



Editeurs : LARCIER, rue des Minimes, 39 - 1000 BRUXELLES

Edmond Picard (1881-1900) - Léon Hennebicq (1901-1940) - Charles Van Reepinghen (1944-1966) - Jean Dal (1966-1981)

25 ISSN 0021-812X

LA COUR D'ARBITRAGE ET SAINT-POLYCARPE : UN BREVET DE CONSTITUTIONNALITÉ MAL MOTIVÉ

 Le C.I.R.C. ⁽¹⁾

 Centre interdisciplinaire de recherches en droit
 constitutionnel des Facultés universitaires Saint-Louis

 « Mon Dieu! Mon Dieu! Dans quel temps m'avez-vous fait vivre! »
 Polycarpe, évêque de Smyrne, martyrisé en 167

Si l'on s'en réfère à l'étymologie, Polycarpe signifie « fruit abondant ». Il est vrai que la cinquième réforme de l'Etat est particulièrement fructueuse pour le constitutionnaliste. D'aucuns trouveront les fruits amers et les pépins nombreux. Les questions essentielles soumises à la Cour et qui ont été tranchées par ses arrêts n^{os} 35/2003 et 36/2003 () sont examinées ci-après. Elles justifient en particulier une conclusion plus générale sur le rôle de la Cour d'arbitrage en tant que juge constitutionnel.*

INTRODUCTION

1. — L'histoire de la jurisprudence de la Cour d'arbitrage montre que rares sont les lois importantes qui n'ont pas fait l'objet d'un recours en annulation. Que l'on songe, à titre exemplatif, à la loi dépenalisant l'avortement (2), à celle approuvant le Traité de Maastricht (3), au « snelrecht » (4), etc. En matière insti-

tutionnelle, les lois du 8 août 1988 (5) et du 16 juillet 1993 (6) n'ont pas fait exception. Il n'y avait donc pas de raison de penser que les lois spéciales et ordinaire du 13 juillet 2001 portant transfert de certaines compétences aux Régions et Communautés, portant refinancement des Communautés et extension fiscale de la compétence des Régions ou encore portant diverses réformes institutionnelles relatives aux institutions locales de la Région de Bruxelles-capitale, y échapperaient.

2. — En l'espèce, le contexte dans lequel la Cour avait à se prononcer était encore plus particulier, à tout le moins à trois égards.

Tout d'abord, au plan juridique, chaque aspect des réformes a suscité de vives controverses. On sait que le Conseil d'Etat avait émis plusieurs objections et diverses réserves, quant à la validité des textes en projet : inconstitutionnalité certaine, conformité au droit international discutable, manque de motivation des choix opérés par rapport au principe de proportionnalité, etc. On sait aussi que le monde politique n'y a pas eu égard, considérant soit que ces avis étaient partisans, soit non fondés en droit, soit qu'ils pouvaient tout simplement être ignorés.

Après l'adoption de ces lois, les analyses juridiques n'avaient pas non plus manqué : plusieurs universités avaient organisé, « à chaud », des journées d'études, dont les actes ont quasiment tous été publiés avant que la Cour ne se prononce (7). La revue *Adminis-*

(*) L'arrêt n° 35/03 est publié p. 537. L'arrêt n° 36/03 est identique en ses considérants B.16.1 à B.16.10.

(1) La présente étude a été rédigée par Pascal Boucquey, Pierre-Olivier de Broux, Xavier Delgrange, Luc Detroux, Hugues Dumont, Isabelle Hachez, Bruno Lombaert, François Tulkens et Sébastien van Drooghenbroeck.

(2) C.A., n° 39/91, 19 déc. 1991.

(3) C.A., n° 76/94, 18 oct. 1994.

(4) C.A., n° 56/2002, 22 mars 2002.

(5) C.A., n° 18/90, 23 mai 1990.

(6) C.A., n° 90/94, 22 déc. 1994.

(7) A. Alen (sous la direction de -), *De vijfde Staatshervorming van 2001*, Brugge, Die Keure, 2001; F. Delpérée (sous la direction de -), *Les lois spéciales et ordinaire du 13 juillet 2001*, Bruxelles, Bruylant, 2002.

S O M M A I R E

■ La Cour d'arbitrage et Saint-Polycarpe : un brevet de constitutionnalité mal motivé, par P. Boucquey, P.-O. de Broux, X. Delgrange, L. Detroux, H. Dumont, I. Hachez, B. Lombaert, Fr. Tulkens et S. van Drooghenbroeck 521

■ I. Cour d'arbitrage - Composition d'une assemblée législative - Incompétence de la Cour - II. Loi de transfert de compétences aux Communautés ou Régions - Effets indirects - Absence d'intérêt à agir - III. Droit de vote - Dispositions relatives aux rapports politiques au sein de la Région de Bruxelles-capitale - Intérêt à agir - IV. Articles 41 et 162 de la Constitution - Exclusion de la compétence du pouvoir exécutif - Article 39 de la Constitution - Constitutionnalité du transfert de la compétence relative aux institutions provinciales et communales - V. Egalité entre communes - Traitement différencié - VI. Répartition fixe des sièges au Parlement bruxellois - Justification - Constitutionnalité - VII. Composition de la commission communautaire néerlandaise - Absence de lien avec les Bruxellois - Dérogation incompatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution - VIII. Liberté d'appréciation du législateur spécial - Parallélisme entre les institutions bruxelloises et les institutions fédérales - Limites - IX. Egalité entre Communautés et Régions - Différenciation quant aux compétences en matière de pouvoirs subordonnés - Absence de violation des articles 10 et 11 de la Constitution.
(Cour d'arbitrage, 25 mars 2003) 537

■ Sommaires de jurisprudence 547

■ Chronique judiciaire :
 La vie du Palais - Université -
 Correspondance - En bref de Strasbourg -
 Mouvement judiciaire - Echos.

2 0 0 3

521

tration publique avait pour sa part publié un substantiel numéro spécial faisant le point, après s'être donné le temps de la réflexion (8). Bref, outre les habituels écrits de procédure, la Cour bénéficiait d'un matériau peu commun, quoique truffé de vives controverses, pour prendre clairement attitude.

Cette clarté était d'autant plus attendue que, et c'est le troisième aspect, les requérants étaient nombreux et de toute nature : citoyens ordinaires conscientisés ou encouragés par les partis politiques, parlementaires de l'opposition, bourgmestres appartenant parfois aux partis de la majorité qui avaient voté les réformes, juristes renommés, associations linguistiquement marquées. Bref, certains flamands, francophones et bruxellois avaient moult griefs à formuler et attendaient par conséquent des réponses convaincantes.

En résumé, la Cour se trouvait en présence de points de vue radicalement incompatibles, que ce soit aux plans politique, juridique ou communautaire.

On ajoutera que l'écoulement du temps avait amené la Cour à se prononcer quasiment en fin de législature, alors que des discussions avaient déjà lieu quant au contenu de la déclaration de révision de la Constitution, contenu forcément influencé par la décision de la Cour (9).

3. — Autant ne pas le cacher, les soussignés considèrent que, sur plusieurs points essentiels, les réponses fournies par la Cour dans ses arrêts n^{os} 35/2003 (10) et 36/2003 (11) ne rencontrent pas les attentes.

4. — Leur déception procède essentiellement du fait que la Cour d'arbitrage n'a pas, à de nombreux égards, assumé le rôle « pédagogique » qu'on est légitimement en droit d'attendre d'elle. Le jugement de constitutionnalité a certes une finalité de court terme, d'ordre *juridictionnel* : trancher un litige particulier, dissiper l'incertitude juridique que ce litige incarne. Ce jugement a cependant également une finalité de long terme, d'ordre *jurisprudentiel* : par sa motivation, il est censé éclairer, pour l'avenir, les législateurs sur les limites de leur action et, ce faisant, désamorcer proactivement la survenance de litiges semblables. Pour le dire avec les mots d'Alain Sériaux (12), le juge constitutionnel doit dire le droit, non seulement pour le prochain, mais également pour le lointain.

Attachés à mettre prioritairement en exergue les « lacunes pédagogiques » des arrêts commentés, les signataires de la présente note n'ont pas prétendu à l'exhaustivité, et ont délibérément laissé de côté bien des questions comme l'apparement pour l'élection du conseil de la Région de Bruxelles-capitale (13) et l'établissement de l'appartenance lin-

guistique des candidats aux élections des institutions locales de cette Région. Ils n'abordent par ailleurs qu'une partie des arguments avancés par la Cour à propos de la répartition des sièges au conseil de la même Région.

Seront par contre analysés en profondeur les obscurcissements qu'en raison de leurs silences ou contradictions, les arrêts n^{os} 35/2003 et 36/2003 induisent dans une série de problématiques transcendant les affaires qui les ont suscités. L'on vise ici les questions afférentes à la compétence de la Cour d'arbitrage, à l'intérêt à agir en annulation, et à la procédure [1]. L'on vise également la doctrine des matières réservées [2], le principe de l'égalité entre les collectivités fédérées [3], le concept de « minorité » [4], et le contenu du principe de proportionnalité [5].

Toutes ces carences pédagogiques vinrent en soutien du rejet, par la Cour, de la quasi-totalité des griefs soulevés devant elle. Seul un dispositif issu de la cinquième réforme de l'Etat encourut la censure du juge constitutionnel : la nouvelle composition « élargie » de la commission communautaire flamande [6].

Au sortir de cette analyse et en guise de conclusion, sera esquissée une réflexion sur le rôle de la Cour d'arbitrage.

1 LES QUESTIONS DE COMPÉTENCE, DE RECEVABILITÉ ET DE PROCÉDURE

1.A. — Une Cour d'arbitrage très prudente quant à la définition de sa propre compétence

5. — La Cour d'arbitrage est habilitée à statuer sur les recours en annulation des lois, décrets et ordonnances, notamment pour cause de violation des règles de répartition des compétences entre l'Etat, les Communautés et les Régions (14).

A ce titre, la Cour a accepté de contrôler le respect par le législateur national des conditions spéciales de majorité exigées par la Constitution pour l'exercice de sa compétence relative à l'emploi des langues en matière administrative. Le constituant a en effet organisé en cette matière un partage d'attributions entre, d'une part, les Communautés française et flamande, et d'autre part, l'Etat fédéral qui peut apporter des modifications à la législation sur l'emploi des langues en ce qui concerne les communes à statut linguistique spécial, pourvu cependant qu'il se prononce à la majorité qualifiée (15).

6. — En revanche, la Cour d'arbitrage a toujours décliné sa compétence lorsqu'il lui était demandé de vérifier le respect du processus d'élaboration des règles législatives. Qu'elle

statue au contentieux de la répartition de compétences ou à celui de l'égalité, son contrôle se limite au *contenu* des dispositions législatives attaquées; il ne porte pas sur la *procédure* législative (16), qui peut comprendre des consultations obligatoires — par exemple celle de la section de législation du Conseil d'Etat — ou des demandes d'autorisation (17).

7. — L'arrêt annoté apporte une précision importante à ce sujet : « les griefs qui ne concernent pas le contenu des dispositions attaquées mais bien leur processus d'élaboration sont en principe étrangers à la compétence de la Cour; la Cour d'arbitrage peut certes vérifier si une disposition contestée devait être adoptée à la majorité spéciale — cette condition fait partie intégrante du système de répartition de compétences — mais la Cour n'est, en principe, pas compétente pour examiner si la disposition en cause a été adoptée par une assemblée législative irrégulièrement composée ni pour se prononcer sur le fonctionnement interne d'une assemblée législative » (considérant B.2.2).

L'arrêt ne prend donc pas en considération les moyens qui soutenaient que la loi spéciale aurait été adoptée par un Sénat irrégulièrement composé — faute de sénateur du groupe linguistique néerlandais domicilié à Bruxelles — et que la majorité qualifiée n'aurait pas été atteinte, la voix du sénateur germanophone ayant été comptabilisée alors que celui-ci, en vertu de l'article 43 de la Constitution, ne fait partie d'aucun groupe linguistique.

8. — Ce faisant, la Cour s'efforce de tracer une limite entre ce qui ressortit à la répartition des compétences entre les législateurs fédéral et fédérés, dont elle est chargée d'assurer le respect, et ce qui relève de la procédure d'adoption de la loi, qu'elle ne peut contrôler. Au vu de l'arrêt, il lui appartiendrait seulement de vérifier si le législateur fédéral a bien entendu statuer à la majorité spéciale requise; en d'autres mots, de contrôler si c'est bien en sa qualité de législateur spécial qu'il a voulu se prononcer. Par contre, la Cour ne pourrait examiner si, effectivement, le nombre de votants et le nombre de voix qui pouvaient être régulièrement comptabilisés permettaient de considérer que la majorité requise a bien été atteinte. Elle ne pourrait pas, non plus, sanctionner une irrégularité dans la composition d'une assemblée.

9. — La Cour semble donc limiter son contrôle à une question purement formelle; sa compétence se bornerait, en somme, à une vérification de l'intitulé de la loi. Mais le moins que l'on puisse dire est qu'elle ne se prononce pas de manière tranchée : comme l'ont relevé des commentateurs, utiliser « deux fois » en

(16) C.A., n^o 39/91, 19 déc. 1991, considérant 5.B.1.

(17) Par ex. : C.A., n^o 20/97, 15 avril 1997, considérants B.12.1. et B.12.2.; C.A., n^o 58/97, 14 oct. 1997, considérants B.2. à B.4.; C.A., n^o 36/98, 1^{er} avril 1998, considérants B.5.1. à B.5.5.; C.A., n^o 97/99, 15 sept. 1999, considérants B.4.2. et B.4.3. Pour une opinion critique de cette manière de voir, voy. C. Courtoy, « Intérêt fonctionnel et intérêt statutaire devant la Cour d'arbitrage », *Présence du droit public et des droits de l'homme - Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles, Bruylant, 1992, t. I^{er}, pp. 427 et s., ici pp. 432 à 437.

(14) Article 142 de la Constitution et article 1^{er} de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage.

(15) C.A., n^o 18/90, 23 mai 1990, considérants B.16.1. et B.16.2. Voy. aussi C.A., n^o 17/95, 16 févr. 1995, considérant B.14.

(8) A.P.T., *Numéro spécial. Saint-Polycarpe, Lombard et Saint-Boniface : une réforme à plusieurs visages*, vol. 2-3-4/2002.

(9) Ainsi, si la régionalisation de la loi communale était déclarée inconstitutionnelle, il y avait lieu de déclarer à révision l'article 162 de la Constitution.

(10) Rendu le 25 mars 2003.

(11) Rendu le 27 mars 2003.

(12) A. Sériaux, « Les enjeux éthiques de l'activité de juridiction », *R.R.J.*, 1998/2, pp. 449 et s.

(13) Cf. C.A. n^o 35/2003, considérant B.15.

principe » en sept lignes, c'est se réserver beaucoup d'exceptions virtuelles » (18).

10. — Reste à savoir — ou plutôt à deviner — quelles sont ces exceptions au « principe », auxquelles la Cour d'arbitrage fait vaguement allusion. A défaut de la moindre précision à ce sujet — et à défaut en particulier d'expliquer un tant soit peu pourquoi les irrégularités alléguées ne pourraient entrer dans les « cas exceptionnels » où la Cour serait compétente — l'arrêt laisse place à toutes les conjectures.

Peut-être la Cour d'arbitrage aura-t-elle eu en vue, sans le dire, l'hypothèse extrême d'une loi adoptée à la majorité ordinaire, mais qui s'autoproclamerait « loi spéciale » (19). Elle aurait alors mis en garde le législateur, en lui laissant entendre qu'il n'échapperait pas au contrôle juridictionnel en se rendant coupable d'un tel détournement de procédure (20). A supposer qu'il faille pareillement interpréter les silences de la Cour, l'on pourrait déduire qu'à l'estime de celle-ci, les irrégularités dénoncées dans les affaires nos 35/2003 et 36/2003 n'étaient pas suffisamment graves pour qu'elle se reconnaisse la compétence de les sanctionner.

En tout état de cause, on ne peut que regretter le manque de clarté de l'arrêt quant à l'étendue de la compétence de la Cour.

1.B. — Un intérêt à agir à géométrie variable

10bis. — La Cour d'arbitrage a déclaré irrecevables bon nombre de recours, au motif que les requérants ne justifiaient pas d'un intérêt à agir. Tel a été le sort réservé à tous les recours introduits par des particuliers [1.B.a.] ou par des mandataires politiques [1.B.b.], qui contestaient la constitutionnalité du transfert aux Régions de la législation organique des pouvoirs locaux. Cette sévérité contraste avec la grande tolérance dont la Cour a fait preuve à l'égard d'associations « de défense d'intérêts linguistiques » [1.B.c.].

