.*, 1982, t. 4, p. 226.

tout à la fois sur les missions de la Cour — « la Cour d'arbitrage est gardienne de la Constitution » (1) —, sur sa composition — « la qualité de juge doit profiter à tous ceux qui auront été nommés par le Roi membres de la Cour d'arbitrage » (2) — et sur sa procédure — propre à un contentieux spécialisé de la constitutionnalité des lois et des décrets (3) —. Les auteurs ne cachent pas leur opinion — « la Cour d'arbitrage, nous sommes 'pour' » (4) — et appellent donc de leurs vœux la création imminente de cette juridiction constitutionnelle : « Allons, sans plus tarder, en route pour la Cour d'arbitrage. Et bonne route ... » (5).

Une même préoccupation est exprimée par Paul De Visser (6) et par Francis Delpérée (7) dans leur intervention aux journées canadiennes de 1981 : ils rappellent que la dernière révision constitutionnelle a prévu qu'une institution de justice pourra être organisée, sous forme d'une Cour d'arbitrage. Le phénomène, écrivent-ils, traduit une heureuse évolution des esprits. Car seul un contrôle centralisé permettra, dans un Etat bicommunautaire, d'assurer l'apaisement des esprits.

Dans sa contribution au *Liber amicorum Frédéric Dumon*, Francis Delpérée reprend la même idée. « La Constitution a été révisée ... L'article 107ter a été introduit, le 24 juillet 1980, aux fins de créer une Cour d'arbitrage ... Cette disposition n'a pas encore été appréciée par les juristes à sa juste valeur. L'article 107ter clôt le débat engagé, voici dix ans, entre partisans des contrôles diffus et du contrôle centralisé de constitutionnalité. Moyennant quelques réserves, la préférence est donnée, sans aucune équivoque, à la seconde formule ... Les données

(1) F. DELPÉRÉE et A. RASSON-ROLAND, *op. cit.*, p. 232.

(2) F. DELPÉRÉE et A. RASSON-ROLAND, *op. cit.*, p. 236.

(3) F. DELPÉRÉE et A. RASSON-ROLAND, *op. cit.*, p. 237.

(4) F. DELPÉRÉE et A. RASSON-ROLAND, *op. cit.*, p. 227.

(5) F. DELPÉRÉE et A. RASSON-ROLAND, *op. cit.*, p. 243.

(6) P. DE VISSCHER, « La prévention et le règlement des conflits de compétences entre l'Etat, les communautés et les régions en droit constitutionnel belge », in *The Cambridge Lectures 1981*, Butterworths, p. 302.

(7) F. DELPÉRÉE, « Les nouvelles institutions de la Belgique », in *The Cambridge Lectures 1981*, Butterworths, p. 312. *Adde* : ID., « Où va la Belgique ? », *J.T.*, 1982, p. 216 à 218.

du jeu constitutionnel ont changé. Tout le monde doit, me semble-t-il, en tenir compte » (1).

La même préoccupation est développée par l'auteur dans la seconde édition du précis de *Droit constitutionnel* : « La création de la Cour d'arbitrage fait obstacle, semble-t-il, au développement du contrôle diffus de constitutionnalité. Le choix opéré, en juillet 1980, par la Constitution est clair et il ne semble guère concevable qu'elle soit appelée à faire marche arrière à brève échéance » (2).

23. — Il serait excessif de considérer que cette analyse de l'article 107^{ter} de la Constitution fait l'unanimité. Quelques exemples en attestent.

Dans un article qu'il consacre aux « conflits entre loi et décret et entre décrets », André Vanwelkenhuyzen rappelle que le contrôle juridictionnel des lois peut se concevoir sous deux formes différentes. Ou bien il s'agit d'un contrôle par un organe spécialisé et centralisé, une Cour constitutionnelle. Ou bien il s'agit d'un contrôle par l'ensemble des juges, chacun se prononçant dans le cadre limité du litige dont il est saisi et pour apporter directement à ce litige une solution définitive. L'auteur n'indique pas, dans cette contribution, où vont ses préférences. Il laisse entendre néanmoins que le débat reste ouvert (3).

Dans le traité de *Droit public* qu'il publie en 1986 avec la collaboration de Ph. Quertainmont et M. Leroy, Jacques Velu consacre de longues pages au problème du contrôle de la constitutionnalité des lois, tant en droit belge qu'en droit comparé. L'auteur rappelle notamment l'évolution doctrinale et jurisprudentielle qui s'est produite à ce propos ; il annonce des développements ultérieurs sur la création de la Cour d'arbitrage mais n'établit aucun lien entre ces deux phénomènes (4).

(1) F. DELPÉRÉE, « Le palais de la Nation et le palais de la justice », pièce en un acte, in *Liber amicorum Frédéric Dumon*, Anvers, Kluwer, 1983, t. 2, p. 741 à 758. Voy. aussi F. DELPÉRÉE, « Propos sur la Cour d'arbitrage », in *Liber amicorum Robert Senelle*, Bruges, Die Keure, 1986, p. 39.

(2) F. DELPÉRÉE, *Droit constitutionnel*, t. 1^{er} : *Les données constitutionnelles*, Bruxelles, Larcier, 1987, 2^e éd., p. 124.

(3) A. VANWELKENHUYZEN, « Les conflits entre loi et décret et entre décrets », *J.T.*, 1980, p. 616.

(4) J. VELU, *Droit public*, t. 1^{er}, p. 240.

Comment cela s'explique-t-il ? La raison est sans doute à trouver dans une autre étude du même auteur, celle qu'il consacre dans *Le nouveau droit constitutionnel* à « La protection juridictionnelle des droits de l'homme au niveau interne et au niveau international ». Après avoir constaté laconiquement qu'il n'y a pas en Belgique de Cour constitutionnelle (1), Jacques Velu indique l'une des évolutions possibles que pourrait connaître la matière : « Si le contrôle judiciaire de constitutionnalité des actes législatifs que la Cour de cassation a parfois, semble-t-il, exercé de manière implicite, venait à s'affermir, on s'orienterait, en dehors du contentieux de la répartition des compétences législatives, vers un système de *contrôle diffus* pratiqué par l'ensemble des juridictions judiciaires et administratives, l'unité de la jurisprudence constitutionnelle étant assurée soit, dans les limites de leurs attributions respectives, par la Cour de cassation et par le Conseil d'Etat, soit, en s'inspirant du modèle grec, par une chambre mixte composée de magistrats de ces deux juridictions ». « Cette solution, ajoute l'auteur, n'implique pas nécessairement une révision constitutionnelle » (2). Ce qui est une manière d'inviter le juge à renouer avec l'audace dont il a fait preuve, dans son arrêt du 3 mai 1974 (3).

De son côté, Frédéric Dumon livre un premier commentaire de la loi du 28 juin 1983 qui organise la Cour d'arbitrage. Il ne manque pas de souligner le rôle qu'une institution comme celle-ci peut remplir quant au fonctionnement des institutions nationales, communautaires et régionales. D'autres formules eussent été possibles mais, note l'auteur, « il importe actuellement de s'incliner sans arrière-pensée — bien que le pouvoir judiciaire ait ainsi subi une dommageable atteinte — devant la décision du législateur et de former des vœux sincères pour que la nouvelle institution contribue à la sauvegarde de l'Etat de droit que la Nation attend d'elle » (4). L'élégance du propos

(1) J. VELU, « La protection juridictionnelle des droits de l'homme au niveau interne et au niveau international », in *Le nouveau droit constitutionnel*, Louvain-la-Neuve-Bruxelles, Academia-Bruylant, 1987, p. 259 à 320.

(2) J. VELU, « La protection juridictionnelle... », p. 259 à 320.

(3) J. VELU, *op. cit.*, p. 312.

(4) F. DUMON, « La Cour d'arbitrage. Ses compétences, étendues et limites. Effets des arrêts », *J.T.*, 1985, p. 229.

mérite d'être soulignée. Il tranche sur des attitudes que l'esprit de méfiance semble parfois avoir inspirées. Des réserves subsistent néanmoins. L'auteur ne manque pas de souligner que les cours et tribunaux du pouvoir judiciaire ainsi que le Conseil d'Etat pourraient exercer, « comme leur mission juridictionnelle les y invite » (1), le contrôle de la conformité à la Constitution de toutes les normes et actes des divers pouvoirs et autorités de l'Etat. Il ajoute que la Cour d'arbitrage, alors qu'elle est également investie d'une mission juridictionnelle, ne pourrait d'elle-même ou en vertu d'une loi exercer un contrôle général de la conformité des lois et des décrets à la Constitution (2).