1.B.a. — L'intérêt des requérants individuels à contester les règles répartitrices de compétences

11. — Sans surprise, la Cour a déclaré irrecevables les recours introduits par des particuliers, par des associations et par des communes (21) contre les dispositions de la loi spéciale qui attribuent des compétences aux Régions, ou qui règlent l'exercice pouvant être fait de ces compétences. Elle a ainsi con-

firmé sa jurisprudence (22) suivant laquelle « des dispositions qui concernent la compétence des Communautés et des Régions ne sauraient, de par leur nature même, affecter directement la situation individuelle des citoyens, car elles ont pour seuls destinataires les Communautés et les Régions », de sorte que « les effets que ces dispositions pourraient avoir sur la situation individuelle des citoyens ne découlent pas comme tels et de façon directe de ces règles de compétence mais n'en sont qu'une conséquence éventuelle et indirecte ». Elle a enfin précisé que « l'intérêt qu'a tout citoyen à être administré par l'autorité compétente en vertu de la Constitution ne se distingue pas de l'intérêt qu'a toute personne au respect de la légalité en toute matière », ce qui correspond au recours populaire exclu par le constituant (considérant B.9.3).

12. — Sous un angle purement théorique, il n'est pas illogique de considérer que les citoyens n'ont qu'un intérêt indirect et hypothétique à contester des règles de répartition de compétences. Faisant usage des nouveaux pouvoirs qui leur sont confiés par ces règles, les Régions adopteront des décrets et des ordonnances, qui, eux, s'appliqueront directement aux citoyens; peut-être sera-ce en leur causant grief, mais ce serait un procès d'intention que de le présumer. Partant, ce sont uniquement ces décrets et ces ordonnances qui pourront faire l'objet de recours en annulation introduits par des particuliers.

13. — Pareil raisonnement, et la jurisprudence de la Cour d'arbitrage qu'il inspire, encourrent toutefois deux critiques.

La première est liée à l'effectivité du contrôle de constitutionnalité opéré par la Cour d'arbitrage. Dès lors que les particuliers ne sont pas admis à quereller devant elle les lois spéciales de répartition de compétences, on voit mal qui le ferait. Seuls l'Etat, les Communautés et les Régions, qui sont, suivant les termes utilisés par la Cour, les destinataires directs de ces normes, seraient recevables à les contester. Mais ces autorités, soit bénéficient directement de transferts de compétences, soit sont impliquées de manière plus ou moins formelle dans l'élaboration des lois de réformes institutionnelles, de telle sorte qu'il serait très délicat pour elles d'introduire ensuite un recours. Les normes ayant un haut degré d'abstraction risquent donc, malgré leur importance, d'être soustraites à tout contrôle juridictionnel de constitutionnalité (23). Si l'on veut échapper à ce dilemme, il faut nécessairement admettre

que l'intérêt des requérants puisse être d'autant plus tenu que la norme est de portée abstraite (24).

La seconde critique que l'on peut adresser à ce raisonnement est son caractère par trop formaliste, alors que la question de savoir si une norme est de nature à atteindre le requérant de manière défavorable doit être examinée concrètement, et en termes de potentialités. En effet, selon la définition que la Cour d'arbitrage donne de manière constante de l'intérêt à agir, la disposition attaquée doit être « susceptible » d'affecter directement et défavorablement la situation de la partie requérante. Il en résulte que le grief exigé dans le chef du requérant peut se limiter à ne constituer qu'un *risque*. Sauf à confondre la recevabilité et le fond, l'on ne pourrait, au-delà, exiger du requérant la démonstration que la norme contestée le place dans une situation désavantageuse *d'ores et déjà avérée*.

De ce point de vue, qui contestera, en l'occurrence, qu'un habitant ou un mandataire francophone dans une commune de la région néerlandaise à facilités linguistiques risque d'être « moins bien traité » par la Région flamande que par le législateur fédéral? Et ce n'est pas faire un procès d'intention à une Région que de l'affirmer; il s'agit simplement de constater que la soumission du régime juridique de ces communes à la loi fédérale est un gage de protection des minorités au sein de chacune des régions linguistiques. A cet égard, on cherche d'ailleurs en vain la cohérence de l'arrêt qui, sur le fond, admet que le législateur spécial, au nom d'objectifs de pacification communautaire, limite la compétence des Régions à l'égard des communes à statut linguistique spécial (25).

14. — Enfin, au rang des confirmations de sa jurisprudence, mais sans qu'il y ait lieu cette fois de critiquer celle-ci, on peut encore relever que la Cour d'arbitrage admet de manière très large l'intérêt des candidats ou des électeurs à contester les dispositions électorales qui sont susceptibles d'influencer défavorablement leur candidature ou leur vote. Comme à son habitude (26), elle a justifié cette solution en répétant que le droit de vote est le droit politique fondamental de la démocratie représentative (considérents B.10.3. à B.10.6.).

1.B.b. — L'intérêt fonctionnel des mandataires locaux et des membres d'assemblées législatives

15. — La Cour d'arbitrage reconnaît habituellement la possibilité pour des mandataires locaux d'agir en vue de défendre les prérogatives liées à leur fonction.

(24) A titre de comparaison, on peut pointer la jurisprudence constante du Conseil d'Etat, qui admet que les agents publics ont intérêt à contester les règles statutaires régissant leur situation personnelle, sans devoir prouver que ces règles ont fait l'objet d'applications particulières les concernant; un risque suffit. Voy. les *Tables permanentes du Recueil des arrêts du Conseil d'Etat*, U.G.A., v^o « Intérêt (pour agir devant le Conseil d'Etat) », t. 13, II, Lbb.

(25) Voy. nos 49 à 55.

(26) Voy. C.A., n^o 9/89, 27 avril 1989; C.A., n^o 18/90, 23 mai 1990; C.A., n^o 26/90, 14 juill. 1990; C.A., n^o 90/94, 22 déc. 1994.

(18) H. Vuye, C. Desmecht et K. Stangherlin, « La cinquième réforme de l'Etat devant ses juges », obs. sous C.A., arrêt n^o 35/2003, *J.L.M.B.*, 2003, pp. 716 et s., ici p. 738.

(19) X. Delgrange, « La Cour d'arbitrage about Saint-Polycarpe », *Journ. jur.*, 2003, n^o 21 (avril), p. 4.

(20) H. Vuye, C. Desmecht et K. Stangherlin, *op. cit.*, p. 738. Ces auteurs parlent de « cas fort théorique (qui) suppose un putsch parlementaire et un faux en écriture publique ».

(21) L'arrêt n^o 35/2003 rappelle que les communes ne figurent pas parmi les autorités publiques qui, en vertu de l'article 2 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, sont dispensées d'établir leur intérêt à agir (considérant B.9.4).

(22) Voy. C.A., n^o 8/90, 7 févr. 1990, considérents B.6.1. et B.6.2., *R.R.D.*, 1990, pp. 163 et s., obs. X. Delgrange, « La Cour d'arbitrage enfonce un coin dans le bloc de constitutionnalité organisant la répartition des compétences législatives »; *R.W.*, 1989-1990, pp. 1395 et s., obs. G. Van Haegendoren, « Het toetsingsrecht van het belang voor het Arbitragehof »; C.A., n^o 22/90, 28 juin 1990, considérant B.3. Voy. aussi : C.A., n^o 13/91, 28 mai 1991; C.A., n^o 78/95, 14 nov. 1995; C.A., n^o 143/2001, 6 nov. 2001; C.A., n^o 105/2002, 15 oct. 2002.

(23) Voy. X. Delgrange, « L'exigence d'un intérêt pour agir devant la Cour d'arbitrage pourrait-elle rendre certaines lois inattaquables? », *Journ. jur.*, 2003, n^o 18 (janv.), pp. 6 et 7; « La Cour d'arbitrage et le citoyen », *Regards croisés sur la Cour d'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 231 et s., ici pp. 241 à 245.

16. — En l'occurrence, elle considère cependant que les dispositions attaquées n'étaient pas de nature à affecter défavorablement la situation des mandataires locaux — bourgmestre, échevin, conseillers communal ou provincial — qui s'étaient portés parties requérantes.

A propos de l'article 6, § 1^{er}, VIII, alinéa 1^{er}, 5^o, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, inséré par l'article 4 de la loi spéciale du 13 juillet 2001 portant transfert de diverses compétences aux Régions et Communautés — disposition qui attribue aux Régions le régime disciplinaire des bourgmestres — la Cour d'arbitrage estime que « même si l'on admet que cette disposition est de nature à affecter directement les bourgmestres, il n'apparaît toutefois pas qu'elle puisse les affecter défavorablement » (considérant B.9.3).

17. — A nouveau, une telle affirmation — outre qu'elle nous semble relever non d'une question de recevabilité mais bien d'un jugement de fond (27) — paraît totalement déconnectée de la réalité. Il est pour le moins difficile d'expliquer à un bourgmestre francophone d'une commune à facilités de la Région de langue flamande, qu'il n'est pas défavorable pour lui d'être désormais soumis au pouvoir disciplinaire des autorités régionales flamandes alors qu'il dépendait jusqu'à présent de l'autorité du Roi.

18. — Par ailleurs, la Cour s'écarte radicalement de la position qu'elle avait adoptée dans son arrêt n^o 18/90 précité. Elle avait alors admis qu'une disposition de la loi du 9 août 1988 dite « de pacification communautaire » qui substitue, en matière de révocation et de suspension des échevins, l'avis du collège des gouverneurs de province à celui de la députation permanente, est de nature à affecter directement et défavorablement la situation des échevins de Comines-Warneton. Le même arrêt avait considéré que les dispositions qui entraînent un alourdissement de la tutelle exercée sur la susdite commune causaient grief à ses mandataires (28).

19. — Quant aux membres des assemblées législatives, ils peuvent également faire valoir un intérêt fonctionnel, mais uniquement pour s'opposer aux dispositions législatives qui portent atteinte aux prérogatives individuelles attachées à leur mandat. Seul le président de l'assemblée, à la demande des deux tiers de ses membres, peut saisir la Cour d'arbitrage, conformément à l'article 2, 3^o, de la loi spéciale du 6 janvier 1989, en vue de défendre les

intérêts collectifs de l'assemblée (29). Après avoir rappelé ces principes, la Cour constate que les dispositions attaquées n'affectent pas les prérogatives personnelles des parlementaires requérants (considérant B.9.5).

1.B.c. — L'intérêt collectif défendu par les associations personnalisées

20. — On sait que selon une jurisprudence constante, une association sans but lucratif se prévalant d'un intérêt collectif a accès au prétoire de la juridiction constitutionnelle à condition que son objet social, réellement poursuivi, soit d'une nature particulière et, dès lors, distinct de l'intérêt général. Il est également requis que l'intérêt collectif invoqué ne soit pas limité aux intérêts individuels des membres de l'association et que la norme entreprise soit susceptible d'affecter son objet social.

21. — En l'espèce, la Cour applique ces principes à deux associations ayant respectivement pour objets « de sauvegarder et de promouvoir la vie flamande à Bruxelles », et de « défendre et promouvoir les intérêts politiques, culturels, sociaux et économiques des flamands ». A propos de la première de ces associations, elle estime que son objet social ne se confond pas avec l'intérêt général, mais que les dispositions attaquées n'ont pas d'effet direct et négatif sur la présence politique des néerlandophones à Bruxelles. En ce qui concerne la seconde, la Cour considère que son objet social est de nature particulière et peut se trouver affecté par les dispositions attaquées, en tant que celles-ci porteraient atteinte à l'autonomie et au traitement égal des communes flamandes (considérant B.9.6).

22. — Une telle facilité à admettre l'intérêt des associations « linguistiques » contraste avec la sévérité dont la Cour fait preuve à l'égard des particuliers. A noter que la position ici adoptée dénote avec la jurisprudence antérieure de la Cour, en particulier un arrêt concernant une association de lutte pour « l'égalité de traitement de la Région de langue allemande de Belgique en tant que Région et Communauté ». La Cour avait *in casu* jugé qu'en se donnant un tel objet, cette association entendait se substituer aux organes de la Communauté germanophone qui sont compétents pour agir devant la Cour d'arbitrage (30).

A vrai dire, on n'aperçoit pas pourquoi la même solution n'a pas été appliquée dans les arrêts commentés : l'action des deux associations de défense des intérêts des néerlandophones, à Bruxelles et ailleurs, poursuit des objectifs que la Communauté flamande est habilitée par la loi spéciale à défendre devant la Cour. Cette dissonance jurisprudentielle ne manquera pas de laisser un goût amer aux communes à facilités, ainsi qu'à leurs habi-

tants et mandataires, qui eux, n'ont pas été admis à y agir en vue d'assurer l'autonomie et l'égalité de leurs communes.

1.C. — Moyen d'office et réouverture des débats

23. — En vertu de l'article 107 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, celle-ci doit rouvrir les débats avant d'accueillir une exception ou un moyen sur lesquels les parties n'ont pas été mises en mesure de s'expliquer. Il résulte des termes mêmes de cette disposition que c'est le respect des droits de la défense qui justifie la réouverture des débats.

24. — Dès lors qu'elle déclare irrecevables tous les recours qui invoquaient une violation des articles 41 et 162 de la Constitution par l'article 4 de la loi spéciale du 13 juillet 2001 portant transfert de diverses compétences aux Régions, la Cour se trouve dessaisie des moyens portant directement sur la constitutionnalité du transfert aux Régions de la législation organique des pouvoirs locaux. Elle constate toutefois qu'il lui faut examiner les moyens portant sur les limitations apportées à ce transfert, invoqués par l'association flamande dont elle avait admis l'intérêt à agir devant elle. Pour ce faire, la Cour considère qu'elle doit répondre d'office à la question préalable de la régularité du transfert de compétences (31). Puisque le moyen d'inconstitutionnalité a été invoqué et que les parties ont pu se défendre à ce sujet, elle ne rouvre pas les débats (considéranants B.12.1 à B.12.3).

25. — Sur le plan de la procédure, l'attitude de la Cour semble justifiée. Certes, elle soulève d'office un moyen échappant à sa saisine, faute de recours recevable l'invoquant (32). Mais ce même moyen avait été soulevé par des requérants dont l'intérêt n'a pas été admis, et toutes les parties avaient eu l'occasion d'exposer leur point de vue à ce sujet. Trancher ce moyen sans rouvrir préalablement les débats ne méconnaît donc ni la lettre, ni l'esprit, de l'article 107 (33). Il en va d'autant plus ainsi que le moyen n'a pas été « accueilli », mais au contraire rejeté.

26. — Sous un angle plus stratégique — on pourrait parler de politique jurisprudentielle — on ne saurait faire grief à la Cour d'arbitrage d'avoir voulu restaurer un tant soit peu de

(31) Ce raisonnement n'allait pas de soi. Il semble sous-tendu par une volonté de se prononcer sur cette question préalable.

(32) Si elle avait conclu au fondement de ce moyen mettant en cause le principe même du transfert de compétences, la Cour aurait dû en déduire, par voie de conséquence, que les limites apportées au transfert étaient irrégulières. Elle n'aurait même pas dû examiner les moyens invoqués contre ces limitations au transfert de compétences.

(33) On a relevé, en revanche, que le respect des droits de la défense exigerait une réouverture des débats lorsque la Cour d'arbitrage décide d'office de maintenir les effets d'une norme législative qu'elle annule, en application de l'article 8, alinéa 2, de la loi spéciale. Voy. B. Lombaert, « Le maintien des effets des normes censurées par la Cour d'arbitrage - Recours en annulation et questions préjudicielles », *A.P.T.*, 1998, pp. 174 et s.

(27) La Cour postule, sans aucune explication, que le fait pour les bourgmestres de changer d'autorité disciplinaire ne leur est pas défavorable; elle ne retient pas l'hypothèse qu'un risque de traitement défavorable puisse exister pour ces requérants. Cela revient à dire aux bourgmestres concernés: « attendez d'être punis et vous pourrez introduire un recours devant le Conseil d'Etat contre la sanction, en bénéficiant des garanties instaurées par le nouvel article 6, § 1^{er}, VIII, 5^o, de la loi spéciale ». A la lecture de tels considérants, il y a de quoi se demander à quoi peut bien servir le recours en annulation devant la juridiction constitutionnelle.

(28) C.A., n^o 18/90, 23 mai 1990, considérants B.3.3. et B.3.4.

(29) Voy. à ce sujet : H. Simonart et D. Renders, « La Cour d'arbitrage et les Chambres législatives », et V. Bartholomé et B. Renaud, « La Cour d'arbitrage et les conseils de Communauté et de Région », *Regards croisés sur la Cour d'arbitrage, op. cit.*, respectivement pp. 37 à 75 et pp. 77 à 112. En jurisprudence, la solution est acquise depuis l'arrêt n^o 30/90, rendu par la Cour d'arbitrage le 9 octobre 1990.

(30) C.A., n^o 150/2002, 15 oct. 2002.

sécurité juridique, à la suite d'une réforme si décriée.

Autre chose est la manière, commentée ci-après [2], dont la Cour a résolu la question de la constitutionnalité de la réforme. De ce point de vue, soulever le moyen *ex officio* était confortable pour elle : elle s'autorisait ainsi à prendre une plus grande liberté par rapport aux arguments des requérants (34), dont l'intérêt avait été sévèrement dénié.

2

LES MATIÈRES RÉSERVÉES À LA LOI

27. — Pour les raisons qui viennent d'être expliquées, la Cour a été amenée à aborder l'une des questions les plus délicates de notre droit constitutionnel, à savoir la théorie des matières réservées à la loi (35). Elle a dû décider si l'article 162 et l'article 41 de la Constitution s'opposent à ce que certaines matières relatives aux pouvoirs locaux soient régionalisées par loi spéciale [2.A. et 2.B.]. Il importe d'examiner si cet arrêt a une incidence sur la théorie des matières réservées en général [2.C.] et sur l'article 19 de la loi spéciale en particulier [2.D.].

2.A. — L'article 162 de la Constitution est sans incidence sur la répartition horizontale des compétences

28. — La Cour d'arbitrage se concentre tout d'abord sur l'article 162, alinéa 1^{er}, de la Constitution, en vertu duquel « les institutions provinciales et communales sont réglées par la loi ». Elle constate que cet alinéa « est demeuré inchangé depuis 1831, bien que la rédaction de cet article ait été adaptée lors de la modification constitutionnelle du 20 juillet 1970 » (considérant B.12.6.). L'adaptation s'est limitée, en ce qui concerne cet alinéa 1^{er}, à remplacer les mots « des lois » par « la loi ».

Il en découle, selon elle, que l'utilisation des termes « par la loi » dans cette disposition « ne permet pas de déduire que le constituant ait voulu ainsi réserver une matière au législateur fédéral puisque ce n'est que par la modification constitutionnelle du 24 décembre 1970 qu'il a procédé à la création des Communautés et des Régions, qu'il a, à cette date, attribué aux Communautés une compétence de nature législative et a, ultérieurement — lors de la modification constitutionnelle du 17 juillet 1980 apportée à l'article 134 — créé la possibilité explicite pour les Régions d'exercer une telle compétence ».

(34) Qui ne se trouvent pas reproduits aux points A de l'arrêt.

(35) P. Lewalle, « Les articles 160 et 161 de la Constitution relatifs au Conseil d'Etat et aux juridictions administratives », *A.P.T.*, 1994, p. 51, cité par J.-C. Scholsem, « Les matières réservées par la Constitution à la loi : éléments pour un débat », *A.P.T., Numéro spécial. Saint-Polycarpe, Lombard et Saint-Boniface : une réforme à plusieurs visages*, vol. 2-3-4/2002, p. 161.

La Cour d'arbitrage conclut : « en utilisant les termes " par la loi ", le constituant a uniquement voulu exclure cette matière de la compétence du pouvoir exécutif, de sorte que le législateur spécial peut confier aux Régions la compétence de régler cette matière, à condition que cette attribution soit expresse et précise » (considérant B.12.6.).

29. — Cette déduction est à première vue indiscutable (36) : il est incontestable que la révision du 20 juillet 1970 a eu lieu avant celle du 24 décembre 1970. L'argument a l'avantage de la simplicité. Mais il feint d'oublier que la réforme de l'Etat de 1970 ne s'est pas faite en un jour. En effet, les travaux parlementaires sur la révision du mois de décembre étaient en cours depuis le 18 février de la même année (37), les dispositions créant les conseils culturels avaient déjà fait l'objet d'un vote au Sénat en juin, et les débats relatifs à la révision de l'ancien article 108 (devenu 162) témoignent de ce que les réformes institutionnelles étaient présentes dans tous les esprits : ainsi et par exemple, il a été précisé que la « loi » au sens de l'article 108 serait une loi « ordinaire » qui ne requerrait aucune majorité « spéciale » (38) ... On peut sérieusement douter que l'article 108 eût été différent si, pour quelque raison que ce soit, sa modification avait été de quelques jours ou de quelques mois postérieure à la création des conseils culturels.

30. — Certes, il ne serait guère fondé de soutenir qu'en remplaçant les mots « des lois » par « la loi », le constituant aurait exprimé, le 20 juillet 1970, sa volonté d'exclure dès cet instant toute régionalisation ultérieure de la matière. Mais l'affirmation de la Cour selon laquelle, en utilisant les termes « par la loi », le constituant a uniquement voulu exclure cette matière de la compétence du pouvoir exécutif, n'est pas davantage étayée : même en 1831, le constituant n'exprimait-il pas, en affirmant la primauté du législateur dans cette matière, essentiellement le souci de protéger l'Etat central contre toute velléité d'autodétermination des provinces et des communes (39)?

31. — Quoi qu'il en soit, même si elle n'est pas entièrement convaincante, la conclusion tirée par la Cour d'arbitrage de la seule chronologie des différentes versions de l'article 162, alinéa 1^{er}, pourrait malgré tout être admise sans trop de difficultés si cette disposition constitutionnelle ne comportait que deux alinéas, le premier réservant la matière à la loi, le second imposant certains prin-

(36) Même si la phrase est d'une construction pour le moins douteuse : ce n'est en effet pas « par la modification constitutionnelle du 24 décembre 1970 » que le Constituant a créé « ultérieurement » la possibilité explicite pour les Régions d'exercer une telle compétence, mais, bien évidemment, par celle de 1980...

(37) Date de la déclaration du premier ministre au Parlement à la suite de l'accord intervenu au sein du gouvernement durant le week-end des 14 et 15 février 1970. Voy. P. de Stexhe, *La révision de la Constitution belge - 1968-1971*, Soc. d'études morales, sociales et juridiques, Namur, Larcier, Bruxelles, 1972, p. 25.

(38) P. de Stexhe, *op. cit.*, p. 297, cité par J.-C. Scholsem, *op. cit.*, p. 169.

(39) Voy. J.-C. Scholsem, *op. cit.*, p. 167.

cipes au législateur. Mais l'article 162 compte deux alinéas supplémentaires (40) : les alinéas 3 et 4. L'alinéa 3 a été inséré par la révision du 17 juillet 1980. Il permet à la loi spéciale d'attribuer aux Communautés ou aux Régions « l'organisation et l'exercice de la tutelle administrative ». L'alinéa 4 a quant à lui été modifié le 5 mai 1993 afin de permettre à la loi spéciale d'attribuer au décret ou à l'ordonnance la compétence de régler « les conditions et le mode suivant lesquels plusieurs provinces ou plusieurs communes peuvent s'entendre ou s'associer ».

32. — Le législateur spécial peut-il dès lors décider des transferts de compétences au-delà de ces matières? Peut-il invoquer — comme l'a soutenu André Alen (41) en 1999 (42) — l'article 39 de la Constitution pour attribuer, en matière de pouvoirs locaux, d'autres compétences que celles visées aux alinéas 3 et 4 de l'article 162?

La Cour d'arbitrage répond par l'affirmative : « une modification de la portée de l'article 162, alinéa 1^{er}, ne peut être déduite de l'insertion des alinéas 3 et 4 ». C'est le nœud du raisonnement. C'est également ici que la position de la Cour diverge de celle des chambres réunies de la section de législation du Conseil d'Etat. Celles-ci tiraient de ces modifications des conclusions particulièrement fermes : « Pour affirmer qu'une loi spéciale suffit pour régionaliser la législation organique relative aux pouvoirs locaux, il ne suffit (...) pas de dire que l'intervention du constituant n'était pas nécessaire pour permettre les régionalisations partielles de 1980, 1993 et 1997. Il faudrait encore considérer que le constituant s'est trompé et a persévéré dans son erreur » (43). Le Conseil d'Etat faisait ainsi usage de la directive d'interprétation, particulièrement prégnante en matière constitutionnelle, selon laquelle il convient de conférer un effet utile à la norme qu'il s'agit d'interpréter (44). Or, quelle autre portée donner aux alinéas 3 et 4 de l'article 162 de la Constitution, sinon celle de limiter l'habilitation générale faite à la loi spéciale par l'article 39 de la Constitution de pouvoir régionaliser toute matière (45)?

Le lecteur poursuit alors la lecture de l'arrêt de la Cour d'arbitrage, soucieux de voir comment celle-ci motive son raisonnement. Mais la justification ne vient pas. Curieusement d'ailleurs, les arguments des requérants ne sont même pas exposés dans les points A de l'arrêt. Seul est repris le point de vue du conseil des ministres selon lequel les alinéas 3 et 4 de l'article 162 seraient des dispositions superflues. La Cour a-t-elle fait sienne cette ana-

(40) Voy. X. Delgrange, « Les matières réservées. Faut-il choisir entre rationalité et constitutionnalité? », *Les lois spéciales et ordinaire du 13 juillet 2001 - La réforme de la Saint-Polycarpe*, sous la direction de F. Delpérée, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 54 à 56.

(41) « Andre Alen licht " stelling-Alen " toe », *De Standaard*, 29 avril 1999.

(42) André Alen n'était pas encore, à ce moment, juge à la Cour d'arbitrage.

(43) Avis 31.226/VR du 20 février 2001, *Doc. parl.*, Sénat, 2000-2001, n° 2-709/1, p. 53.

(44) X. Delgrange, *op. cit.*, pp. 55 et 56; J.-C. Scholsem, *op. cit.*, pp. 170 et 171.

(45) A l'exception de celles dévolues aux Communautés.

lyse (46)? Dans l'affirmative, on comprend qu'elle n'ait pas été plus explicite... tant il est vrai qu'une juridiction constitutionnelle peut difficilement clamer haut et fort le caractère superflu des dispositions confiées à sa garde. Comme le souligne très justement J.-C. Scholsem, au nom de quel principe pourrait-on affirmer que le constituant s'est montré incohérent? L'interprète n'est-t-il pas tenu de postuler cette cohérence (47)?

2.B. — L'énigme de l'article 41

33. — La Cour s'abstient également d'expliquer la raison pour laquelle elle estime que le transfert de la compétence, qu'elle définit comme étant celle « d'adopter la législation organique en matière de pouvoirs locaux », respecte l'article 41 de la Constitution. La surprise est d'autant plus grande que c'est elle-même qui considère qu'elle doit vérifier d'office si le transfert en cause ne viole pas cette disposition constitutionnelle, qu'elle cite *in extenso* (considérant B.12.4.), pour ensuite limiter strictement son examen à la seule conformité au regard de l'article 162 (considérant B.12.6.), et finalement conclure que l'article 41 n'est pas violé (considérant B.12.7.).

34. — Or, l'article 41 comporte plusieurs dispositions qui réservent à la loi des matières déterminées. L'alinéa 2 dispose que la loi définit les compétences, les règles de fonctionnement et le mode d'élection des organes territoriaux intracommunales pouvant régler des matières d'intérêt communal. L'alinéa 3 prévoit qu'en exécution d'une loi spéciale, le décret ou la règle visée à l'article 134 règle les autres conditions et le mode suivant lequel de tels organes territoriaux peuvent être créés. Et enfin, l'alinéa 5 dispose que « la loi règle les modalités de l'organisation de la consultation populaire » qui a pour objet « les matières d'intérêt communal ou provincial ».

Toutes ces dispositions, on le sait, sont bien postérieures à 1970, et même à 1980, puisqu'elles résultent de révisions constitutionnelles de 1997 et de 1999.

35. — La Cour n'a pas estimé devoir confronter les transferts de compétences opérés par la Saint-Polycarpe à ces dispositions. Elle n'en expose pas les raisons. On est réduit à essayer de les supposer, mais aucune ne permet de

rencontrer le postulat de la rationalité de l'arrêt.

36. — S'agissant de la consultation populaire, on peut supposer que la Cour estime que cette matière n'est pas régionalisée. Cela n'allait cependant pas de soi. L'organisation d'une consultation populaire dans une matière d'intérêt communal ou provincial ne relève-t-elle pas de l'organisation, de la compétence et du fonctionnement des institutions provinciales et communales, auxquelles le règlement de l'intérêt provincial et communal est précisément attribué? L'exposé des motifs de la loi spéciale visait d'ailleurs expressément la « consultation populaire communale » comme faisant partie de la législation organique des pouvoirs locaux (48). Sans doute pourrait-on objecter que, par le jeu de l'article 19 de la loi spéciale, tel qu'interprété par la Cour d'arbitrage dans ses arrêts antérieurs, la consultation populaire n'ayant pas été expressément et spécialement attribuée aux Régions par la loi spéciale, cette matière est exclue de la compétence régionale (49). On le voit : pour arriver à cette conclusion, il faut passer par une interprétation de l'article 19 de la loi spéciale, tel que modifié par la loi spéciale du 13 juillet 2001, et écarter les travaux préparatoires.

37. — En ce qui concerne la législation organique des organes territoriaux intracommunales, les travaux préparatoires de la loi spéciale du 13 juillet 2001 sont muets et on peut supposer que le transfert de la matière relative à la « composition, l'organisation, la compétence et le fonctionnement des institutions provinciales et communales » ne la concerne pas (50). Mais la loi spéciale a par contre expressément visé l'élection de ces organes.

38. — Si la Cour avait suivi sur ce point le même raisonnement que celui tenu par rapport à l'article 162, force lui aurait été de conclure que, puisque l'alinéa 2 de l'article 41 de la Constitution datait de 1997, il s'opposait à ce que la matière de l'élection des organes territoriaux intracommunales soit régionalisée.

Mais la Cour ne dit pas cela. Faut-il en déduire que l'article 41, alinéa 2, ne réserve pas la matière au législateur fédéral et que n'importe quelle matière, sauf communautaire, peut être transférée aux Régions « en application de l'article 39 de la Constitution »? Si la réponse est affirmative, alors les considérations qu'elle tient sur la chronologie de l'article 162 deviennent superflues : il suffisait à la Cour de dire pour droit que ni cet article, ni aucun autre article constitutionnel, ne doit être interprété comme limitant l'habilitation générale de l'article 39 (51).

(48) *Doc. parl.*, Sénat, 2000-2001, n° 2-709/1, pp. 8 et 9.

(49) En ce sens : D. Déom et B. Lombaert, « L'autonomie et le financement des provinces et des communes », *A.P.T., Numéro spécial. Saint-Polycarpe, Lombard et Saint-Boniface : une réforme à plusieurs visages*, vol. 2-3-4/2002, p. 175.

(50) Sur cette question, voy. L. Detroux, « La répartition des compétences en matière d'institutions intracommunales », *A.P.T., Numéro spécial. Saint-Polycarpe, Lombard et Saint-Boniface : une réforme à plusieurs visages*, vol. 2-3-4/2002, pp. 190 à 193.

(51) C'est la thèse que défendait notamment M. Uyttendaele, selon qui la seule limite au pouvoir du législateur spécial de fixer les compétences régio-

Peut-être la Cour a-t-elle considéré qu'il ne lui était pas nécessaire de se prononcer sur la constitutionnalité du transfert de la matière de l'élection des organes territoriaux intercommunaux pour examiner le moyen portant sur les limitations apportées au transfert de la compétence des pouvoirs subordonnés. Mais d'une part, rien n'indique, en théorie du moins, que les limites apportées aux Régions dans l'exercice de leurs compétences ne seront pas d'application lorsque les Régions auront à régler l'élection de ces organes et, d'autre part, c'est la Cour elle-même qui considère qu'elle doit examiner, sans distinction, la constitutionnalité du transfert de la législation organique des pouvoirs locaux, particulièrement au regard de l'article 41, dans tous ses alinéas, et de l'article 162.

La Cour a donc soulevé un moyen d'office (52) pour ensuite, sans justification apparente, ne l'examiner que de manière incomplète.

2.C. — Quelle incidence sur la théorie générale des matières réservées?

39. — Comme la section de législation du Conseil d'Etat, la Cour d'arbitrage n'a pas jugé nécessaire d'examiner le transfert de compétences opéré par la loi spéciale du 13 juillet 2001 à la lumière d'une théorie générale des matières réservées par la Constitution à la loi, qui prendrait notamment pour fondement l'article 19, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi spéciale du 8 août 1980 (53).

40. — L'on sait qu'une telle théorisation doit nécessairement tenir compte de l'arrêt n° 44 du 23 décembre 1987 où, après avoir mentionné, notamment, l'article 19, la Cour énonce : « sauf le cas où une habilitation spéciale et expresse a été donnée par les lois spéciales et ordinaire de réformes institutionnelles, le décret ne peut régler les matières qui lui ont été attribuées qu'à la condition de n'empiéter en aucune façon sur les compétences réservées à la loi par la Constitution ».

41. — A défaut de procurer tous les éléments permettant d'élaborer une théorie, la Cour a, dans son arrêt n° 35/2003, fourni certaines indications quant à l'interprétation de son arrêt n° 44.

42. — Elle ferme une première porte. Une partie de la doctrine déduisait de l'arrêt n° 44 que c'est exclusivement la loi spéciale qui érige en normes répartitrices de compétences les dispositions constitutionnelles qui réservent

nales est celle que formule l'article 39 de la Constitution, à savoir les matières visées aux articles 30, 127 et 129 (« Les matières réservées ou l'agonie bienvenue d'une fiction », *A.P.T., Numéro spécial. Saint-Polycarpe, Lombard et Saint-Boniface : une réforme à plusieurs visages*, vol. 2-3-4/2002, p. 154).

(52) Voy. nos 23 à 26.