En d'autres termes, un contrôle juridictionnel à deux vitesses pourrait s'instaurer : l'un, instauré par la Constitution et dévolu à la Cour d'arbitrage, porterait sur les seuls conflits de compétence ; l'autre, assumé par l'ensemble des juridictions — hormis la Cour d'arbitrage —, aurait pour objet toutes les autres questions de constitutionnalité.

Malgré l'instauration dans l'article 107^{ter} d'une Cour d'arbitrage, les partisans d'un contrôle plus large et plus diffus ne semblent donc pas désarmer.

24. — Une position particulière mérite d'être mentionnée. Dans la sixième édition de son traité de droit constitutionnel qui paraît en 1981, André Mast rappelle l'essentiel des arguments qui — *de lege lata* et *de lege ferenda* — le conduisent à ne pas souhaiter l'instauration d'un contrôle juridictionnel des lois (3). Il est amené, bien entendu, à rendre compte de la création de la Cour d'arbitrage (4). Mais les deux thèmes ne sont pas joints. Le recours à un contrôle spécialisé de constitutionnalité ne porte pas ombrage à la condamnation d'un contrôle général de conformité à la Constitution.

(1) F. DUMON, *ibidem* ; du même auteur, voy. « Het Arbitragehof », *R.W.*, 1982-1983, col. 2320.

(2) F. DUMON, « Projets de réforme... », p. 539.

(3) A. MAST, *Overzicht van het Belgisch grondwettelijk recht*, Gand, Story Scientia, 1981, 6^e éd., p. 442, n° 397.

(4) A. MAST, *op. cit.*, p. 268, n° 230. Voy. également sur ce thème, H. VAN IMPE, « Is het wenselijk in België een grondwettelijk hof op te richten ? », *T.B.P.*, 1986, p. 112.

§ 4. — *Après 1984 : les perspectives*

25. — La Cour d'arbitrage est installée, le 1^{er} octobre 1984. Au début 1985, elle rend ses premiers arrêts. Il n'y a pas lieu de se référer ici à des études importantes qui s'efforcent de donner une monographie de la nouvelle institution ou à des commentaires qui s'attachent à dégager les leçons de sa première jurisprudence (1). On y reviendra ailleurs. Par contre, les études de prospective institutionnelle retiennent encore l'attention. Comment ne pas observer que les positions évoluent après 1984 ? La création, mais surtout les interventions de la Cour d'arbitrage depuis cette date, justifient, semble-t-il, ces changements d'attitude.

26. — Dans l'étude déjà citée qu'il publie dans *Le nouveau droit constitutionnel*, Jacques Velu s'efforce d'indiquer les évolutions concevables dans les dix ou vingt années à venir.

Première solution, celle qui a ses préférences, un système de contrôle diffus par l'ensemble des juridictions judiciaires et administratives. Le juge normalement compétent pour statuer sur le litige serait ainsi habilité à contrôler la conformité des actes de l'autorité publique quelle qu'elle soit avec les règles de la Constitution et celles des traités internationaux ayant des effets directs dans l'ordre interne (2). A ce stade du raisonnement, la création de la Cour d'arbitrage est passée sous silence.

Deuxième solution, formulée à titre subsidiaire : un contrôle centralisé qui serait confié à une juridiction nouvelle, constituée de magistrats de la Cour d'arbitrage, de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat. La formule pourrait assurer « la

(1) Voy. notamment — pour des présentations d'ensemble — P. CARROZZA, *La Cour d'arbitrage belge come corte costituzionale. Indagine comparatistica sulle garanzie costituzionali della struttura decentrata degli ordinamenti*, Padoue, Cedam, 1985 ; F. DUMON, « La Cour d'arbitrage... », p. 229 ; S. MOUREAUX et J. P. LAGASSE, *La Cour d'arbitrage, juridiction constitutionnelle. Commentaire de la loi du 28 juin 1983*, Bruxelles, Larcier, 1984 ; H. SIMONART, *La Cour d'arbitrage. Une étape dans le contrôle de la constitutionnalité de la loi*, Bruxelles, Story-Scientia, 1988 ; J. VELAERS, *Het Arbitragehof*, Anvers, Maarten Kluwer's, 1985. Pour une étude systématique de jurisprudence, voy. F. DELPÉRÉE et A. RASSON-ROLAND, « Chronique. Belgique », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1985, p. 307 à 324. *Adde* : Ph. QUERTAINMONT et M. UYTENDAELE, « Une année de fonctionnement de la Cour d'arbitrage », *A.P.T.*, 1986, t. 1^{er}, p. 46 à 79 ; *Id.*, « La Cour d'arbitrage, an II », *A.P.T.*, 1987, t. 1^{er}, p. 61 à 69.

(2) J. VELU, « La protection juridictionnelle... », p. 314.

nécessaire harmonie des rapports entre les divers ordres juridictionnels dans l'Etat » (1).

Ainsi l'idée même d'une juridiction mixte évolue ; appel pourrait être fait à des juges venant de la Cour d'arbitrage.

Enfin, d'autres solutions — simplement mentionnées par l'auteur au titre des hypothèses plausibles : l'élargissement des attributions dévolues à la Cour de cassation ou de celles réservées à la Cour d'arbitrage (2).

27. — D'autres auteurs semblent enclins à considérer que la Belgique n'est pas nécessairement à ce carrefour où certains voudraient la placer et que les choix intervenus en 1980, puis en 1983, sinon en 1988, emportent avec eux une logique institutionnelle qui devra, un jour ou l'autre, trouver des aboutissements dans le système juridictionnel.

A plusieurs reprises, Francis Delpérée évoque la possibilité d'un élargissement des attributions dévolues à la Cour d'arbitrage. Le 7 octobre 1984, à l'occasion de la discussion d'un rapport d'A. Vanwelkenhuyzen sur « L'arbitrage des conflits entre régions ou entre une région et le pouvoir fédéral ou national » (3), il pose cette question : « Est-ce que la Cour d'arbitrage n'est pas, en réalité, l'embryon d'une Cour constitutionnelle pour demain ? Est-ce qu'elle n'est pas la préfiguration d'une forme de juridiction constitutionnelle plus achevée ? » (4). Le 25 octobre 1984, à l'occasion d'une table ronde sur « Les techniques juridictionnelles du contrôle de la constitutionnalité des lois », il répond à cette question : « La Cour d'arbitrage qui est aujourd'hui installée n'est que l'ébauche de

(1) J. VELU, *op. cit.*, p. 315. Par contre, F. DUMON (« La Cour d'arbitrage... », p. 229) semble renoncer, dès 1985, à cette idée. « C'est là de l'histoire ancienne ! », écrit-il, en précisant qu'il n'entend nullement « critiquer cette institution nouvelle (la Cour d'arbitrage) dans ses fondements » (*ibidem*).

(2) J. VELU, « La protection juridictionnelle... », p. 317.

(3) A. VANWELKENHUYZEN, « L'arbitrage des conflits entre régions ou entre une région et le pouvoir fédéral ou national », in *Le fait régional en Europe : son impact sur les institutions politiques*, Colloque fait à Bruges, 1984, Collège d'Europe, Louvain, Acco, 1986.

(4) Intervention de F. DELPÉRÉE in *Le fait régional en Europe...*, p. 93.

la Cour constitutionnelle à compétences plus complètes qui sera installée un jour » (1).

En 1985, à l'occasion de la conférence d'Ottawa sur « La Cour suprême du Canada », il prend plus nettement position encore : « Je suis de ceux qui considèrent que la justice constitutionnelle a sa propre logique, son propre dynamisme et que les barrières que la Constitution belge a tenté d'imposer au départ seront, très vite, levées » (2). Encore convient-il, note l'auteur, que ces évolutions se fassent dans l'ordre et moyennant une révision appropriée de la Constitution (3).

En 1986, à l'occasion de la publication de l'ouvrage collectif *Verfassungsgerichtbarkeit in Westeuropa*, il ne peut manquer d'écrire — en conclusion de son étude — que « la Cour d'arbitrage porte dans ses flancs la Cour constitutionnelle de demain » (4). Enfin, en 1987, à l'occasion du premier séminaire latino-américain de justice constitutionnelle, Francis Delpérée fait part de la même conviction : « L'idée de justice constitutionnelle gagne à être inscrite au plus profond de la réflexion de ceux qui se soucient de l'aménagement institutionnel de l'Etat. Dès qu'elle a pris souche dans un système constitutionnel, elle contient en elle-même les germes de son propre développement. Il y a une dynamique — à la fois dans le temps et dans l'espace — des contrôles de constitutionnalité » (5).