(53) Cette approche a été reprochée au Conseil d'Etat par une partie de la doctrine. Voy. H. Dumont, « Les problèmes méthodologiques », *Les lois spéciales et ordinaire du 13 juillet 2001, La réforme de la Saint-Polycarpe*, sous la direction de F. Delpérée, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 33 à 37; M. Uyttendaele, *op. cit.*, pp. 156 et 157.

des matières à la loi (54). En déclarant devoir apprécier la validité du transfert de la compétence en matière de pouvoirs locaux au regard des articles 41 et 162 de la Constitution, la Cour affirme, implicitement mais certainement, que la Constitution réserve certaines matières au législateur fédéral et que la loi spéciale ne peut y déroger, fût-ce par une disposition spéciale et expresse. La validité de la régionalisation d'une matière ne doit donc pas être examinée au vu du seul article 39 de la Constitution.

43. — Elle ferme également une seconde porte. Une autre partie de la doctrine soutenait qu'il convient d'opérer une distinction entre les matières, visées tant à l'article 39 de la Constitution qu'à l'article 19 de la loi spéciale, et les compétences instrumentales, qui permettent aux législateurs de régler efficacement les matières qui relèvent de leurs compétences. La loi spéciale pourrait permettre aux entités fédérées d'exercer des compétences instrumentales même si celles-ci sont réservées à la loi par la Constitution (telle l'expropriation), au motif qu'elles peuvent être exercées concurremment par plusieurs législateurs. Par contre, la loi spéciale ne pourrait pas défédéraliser une matière proprement dite qui serait réservée à la loi par la Constitution, même par une disposition antérieure à la réforme de l'Etat (55). Or, on l'a vu, la Cour d'arbitrage s'appuie sur l'habilitation générale de l'article 39 de la Constitution pour permettre à la loi spéciale de défédéraliser une matière que la Constitution réserve à la loi par une disposition antérieure à 1970.

44. — La Cour apporte une seule précision, sous la forme d'un critère chronologique. Lorsqu'une disposition constitutionnelle date d'avant le 24 décembre 1970, aucune indication ne peut en être déduite sur le point de savoir si la matière qu'elle vise peut ou non être transférée à d'autres législateurs que le législateur fédéral. Peut-on, *par un raisonnement a contrario*, déduire que chaque fois que le constituant emploie le terme « loi » après 1970, il s'agit nécessairement d'une règle répartitrice de compétences, réservant la matière au législateur fédéral? On peut le supposer, même si le silence de la Cour à propos de l'article 41 de la Constitution laisse subsister un certain doute.

45. — Il reste que le débat sur les matières réservées n'est pas encore clos. Plusieurs questions restent en suspend, dès lors que la Cour confirme que le siège des matières réservées ne se situe pas exclusivement dans la loi spéciale, mais également dans la Constitution elle-même (56).

(54) Voy. notamment, récemment, M. Uyttendaele, *op. cit.*, p. 155; H. Vuye, Ch. Desmecht et K. Stangherlin, *op. cit.*, p. 729.

(55) Voy. F. Delpérée, « La nouvelle configuration de la Belgique », *J.T.*, 2001, p. 603.

(56) La Cour a encore confirmé ultérieurement cette position. Ainsi, dans son arrêt n° 51/2003 du 30 avril 2003, elle a considéré qu'en principe, il découle « de l'article 22, alinéa 1^{er}, de la Constitution que seul le législateur fédéral peut déterminer dans quels cas et à quelles conditions le droit au respect de la vie privée et familiale peut être limité » (considérant B.4.12.).

Ainsi, il reste la question de la portée de la réserve de compétence qu'expriment certaines dispositions constitutionnelles postérieures à 1970. Empêchent-elles toute intervention des législateurs régionaux dans ces matières ou la Cour d'arbitrage peut-elle admettre des interventions limitées? Quelle est la justification constitutionnelle des pouvoirs implicites? L'article 19, en tant qu'il interdit aux Communautés et aux régions de régler les matières qui sont de leur compétence en portant préjudice aux matières que la Constitution réserve à la loi après l'entrée en vigueur de la loi spéciale du 8 août 1980, mais en les autorisant, implicitement, à le faire au titre des pouvoirs implicites, constitue-t-il une disposition inconstitutionnelle ou confirmative d'un principe constitutionnel?

Contrairement à ce que certains avaient espéré, l'arrêt commenté laisse ces questions, et d'autres encore (57), ouvertes. Pire encore, elle ajoute à la confusion, comme on pourra le lire dans les considérations qui suivent.

2.D. — Quelle incidence l'arrêt peut-il avoir sur la lecture de l'article 19 de la loi spéciale?

46. — Comme on l'a relevé, la Cour n'a pas eu à se prononcer sur la nouvelle formulation de l'article 19, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi spéciale, selon lequel, « sauf application de l'article 10, le décret règle les matières visées aux articles 4 à 9, sans préjudice des compétences que la Constitution a réservées à la loi après l'entrée en vigueur de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles ». Mais l'esprit de cette disposition a visiblement hanté la place Royale.

47. — La doctrine, pour une fois unanime, s'est étonnée du choix de la date du 1^{er} octobre 1980 — celle de l'entrée en vigueur de la loi spéciale — plutôt que la date de la révision constitutionnelle de 1970 qui a attribué un pouvoir décrété aux Communautés. En retenant exclusivement le critère chronologique pour déterminer le sens du mot « loi » dans la Constitution, la Cour d'arbitrage devait nécessairement identifier un moment, une sorte de « big bang », déterminant « l'avant » et « l'après ». En choisissant la date du 24 décembre 1970, la Cour condamnait implicitement l'article 19 (58). Voilà sans doute pour-

(57) Ainsi par exemple, le législateur spécial pourrait-il, sans révision préalable de la Constitution, attribuer aux Régions des compétences en matière de création et d'organisation de juridictions, alors que l'article 77 de la Constitution prévoit que pour les lois visées à l'article 146, la Chambre des représentants et le Sénat sont compétents sur un pied d'égalité.

(58) On pourrait s'interroger sur le point de savoir si la Cour n'aurait pas dû soulever d'office la question de la constitutionnalité de l'article 11 de la loi spéciale du 13 juillet 2001, modifiant l'article 19, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi spéciale du 8 août 1980. A notre sens, il ne pourrait pas lui être fait grief de ne pas l'avoir fait. Il résulte en effet de son arrêt n° 44 du 23 décembre 1987, que cette disposition n'est d'application que lorsque d'autres dispositions de la même loi n'y dérogent pas expressément et spécialement. Par conséquent, il n'y avait pas lieu d'examiner la constitutionnalité de cet article 11 conjointement avec celle des transferts de compétences opérés expressément et spécialement par l'article 4 de la même loi spéciale.

quoi elle a ingénieusement, même si c'est au prix d'une erreur apparente de syntaxe (59), fusionné dans un seul instant, la révision constitutionnelle du 24 décembre 1970 et celle du 17 juillet 1980 par laquelle a été inscrite la « possibilité explicite pour les Régions d'exercer une compétence législative ». En quelque sorte, le temps institutionnel aurait suspendu son vol entre ces deux dates (60).

48. — Mais une autre incise de l'arrêt laisse totalement perplexe sur la portée du nouvel article 19, § 1^{er}, alinéa 1^{er}. La Cour écrit en effet qu'en « utilisant les termes “ par la loi ”, le constituant a uniquement voulu exclure de cette matière la compétence du pouvoir exécutif, de sorte que le législateur spécial peut confier aux Régions la compétence de régler cette matière, à condition que cette attribution soit expresse et précise » (61). Incontestablement, les mots « exprès et précis » rappellent l'arrêt n° 44 du 23 décembre 1987, qui visait l'hypothèse d'une « habilitation spéciale et expresse » (62). La nécessité d'une habilitation spéciale et expresse avait généralement été considérée comme une règle d'interprétation de la loi de réformes institutionnelles, car force avait été de constater que même si l'article 19 interdisait d'empiéter sur les compétences réservées à la loi par la Constitution, d'autres dispositions de la loi spéciale permettaient expressément et spécialement cet empiètement. Pour rappel, l'article 10, qui prévoyait les compétences implicites, n'était pas considéré comme une telle disposition « spéciale et expresse » (63) et n'autorisait donc pas, avant la modification de cet article 19 par la loi spéciale du 16 juillet 1993 (64), l'utilisation de ces pouvoirs implicites pour régler des matières que la Constitution réservait à la loi.

Mais voilà maintenant que la Cour d'arbitrage fait de l'habilitation précise et expresse une condition, déduite de la Constitution elle-même (65), pour l'exercice par les Régions d'une matière que la Constitution réserve à la loi, même si en utilisant ces termes le constituant a uniquement voulu exclure cette matière de la compétence du pouvoir exécutif.

La nouvelle mouture de l'article 19 pourrait alors avoir une conséquence inattendue, et certainement contraire aux vœux de ses auteurs. Voulant neutraliser, du point de vue de la répartition des compétences entre les différents législateurs, les dispositions constitutionnelles antérieures à 1980 qui réservent

(59) Voy. *supra*, note 36.

(60) Qu'en est-il alors toutefois des dispositions constitutionnelles qui utilisent le mot « loi » et qui ont été insérées entre ces deux dates? Tel est le cas de l'article 131. Voy. spécialement H. Dumont, *op. cit.*, pp. 38 et 39.

(61) C.A., n° 35/2003, considérant B.12.6., alinéa 2. C'est nous qui soulignons.

(62) C.A., n° 44/87, 23 décembre 1987, considérant B.4., alinéa 2.

(63) C.A., n° 44/87, B.4., alinéa 3 : « la possibilité donnée aux conseils par l'article 10 de la loi spéciale de porter des dispositions de droit relatives à des matières pour lesquelles ils ne sont pas compétents ne peut trouver à s'appliquer à des compétences que la Constitution réserve à la loi ».

(64) Qui a inséré au début de la disposition les mots : « sauf application de l'article 10 ».

(65) Puisqu'elle s'imposerait au législateur spécial.

des compétences à la loi, le législateur spécial aurait également — sans envisager les conséquences que semble en tirer la Cour — limité la possibilité de faire usage des pouvoirs implicites à l'égard de telles dispositions. Désormais, l'article 19 n'habilite en effet plus précisément et expressément un législateur décentralisé à faire usage de pouvoirs implicites dans les matières réservées que pour les dispositions constitutionnelles postérieures à 1980. Or, à suivre le raisonnement de la Cour, une habilitation précise et expresse serait requise. Dans cette logique, par exemple, plus question pour une Région ou une Communauté, d'invoquer les pouvoirs implicites pour créer une juridiction. Cette matière est réservée à la loi, depuis 1831, par l'article 146 de la Constitution (66) (67). Voilà, une nouvelle fois (68), l'article 19 retourné contre l'intention de ses auteurs!

Manifestement, ceux qui avaient espéré que la nouvelle rédaction de l'article 19 de la loi spéciale sonnerait l'agonie de la théorie des matières réservées, ne sont guère exaucés.

L'ÉGALITÉ ENTRE COLLECTIVITÉS FÉDÉRÉES : DEUX POIDS, DEUX MESURES?

2003

528

49. — Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt 35/2003, deux moyens sont pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, et de l'égalité entre collectivités fédérées qu'ils postuleraient (69). Ces moyens ont en com-

(66) Voy. sur l'état de la question avant la réforme de 2001 : C.A., n° 25/97, 30 avril 1997.

(67) L'on fait ici abstraction de l'éventuelle incidence de l'article 77 de la Constitution (voy. ci-avant, note 57).

(68) Comme l'explique J.-C. Scholsem, l'article 19 était au départ conçu comme une disposition visant à « confirmer le caractère répartiteur de compétence du mot “ loi ” dans la Constitution. Il va servir de levier pour infirmer cette doctrine » (*op. cit.*, p. 165).

(69) La question de l'égalité des Régions ou Communautés entre elles ne doit pas être confondue avec celle concernant l'égalité de sujets de droit se rattachant à des ordres juridiques communautaires ou régionaux différents. De jurisprudence constante, la Cour d'arbitrage considère, concernant cette seconde question, qu'une différence de traitement dans des matières où les Communautés et les Régions disposent de compétences propres est le résultat d'une politique différente — ce qui résulte de l'autonomie qui leur est accordée par la Constitution ou en vertu de celle-ci — et ne peut en soi être jugée contraire aux principes d'égalité et de non-discrimination que consacre la Constitution (en ce sens, voy. notam. : C.A., n° 25/91, 10 oct. 1991, considérant B.4.; C.A., n° 33/91, 14 nov. 1991, considérant 4.B.4.1.; C.A., n° 37/92, 7 mai 1992, considérant B.3.; C.A., n° 50/92, 18 juin 1992, considérant B.4.; C.A., n° 55/92, 9 juill. 1992, considérant 5.B.14.; C.A., n° 74/92, 18 nov. 1992, considérant B.3.11.; C.A., n° 78/92, 17 déc. 1992, considérant B.5.7.; C.A., n° 14/93, 18 févr. 1993, considérant B.2.6.; C.A., n° 35/95, 25 avril 1995, considérant B.12.2.; C.A., n° 56/96, 15 oct. 1996, considérant B.25.; C.A., n° 78/97, 17 déc. 1997, considérant B.4.; C.A., n° 83/98, 15 juill. 1998, considérant B.6.3.; C.A., n° 120/98, 3 déc. 1998, considérant B.4.; C.A., n° 134/98, 16 déc. 1998, considérant B.4.; C.A., n° 85/99,

mun de mettre en cause certaines règles protectrices des minorités, constituant des exceptions à la régionalisation de la législation organique sur les provinces et les communes.

50. — Dans le premier cas, il était reproché au législateur spécial d'avoir limité la compétence de la Région de Bruxelles-capitale relative à la « composition, l'organisation, la compétence et le fonctionnement des institutions » communales, en ne lui permettant pas de déroger aux garanties fixées par les articles 279 et 280 de la nouvelle loi communale (70). Ces dispositions — par nature limitées aux dix-neuf communes de la Région de Bruxelles-capitale — prévoient notamment, et suite à la modification insérée par la loi du 13 juillet 2001, que, dans l'hypothèse où le bourgmestre a été présenté par au moins un élu francophone et un élu néerlandophone, la commune est obligée de compter un échevin néerlandophone ou d'attribuer la présidence du centre public d'aide sociale à un néerlandophone (71).

51. — Pour sa part, le second moyen faisait grief au législateur spécial d'avoir soustrait les règles figurant dans la loi du 9 août 1988 dite « de pacification communautaire » à la compétence de principe des Régions à l'égard des pouvoirs subordonnés, et interdit, par voie de conséquence, à ces collectivités fédérées de les modifier. En particulier, des requérants estimaient que la Région flamande était discriminée du fait de l'amputation de ses com-

15 juill. 1999, considérant B.2.2.; C.A., n° 109/99, 14 oct. 1999, considérant B.5.2.; C.A., n° 47/2000, 3 mai 2000, considérant B.13.1.; C.A., n° 85/2002, 8 mai 2002, considérant B.17.).

(70) Article 6, § 1^{er}, VIII, 1^o, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, tel que modifié par l'article 4 de la loi spéciale du 31 juillet 2001 portant transfert de diverses compétences aux Régions et aux Communautés. Pour le libellé et les développements relatifs à ce moyen, voy. : C.A., n° 35/2003, 25 mars 2003, considérants A.27.1., A.27.2., A.27.3., B.21.1.

(71) Article 279, § 2, de la nouvelle loi communale, tel que modifié par l'article 2 de la loi du 13 juillet 2001 portant diverses réformes institutionnelles relatives aux institutions locales de la Région de Bruxelles-capitale. La portée exacte de la restriction apportée à la compétence de la Région de Bruxelles-capitale n'est pas facile à déterminer. Les chambres réunies de la section de législation du Conseil d'Etat avaient attiré l'attention du législateur sur le fait qu'en vertu de la disposition en projet, la Région de Bruxelles-capitale ne serait pas seulement obligée de respecter, notamment, l'article 279 précité, mais se verrait également contrainte « de ne pas affecter les institutions et les notions auxquelles ces dispositions renvoient » (avis 31.741/VR, *Doc. parl.*, Sénat, 2000-2001, n° 2/740/3, p. 4). Cet article visant l'acte de présentation du bourgmestre et des échevins, il fallait en conclure que cette Région ne pourrait prévoir, par exemple, l'élection directe du bourgmestre et des échevins. Le Conseil d'Etat avait dès lors invité les Chambres à « se prononcer sur le point de savoir si telle est bien leur volonté ». M. Vandenbroucke, ministre des Affaires sociales, refusa de répondre à cette invitation au motif que cette observation « aurait dû être développée dans le cadre de la discussion sur la loi de la Saint-Polycarpe. Il est par conséquent renvoyé à la discussion qui a eu lieu sur cette loi » (rapport de la commission de la Chambre, *Doc. parl.*, Chambre, 2000-2001, n° 50-1302/3, p. 19).

pétences à l'égard de certaines communes à facilités (72).

52. — Que les deux moyens invoqués devant elle aient été fondés sur des griefs similaires n'a cependant pas empêché la Cour d'arbitrage d'y apporter des solutions distinctes, car fondées sur des prémisses irréconciliables.