28. — Dans la huitième édition de son traité de droit constitutionnel, André Mast infléchit, semble-t-il, ses positions initiales. Consacrant de longs commentaires à la loi du 28 juin 1983, il observe que la Cour d'arbitrage n'a pas pour mission

(1) Intervention de F. DELPÉRÉE in « Les techniques juridictionnelles du contrôle de constitutionnalité des lois », 1^{re} table ronde internationale du 25 octobre 1984 (Aix-en-Provence), *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1985, p. 98.

(2) F. DELPÉRÉE, « Réflexions sur la justice constitutionnelle, au départ de l'expérience belge », in G. BEAUDOIN, *La Cour suprême du Canada*, Montréal, Y. Blais, 1986, p. 319. Dans le même sens, M. J. CHIDIAC, *La Cour d'arbitrage en droit belge*, Liège, P.U.Lg., 1984, p. 67 ; *Adde* : F. DELPÉRÉE, « Cour suprême, Cour d'arbitrage ou Cour constitutionnelle », *Cahiers de droit*, 1985, n° 1, p. 205 à 216.

(3) F. DELPÉRÉE, « Propos sur la Cour d'arbitrage... », p. 41 : « Des évolutions peuvent se dessiner, selon les formes prescrites par la Constitution pour réaliser cette réforme... Il sera temps, dans dix ans, de songer à perfectionner l'outil ».

(4) F. DELPÉRÉE, « Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Belgien », in C. STARCK et A. WEBER (éd.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa*, Baden-Baden, Nomos, 1986, t. 1^{er}, p. 343 et suiv. *Adde* : F. DELPÉRÉE, « Belgio : la 'Cour d'arbitrage' e il controllo di costituzionalità », *Quaderni costituzionali*, 1986, p. 415.

(5) F. DELPÉRÉE, « La Cour d'arbitrage. Perspectives et réalités », Santiago, octobre 1987, p. 20.

de faire respecter l'ensemble des dispositions de la Constitution. Le problème du contrôle général des règles juridiques à la Constitution n'est donc pas fondamentalement modifié, écrit-il à ce moment (1). Examinant de manière plus englobante la question du contrôle juridictionnel des lois, l'auteur croit, cependant, devoir ajouter un alinéa aux considérations de synthèse qu'il a développées dans d'autres éditions. Le passage mérite d'être cité intégralement : « Depuis l'établissement de la Cour d'arbitrage, les remarques qui précèdent ne valent plus sans réserve. La Cour d'arbitrage peut, à la demande du conseil des ministres ou des Exécutifs d'une Communauté ou d'une Région, annuler une loi ou un décret ... La Cour d'arbitrage n'est cependant pas (encore) une Cour constitutionnelle, d'une part, parce que sa compétence est limitée au contrôle de la loi, du décret au regard du partage des compétences et, d'autre part, parce que le citoyen ne peut pas introduire de recours auprès de la Cour d'arbitrage ». Sans qu'il y ait lieu ici de discuter du bien-fondé de la proposition qui revient à rejeter l'appellation de Cour constitutionnelle, on ne peut manquer de souligner qu'A. Mast n'exclut pas, au titre des hypothèses plausibles, l'élargissement des attributions de la Cour d'arbitrage (2).

29. — Par ailleurs, Henri Simonart consacre en 1987 une thèse de doctorat à la nouvelle Cour d'arbitrage. Il donne à son ouvrage un sous-titre significatif : « Une étape dans le contrôle de la constitutionnalité de la loi ». « L'existence d'une juridiction chargée de censurer les lois et les décrets fait dès à présent partie de la réalité institutionnelle de la Belgique (3), écrit l'auteur. Et de souhaiter que la Cour exerce ses fonctions en toute indépendance, pour dissiper le spectre du gouvernement des juges. « A ce moment aussi pourra être envisagée l'opportunité d'étendre la compétence de la Cour d'arbitrage à des domaines qui lui sont aujourd'hui fermés », écrit H. Simonart avec prudence ; « il est heureux, à cet égard, que la Constitution se borne à créer la Cour d'arbitrage et à indiquer

(1) A. MAST, *Overzicht van het Belgisch grondwettelijk recht* (avec la collaboration de J. DUJARDIN), Gand, Story-Scientia, 1985, 8^e éd., p. 276.

(2) A. MAST, *op. cit.*, p. 462.

(3) H. SIMONART, *La Cour d'arbitrage*..., p. 280.

de façon elliptique sa mission » (1). Est-ce à dire que, sans modification de la Constitution, de nouvelles attributions pourraient être octroyées à la Cour ?

30. — Comment ne pas citer aussi, dans cette perspective, deux interventions, prononcées, le lundi 1^{er} octobre 1984, à l'occasion de la séance solennelle d'installation de la Cour d'arbitrage. Pour J. Gol, vice-premier ministre, ministre de la Justice et des Réformes institutionnelles, « un choix devra ... être fait qui pourrait soit élargir les compétences du pouvoir judiciaire, soit faire de votre institution aujourd'hui naissante une véritable Cour constitutionnelle ». De son côté, J. L. Dehaene, ministre des Affaires sociales et des Réformes institutionnelles « pense que le mouvement amorcé aujourd'hui ne s'arrêtera pas et que, dans un stade ultérieur, toute la vérification de la constitutionnalité des lois et des décrets sera confiée à la Cour d'arbitrage » (2).

31. — Une question ne peut manquer d'être soulevée au terme de ce bref rappel historique. Les idées ont-elles évolué en vingt ans ou les protagonistes d'une controverse infinie se sont-ils ancrés plus encore dans leurs convictions ? Nul ne saurait nier le mouvement doctrinal qui se développe.

A l'occasion des journées juridiques Jean Dabin, soit il y a un peu plus de quinze ans, les partisans avoués d'un contrôle juridictionnel des lois étaient fort isolés ; les promoteurs d'une Cour constitutionnelle étaient plus seuls encore. Aujourd'hui, les adversaires du contrôle juridictionnel des lois paraissent, à leur tour, marginalisés et les détracteurs de la Cour d'arbitrage ne font pas recette.

Comment cela se fait-il ? Les juristes seraient-ils à ce point versatiles ? L'explication est simple. Une fois la réflexion engagée, le mouvement des institutions — engageant la Belgique sur la voie du fédéralisme — a précédé le mouvement des idées. Une juridiction constitutionnelle, du type de la Cour d'arbitrage, ne s'est pas imposée pour des raisons de théorie ou de logique juridique — les auteurs de la Constitution

(1) H. SIMONART, *op. cit.*, p. 280.

(2) Ces discours sont reproduits dans *A.P.T.*, 1984, t. 4, pp. 243 et suiv.

n'avaient pas lu Kelsen ... — mais pour des nécessités pratiques. Elle seule rend possible la coexistence des Communautés et des Régions au sein de l'Etat.

SECTION II. — LES CONTRÔLES DE CONSTITUTIONNALITÉ EN EUROPE OCCIDENTALE

32. — La Belgique serait-elle seule à débattre des mérites ou des inconvénients du contrôle de la constitutionnalité des lois? Evidemment, rien n'est moins sûr. D'une manière ou d'une autre, tous les Etats d'Europe occidentale sont confrontés à la même difficulté. De ce fait, les mêmes controverses s'y développent. Comment ne pas souligner, cependant, que la discussion s'y déroule, en général, dans d'autres conditions? La plupart du temps, la réflexion ne va pas s'esquisser dans le seul domaine des idées abstraites. Des institutions de justice constitutionnelle sont rapidement mises en place ; c'est notamment le cas durant la dernière décennie. Une conséquence en résulte : c'est sur pièce, et non par défaut, qu'il s'agit de juger. Dans ces conditions, le débat prend un tour moins passionné.

Le diagnostic est saisissant. En 40 ans, huit Cours constitutionnelles sont créées en Europe occidentale (1). La moitié des Etats membres des Communautés européennes en sont pourvus. Mais cette vague, pour ne pas dire : cette mode, constitutionnelle est peut-être faite d'institutions en trompe l'œil. Derrière la formule générique de la « justice constitutionnelle », se profilent un ensemble d'institutions dont un examen quelque peu approfondi montrera aussitôt les profondes diversités — que l'on s'attache à en examiner la composition, le fonctionnement, les attributions ou les décisions. A un point tel qu'au terme de l'inventaire, c'est le sentiment de diversité plus que celui d'unité qui paraît l'emporter.