53. — Ainsi, en réponse au premier moyen (73), la Cour d'arbitrage affirme qu'« en attribuant au législateur spécial le pouvoir de préciser l'étendue de l'autonomie des Régions et des Communautés, le constituant lui a laissé une liberté d'appréciation d'où il résulte que ces entités ne doivent pas nécessairement être traitées identiquement à tous égards. L'article 6 (de la loi spéciale, qui défédéralise la législation organique des communes) a été adopté en exécution de l'article 39 de la Constitution. Aux termes de cette disposition, le constituant a chargé le législateur spécial de créer les organes régionaux et de leur attribuer des compétences “ dans le ressort et selon le mode ” qu'il établit. Le constituant a ainsi permis au législateur spécial de régler différemment les compétences des organes régionaux selon le “ ressort ” de chacune des trois régions de l'Etat belge. Il s'ensuit que les articles 10 et 11 de la Constitution ne sont pas violés par cela seul que, en ce qui concerne les pouvoirs subordonnés, le législateur spécial traite différemment les Régions » (74). En l'espèce, la Cour ne s'assure donc pas que l'objectif poursuivi par la disposition querrelée est légitime, que le critère de distinction est objectif et raisonnable, ni que la mesure est adéquate et proportionnée.

On pourrait interpréter la réponse de la Cour d'arbitrage à ce moyen, bien que n'étant pas suffisamment étayée, comme signifiant que le non-rappel dans l'article 39 de la Constitution de l'obligation d'une observation stricte du principe d'égalité et de non-discrimination dans l'attribution des compétences entre les Régions permettrait d'effectuer, sur ce point, un contrôle plus marginal du respect, par la loi spéciale, de l'égalité et de la non-discrimination. D'une certaine manière, l'absence d'égalité complète entre les Régions, s'agissant de l'attribution des compétences à ces dernières par le législateur spécial, est confirmée par l'évolution institutionnelle de l'Etat et le statut particulier de la Région de Bruxelles-capitale (75).

(72) Pour le libellé et les développements relatifs à ce moyen, voy. : C.A., n° 35/2003, 25 mars 2003, considérants A.7.1., A.7.2., A.7.3., A.7.4., B.13.1., B.13.2.

(73) Voy. n° 50.

(74) C.A., n° 35/2003, 25 mars 2003, considérant B.21.2.

(75) A titre non exhaustif, l'on rappellera ainsi que, dans la Région de Bruxelles-capitale, l'organe délibératif n'a pas le pouvoir d'adopter des décrets comme dans les autres Régions, mais bien des ordonnances, normes hybrides essentiellement législatives, mais comprenant quelques inflexions propres à les rapprocher des normes réglementaires. Ainsi les juridictions doivent-elles écarter l'application d'une ordonnance illégale au regard de l'ensemble de la Constitution ou de la loi spéciale relative aux institutions bruxelloises. Pareil contrôle n'existe pas vis-à-vis des décrets adoptés par la Région flamande et la Région wallonne. Ce statut différencié est enco-

Les termes de l'arrêt 35/2003 nous conduisent cependant à privilégier une autre lecture, plus radicale et soucieuse d'une interprétation conciliante des dispositions constitutionnelles. Elle consiste à reprocher à la Cour d'arbitrage d'avoir refusé de considérer que les Régions doivent être traitées de manière égale par le législateur spécial. En effet, ce n'est pas parce que le législateur se voit attribuer une compétence par le constituant qu'il n'est pas soumis aux exigences du principe d'égalité (76), et il semble en aller d'autant plus ainsi que tant la doctrine (77) que la section de législation du Conseil d'Etat (78) considèrent que le traitement égal des entités fédérées est l'un des fondements du fédéralisme.

Quelle que soit l'interprétation retenue de ce considérant, il échet de constater qu'en se prononçant de la sorte, la Cour d'arbitrage s'aligne sur sa jurisprudence antérieure. Dans un arrêt n° 24/98 (79), dont les termes essentiels sont repris presque mot pour mot dans l'arrêt n° 35/2003 (80), elle affirme que, via l'article 39 de la Constitution, le constituant permet au législateur spécial de régler différemment, dans le ressort de chacune des trois Régions, les attributions et le fonctionnement des organes régionaux. Dans ce même arrêt, relatif à une question préjudicielle concernant l'article 9 de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises, la

re illustré par le fait que, non seulement dépourvue de tout pouvoir d'auto-organisation, la Région de Bruxelles-capitale fait encore l'objet d'un contrôle de tutelle de l'Etat dans certaines matières, lorsque le rôle international et la fonction de capitale de Bruxelles entrent en jeu.

(76) La Cour d'arbitrage estime, en ce sens, que l'article 191 de la Constitution, en vertu duquel « tout étranger qui se trouve sur le territoire de la Belgique jouit de la protection accordée aux personnes et aux biens, sauf les exceptions établies par la loi », ne fait pas écran aux articles 10 et 11 de la Constitution. Il résulte de cette jurisprudence que lorsqu'il établit une différence de traitement entre belges et étrangers, le législateur doit veiller à ce qu'elle ne soit pas discriminatoire (voy. à ce sujet : C.A., n° 61/94, 14 juill. 1994; S. van Drooghenbroeck, obs. sous C.A., n° 61/94, 14 juill. 1994, in O. De Schutter et S. van Drooghenbroeck, *Le droit international des droits de l'homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, 1999, pp. 556 et s., et les réf. cit.).

(77) Voy. notam. : F. Delpérée, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 384 et 385; R. Ergéc, *Introduction au droit public*, t. 1, *Le système institutionnel*, Diegem, Story-Scientia, 1994, 2^e éd., p. 23.

(78) Outre l'avis 31.741/VR, précité, voy. notam. l'avis 22.162/VR du 17 févr. 1993, *Doc. parl.*, Sénat, 1992-1993, n° 558/4, pp. 1 et 2, qui rappelle que « le principe d'égalité et de non-discrimination inscrit dans les articles 10 et 11 de la Constitution s'applique non seulement aux citoyens pris individuellement mais aussi aux collectivités politiques », en l'occurrence les Régions.

(79) Rendu le 10 mars 1998.

(80) On retrouve dans l'arrêt 24/98 un considérant ne figurant pas dans l'arrêt 35/2003, selon lequel « il ressort de la Constitution, en ses articles 1^{er}, 2 et 3, que la Belgique est un Etat fédéral et que chacune des Communautés et Régions puise dans ces dispositions le fondement d'une autonomie plus ou moins étendue, laquelle se traduit par l'attribution de compétences » (considérant B.10., premier paragraphe).

Cour d'arbitrage juge qu'il en est ainsi également s'agissant de déterminer la force juridique des règles prises par les organes régionaux. En ne vérifiant pas concrètement l'observation par la loi spéciale du principe d'égalité et de non-discrimination, l'arrêt 35/2003 se départit, par contre, de l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat, qui estimait que, « comme (la) limitation ne concerne que la Région de Bruxelles-capitale, il appartiendrait au législateur de justifier objectivement et raisonnablement, par référence notamment au principe de proportionnalité, une pareille différence de traitement entre les Régions » (81).

54. — Rencontrant le second moyen pris de la violation de la règle d'égalité au préjudice de la Région flamande (82), la Cour d'arbitrage commence, cette fois, par rappeler son arrêt n° 18/90 du 23 mai 1990 par lequel elle valida la loi dite « de pacification communautaire ». Elle y constatait tout d'abord que le but poursuivi était d'« assurer la pacification communautaire en édictant en matière de gestion communale et en matière électorale des dispositions qui soient de nature à faciliter l'administration des communes à statut linguistique spécial, à éviter les affrontements communautaires, à permettre une participation harmonieuse des majorités et minorités linguistiques à la gestion communale et à rencontrer certains souhaits des minorités linguistiques » (83). Toujours selon l'arrêt n° 18/90, « il peut être admis que les distinctions opérées par les dispositions attaquées se justifient par l'intention de sauvegarder un intérêt public supérieur, pourvu que les mesures prises puissent être raisonnablement considérées comme n'étant pas disproportionnées à l'objectif général poursuivi par le législateur. Elles le seraient notamment si une telle sauvegarde était recherchée au prix d'une méconnaissance de principes fondamentaux de l'ordre juridique

(81) Les auteurs de la proposition à l'origine de l'article 279 présentaient le mécanisme comme visant « à renforcer les garanties dont bénéficie la minorité néerlandophone dans la Région de Bruxelles-capitale » (rapport de la commission du Sénat, *Doc. parl.*, 2000-2001, n° 2-740/4, p. 5. Voy. dans le même sens la réponse du ministre Vandembroucke, *op. cit.*, pp. 19 et 20). C'est donc implicitement le caractère bilingue de la Région de Bruxelles-capitale et la nécessité d'y protéger sa minorité linguistique qui est avancé, comme le confirme, au demeurant, l'argumentation développée par le conseil des ministres devant la Cour d'arbitrage : « selon le conseil des ministres, il est clair que le traitement différent de la Région de Bruxelles-capitale repose sur des motifs objectifs et raisonnables. Le législateur spécial a opté pour le caractère bilingue de cette Région. Le régime entrepris, qui vise à assurer au niveau local la participation à l'administration communale des deux groupes linguistiques, voire à l'encourager lorsque les deux groupes linguistiques font partie du conseil communal, garantit le caractère bilingue de la Région. Les dispositions entreprises poursuivent le traitement égal des Communautés respectives du Royaume et sont la continuation d'une politique équilibrée qui est menée depuis des décennies, reconnaissant la spécificité de la Région de Bruxelles-capitale » (C.A., n° 35/2003, 25 mars 2003, considérant A.27.2.).

(82) Voy. n° 51.

(83) C.A., n° 18/90, 23 mai 1990, considérant B.9.1., cité dans C.A., n° 35/2003, 25 mars 2003, considérant B.13.3.

belge » (84). Des prémisses prérappelées, la Cour conclut, dans l'arrêt n° 35/2003, que « l'objectif ainsi formulé porte en soi la justification de la non-régionalisation des règles inscrites dans la loi précitée de pacification du 9 août 1988, étant donné que l'équilibre ainsi créé repose sur un large consensus entre les Communautés. Il n'est dès lors pas manifestement déraisonnable de réserver au législateur fédéral les règles visées ni de limiter cette réserve aux communes à statut linguistique spécial qui sont concernées par ces règles » (85). La Cour ajoute que, « contrairement aux communes périphériques et aux communes de Communes-Warneton et de Fourons, les communes de la Région de Bruxelles-capitale sont situées dans une région bilingue et font l'objet d'un autre ensemble de règles qui visent à protéger les néerlandophones. Il n'est dès lors pas manifestement déraisonnable de ne pas étendre aux communes de la Région de Bruxelles-capitale les restrictions mises au transfert de compétences en matière de pouvoirs subordonnés » (86).

Si la manière dont le contrôle est effectué dans ce moyen demeure certes critiquable (87), la Cour n'y reconnaît pas moins qu'en principe, le législateur spécial ne peut traiter de manière discriminatoire les collectivités publiques, que ce soient des communes ou des Régions.

55. — En résumé, l'on aperçoit donc que, dans un même arrêt et relativement à deux moyens fondés sur des griefs similaires, la Cour d'arbitrage refuse, d'une part, de contrôler si, en attribuant moins de compétences à la Région de Bruxelles-capitale qu'aux autres Régions, le législateur spécial n'a pas instauré une discrimination, mais examine, d'autre part, un moyen déduit d'une discrimination au détriment de la Région flamande en effectuant un contrôle d'égalité et de non-discrimination. Faut-il en déduire que la Région de Bruxelles-capitale n'aurait pas, contrairement aux deux autres Régions, droit à ce que le traitement différencié que lui applique le législateur spécial soit examiné au regard des principes d'égalité et de non-discrimination? Ou est-ce simplement le résultat de l'impasse dans laquelle la Cour s'est elle-même placée, en s'imposant de valider l'essentiel de la cinquième réforme de l'Etat? Imaginons, en effet, qu'elle ait examiné les deux moyens à l'aune des mêmes standards adjudicatoires déduits des articles 10 et 11 de la Constitution. On l'a vu, elle a écarté le second moyen en considérant qu'à Bruxelles, les néerlandophones sont protégés par des règles spécifiques, aux performances comparables à celles en vigueur dans les communes périphériques. Comment aurait-elle alors pu, pour écarter le premier moyen, affirmer que la protection des néerlandophones à Bruxelles requiert de nouvelles limitations aux compétences de la Région de Bruxelles-capitale?

(84) C.A., n° 18/90, 23 mai 1990, considérant B.9.2., cité dans C.A., n° 35/2003, 25 mars 2003, considérant B.13.3.

(85) C.A., n° 35/2003, 25 mars 2003, considérant B.13.4.

(86) C.A., n° 35/2003, 25 mars 2003, considérant B.13.6. Voy. égalem., considérant B.13.7.

(87) Voy. nos 66 et s.

L'INSAISSISSABLE PRINCIPE DE PROPORTIONNALITÉ

56. — Sous visa d'un manquement à l'exigence de proportionnalité portée par les articles 10 et 11 de la Constitution, certains des requérants dans les affaires n^{os} 35/2003 et 36/2003 reprochaient au législateur spécial de ne pas avoir déféré à l'impératif de nécessité, en ce sens qu'il n'aurait pas, parmi les différents moyens aptes à réaliser les objectifs par lui poursuivis, privilégié les mesures les moins attentatoires aux intérêts en cause.

57. — Dans l'affaire n^o 35/2003, il était fait grief (88) au législateur spécial d'avoir, en soustrayant les règles portées par la loi dite de « pacification communautaire » aux matières transférées aux Régions dans le cadre de la régionalisation de la législation organique sur les provinces et les communes (89), restreint sans nécessité les compétences régionales. A l'estime des requérants la protection des intérêts en cause aurait en effet été assurée à suffisance par l'article 16bis nouvellement inséré de la loi spéciale des réformes institutionnelles, lequel, en substance immunise, face aux compétences régionales, les garanties dont bénéficient les francophones des communes de la périphérie bruxelloise, et les garanties dont bénéficient respectivement les francophones, les néerlandophones et les germanophones dans les autres communes à statut linguistique spécial.

58. — Dans l'affaire 36/2003, le législateur spécial se voyait reprocher d'avoir, à plusieurs égards, recherché la réalisation des objectifs légitimes par lui poursuivis — à savoir, assurer le bon fonctionnement démocratique de l'assemblée bruxelloise face à la menace que constitue pour celui-ci la « surcharge de travail » pesant sur les élus néerlandophones de ladite assemblée — par le moyen le plus attentatoire qui se puisse au principe de l'égalité des électeurs et des élus : l'instauration d'une représentation fixe de chacun des deux groupes linguistiques du conseil régional bruxellois (90). Non seulement la « surcharge de travail » évoquée se trouvait-elle d'ores et déjà atténuée par diverses mesures issues des accords du Lombard (91) — singulièrement, l'élection directe des représentants bruxellois néerlandophones au *Vlaams Raad* — mais en plus eût-il été envisageable, au regard de diverses suggestions doctrinales (92), d'emprunter d'autres voies pour accroître le nombre de conseillers régionaux bruxellois néerlandophones sans pour autant attenter au principe de la représentation proportionnelle,

ou, à tout le moins, en y attendant dans une moindre mesure (93).

59. — En réponse au premier grief ainsi rappelé, la Cour énonce, dans son arrêt n^o 35/2003, que « dès lors que les mesures en cause sont pertinentes par rapport à l'objectif poursuivi et qu'elles ne sont pas manifestement disproportionnées à celui-ci, elles ne deviennent pas discriminatoires pour le seul motif qu'une autre mesure permettrait d'atteindre cet objectif » (94). Encore que l'arrêt n^o 36/2003 demeure radicalement muet sur la question, il est cependant permis d'y apercevoir, entre les lignes, une réponse du même ordre au second grief ci-avant rappelé.

60. — Ainsi donc la Cour affirme que l'existence d'alternatives moins restrictives aux mesures querellées n'emporte pas *ipso jure* la disproportion desdites mesures. Casser des noix au marteau-pilon (95), abattre des moineaux (96) ou des mouches au canon (97) : toutes choses possibles à la place Royale.

61. — Cette affirmation ébranlera certainement les constitutionnalistes étrangers (98), mais aussi les initiés de la jurisprudence européenne (99) et de la jurisprudence administratives belge (100), lesquels sont précisément

enclins à situer l'impératif de nécessité au cœur du principe de proportionnalité; elle n'en étonnera pas moins le lecteur habituel de la jurisprudence de la Cour d'arbitrage (101).

62. — Certes, cette dernière jurisprudence n'est pas, sur ce point précis, à l'abri de toute ambiguïté.

Dans une première série d'arrêts, la Cour d'arbitrage laissa clairement entendre que l'inconstitutionnalité de la mesure déférée à sa censure procédait de la disponibilité d'une alternative moins restrictive à ladite mesure; le législateur se voyait en l'occurrence reprocher d'avoir été « au-delà du nécessaire » pour atteindre l'objectif souhaité (102), ou en-

prudence 1995 », *R.B.D.C.*, 1996/2, p. 207) : « porter atteinte aux principes de la liberté d'établissement et de la liberté de commerce et d'industrie ne (peut) être admis que si les diverses restrictions énoncées sont suffisamment justifiées par des impératifs d'intérêt général. Dans l'appréciation de l'admissibilité de ces restrictions, il faut examiner si, en application du principe de proportionnalité, des mesures moins contraignantes ne permettent pas d'atteindre l'objectif poursuivi (...) ».