Des études comparatives importantes ont déjà été réalisées sur ce point. On se permet, en particulier, de renvoyer à l'ou-

(1) En Autriche (1945), en Italie (1949), en Allemagne (1949), en France (1958), en Grèce (1975), au Portugal (1976), en Espagne (1978) et en Belgique (1980).

vrage *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa* (1) qui a été publié sous la direction de Ch. Starck et d'A. Weber et qui rassemble notamment des contributions d'Ernst Benda (République fédérale d'Allemagne), Karl Korinek (Autriche), Walter Haller (Suisse), Theo Ritterspach (Italie), Francisco Rubio Llorente (Espagne), José Manuel Moreira Cardoso da Costa (Portugal), Michel Fromont (France), Francis Delpérée (Belgique) et Podromos Dagtoglou (Grèce).

Il ne paraît pas inutile, par contre, de mettre en évidence quelques-uns des termes fondamentaux que véhicule, à cette occasion, le débat constitutionnel et quelques-unes des solutions qui ont pu être apportées à travers des institutions particulières de justice. Peut-être sera-t-il possible, de cette manière, de montrer qu'au-delà des réponses circonstancielles et tributaires des contingences nationales, les enjeux sont forcément les mêmes. Dans tous les Etats européens, les réformateurs sont amenés à se poser ces trois questions : qu'est-ce que la Constitution, qu'est-ce que la loi, quels sont les rapports de conformité qui doivent s'établir entre la loi et la Constitution?

§ 1^{er}. — *La Constitution, règle de référence*

33. — Quoi de plus simple apparemment que de considérer que le contrôle de constitutionnalité des lois — quelle que soit la manière dont il est, par ailleurs, aménagé — vise, au principal, à protéger la Constitution et à veiller au respect de ses prescriptions? La Constitution, a-t-on écrit, est « assise et explication de l'Etat » (2). La société politique, lorsqu'elle s'institutionnalise, doit donc trouver dans ses dispositions les règles qui déterminent ses structures et ses principes de fonctionnement. Les gouvernants comme les gouvernés doivent se plier au respect de la règle constitutionnelle. Celle-ci, et elle seule, est la règle de référence commune.

Le débat constitutionnel qui s'est développé dans l'Europe occidentale de l'après-guerre a eu le mérite de montrer que ces

(1) C. STARCK et A. WEBER (éd.), *Verfassungsgerichtsbarkeit...* Voy. dans t. 1^{er} : R.F.A., p. 121 à 148 ; Autriche, p. 149 à 177 ; Suisse, p. 179 à 217 ; Italie, p. 219 à 241 ; Espagne, p. 243 à 278 ; Portugal, p. 279 à 307 ; France, p. 309 à 341 ; Belgique, p. 343 à 361 ; Grèce, p. 363 à 389.

(2) F. DELFÉRÉE, *Droit constitutionnel*, Bruxelles, Larcier, 1980, t. 1^{er}, p. 3 à 26.

vérités d'évidence masquaient mal un ensemble d'interrogations sur les contours exacts de la règle de référence constitutionnelle. A un point tel que si l'on n'y prenait garde et si l'on ne cherchait à résoudre, à titre préalable, ces difficultés de définition, l'on risquerait de faire œuvre largement inutile en instaurant le contrôle de la loi au regard d'une Constitution incertaine.

D'où vient le problème? Il se situe, semble-t-il, en deçà, au-delà et au cœur même du texte constitutionnel.

34. — Le problème de définition de la Constitution peut se poser *en deçà* du texte constitutionnel. Si la Constitution s'entend, dans un sens instrumental, comme l'« acte normatif particulier et solennel qui renferme les normes matériellement constitutionnelles » (1), il n'est pas dit, en effet, que le contrôle de constitutionnalité s'exercera nécessairement par référence à toutes les dispositions contenues dans cet instrument juridique. La distinction traditionnelle entre contrôle global et contrôle spécialisé de constitutionnalité doit être rappelée ici.

Dans le premier cas, le juge constitutionnel cherche à protéger les droits des particuliers ; il veille aussi à la répartition des attributions entre les autorités publiques ; il fait encore respecter le partage des compétences entre la collectivité générale et les entités particulières. Dans le second, le juge constitutionnel se limite à vérifier la constitutionnalité de la loi dans une seule de ces perspectives ; au besoin, c'est au regard d'un ensemble de dispositions constitutionnelles limitativement énumérées qu'il est appelé à exercer son office. Un cas de figure non négligeable mérite d'être signalé. Dans une première étape, le juge constitutionnel peut ne détenir que des attributions limitées ; par la suite, c'est-à-dire après une révision constitutionnelle en bonne et due forme, voire des évolutions jurisprudentielles moins formalisées, il se voit reconnaître, ou il se reconnaît lui-même, des attributions plus étendues qui peuvent aller jusqu'au contrôle global de la constitutionnalité des lois.

(1) P. BISCARETTI DI RUFFIA et S. ROZMARYN, *La Constitution comme loi fondamentale dans les Etats de l'Europe occidentale et dans les Etats socialistes*, Turin-Paris, Libreria scientifica : Giappichelli, L.G.D.J., 1966, p. 5.

Faut-il rappeler ici que le Conseil constitutionnel français n'était initialement habilité qu'à assurer le respect des règles constitutionnelles relatives à l'organisation et au fonctionnement des pouvoirs publics ? Comme l'a relevé Jean Rivero, « le contrôle de constitutionnalité ... semblait n'être qu'une des multiples techniques destinées à rétablir vis-à-vis du Parlement l'autorité du gouvernement, une pièce étroitement dépendante de l'ensemble constitutionnel qu'ils mettaient en place » (1). Avec ces conséquences précises : le préambule de la Constitution de la V^e République n'était pas une norme de référence à laquelle le Conseil constitutionnel pouvait avoir égard ; les droits et libertés n'étaient pas protégés ; dans le domaine restreint de l'aménagement des pouvoirs constitutionnels, la mission impartie semblait même se limiter à établir une stricte démarcation entre les responsabilités qui devaient être assumées par une loi ou par un règlement. Tant que le Conseil constitutionnel s'est enfermé dans une interprétation stricte des textes qui établissaient sa propre compétence, il est resté dans les limites d'un contrôle très partiel de la constitutionnalité des lois. Mais dès l'instant où, à la faveur de sa décision du 16 juillet 1971, le même Conseil a, sur base des mêmes textes, entrepris de connaître d'autres cas de contentieux constitutionnel, le contrôle partiel a évolué rapidement vers un contrôle généralisé. Au point que d'aucuns n'hésitent pas à écrire aujourd'hui : « n'est-ce pas aller trop loin ? ». L'interrogation est d'autant plus judicieuse que l'évolution que l'on rapporte n'a pas été inscrite dans une révision de la Constitution ou des lois organiques de l'institution de justice constitutionnelle, mais s'est affirmée à l'occasion de décisions d'espèce.

Les solutions retenues initialement en Belgique, n'habilitant la Cour d'arbitrage à n'exercer qu'un contrôle spécialisé de constitutionnalité et ne l'autorisant à prendre en compte que les seules dispositions constitutionnelles qui ont pour objet de répartir les compétences entre l'Etat, les Communautés et les Régions, ont pu paraître singulières. Elles suffisaient, selon certains, à priver la nouvelle institution du label de juridiction « constitutionnelle ». Une analyse comparative indique, au

(1) J. RIVERO, « Fin d'un absolutisme », *Pouvoirs*, 1986, n° 13, nv. éd., p. 10.

contraire, que, le plus souvent, le juge constitutionnel détient des compétences d'attribution et que, selon le cas, c'est tout ou partie des dispositions de la Constitution qu'il lui appartient de protéger. Telle est la première leçon qui s'impose : un contrôle partiel de constitutionnalité relève des techniques courantes du contentieux constitutionnel.

35. — L'« *au-delà* de la Constitution » rouvre inévitablement le débat sur le caractère formel ou matériel de la Constitution. Que faut-il prendre en compte ? Est-ce l'ensemble des règles qui ont été adoptées dans des conditions de formalisme particulier et selon les techniques prescrites par la Constitution elle-même, pour son adoption ou pour sa révision ? S'agit-il plutôt de l'ensemble des règles essentielles qui, selon l'expression de Jacques Velu, sont relatives, d'une part, à l'organisation, au fonctionnement et à la compétence de la puissance publique, et d'autre part, au contenu et aux garanties des droits fondamentaux (1) ? De manière plus précise : faut-il fonder les décisions de justice constitutionnelle sur des dispositions expresses de la Constitution ou d'autres règles de droit peuvent-elles également constituer un fondement valable ? La Constitution est-elle règle exclusive de référence ou figure-t-elle, au même titre que d'autres règles, parmi celles que le juge constitutionnel peut prendre en compte ?

On devine l'enjeu de la controverse. S'en tenir à une définition formaliste de la règle constitutionnelle, risque de conduire, dans un réflexe de prudence, au développement de jurisprudences étriquées ou, à l'inverse, si le juge entend faire preuve d'audace, à des décisions qui ne pourront revendiquer aucun soubassement constitutionnel. S'ouvrir à une définition matérielle de la règle constitutionnelle expose à d'autres dangers. Elle peut conduire à des contrôles qui se retournent contre eux-mêmes et ainsi se paralysent, dans la mesure où la loi peut être perçue elle-même, dans cette perspective, comme une règle quasi constitutionnelle. Elle peut, au contraire, donner accès à des vérifications tentaculaires, puisque des règles de droit interne et de droit international, des règles de rang constitutionnel ou de rang subordonné, des règles forma-

(1) J. VELU, *Droit public*, t. 1^{er}, n° 94.

lisées ou de simples pratiques peuvent alors servir de référence au juge. Où s'arrêter? Comment instaurer tout à la fois l'efficacité des vérifications et la sécurité de l'œuvre de justice?

Ce sont des réponses nuancées que les expériences constitutionnelles européennes permettent d'apporter à ces questions.

Tantôt c'est la Constitution elle-même qui précise que le juge constitutionnel exercera ses contrôles non seulement par référence à la Constitution, mais aussi par rapport à d'autres normes, telles que des lois constitutionnelles, des lois organiques ou des lois ordinaires qui sont énumérées avec soin ; telle est la solution que retient, par exemple, la Constitution espagnole du 29 décembre 1978.

Tantôt c'est le juge constitutionnel lui-même qui, à l'instar du Conseil constitutionnel français, prend pour norme de référence ce qu'il est convenu d'appeler, avec le professeur Favoreu, le « bloc de constitutionnalité » : on sait que celui-ci comprend, dans le système de la V^e République, outre la Constitution de 1958, la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, le préambule de la Constitution de 1946 et les « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » (1). Encore convient-il d'observer que, dans cette seconde hypothèse, les principes ou les dispositions à valeur constitutionnelle qui ne sont pas inscrits dans le texte même de la Constitution ne sont pas censés avoir une existence ou une valeur autonome. Ils viennent, pour utiliser une expression connue, « enrichir » ce que l'on appelle la norme ou le terme de référence (2) ; ils s'y rattachent, de manière lâche, il est vrai, mais leur point d'ancrage constitutionnel ne prête plus réellement à discussion.

Tantôt encore le juge constitutionnel va, selon les méthodes d'une interprétation confirmée, s'attacher à dégager des dispositions formalisées de la Constitution un ensemble de principes qui n'y sont pas expressément formulés mais qui peuvent en révéler l'esprit et, au titre des principes généraux du droit public, gouverner l'opération de contrôle constitutionnel :

(1) F. LUCHAIRE, « Procédures et techniques de protection des droits fondamentaux : Conseil constitutionnel français », in *Cours constitutionnelles européennes...*, p. 65 à 73.

(2) L. FAVOREU, « L'apport du Conseil constitutionnel au droit public », *Pouvoirs*, 1986, n° 13, nv. éd., p. 19.

l'adhésion à une conception instrumentale de la Constitution n'implique pas que l'on développe à ce propos des interprétations littérales ou formalistes.

Une seconde leçon se dégage à ce propos. En matière de contrôle de constitutionnalité de la loi, la référence à la Constitution ne sera pas toujours une référence directe ; il n'empêche, que, même de manière indirecte, cette référence est irremplaçable.

36. — Le texte constitutionnel lui-même peut susciter d'autres difficultés. Quelles que soient les missions qui lui sont attribuées, le juge constitutionnel est appelé à exercer une fonction complémentaire. Il lui appartient de procurer une interprétation et, en même temps, d'assurer une adaptation de la Constitution. Il lui revient d'actualiser les prescriptions de la Constitution dont il va donner une interprétation autorisée. Le juge prolonge ainsi l'opération constitutionnelle proprement dite. Les avantages du système sont bien connus. Plutôt que de procéder à des changements brutaux et à des révisions laborieuses de la Constitution, le juge se livre, de manière nuancée, de manière progressive, de manière concrète aussi, à un travail de mise au point et, si besoin en est, de mise à jour des principes de la Constitution. Les dangers du système sont également bien connus. Le juge est-il trop prudent ? Les progrès du droit constitutionnel s'en trouvent entravés. Le juge est-il trop audacieux ? Le voici accusé de vouloir supplanter les autorités nationales et locales, le Parlement et le gouvernement (1).

L'observation n'est pas sans susciter une interrogation précise. La justice et l'interprétation constitutionnelles ne se conçoivent pas sans Constitution. En clair : s'il ne veut pas être accusé de faire preuve de trop de hardiesse, de trop d'indépendance, de trop d'esprit volontariste, le juge constitutionnel doit pouvoir s'appuyer sur un ensemble de textes qui assurent, dans le détail, les règles de l'organisation et du fonctionnement des pouvoirs publics. Mais les Constitutions du XIX^e siècle sont-elles des bases suffisamment sûres et précises

(1) Sur ce thème, voy. F. DELPÉRÉE, « Cour suprême, Cour d'arbitrage ou Cour constitutionnelle ? », ..., p. 208.

pour l'action des cours constitutionnelles? Lorsqu'une Constitution s'exprime en termes très généraux, lorsqu'elle laisse planer des incertitudes sur certains points et lorsqu'elle est silencieuse sur quelques questions essentielles, n'offre-t-elle pas trop de latitude à l'interprète?

Sans doute, peut-on estimer avec Albrecht Weber que « les caractères de généralité et de relative indétermination de certaines normes constitutionnelles ne constituent pas nécessairement un inconvénient » (1). Ils permettent de développer une interprétation dynamique et évolutive de la Constitution. C'est aussi le laconisme de la Constitution américaine qui a fait la fortune de la Cour suprême ... On peut aussi estimer que l'excès de détails ou de précisions dans un texte constitutionnel perturbe l'œuvre du juge et complique sa mission d'actualisation constitutionnelle.

Il n'en reste pas moins — pour s'en tenir aux expériences européennes — que la Cour constitutionnelle italienne peut s'appuyer sur un texte récent, précis et souvent fort détaillé, la Constitution du 27 décembre 1947. Le Tribunal constitutionnel fédéral peut prendre appui sur la loi fondamentale du 8 mai 1949. Le Tribunal constitutionnel espagnol peut se référer à un texte récent, la Constitution du 27 décembre 1978. Comme si le caractère novateur de la mission de justice constitutionnelle allait de pair avec la nouveauté du texte dont l'institution a pour mission de faire respecter les dispositions.

La question, on le devine, prend une acuité particulière dans le système constitutionnel belge. Faudrait-il convenir que seules les dispositions introduites au XX^e siècle dans le corps de la Constitution peuvent utilement servir de référence aux institutions investies du contrôle de constitutionnalité? Ou faut-il admettre que les autres normes restent d'actualité?

Une troisième leçon apparaît ainsi. Les auteurs d'une Constitution ne peuvent se limiter à introduire une nouvelle institution, le juge constitutionnel, dans un système politique donné, en lui donnant pour mission de faire respecter la

(1) A. WEBER, « Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois dans les pays d'Europe occidentale », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1985, p. 69.

Constitution dans tout ou partie de ses dispositions. Ils doivent aussi s'interroger sur la validité des outils normatifs qu'ils mettent à sa disposition. Le bloc de constitutionnalité est-il suffisamment large ou sa base est-elle trop étroite? Est-il suffisamment solide ou le matériau est-il par trop friable? Se prête-t-il à un travail d'affinement ou est-il rebelle au ciseau de ceux qui lui donneront sa forme définitive?