(101) Une importante doctrine estime en effet que l'exigence de proportionnalité déduite des articles 10 et 11 de la Constitution emporte effectivement l'obligation pour le législateur de choisir l'alternative la moins restrictive pour parvenir à l'objectif qu'il se fixe. Voy. E. Colla, « Le principe de proportionnalité en droit constitutionnel belge », *Le principe de proportionnalité en droit belge et en droit français*, 1994, éd. du Jeune barreau de Liège, p. 98; J. Theunis, « Het gelijkheidsbeginsel », *Publiekrecht - De doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht*, postuniversitaire cyclus W. Delva 1996-1997, Gand, Mys & Breesch, 1997, p. 140; E. Willemart, *Les limites constitutionnelles au pouvoir fiscal*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 208; R. Ergéc, *Introduction au droit public*, t. II, *Les droits et libertés*, Bruxelles, Story-Scientia, 1995, p. 66; J.-C. Scholsem, « L'égalité devant la Cour d'arbitrage », *Liber amicorum prof. Em. Krings*, Bruxelles, Story-Scientia, 1991, p. 783. *Adde*, les chroniques de jurisprudence de F. Delpérée et A. Rasson-Roland consacrées à la Cour d'arbitrage, qui, de manière constante — en tout cas jusqu'en 1998 — identifient la proportionnalité à l'obligation pour le législateur de choisir les moyens les moins préjudiciables pour parvenir à l'objectif qu'il se fixe (*R.B.D.C.*, 1995, p. 311; *R.B.D.C.*, 1996, p. 381; *R.B.D.C.*, 1997, p. 311; *R.B.D.C.*, 1998, p. 172).

(102) Voy. C.A., n^o 74/92, 18 décembre 1992, considérant B.3.6. : « Le respect des principes constitutionnels d'égalité et de non-discrimination exige que les limitations imposées à une catégorie de personnes n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre le but visé »; C.A., n^o 8/93, considérant B.3.2; C.A., n^o 78/98, 7 juillet 1998, considérant B.9. Voy. de manière très significative, et contrastant du reste radicalement avec l'enseignement des arrêts n^{os} 35/2003 et 36/2003, C.A., n^o 20/93, 4 mars 1993, considérants B.2.7 et B.2.8. : « La disposition attaquée de l'article 52, § 1^{er}, 7^o, maintient l'examen individuel de toute demande de reconnaissance de la qualité de réfugié ainsi que la possibilité de recours, mais impose aux étrangers qui se déclarent réfugiés et qui entrent dans le champ d'application de cette disposition un renversement de la charge de la preuve en ce qui concerne la procédure de recevabilité. La distinction ainsi faite entre les étrangers qui sont originaires d'un pays d'où provenaient, au cours de l'année précédente, cinq pour cent au moins des demandeurs d'asile et pour lesquels moins de cinq pour cent des décisions ont abouti à une reconnaissance, d'une part, et les autres étrangers, d'autre part, a

(88) Voy. C.A., n^o 35/2003, considérant A.7.1.

(89) Article 6, § 1^{er}, VIII, 4^o, a, de la loi spéciale du 8 août 1980, tel qu'inséré par la loi spéciale du 13 juillet 2001.

(90) Article 20, § 2, de la loi spéciale du 12 janvier 1989, tel qu'inséré par la loi spéciale du 13 juillet 2001.

(91) Voy. C.A., n^o 36/2003, considérants A.5.8.4., A.5.10.2 et A.5.11.2.

(92) Voy. *Bruxelles et son statut*, sous la direction de E. Witte, R. Ergéc, H. Dumont et A. Alen, Bruxelles, Larcier, 1999.

(93) Voy. C.A., n^o 36/2003, considérants A.5.8.2. et A.5.10.3.

(94) C.A., n^o 35/2003, considérant B.13.8. (note accent).

(95) Selon la célèbre formule de Lord Diplock in *R. vs. Goldsmith* (1983) 1 WLR 151, 155.

(96) Exemple proposé par C. Debbasch, préface à X. Philippe, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Paris, P.U.A.M., Economica, 1990.

(97) Variante des moineaux apparue sous la plume de J. Velaers, *Van Arbitragehof tot grondwettelijk hof*, Anvers, Maklu, 1990, p. 181.

(98) Nombre de droits constitutionnels étrangers tiennent pour constant que le principe de proportionnalité se décompose en trois exigences : l'appropriation des moyens employés par rapport à l'objectif visé; la nécessité du moyen, c'est-à-dire, l'indisponibilité d'une alternative moins restrictive pour parvenir à l'objectif souhaité, et, enfin, la proportionnalité au sens strict, c'est-à-dire, la pesée des intérêts en présence. Voy. en Allemagne, parmi beaucoup d'autres, BverGE, 79, 256 (270); en Suisse, ATF, 119a, 348, 353.

(99) La décomposition du principe de proportionnalité en une triple exigence d'appropriation, de nécessité et de proportionnalité au sens strict (voy. note précédente) se retrouve dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (Voy. S. van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme - Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant/F.U.S.L., 2001, pp. 167 et s.) et dans la jurisprudence des juridictions communautaires (voy. W. Van Gerven, « The Effect of Proportionality on the Actions of Member States of the European Community : National Viewpoints from Continental Europe », *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, sous la direction de E. Ellis, Oxford, Hart Publishing, 1999, pp. 37 et 38).

(100) Voy. C.E., n^o 45.844, 28 janv. 1994; C.E., n^o 41.618, 19 janv. 1993, *S.A. Gaumont c. Etat belge*; C.E., n^o 90.369, 24 oct. 2000, *De Proft, A.P.M.*, 2000, p. 188. Voy. également, au niveau de la section de législation, avis L. 24240/9 du 20 mars 1995 sur un avant-projet de décret « relatif aux déchets » (*Doc. C.R.W.*, 1994-1995, cité par R. Andersen et P. Nihoul, « Le Conseil d'Etat - Chronique de juris-

core, de ne pas s'en être tenu aux moyens « indispensables » pour y parvenir (103).

Dans une seconde série d'arrêts par contre, la Cour énonce qu'il ne lui appartient pas « d'examiner (...) si l'objectif poursuivi par le législateur pourrait être atteint ou non par des mesures légales différentes » (104).

Prima facie, ces différentes prises de position de la Cour d'arbitrage pourraient apparaître contradictoires (105). Un membre éminent de cette dernière n'hésite au demeurant pas à écrire que la seconde d'entre elles procède d'une erreur de doctrine (106).

63. — A y regarder de près cependant, les enseignements issus des deux séries d'arrêts précités pourraient malgré tout être réconciliés, en posant la distinction entre *règle de proportionnalité*, d'une part, et *contrôle de proportionnalité*, d'autre part (107). La *règle de proportionnalité*, comprise comme les impératifs de comportement mis à charge du législateur, serait en toute matière identique, et comprendrait en l'occurrence une exigence de *nécessité* des mesures par lui adoptées. Le *contrôle de proportionnalité*, compris comme la compétence que se reconnaît le juge constitutionnel pour juger de l'observation par le lé-

gislateur de la règle de proportionnalité, ne serait quant à lui pas en toute matière identique, mais verrait son étendue varier en fonction de la marge d'appréciation consentie au législateur. Cette marge est-elle étroite (tel est le cas lorsque des droits fondamentaux sont en cause) (108)? La Cour s'estimera alors compétente pour vérifier le respect de l'exigence de nécessité. Cette marge est-elle au contraire large? La Cour déclinera alors sa compétence pour opérer une telle vérification, présumant en quelque sorte de manière irréfutable qu'il ne s'offrirait pas au législateur d'alternatives moins restrictives à la mesure querellée (109).

64. — Cette reconstruction, apte à fournir une cohérence à une jurisprudence qui, *prima facie*, pouvait apparaître erratique, est cependant mise à mal — pour ne pas dire à néant — par les arrêts commentés. En effet, la Cour ne se borne pas à dénier sa compétence pour vérifier l'existence d'alternatives moins restrictives à la mesure querellée, ce qui eût pu se concevoir si l'on s'était trouvé dans une problématique où le législateur jouit d'une large marge d'appréciation (110). La Cour va jusqu'à contester l'*insertion même* de l'exigence de nécessité au sein des impératifs déduits de la règle de proportionnalité (111), rendant du même coup incompréhensible une frange non négligeable de la jurisprudence constitutionnelle antérieure, et frappant d'obsolescence une série impressionnante de commentaires doctrinaux formés à son propos.

65. — Que le brouillard entourant la portée du principe de proportionnalité s'épaississe encore alors que l'on s'apprête à fêter le quatorzième anniversaire du premier arrêt de la Cour d'arbitrage relatif aux articles 10 et 11 de la Constitution, a de quoi étonner. L'on s'inquiétera également de l'indétermination conceptuelle dans laquelle le juge constitutionnel belge cantonne ce principe cardinal de la protection des droits et libertés, à l'heure où, parallèlement, on lui confie la garde de l'ensemble du titre II de la Constitution (112)...

(108) C.A., n° 74/92, 18 déc. 1992, considérant B.3.6.

(109) Cette grille de lecture, et la distinction entre *règle et contrôle* de proportionnalité qui lui est sous-jacente, est empruntée par D. Vanheule, *Amerikaanse modellen van grondwettigheidstoetsing toegepast op de rechtspraak van het Arbitragehof over artikelen 10 en 11 van de Grondwet*, thèse, Universiteit Antwerpen, 2001, version ronéo, vol. II, pp. 371 à 373 et 430 à 432.

(110) *Quod non*, semble-t-il, au regard de l'analyse approfondie livrée par D. Vanheule de la jurisprudence de la Cour (*op. cit.*, pp. 433 et s.). L'auteur relève en effet que cette jurisprudence est caractérisée par un contrôle de proportionnalité strict lorsqu'il est porté atteinte aux droits de vote et d'éligibilité. Tel était précisément le cas dans l'espèce 36/2003.

(111) A notre connaissance, il n'existait qu'un seul précédent en sens similaire, quoique moins radical que les arrêts n°s 35/2003 et 36/2003 : C.A., n° 37/98, 1^{er} avril 1998, considérant B.5.2 : « Dès lors que l'objectif [poursuivi par le législateur] peut être atteint au moyen de la mesure contestée et que celle-ci n'est pas manifestement disproportionnée à cet objectif, il n'appartient pas à la Cour d'indiquer que cet objectif aurait pu être atteint en prenant d'autres mesures ou des mesures moins extrêmes ».

(112) Articles 2 et 9, a, de la loi spéciale du 9 mars 2003 modifiant la loi spéciale du 6 janvier 1989 relative à la Cour d'arbitrage, *M.B.*, 11 avril 2003.

66. — Dans les arrêts n°s 35/2003 et 36/2003 — ce dernier lui étant d'ailleurs entièrement consacré — plusieurs requérants considéreraient que la représentation flamande garantie au sein du conseil régional bruxellois comportait une violation des articles 10 et 11 de la Constitution, lus en combinaison avec l'article 3 du premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, en ce qu'elle soustrayait, *in fine*, le nombre d'élus de chaque groupe linguistique du conseil régional bruxellois au libre jeu des élections et au libre choix des électeurs (113).

67. — S'appuyant sur l'abondante jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (114), la Cour rappelle, en réponse au grief, que « le droit de vote et le droit de se porter candidat découlant de [l'article 3 du premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme] (115) ne sont pas absolus. Les restrictions imposées à ces droits doivent poursuivre *un but légitime* et lui être *proportionnées*. Elles ne peuvent affecter l'essence de ces droits » (116).

68. — Dans l'avis qu'elle rendit sur le projet de loi spéciale, la section de législation du Conseil d'Etat émettait de sérieuses réserves quant à la compatibilité du système proposé avec l'article 3 du premier Protocole additionnel. Elle n'apercevait pas en effet dans les travaux parlementaires le « but légitime » assigné au dispositif de représentation garantie imaginé, ni la démonstration du rapport raisonnable de proportionnalité entre cet hypothétique but légitime et les intérêts lésés par ce dispositif (117). Tendait une perche au législateur spécial, la section de législation faisait alors incidemment observer que, aux yeux de la défunte Commission européenne des droits de l'homme, la protection des *minorités*

(113) Voy. C.A., n° 35/2003, considérant A.10.1., et C.A., n° 36/2003, considérant A.3.1.

(114) Cour eur. D.H., arrêt *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique*, 2 mars 1987, § 52; Cour eur. D.H., arrêt *Gitonas e.a. c. Grèce*, 1^{er} juillet 1997, § 39; Cour eur. D.H., arrêt *Ahmed e.a. c. Royaume-Uni*, 2 sept. 1998, § 75; Cour eur. D.H., arrêt *Matthews c. Royaume-Uni*, 18 févr. 1999, § 63; Cour eur. D.H., arrêt *Labita c. Italie*, 4 juin 2000, § 201; Cour eur. D.H., arrêt *Podkolzina c. Lettonie*, 9 avril 2002, § 33; Cour eur. D.H., arrêt *Sadak e.a. c. Turquie*, 6 juin 2002, § 31.

(115) Pour mémoire, l'article 3 du premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme prévoit que : « Les hautes parties contractantes s'engagent à organiser, à des intervalles raisonnables, des élections libres au scrutin secret, dans les conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif ».

(116) Voy. C.A., n° 35/2003, considérant B.15.4., et C.A., n° 36/2003, considérant B.5. (notre accent).

(117) Avis 31.644/VR du 17 mai 2001, Sén., *Doc. parl.*, 2000-2001, n° 2-709/6, p. 2 et 3. Voy., pour un développement des arguments présentés dans l'avis, X. Delgrange et S. van Drooghenbroek, « La signature de la Convention-cadre sur la protection des minorités nationales et les mesures de protection des minorités contenues dans les lois spéciales », *A.P.T.*, 2002, p. 284.

pour but « d'écarter plus vite les demande d'asile qui ne répondent d'aucune manière à la définition de la Convention de Genève et qui seront dès lors inévitablement rejetées. Ces mesures sont prises tant dans l'intérêt des demandeurs d'asile eux-mêmes que dans celui de la société belge (...) ». Cette distinction se fonde sur des constatations objectives. Elle est en rapport avec le but poursuivi. Elle est cependant hors de proportion avec celui-ci qui peut être atteint par l'application d'autres dispositions de la loi (...) » (notre accent).

(103) Voy. C.A., n° 107/98, 21 oct. 1998, considérant B.6.3. : « Lorsque le législateur apporte des limitations à l'exercice d'un droit fondamental, il ne peut le faire que dans la mesure indispensable à l'objectif qu'il poursuit ».

(104) Voy. e.a., C.A., n° 13/89, 13 oct. 1989, considérant B.2.7.; C.A., n° 20/91, 4 juill. 1991, considérant B.10; C.A., n° 25/92, 7 mai 1992, considérant 4.B.7.; C.A., n° 10/91, 2 mai 1991, considérant B.10.; C.A., n° 42/97, 14 juill. 1997, considérant B.21.2.

(105) Voy. E. Willemart, *op. cit.*, p. 212 et réf. cit.

(106) P. Martens, « Le métier de juge constitutionnel », *La saisine du juge constitutionnel - Aspects de droit comparé*, sous la direction de F. Delpérée et P. Foucher, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 36 et 37 : « S'inspirant du Conseil constitutionnel français, la Cour a dit « qu'elle ne dispose pas d'un pouvoir d'appréciation comparable à celui des assemblées démocratiquement élues ». Mais cette dénégation ne se trouve que dans des arrêts où elle s'abstient d'exercer un pouvoir d'appréciation dont, dans d'autres arrêts, elle ne s'est pas privée d'user. A côté de ces dénégations qu'on pourrait appeler rituelles, voire un peu fourbes, la Cour a parfois usé de formules dont elle s'est aperçue ultérieurement qu'elles étaient fausses. Ainsi, on lit dans des arrêts qui ne sont pas récents : « il n'appartient pas à la Cour d'examiner si l'objectif poursuivi ne pourrait être atteint par d'autres mesures ». Mais le *contrôle de proportionnalité* consiste précisément à vérifier si une mesure, qui est en rapport avec l'objectif poursuivi (*contrôle d'adéquation*) ne pouvait atteindre celui-ci par une autre mesure, moins attentatoire aux droits et libertés sur lesquels elle empiète » (notre accent).

(107) Cette distinction constitue également une clé de lecture de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Voy. S. van Drooghenbroeck, *La proportionnalité...*, *op. cit.*, pp. 171-174.

linguistiques — en l'espèce de la minorité néerlandophone de la Région de Bruxelles-capitale — pourrait constituer le but légitime requis (118).