§ 2. — *La loi, règle contrôlée*

37. — A côté de la règle de référence — la Constitution et les normes qui s'y agrègent — figure la loi, la norme contrôlée. Mais, en matière législative, les imprécisions que l'on a rencontrées pour la définition de la Constitution ne risquent-elles pas de réapparaître? La loi n'est-elle pas, par définition, ce concept générique qui est appelé à recouvrir des cas d'espèce d'abord différents? La discussion peut même paraître plus complexe à ce stade du raisonnement si on admet l'idée que la définition de la loi, à la différence de celle de la Constitution, ne saurait recevoir une portée universelle, mais est fonction des systèmes politiques dans lesquels elle est prise en considération (1).

Par ailleurs, il n'est pas dit que, dans un même Etat, tous les actes juridiques qui portent le nom de loi sont susceptibles d'être contrôlés par le juge constitutionnel. Comme le relève Dominique Turpin, et pour ne prendre que cet exemple, « à strictement parler, on peut soutenir qu'il n'existe toujours pas en France de véritable contrôle de constitutionnalité des lois, dans la mesure où celles qui sont adoptées par le peuple ainsi que celles qui ont été promulguées ... y échappent totalement, le cas des lois constitutionnelles devant être traité à part » (2).

Ici encore, le problème que soulève le contentieux constitutionnel peut se présenter en deçà de la loi, au-delà d'elle ou au cœur de ses prescriptions.

38. — *En deçà de la loi*, se pose la question de savoir si certaines lois n'échappent pas à censure — alors même qu'elles

(1) Sur ce thème, voy. F. DELPÉRÉE, « Constitutional systems and sources of law », in *Law in the making. A comparative survey*, Berlin, Springer Verlag, 1988, p. 94.

(2) D. TURPIN, *Contentieux constitutionnel*, Paris, P.U.F., 1986, p. 104 à 105.

présenteraient quelque vice d'inconstitutionnalité. Ces lois sont l'œuvre du pouvoir législatif. Elles ont été adoptées dans les conditions et selon les formes prescrites par la Constitution pour l'élaboration de ces normes. Et pourtant, elles ne sont pas susceptibles d'être l'objet de contrôles de constitutionnalité. Deux phénomènes peuvent apparaître. Le premier a déjà été mentionné. Certaines lois viennent s'agréger à la Constitution pour former avec elle le bloc de constitutionnalité et servir de norme de référence au juge constitutionnel. Est-il concevable que ces lois soient en même temps instruments de contrôle et normes contrôlées ? Elles sont mises à l'abri des interventions du juge constitutionnel.

Un autre phénomène ne peut être perdu de vue. Les contrôles de constitutionnalité des lois peuvent procéder d'un réflexe de méfiance vis-à-vis d'assemblées qui pourraient être tentées de s'affranchir du respect de la règle constitutionnelle à laquelle elles sont soumises. Ils peuvent être inspirés par la préoccupation de lutter contre l'omnipotence du Parlement. Mais qu'en est-il quand la loi n'est pas l'œuvre d'une assemblée parlementaire ? De manière directe ou indirecte, l'œuvre législative est, cette fois, celle du peuple. Est-il concevable qu'un juge constitutionnel fasse la leçon au peuple et lui reproche de n'avoir pas respecté les prescriptions de la Constitution ? La volonté du peuple suisse de rester « le maître et le juge suprême de la législation fédérale » ne l'a-t-elle pas conduit à récuser toute forme de contrôle de constitutionnalité des lois fédérales ? « Si une loi fédérale a été soumise à un vote populaire et, par hypothèse, approuvée, ne serait-il pas étrange que l'opinion de quelques juges puisse prévaloir sur celle, non plus de quelques dizaines de députés seulement, mais de plusieurs centaines de milliers d'électeurs ? », demande à ce propos Philippe Maystadt (1). Et la doctrine suisse d'ajouter qu'il y a incompatibilité entre le système de contrôle juridictionnel des lois et celui de la démocratie directe. Le peuple a parlé, le juge est réduit au silence ...

(1) Ph. MAYSTADT, « Le contrôle de constitutionnalité en Suisse », in *Actualité du contrôle...*, p. 180.

Le même raisonnement a été tenu par la Constitution française de la V^e République. Si le Conseil constitutionnel peut veiller à la régularité des opérations du référendum, s'il a pour mission d'en proclamer les résultats, il ne saurait connaître que des lois adoptées par le Parlement et susceptibles de retourner devant les chambres en cas de demande d'une nouvelle lecture. « L'expression directe de la souveraineté nationale » échappe au contrôle du juge.

Une idée s'impose ainsi. Dans diverses sociétés politiques, une distinction est à opérer parmi les lois. Seules celles qui portent la marque de l'œuvre parlementaire sont déférées au contrôle du juge constitutionnel. Ce régime différencié peut s'expliquer. Mais n'introduit-il pas à d'autres distinctions? Sur la même lancée, d'autres n'entreprendront-ils pas de faire le départ entre les lois qui résultent de l'exercice de la fonction législative et celles qui sont adoptées dans l'exercice de la fonction budgétaire, de la fonction administrative, de la fonction internationale ...? En un mot, le concept de loi, particulièrement englobant, est équivoque.

39. — Le fonctionnement des juridictions constitutionnelles d'Europe occidentale invite à poser une autre question. Ne faut-il pas regarder *au-delà de la loi*? L'expression consacrée du « contrôle juridictionnel des lois » n'est-elle pas singulièrement étriquée? Deux phénomènes, en particulier, retiennent l'attention.

Le premier phénomène ne saurait être ignoré par ceux qui s'interrogent sur les attributions de juridictions aussi prestigieuses que le Tribunal constitutionnel fédéral allemand, la Cour constitutionnelle autrichienne ou le Tribunal constitutionnel espagnol. Comme le relève à juste titre le professeur Louis Favoreu, ces « trois Cours constitutionnelles ressemblent de plus en plus à des super Cours de cassation ... ». En effet, précise-t-il, le recours constitutionnel allemand est essentiellement dirigé contre des décisions juridictionnelles ... ; l'*amparo* espagnol est surtout demandé contre des décisions juridictionnelles (1). De leur côté, les décisions qui interviennent sur

(1) L. FAVOREU, *Les Cours constitutionnelles*, Paris, P.U.F., 1986 (« Que sais-je ? », n° 2293), p. 30.

recours du juge *a quo* — par exemple, dans les systèmes belge et italien — peuvent également conduire le juge constitutionnel à examiner, fût-ce au détour de questions préjudicielles, un ensemble d'affaires civiles, pénales et administratives ; car comment isoler la question du contexte contentieux dans laquelle elle a été posée. Avec cette interrogation préoccupante. Est-ce bien là la mission du juge constitutionnel ? Ne glisse-t-on pas du contrôle de la constitutionnalité de la loi au contrôle de l'application de la loi ? « N'y a-t-il pas là une sorte de 'dévoisement' de la fonction originelle » (1) ?

Un second phénomène s'inscrit dans la même perspective. Selon un schéma kelsénien classique, des distinctions claires et précises peuvent s'établir entre trois normes : la Constitution, la loi et le règlement. Il est entendu que ces règles se situent dans un étroit rapport hiérarchique. Le juge constitutionnel vérifiera la conformité de la loi à la Constitution ; de son côté, le juge administratif vérifiera si les règlements sont bien conformes à la Constitution et à la loi. Les évolutions du droit public contemporain contribuent, cependant, à brouiller quelque peu la netteté de cette image. D'abord, parce qu'à la faveur de diverses opérations constitutives, il apparaît à suffisance qu'il n'y a pas de domaine qui, par nature, serait réservé aux interventions de la Constitution, de la loi ou du règlement : tout ou presque est du domaine partagé. Ensuite, parce que les difficultés qu'éprouve parfois le législateur à faire œuvre normative en temps utile peuvent le conduire à se dessaisir momentanément de ses attributions, jusque dans des domaines que la Constitution semblait pourtant lui réserver de manière expresse : il en résulte une incontestable confusion dans l'exercice des responsabilités.

Comment le juge constitutionnel ne tirerait-il pas la leçon de ces évolutions ? L'entreprise n'est pas sans péril. Si le juge constitutionnel se limite à censurer l'intervention du législateur, l'essentiel lui échappe. Mais s'il entreprend de vérifier l'action de l'exécutif, il investit des domaines qui sont normalement réservés au juge judiciaire et au juge administratif.

(1) L. FAVOREU, *op. cit.*, *ibidem*.

L'on sait par exemple que le droit constitutionnel italien n'a pu manquer de s'interroger très tôt sur la portée qu'il convenait de donner aux décrets législatifs qui, selon une expression significative, sont aussi qualifiés de lois déléguées. Dans la mesure où ces décrets traduisent l'exercice par l'exécutif de la fonction législative, ils ont valeur de loi ordinaire, sans être soumis à ratification ; ils sont élevés au niveau de l'acte législatif fait par les Chambres et, aux termes de l'article 134 de la Constitution, relèvent — comme les lois d'origine parlementaire — de la compétence exclusive de la Cour constitutionnelle (1).

La démarche suivie par la Cour constitutionnelle n'est pas sans écueil. Compte tenu de l'impropriété fréquente du langage législatif, compte tenu des opérations de délégalisation et de relégislation de différentes matières — en l'absence de délimitations du domaine législatif —, il faut admettre que la Cour dispose en ce domaine d'une part non négligeable d'appréciation. On ne saurait s'en étonner. « A une époque où l'Etat intervient de plus en plus dans la vie des citoyens, ceux-ci ont droit à une protection nouvelle ; la confusion très générale dans bien des pays d'Occident entre le législatif et l'exécutif la rend très nécessaire » écrit à ce propos François Luchaire (2).

L'observation ne manque pas d'être paradoxale. C'est le déclin de la loi qui fait la fortune des contrôles juridictionnels de cette même loi. Mais à quelque chose malheur est bon. La loi qui franchit avec succès les barrages de la justice constitutionnelle ne voit-elle pas du même coup renforcée sa validité ? La loi injustement contestée n'est-elle pas porteuse d'un label particulier de qualité ?

De cette manière aussi, la distinction entre la Constitution et la loi qui, selon d'aucuns, était destinée à disparaître, se voit rappelée avec un particulier éclat.

(1) M. BAUDREZ-TOUCAS, « Italie : Les décrets législatifs », *Revue française de droit administratif*, 1987, p. 732. Adde : P. MAROY, « Le contrôle de constitutionnalité des lois en Italie », *Annales de droit de Louvain*, 1969, n° 4, p. 314.

(2) F. LUCHAIRE, cité dans J. P. LEBRETON, « Les particularités de la juridiction constitutionnelle », *R.D.P.*, 1983, t. 2, p. 485, note 232 ; dans le même sens, F. DELPÉRÉE, *Droit constitutionnel*, t. 1^{er}, 2^e éd., n° 62.

40. — Une autre réalité mérite d'être soulignée. Même si on fait un sort à part à la loi qui est l'œuvre du peuple lui-même, et si on prend soin de distinguer la loi d'interventions similaires du pouvoir exécutif, il est d'autres difficultés qui surgissent à raison des particularités de l'action législative. Comment ne pas en tenir compte dans une réflexion d'ensemble sur le contrôle des lois?

D'une part, la loi peut apparaître comme un concept éclaté. Dans les Etats unitaires, on entreprend de distinguer les lois ordinaires, les lois organiques, les lois constitutionnelles, les lois spéciales qui, toutes à leur manière, traduisent des modes particuliers de l'exercice de la fonction législative. Dans les Etats composés (1), on fait le départ entre les lois nationales, les lois du Bund, les lois cantonales, les lois régionales, les lois communautaires, les lois des Länder, les décrets ou toutes autres normes équivalentes à la loi (2).

D'autre part, la loi peut représenter une réalité en déclin, pour utiliser l'expression de Georges Burdeau. Dans les Etats unitaires et dans les Etats composés, la loi change de sens. Elle cesse d'être l'instrument privilégié pour exprimer — de manière stable — les valeurs qu'une société politique entend promouvoir. Elle devient « procédé de gouvernement » (3) et « moteur d'une transformation incessante de l'ordre social » (4).

(1) Comment ne pas souligner que le « phénomène de partage et de redistribution des attributions du pouvoir législatif » contient potentiellement un double danger ? D'une part, il peut entraîner la méconnaissance des règles constitutionnelles répartitrices des compétences entre les différents législateurs ; l'équilibre entre les différentes entités politiques risque d'être sensiblement altéré si aucune autorité n'est habilitée à trancher les contradictions entre les normes (F. DELPÉRÉE, *Droit constitutionnel*, t. 1^{er}, 2^e éd., n° 235). D'autre part, les interventions des différents législateurs augmentent le risque d'une atteinte aux droits et libertés exprimés dans la norme constitutionnelle.

(2) L'exemple espagnol est significatif à cet égard. La Constitution espagnole évoque, en ses articles 161-1a et 162, au titre des normes susceptibles d'un contrôle de constitutionnalité « les lois et dispositions normatives ayant force de loi et les normes ayant rang de loi ». Par conséquent, l'article 27 de la Loi organique sur le Tribunal Constitutionnel (L.O.T.C.) énumère six catégories de normes législatives : les statuts d'autonomie et les lois organiques, les lois ordinaires, les traités internationaux, les règlements des deux chambres du Parlement, les lois des Communautés autonomes et les règlements des Assemblées des Communautés autonomes (cfr. P. BON, F. MODERNE et Y. RODRIGEZ, *La Justice constitutionnelle en Espagne*, Paris-Aix-en-Provence, Economica-P.U.A.M., 1984, pp. 75 et suiv.).

(3) G. BURDEAU, « Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit français », *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, 1939, t. 9-10, p. 47.

(4) G. BURDEAU, *op. cit.*, p. 49.

Elle se voit affectée de l'élément de relativité et de contingence qui s'attache à la décision politique (1).

Ces réalités ne peuvent manquer d'infléchir le cours de la justice constitutionnelle. Ce n'est plus une loi mythique qu'il s'agit de censurer, mais les interventions diversifiées d'un pouvoir législatif qui peut, en certaines circonstances, paraître démembré.

L'observation ne justifie pas un surcroît d'audace des Cours constitutionnelles mais explique peut-être le succès de leurs entreprises.

§ 3. — *L'opération de contrôle*

41. — Il y a une règle de référence, il y a une règle contrôlée ... Il y a la Constitution, il y a la loi ... En principe, le juge constitutionnel va s'attacher à confronter celle-ci à celle-là. En cas de contrariété, il n'hésitera pas à censurer les interventions fautives du législateur. Telle est la logique du système. Mais n'est-elle pas exagérément simple? Ici aussi, des questions fondamentales surgissent et invitent à s'interroger, dans une perspective comparative, sur la signification même de l'opération de contrôle. Trois questions, en particulier, retiennent l'attention. Quand contrôler? Comment contrôler? Quels effets attacher à la fonction de contrôler?

42. — « *Quand contrôler?* », renvoie inévitablement à la question des contrôles préventifs et répressifs. L'on sait que les premiers s'entendent de vérifications *a priori* qui portent sur la validité constitutionnelle de règles qui ne sont pas encore entrées en vigueur ; de cette manière, ils interviennent dans un processus qui est encore celui de la confection de la loi et peuvent contribuer utilement, sinon à la création, du moins à l'achèvement de la règle de droit.

On sait aussi que les contrôles répressifs doivent être compris comme des vérifications *a posteriori* qui portent sur ce que J. Cl. Beguin appelle des normes « définitivement légiférées » (2) ; ils statuent sur la validité d'une norme nouvelle qui

(1) G. BURDEAU, « Le déclin de la loi », *A.P.D.*, 1963, n° 8, p. 38.

(2) J. C. BEGUIN, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en R.F.A.*, Paris, Economica, 1982, p. 1.

est entrée dans l'ordre juridique et dont on se demande s'il ne convient pas de l'en exclure par les procédés appropriés ; dans une large mesure, ils visent ainsi à « la destruction de la loi » (1).

Peut-être sera-t-on tenté de considérer que la Constitution de la V^e République fait sur ce terrain cavalier seul : le contrôle s'exerce de manière préventive et, pour l'essentiel, sur saisine parlementaire ; le contrôle s'exerce de manière abstraite et ne peut trouver dans la pratique des arguments qui étayent la conviction du juge constitutionnel ; le contrôle s'exerce de façon rapide et peut même paraître « très primitif » (2).