69. — La doctrine, et même certains parlementaires, saisissent la perche tendue par le Conseil d'Etat, assignant explicitement à la représentation garantie querellée la fonction de mécanisme de protection de la *minorité néerlandophone bruxelloise* (119).

Devant la Cour d'arbitrage, le conseil des ministres, de manière beaucoup plus explicite que dans les travaux préparatoires de la loi spéciale (120), abondait *in fine* dans un sens identique : à son estime, la représentation garantie litigieuse était indispensable, étant donné que « les mécanismes analogues de protection de la *minorité francophone* au niveau fédéral et de la *minorité néerlandophone* au niveau bruxellois, mis en place jusqu'à présent, ne sont pas suffisants en raison du nombre restreint de représentants flamands à Bruxelles » (121). Outre la nécessité d'une surreprésentation flamande pour assumer les prérogatives qui lui sont dévolues dans la Région de Bruxelles-capitale (122), le conseil des ministres confirmait ainsi expressément que la fixation de cette représentation constitue un mécanisme de protection de la minorité néerlandophone de Bruxelles. Le gouvernement flamand légitimait tout aussi explicitement le système créé par le biais des mécanismes de protection des minorités (123).

70. — A l'inverse des positions précédemment exposées, quelques requérants soutenaient que la population néerlandophone de Bruxelles ne pouvait pas se prévaloir du statut de « minorité » légitimant le système proposé (124) : les protections jusqu'ores mises en

place au profit de cette population — parité du gouvernement régional, exigence de double majorité pour l'adoption des ordonnances de la commission communautaire commune... — avaient l'effet, à leur estime, d'ériger cette population en groupe « codominant » au niveau bruxellois, et de neutraliser de la sorte le caractère minoritaire qui est le sien sur un plan strictement numérique.

71. — Théâtres d'une telle controverse, les arrêts nos 35/2003 et 36/2003 allaient enfin, espérait-on, trancher la délicate question de l'existence de minorités en Belgique, et apporter de la sorte quelque éclaircissement dans le débat relatif à la Convention-cadre sur la protection des minorités nationales (125) (126).

72. — La solution adoptée par la Cour témoigne du dilemme cornélien qu'elle a, semblait-il, dû résoudre, entre d'une part le droit qu'elle s'est reconnu de légitimer la loi spéciale du 13 juillet 2001, et, d'autre part, son peu d'enthousiasme à trancher la question des minorités en Belgique. Relevant tout d'abord que, au regard de l'article 3 du premier Protocole additionnel, « rien ne s'oppose en principe à ce qu'une représentation fixe soit prévue pour une *minorité numérique* » (127), elle ajoute que l'atteinte portée à cet article 3 est proportionnée à l'objectif poursuivi par le législateur spécial, « à savoir assurer aux représentants du *groupe linguistique le moins nombreux* les conditions nécessaires à l'exercice de leur mandat, et, par là, garantir un fonctionnement démocratique normal des institutions concernées » (128).

73. — L'utilisation par la Cour du terme « minorité » peut laisser croire qu'elle a considéré les néerlandophones de Bruxelles comme une minorité, conformément à sa jurisprudence antérieure détaillée ci-après (129). Mais l'interprétation contraire peut tout aussi bien être soutenue, puisque la Cour utilise une autre expression pour les désigner explicitement, à savoir celle de « groupe linguistique le moins nombreux ».

74. — Le flou des arrêts nos 35/2003 et 36/2003, contraste, à y regarder de près, avec la prudente mais abondante jurisprudence que la Cour avait, jusqu'alors, élaborée en matière de minorité linguistique. Après avoir consacré, en 1990, l'existence de « minorités linguistiques » dans les communes visées par l'article 8 des lois coordonnées du 18 juillet 1966 sur l'emploi des langues en matière administrative (130), la jurisprudence constitutionnelle avait reconnu, dès 1996, le caractère « minoritaire », au sens de l'article 27 (131) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, des francophones de la Région unilingue de langue néerlandaise et des flamands de la Région unilingue de langue française, ou plus généralement des populations sises dans les régions linguistiques unilingues dont la langue n'est pas la leur (132). Cette position de la Cour était particulièrement remarquable (133), car elle s'écarterait de l'interprétation restrictive donnée par le comité des droits de l'homme à l'article 27 du P.I.D.C.P., qui ne reconnaît pas le statut de minorité à un niveau subétatique (134).

2003

532

(118) Note 4, p. 3, de l'avis 31.644/VR du 17 mai 2001 précité. La section de législation y fait référence à la décision de la Comm. eur. D.H., *Polacco et Garofalo c. Italie*, 15 sept. 1997, n° 23.450/94, D.R., vol. 90-A, (5), 10.

(119) Voy. notam. : F. Judo, « De Brusselse instelling en de bescherming van de minderheden », *De vijfde Staatshervorming van 2001*, sous la direction de A. Alen, Die Keure, Brugge, 2002, p. 243; X. Delgrange et S. van Drooghenbroeck, *op. cit.*, p. 273. Quant aux parlementaires, voy. le rapport de la commission des affaires institutionnelles du Sénat, *Doc. parl.*, 2000-2001, n° 2-709/7, pp. 264 et 265.

(120) Le gouvernement y indique laconiquement que la surreprésentation garantie vise simplement « à prévoir des garanties d'association de ce groupe linguistique aux activités des institutions bruxelloises » (réponse du gouvernement communiquée en commission du Sénat, *Doc. parl.*, sess. 2000-2001, n° 2-709/7, pp. 261-262). Le gouvernement se garde d'y affirmer que le système mis en place vise à assurer la protection de la minorité néerlandophone de Bruxelles (voy. X. Delgrange et S. Van Drooghenbroeck, *op. cit.*, p. 285), alors que dans l'arrêt commenté, on constatera au contraire que le conseil des ministres n'hésite pas à utiliser le terme « minorité » pour justifier le même mécanisme.

(121) Voy. C.A., n° 36/2003, considérant A.5.10.1.

(122) Voy. n° 58.

(123) Voy. C.A., n° 35/2003, considérant A.10.4., et C.A., n° 36/2003, considérant A.7.1.

(124) Voy. C.A., n° 36/2003, considérants A.5.8.2. et A.5.8.4.

(125) La définition du concept de minorité fait l'objet de fortes controverses en Belgique, depuis les exhortations multiples à la ratification de la Convention-cadre qui ont été adressées à celle-ci par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (voy. la résolution 1172 de 1998, la recommandation 1492 de 2001, et la résolution 1301 de 2002, <http://assembly.coe.int>). Voy. notam. à ce sujet : « Convention-cadre pour la protection des minorités nationales (Conseil de l'Europe) », Rapport du groupe d'experts en matière constitutionnelle, requis par la C.I.P.E. du 12 mars 1996, *C.D.P.K.*, 1998, pp. 491 à 527; A. Alen et P. Peeters, « Het Rapport Colomberg namens de Raad van Europa en de Belgische taalwetgeving : een storm in een glas water », *T.B.P.*, 1999, pp. 387 à 393; X. Delgrange et S. van Drooghenbroeck, *op. cit.*, pp. 273 à 279. L'usage de ce terme dans notre droit national, bien que juridiquement distinct de la définition de la minorité au sens de la Convention-cadre, ne peut cependant être dépourvu d'incidence sur l'interprétation de la Convention-cadre. Comme le rappellent deux éminents auteurs, « *the recognition of a minority in national law and practice would render the exclusion of the same minority from the benefits of the framework convention inadmissible* » (J. Frowein et R. Bank, « The Effect of Member State's Declarations Defining "National Minorities" Upon Signature or ratification of the Council of Europe's Framework Convention », *ZaöRV*, 1999, p. 665).

(126) Faut-il rappeler que la signature de cette Convention a fait partie intégrante de l'accord politique qui a notamment abouti à la loi spéciale du 13 juillet 2001 ?

(127) Voy. C.A., n° 35/2003, considérant B.16.5., et C.A., n° 36/2003, considérant B.6. (notre accent).

(128) Voy. C.A., n° 35/2003, considérant B.16.8., et C.A., n° 36/2003, considérant B.9. (notre accent).

(129) Voy. *infra*, n° 74.

(130) Voy. C.A. n° 18/90, 23 mai 1990, spécialement considérants B.9.1. et B.9.2.

(131) Cet article dispose que « Dans les Etats où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue ».

(132) Ce qui étend le caractère minoritaire aux germanophones de la Région unilingue de langue française. Voy. C.A. n° 54/96, 3 oct. 1996, considérants B.8.2. et B.9., confirmé par une jurisprudence constante : C.A. n° 22/98, 10 mars 1998; C.A. n° 30/2000, 21 mars 2000, considérant B.4.2.; C.A., n° 56/2000, 17 mai 2000, considérant B.4.1.; C.A., n° 145/2001, 20 nov. 2001, considérants B.3.2. et B.6.

(133) Voy. S. van Drooghenbroeck, obs. sous C.A. n° 90/94, in O. De Schutter et S. van Drooghenbroeck, *Le droit international des droits de l'homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, 1999, p. 571.

(134) Constatations du 31 mars 1993, comm. J. Ballantyne, E. Davidson et G. Mac Intyre c. Canada, nos 359/1989 et 385/1989, *R.U.D.H.*, 1993, p. 156, selon lesquelles les anglophones du Québec ne sont pas une minorité au sens de l'article 27 du P.I.D.C.P. En ce sens, voy. les avis de MM. Velaers, Senelle et Suy dans le rapport du groupe d'experts requis par la C.I.P.E., *op. cit.*, pp. 509 et s. *Contra* : la critique de P. Vandernoot, « Les aspects linguistiques du droit des minorités », *R.T.D.H.*, 1997, pp. 320 et 321; ou encore la définition donnée à l'article 1^{er}, *d.*, du projet de Protocole additionnel proposé par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe dans sa recommandation 1201 de 1993 (une minorité nationale désigne un groupe de personnes dans un Etat qui [...] sont suffisamment représentatives, tout en étant moins nombreuses que le

En outre, en admettant également le caractère minoritaire des néerlandophones de Bruxelles dans les arrêts n^{os} 90/94, 83/97 et 95/98 (135), la Cour estimait, d'une part, que les néerlandophones majoritaires sur le plan national pouvaient être considérés comme une minorité au sein de la Région de Bruxelles-capitale (136), et refusait implicitement, d'autre part, la théorie de la « codominance », selon laquelle un groupe numériquement inférieur ne peut être qualifié de « minorité » s'il dispose de protections telles qu'il ne risque pas de subir la domination du groupe numériquement supérieur (137).

75. — C'est par rapport à ces derniers arrêts que les arrêts n^{os} 35/2003 et 36/2003 semblent opérer un repli, se bornant à l'emploi des termes ambigus de *minorité numérique* et de *groupe linguistique le moins nombreux* pour désigner les néerlandophones bruxellois, là où le conseil des ministres, le gouvernement flamand et la section de législation du Conseil d'Etat utilisaient quant à eux la notion beaucoup plus franche et évocatrice de *minorité*, à l'instar, précisément, de la jurisprudence antérieure de la Cour.

76. — Faut-il déduire de ce changement de vocabulaire une volonté délibérée de la Cour de rompre avec sa jurisprudence passée? Doit-on au contraire conclure que la Cour a plus simplement voulu introduire dans cette jurisprudence un flou conceptuel qui la mettrait à l'abri de toute récupération par les protagonistes du débat sur l'identification des minorités en Belgique?

Ces deux interprétations concurrentes peuvent l'une et l'autre s'alimenter de la réponse des arrêts n^{os} 35/2003 et 36/2003 aux griefs relatifs à la suppression de la double majorité au conseil de la Région de Bruxelles-capitale et à l'assemblée réunie de la commission communautaire commune, organisée par les articles 31, 32 et 39 de la loi spéciale du 13 juillet 2001 portant transfert de diverses compétences aux Régions et Communautés. Cette suppression, jugée par les requérants comme contraire à la protection de la *minorité néerlandophone bruxelloise*, est simplement justifiée par la Cour au regard de l'équilibre entre l'exigence d'une protection suffisante du *groupe linguistique le moins nombreux* et la nécessité de garantir le bon fonctionnement de l'assemblée concernée. Ici encore pourtant le conseil des ministres avait expressément invoqué l'existence d'une *minorité néerlandophone bruxelloise* (138).

reste de la population de cet Etat ou d'une région de cet Etat), <http://assembly.coe.int>.

(135) Voy. C.A. n^o 90/94, 22 déc. 1994, considérant B.14.4., confirmé par une jurisprudence constante : C.A., n^o 83/97, 17 déc. 1997, considérant B.6.5.; C.A., n^o 95/98, 16 sept. 1998, considérant B.4.5.

(136) J. Clément et X. Delgrange, « La protection des minorités », *Het statuut van Brussel - Bruxelles et son statut*, Bruxelles, Larcier, 1999, pp. 523 et 524.

(137) Voy. les avis de MM. Velaers, Senelle et Suy, en faveur de cette théorie, dans le rapport du groupe d'experts requis par la C.I.P.E., *op. cit.*, pp. 496, 507 et 508. Pour une critique de cette théorie, voy. X. Delgrange et S. Van Drooghenbroeck, *op. cit.*, pp. 276 et 277.

(138) Voy. C.A., n^o 35/2003, considérants A.19.1., A.20.2., B.19.2., B.19.6. et B.19.7.

77. — Pour accréditer la thèse d'un éventuel revirement de jurisprudence, les derniers développements qu'a connus le droit des minorités en Belgique pourraient éventuellement paraître pertinents. La résolution 1301, adoptée le 26 septembre 2002 par l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, relative à la protection des minorités en Belgique, et établie sur la base du rapport de Mme Nabholz-Haidegger, exclut en effet expressément les francophones de Belgique et les néerlandophones de Bruxelles du statut de « minorité » au sens de la Convention-cadre sur la protection des minorités nationales (139). Cette exclusion repose sur la théorie de la « codominance » exposée ci-dessus. Par contre, l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe exhorte la Belgique à reconnaître comme « minorités nationales » : au niveau de l'Etat, la Communauté germanophone; au niveau régional, les francophones vivant dans la région de langue néerlandaise et dans la région de langue allemande; et les néerlandophones et les germanophones vivant dans la région de langue française.

78. — A cette aune, oserait-on postuler que la déchéance du statut minoritaire de la population néerlandophone bruxelloise à laquelle, en rupture avec sa jurisprudence antérieure, la Cour aurait procédé dans les arrêts n^{os} 35/2003 et 36/2003, s'expliquerait en réalité par un ralliement de cette Cour aux points de vue adoptés par l'assemblée parlementaire?

79. — Si l'on retenait cette lecture — faut-il le dire, particulièrement audacieuse — d'autres considérants de l'arrêt n^o 35/2003 pourraient — de manière non moins audacieuse — recevoir un éclairage nouveau. Dans cet arrêt, la Cour a comparé la protection du *groupe linguistique le moins nombreux* au niveau des institutions fédérales (les francophones) avec la protection du *groupe linguistique le moins nombreux* au niveau des institutions bruxelloises (140). Pour désigner ces deux groupes, la Cour omet donc volontairement la qualification de « minorité ». Or, il s'agit précisément des deux groupements auxquels l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe dénie également la qualité de « minorité », en raison de la « codominance » qui leur est assurée dans le système institutionnel fédéral et bruxellois.

Le parallélisme que l'on tenterait d'apercevoir entre les positions respectives de la Cour d'arbitrage et de l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, pourrait encore s'alimenter d'autres *dicta* de l'arrêt n^o 35/2003. Pour répondre aux moyens contestant le maintien de la compétence du législateur fédéral pour modifier la loi du 9 août 1988 dite « de pacification communautaire » — en tant qu'elle concerne l'organisation et le fonctionnement, au sens large, des communes périphériques et des communes de Comines-Warnton et de Fourons — la Cour se réfère expres-

(139) Rapport sur la protection des minorités nationales en Belgique fait au nom de la commission des affaires juridiques et des droits de l'homme par Mme Nabholz-Haidegger, tel qu'adopté par ladite commission le 18 mars 2002 (doc. 9395), pt. 31; et résolution de l'assemblée parlementaire n^o 1301 adoptée le 26 sept. 2002, pts. 14 et 15 (voy. <http://assembly.coe.int>).

(140) Voy. C.A., n^o 35/2003, considérant B.19.7.

sément à sa jurisprudence antérieure, selon laquelle l'objectif général de cette loi de pacification est de permettre « une participation harmonieuse des majorités et *minorités linguistiques* à la gestion communale et à rencontrer certains souhaits des *minorités linguistiques* » (141). Brusquement, le terme de « minorité linguistique » réapparaît pour désigner un groupe numériquement inférieur sis dans une région unilingue dont la langue n'est pas la sienne. La Cour entendrait-elle ainsi confirmer cet acquis de sa jurisprudence, pour cette raison qu'il est, quant à lui, en parfaite harmonie avec les conclusions de l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe?

80. — On aperçoit donc dans les arrêts n^{os} 35/2003 et 36/2003 une série d'indices qui pourraient être versés à l'appui de la thèse selon laquelle la Cour d'arbitrage aurait, implicitement, résolu d'aligner ses propres positions sur la question minoritaire belge sur celle de l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe. Tout aussi implicitement, ces arrêts pourraient alors être ressaisis comme une invitation au gouvernement belge à procéder lui aussi à un tel alignement, lorsqu'il ratifiera la Convention-cadre.