Ailleurs, la préférence est donnée au système répressif, mais pas de manière uniforme. Tantôt une même institution se voit chargée d'exercer de manière exclusive le contrôle *a posteriori* ; tantôt — comme en Autriche et au Portugal —, la même institution est investie, à des moments différents, des tâches du contrôle préventif et du contrôle répressif ; tantôt encore, une institution — comme le Conseil d'Etat — peut se voir confier la mission d'examiner les projets de loi et d'éclairer, notamment sur le terrain de la constitutionnalité, le jugement des autorités gouvernementales ou législatives et une autre institution, à savoir le juge constitutionnel, se réserve les vérifications des lois entrées en vigueur (3).

Mais, comme le relevait naguère Jean Rivero, la confrontation entre les deux systèmes ne peut se résoudre que si l'on se demande « ce que chacune peut apporter » (4). « En faveur du contrôle *a priori*, je pense qu'il n'est pas bon de rester dans l'incertitude sur la valeur d'une loi » (5) : autant statuer sans

(1) V. BOUVIER, « La nature du contrôle de constitutionnalité », *Droits*, n° 1, p. 144.

(2) Intervention de M. FROMONT in « Les techniques juridictionnelles du contrôle de constitutionnalité des lois », p. 88.

(3) Autre cas de figure : en Espagne, le contrôle préventif — un instant organisé — est supprimé à raison des retards que son exercice occasionnait à l'entrée en vigueur des lois. (Voy. Amendement du 6 décembre 1984 de l'article 79 de la loi organique du Tribunal constitutionnel, confirmé par le Tribunal constitutionnel dans sa sentence 66/85 du 25 mai 1985).

(4) Intervention de J. RIVERO in « Les techniques juridictionnelles du contrôle de constitutionnalité des lois », p. 123.

(5) *Ibidem*.

retard sur les questions de constitutionnalité et clore les controverses juridiques qui pourraient affecter la légitimité de la norme. En sens inverse, « il y aurait à emprunter aux systèmes *a posteriori* du point de vue de la garantie de l'efficacité des sanctions : il n'est pas certain, en effet, que l'autorité politique se pliera aux injonctions et aux directives d'interprétation qui lui sont procurées à l'occasion de l'élaboration de la loi ; au contraire, l'annulation, pour ne prendre que cet exemple, a un effet radical et s'impose à tous (1).

43. — *Comment contrôler?* Telle est peut-être la question la plus importante et, sans doute, la plus méconnue. Pourquoi? Mais parce que la notion de « contrôle de constitutionnalité de la loi » paraît renvoyer à une idée simple, celle de la hiérarchie des normes. La loi doit se trouver dans une situation de stricte subordination vis-à-vis de la Constitution. Le raisonnement, dans cette perspective, ne peut-être que de type binaire. La loi est constitutionnelle ou, au contraire, la loi est inconstitutionnelle. Il n'y a pas de moyen terme. Les corollaires du raisonnement s'imposent donc logiquement. La loi qui s'inscrit dans les prévisions de la Constitution est valable et reste en vigueur. La loi inconstitutionnelle est supprimée, dans la mesure où « l'annulation est la sanction exclusive de l'inconstitutionnalité » (2).

L'opération de contrôle semble simple. Mais ces observations n'oblitérent-elles pas le travail d'interprétation qu'implique toute intervention du juge, *a fortiori* du juge constitutionnel. Des précisions s'imposent à cet égard.

(1) Le contrôle préventif est forcément un contrôle centralisé. Le contrôle répressif, lui, peut être exercé soit à l'intervention d'une juridiction unique — Cour constitutionnelle ou Cour suprême — soit à l'entremise de l'ensemble des juridictions — judiciaires ou administratives —. En Europe occidentale, la plupart des Etats recourent au premier modèle ; seules la Grèce et la Suisse (sous d'importantes réserves) pratiquent le contrôle diffus. Encore que des formules mixtes puissent être envisagées. Celle, par exemple, qui laisse au juge du fond le soin de choisir les questions préjudicielles de constitutionnalité qu'il posera alors à une Cour spécialisée dont il aura à respecter les décisions. Celle aussi qui, comme au Portugal, laisse au juge du fond la faculté de ne pas appliquer les normes qu'il juge inconstitutionnelles ; le ministère public ou les parties peuvent néanmoins s'adresser au juge constitutionnel s'ils estiment que le juge a appliqué, à tort, la norme inconstitutionnelle ou a refusé d'appliquer une norme qui serait pourtant conforme à la Constitution (Constitution portugaise, article 280).

(2) J. C. BEGUIN, *op. cit.*, p. 295.

Le juge peut se livrer à des analyses de conformité. Il revient pour lui « de contrôler si, dans la poursuite de l'action, ou à l'occasion d'un litige qu'elle suscite, la valeur de la règle constitutionnelle n'est pas méconnue » (1). Partant de l'idée que les normes contrôlées doivent être « la réalisation d'un schéma ou d'un modèle prédessiné dans la Constitution » (2), il vérifiera si ce postulat est vérifié.

Le juge constitutionnel peut aussi effectuer des contrôles de compatibilité entre la norme de référence et la norme contrôlée. Le raisonnement semble alors être inspiré par le principe selon lequel « tout ce qui n'est pas interdit est permis » (3). Le juge s'attachera moins à lever tout doute sur la régularité de la norme contrôlée qu'à vérifier sa non-contradiction avec la norme de référence (4).

La distinction entre les analyses de conformité et celles de compatibilité — bien connues des spécialistes du droit administratif, mais moins utilisées en droit constitutionnel — aurait-elle des incidences pratiques? Sans doute. Dans le premier cas, la loi sera annulée dès lors qu'elle présente quelque reproche du point de vue de sa constitutionnalité; dans le second, elle ne sera censurée que si elle ne peut bénéficier d'aucune interprétation qui permettrait d'établir qu'elle reste en harmonie ou « en accord avec la Constitution ».

44. — *Quels effets s'attachent au contrôle juridictionnel?* Sur ce point aussi, les expériences constitutionnelles des Etats de l'Europe occidentale sont diversifiées et prêtent mal à comparaison. Quel est le point commun entre l'annulation de la norme et l'interdiction de promulguer celle-ci? Quel rapprochement établir entre le refus d'appliquer la loi dans un cas d'espèce et la réponse autorisée à une question préjudicielle? Comment comparer une annulation pure et simple et une interpré-

(1) F. DELPÉRÉE, *Droit constitutionnel*, t. 1^{er}, 2^e éd., n° 21.

(2) L. FAVOREU, « Le principe de constitutionnalité, essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1977, p. 41.

(3) L. FAVOREU, *op. cit.*, p. 44.

(4) L. FAVOREU, « La décision de constitutionnalité », *R.I.D.C.*, 1986, n° 2, p. 622.

tation neutralisante, constructive ou conditionnelle (1) ? Ces observations donnent plutôt à penser qu'il n'y a pas un modèle unique de justice constitutionnelle mais que le droit public offre la richesse de ses techniques à ceux qui, sur un point ou sur un autre, se préoccupent de définir les effets qui doivent (ou qui peuvent) s'attacher à l'intervention du juge en ce domaine.

45. — Le juge constitutionnel européen n'existe pas. Le juge constitutionnel, tel qu'il voit le jour et tel qu'il pourrait connaître d'autres développements en Belgique, ne peut donc se réclamer de paternités certaines. Il n'empêche. Des liens, parfois lâches, de parenté existent. Comment perdre de vue que, sous des formes différentes, la mission reste identique ? Ce qui change, c'est le cadre constitutionnel, les traditions politiques, les usages judiciaires, peut-être même les habitudes culturelles ou les mentalités sociales — qui témoignent, par exemple, d'un attachement plus ou moins profond à l'œuvre constitutionnelle ou d'une confiance plus ou moins ouverte dans l'œuvre juridictionnelle —. Mais l'objectif subsiste : préserver les valeurs fondamentales que la Constitution exprime ou auxquelles elle adhère. Le système constitutionnel belge ne peut rester étranger à ces préoccupations.

(1) Comme le souligne J. P. LEBRETON (« Les particularités de la juridiction constitutionnelle », pp. 419 et suiv.), l'interprétation sous réserve peut se donner plusieurs objets. Il peut s'agir d'*exclure*, à l'intérieur du jeu des significations d'une norme, celle qui paraît contraire à la Constitution. Il peut aussi s'indiquer d'imposer une seule signification admissible, compte tenu des dispositions constitutionnelles en vigueur. Il peut encore paraître utile d'imposer une signification en dehors de celle que l'interprétation normale du texte semble devoir imposer. Les techniques de réserve participent à cette œuvre de diversification des sanctions prises par le juge constitutionnel.