81. — Répétons-le cependant : il s'agit là d'une lecture tout à fait audacieuse de ces arrêts. Les prétendus indices relevés pourraient n'être que fortuits, et la convergence qu'il sont censés traduire avec les positions européennes relèverait alors du mirage pur et simple.

Une autre lecture de ces arrêts se profile alors, sans doute plus crédible quoique moins enthousiasmante : le changement de vocabulaire de la Cour, et singulièrement, l'innovation que constitue le très amphigourique « groupe linguistique le moins nombreux », n'a eu d'autre vocation que d'injecter dans la jurisprudence constitutionnelle une dose de flou suffisante pour qu'elle soit inutilisable dans le débat relatif à la Convention-cadre. En un mot, la Cour d'arbitrage n'aurait eu d'autre objectif que de garantir sa neutralité dans ce débat. Ce faisant, elle abdique le rôle pédagogique que l'on est en droit d'attendre d'elle.

L'ANNULATION DE LA COMPOSITION ÉLARGIE DE LA COMMISSION COMMUNAUTAIRE FLAMANDE ET LE PROBLÈME DU VLAAMS BLOK

83. — On se souvient que quelques dispositions introduites dans la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises, à la suite des accords du Lombard, concernaient la composition de l'assemblée de la commission communautaire flamande. La complexité du dispositif institutionnel bruxellois oblige à rappeler en deux mots le statut et les attributions de cet organe. Il ne s'agit pas d'une assemblée législative. En effet, la Vlaamse Gemeenschapscommissie — appe-

(141) Voy. C.A., n^o 35/2003, considérant B.13.3., citation C.A., n^o 18/90, 23 mai 1990.

lons-la la V.G.C. — est une collectivité politique décentralisée dépendant de la Communauté flamande. Elle ne dispose donc que d'un pouvoir de réglementation et d'administration pour prolonger l'action de la Communauté flamande sur le territoire de la Région de Bruxelles-capitale.

83. — Avant l'intervention du législateur spécial du 13 juillet 2001, la composition de cette assemblée était symétrique à celle de l'assemblée de la commission communautaire française. Elle coïncidait avec le groupe linguistique néerlandais du conseil de la Région de Bruxelles-capitale, tout comme l'assemblée de la Cocof coïncide avec le groupe linguistique français de ce même conseil régional bruxellois. Ainsi le voulait — et le veut toujours — l'article 136 de la Constitution.

84. — Cette règle constitutionnelle n'avait pas empêché l'article 37 de la loi spéciale du 13 juillet 2001 portant transfert de diverses compétences aux Régions et Communautés, de prévoir l'adjonction de cinq membres supplémentaires à ce groupe linguistique néerlandais, pour les compétences que la V.G.C. exerce seule. Cette réforme devait entrer en vigueur à l'occasion du prochain renouvellement du conseil de la Région de Bruxelles-capitale. En vertu de l'article 38 de la même loi, les cinq membres supplémentaires devaient être désignés parmi les candidats non élus figurant sur les listes appartenant au groupe linguistique néerlandais pour l'élection du conseil de la même Région, la répartition des sièges s'opérant toutefois sur la base des chiffres électoraux obtenus par chacune des listes pour l'élection du conseil flamand, et non du conseil de la Région de Bruxelles-capitale.

85. — Ce dispositif baroque et incompréhensible pour le commun des mortels était justifié par le souci de diluer le poids du Vlaams Blok qui est plus lourd, proportionnellement, parmi les électeurs bruxellois qui votent en faveur des listes flamandes que parmi les citoyens domiciliés dans la Région de langue néerlandaise, eu égard à l'hostilité de ce parti tant à l'égard de certains principes démocratiques que de ce qu'on a appelé le « modèle bruxellois » qu'il ambitionne de paralyser (142).

86. — Cette même préoccupation était à l'origine de trois autres innovations non négligeables.

(142) Voy. à ce sujet notamm. F. Judo, « De Brusselse instellingen en de bescherming van de minderheden », *De vijfde Staatshervorming van 2001*, sous la direction de A. Alen, Die Keure, Brugge, 2002, pp. 255 à 258; H. Simonart, « Le conseil flamand et la commission communautaire flamande », *A.P.T., Numéro spécial. Saint-Polycarpe, Lombard et Saint-Boniface : une réforme à plusieurs visages*, vol. 2-3-4/2002, pp. 134 et s. et M. Uyttendaele, « Les accords du Lombard - Entre le réflexe salutaire et le salmigondis institutionnel », *Les lois spéciales et ordinaire du 13 juillet 2001 - La réforme de la Saint-Polycarpe*, op. cit., pp. 204 et s. Sur l'hostilité du Vlaams Blok à l'égard de certains principes démocratiques et du modèle bruxellois, voy. H. Dumont et F. Tulkens, « Les activités liberticides et le droit public belge », *Pas de liberté pour les ennemis de la liberté? Groupements liberticides et droit*, sous la direction de H. Dumont, P. Mandoux, A. Strowel et F. Tulkens, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 253 et s.

bles. La première concernait le système subsidiaire d'élection des membres du gouvernement de la Région bruxelloise et des secrétaires d'Etat régionaux. L'article 33 de la loi spéciale du 13 juillet 2001 prévoyait que si la majorité au sein du groupe linguistique néerlandais présente des candidats qui n'obtiennent pas la majorité absolue au sein du conseil, une nouvelle élection est organisée au cours de laquelle les candidats du groupe linguistique néerlandais sont alors présentés par la majorité absolue, non plus de ce groupe linguistique, mais de l'assemblée élargie de la V.G.C. (143).

La deuxième, qui prolonge la première, avait trait aux motions de méfiance constructive à l'égard des membres du gouvernement bruxellois autres que son président : une majorité au sein de la même assemblée élargie est nécessaire si les intéressés ont été présentés par celle-ci selon la règle que l'on vient de décrire (144).

La troisième enfin a modalisé la règle de la double majorité (majorité absolue des membres du conseil ou de l'assemblée réunie de la commission communautaire commune et majorité dans chaque groupe linguistique) : si la majorité absolue est atteinte au sein de l'assemblée mais non au sein d'un groupe linguistique, un second vote est organisé qui doit recueillir la majorité absolue des suffrages dans l'assemblée et seulement un tiers au moins des suffrages dans chaque groupe linguistique (145).

87. — Si la Cour a rejeté les critiques formulées par les requérants contre cette dernière réforme (146), il n'en pas été de même pour les autres innovations que l'on vient de rappeler en rapport avec la nouvelle composition de la V.G.C. En effet, la Cour a annulé l'article 38 devenu l'article 60bis de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises, qui prévoit l'adjonction des cinq membres non élus au groupe linguistique néerlandais selon les modalités décrites ci-avant. C'est en définitive l'unique disposition de la loi spéciale du 13 juillet 2001 portant transfert de diverses compétences aux Régions et Communautés qu'elle annulera au terme de ses 89 pages d'arrêt. C'était sûrement aussi la partie la plus prévisible de celui-ci. La doctrine était en effet unanime pour appuyer la section de législation du Conseil d'Etat dans sa dénonciation de la violation évidente de l'article 136 de la Constitution.

88. — Il est toutefois intéressant d'observer que la Cour ne s'est pas limitée à constater simplement la violation de l'article 136 combiné avec les articles 10 et 11. On aurait pu s'attendre à ce qu'elle le fasse. Il lui aurait suffi en effet de dire que la différence de trai-

tement entre les électeurs bruxellois francophones et néerlandophones en ce qui concerne leur représentation dans les affaires unicomunautaires n'était susceptible d'aucune justification puisqu'elle était contraire à l'article 136. Elle aurait pu sur cette base annuler l'article 37, et, dans la foulée, toutes les dispositions attaquées qui se référaient à la composition particulière de l'assemblée de la commission communautaire flamande.

89. — La Cour écarte néanmoins le moyen dirigé contre l'article 37 pour le motif, peu convaincant, que « les moyens ne font pas apparaître au détriment de quelle catégorie de personnes le principe d'égalité serait violé par l'adjonction de membres à l'assemblée de la commission communautaire flamande » (147).

90. — Ce faisant, elle s'ouvre une autre voie. Après avoir rappelé qu'« en vertu des articles 116 et 136 de la Constitution, l'assemblée de la commission communautaire flamande est composée de mandataires élus », elle pose seulement que « les représentants siégeant dans un organe représentatif sont, en règle, désignés par les citoyens qui peuvent être affectés par les décisions de cet organe » et que, « lorsqu'il donne exécution à l'article 136 de la Constitution, le législateur spécial ne peut choisir une règle qui, sans justification admissible, déroge » à ce principe (148). La pointe de son contrôle porte donc sur le caractère « admissible » de la justification donnée par le législateur spécial à l'appui de sa dérogation au principe en cause.

La Cour estime alors que si « des mesures radicales » peuvent être prises « pour éviter que les libertés politiques qui rendent la démocratie vulnérable soient utilisées afin de la détruire, encore faut-il que de telles mesures soient limitées à la protection du caractère démocratique du régime et ne méconnaissent pas les articles 10 et 11 de la Constitution » (149). Or, continue-t-elle, le souci d'empêcher le blocage des institutions bruxelloises ne constitue pas un objectif suffisant « pour justifier le mode de désignation de cinq membres supplémentaires (...) qui ne présente aucun lien avec la volonté exprimée par les électeurs bruxellois. Cette dérogation revient à soumettre ceux-ci à un traitement différent qui, faute de justification admissible, viole les articles 10 et 11 de la Constitution » (150).

Dans la foulée, la Cour constate que les autres dispositions de la loi spéciale du 13 juillet 2001 (151) qui se réfèrent à la nouvelle composition de l'assemblée de la V.G.C., concernant l'élection des membres du gouvernement régional et des secrétaires d'Etat régionaux, ainsi que la motion de méfiance constructive, ne pourront pas être appliquées en raison de

(143) Voy. à ce sujet B. Renaud, « Le conseil et le gouvernement de la Région de Bruxelles-capitale et la commission communautaire commune », *A.P.T., Numéro spécial. Saint-Polycarpe, Lombard et Saint-Boniface : une réforme à plusieurs visages*, vol. 2-3-4/2002, pp. 139 et s.

(144) Cf. article 35 de la loi précitée du 13 juillet 2001 et B. Renaud, *ibidem*, p. 140.

(145) Cf. articles 31, 32 et 39 de la loi précitée du 13 juillet 2001 et B. Renaud, *ibidem*, pp. 140 et s.

(146) Cf. C.A., n° 35/2003, considérants B.19.1. et s.

(147) Le moyen était pourtant dirigé à la fois contre les articles 37 et 38 et, si l'on se réfère au point A.11.2., indiquait que « les dispositions en cause violent les droits des électeurs bruxellois néerlandophones ».

(148) C.A., n° 35/2003, considérants B.17.7. à B.17.9.

(149) C.A., n° 35/2003, considérant B.17.4., qui renvoie à C.A., n° 10/2001.

(150) C.A., n° 35/2003, considérant B.17.10.

(151) A savoir les articles 33, 35 et 36.

l'annulation de l'article 38 qui conclut son raisonnement (152).

91. — Comment comprendre celui-ci? La Cour a-t-elle voulu laisser la porte ouverte à un mécanisme « anti-blocages institutionnels » (153) plus fin et mieux motivé? Ce mécanisme pourrait-il, sans s'exposer à un grief d'inconstitutionnalité tiré de l'article 136, adjoindre à la composition de la V.G.C. des « membres élus » autres que ceux qui siègent dans le groupe linguistique néerlandais du conseil régional bruxellois, et qui présenteraient néanmoins un lien suffisant « avec la volonté exprimée par les électeurs bruxellois », en faisant appel à une « justification admissible » pour fonder une dérogation au principe qui veut que « les représentants siégeant dans un organe représentatif sont, en règle, désignés par les citoyens qui peuvent être affectés par les décisions de cet organe »?

Cela paraît juridiquement impossible à justifier. Comme l'écrit F. Judo, « le législateur spécial a bien la possibilité de modifier la composition (des) groupes linguistiques, mais il ne peut pas s'écarter du principe de base selon lequel il y a identité entre les groupes linguistiques et les commissions communautaires » (154), tant il est vrai que ce principe découle directement de l'article 136 de la Constitution. Il resterait donc à imaginer une composition alternative du groupe linguistique néerlandais du conseil de la Région de Bruxelles-capitale et, par voie de conséquence, de l'assemblée de la V.G.C., qui respecterait néanmoins les principes énoncés par la Cour. On pourrait songer, par exemple, à la formule envisagée par André Alen lors du colloque de février 1999 consacré à « Bruxelles et son statut ». Il suggérerait notamment d'inviter l'ensemble formé par les élus néerlandophones du conseil de la Région de Bruxelles-capitale et les élus bruxellois du conseil flamand à coopter un certain nombre de membres supplémentaires parmi les membres effectifs du conseil flamand élus dans la Région de langue néerlandaise, ces membres supplémentaires étant appelés à siéger dans le groupe linguistique néerlandais du conseil régional bruxellois (155). Ne pourrait-on pas soutenir que ces cooptés — qui auraient aussi la qualité d'élus que requiert l'article 116, § 2, alinéa 2, de la Constitution — présenteraient un lien suffisant avec la volonté exprimée par les électeurs bruxellois dans la mesure où ils ne seraient choisis que par des élus bruxellois? Ils constitueraient certes une dérogation au principe qui veut que « les représentants siégeant dans un organe représentatif sont, en règle, désignés par les citoyens qui peuvent être affectés par les décisions de cet organe » (considérant B.17.8.) puisqu'il s'agirait

d'élus issus de la région de langue néerlandaise, mais on ne saurait exclure que pareille dérogation puisse recevoir une justification admissible. Voilà en tout cas une piste que l'arrêt commenté semble laisser (délibérément?) ouverte.

92. — Quoiqu'il en soit, l'arrêt crée un flou certain quant à la loi applicable à la composition des institutions bruxelloises lors des prochaines élections régionales. Elle annule en effet le seul article 38. Comme les articles 33, 35, 36 renvoient à cette disposition, elle en déduit qu'ils « ne peuvent être appliqués pour ce qui concerne l'intervention de l'assemblée de la commission communautaire flamande ». Mais plutôt que de les annuler par voie de conséquence (156), elle se contente de déclarer « sans objet » « les moyens qui critiquent cette intervention » (B.18.3.) Plus étonnant, encore, elle ne tient pas le même raisonnement à l'égard de l'article 37, qui pourtant renvoie également à l'article 38. L'article 60, alinéa 5, de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises s'énonce donc encore comme suit : « Pour les compétences que la commission communautaire flamande exerce seule, le groupe linguistique (néerlandais du conseil de la Région de Bruxelles-capitale) comporte en outre cinq membres élus conformément à l'article 60bis » qui, lui, a été annulé.

93. — La Cour aurait voulu inciter le législateur spécial à ne pas laisser les choses en l'état et à remettre en chantier une réforme des institutions bruxelloises qu'elle ne s'y serait pas prise autrement (157). Ce faisant, elle intervient dans le débat politique en coupant l'herbe sous les pieds de ceux qui voudraient que la prochaine législature se dispense d'aborder des thèmes communautaires délicats. Est-ce bien là son rôle?

7 CONCLUSION

94. — Longtemps, l'on s'est interrogé sur la légitimité d'une juridiction compétente pour censurer les lois contraires à la Constitution. On a soulevé la nature nécessairement « politique » d'un tel contrôle (158); on a redouté le « gouvernement des juges ». Aujourd'hui encore, l'on ne cesse pas de s'étonner devant les pouvoirs d'un juge amené à se prononcer sur

(156) Ce qu'elle aurait pu faire d'autant plus aisément que ces dispositions étaient attaquées.

(157) Elle semble d'ailleurs adopter une attitude semblable dans l'arrêt n° 73/93, annulant partiellement la réforme électorale et dans lequel elle donne quatre ans au législateur pour revoir « la composition des circonscriptions électorales de l'ancienne province de Brabant » (considérents B.9.7. et B.9.8.).

(158) Voy. à cet égard H. Dumont, « Le contrôle de la constitutionnalité des lois et des décrets en Belgique : fonction juridictionnelle ou politique? », *Fonction de juger et pouvoir judiciaire - Transformations et déplacements*, Bruxelles, publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1983, spéc. pp. 79 à 82, et les réf. cit.

les choix posés par les assemblées délibérantes élues démocratiquement. Les Cours constitutionnelles ne sont-elles pas, finalement, des « oligarchies illégitimes », comme a pu se le demander le juge Martens pour forcer la réflexion (159)?

95. — Cependant, si la question de la légitimité de la Cour d'arbitrage se pose bel et bien, ce n'est peut-être pas en ces termes. Pour paraphraser Danièle Loschak (160), un double danger menace le fragile équilibre qui commande les rapports entre le pouvoir politique et le juge constitutionnel. On a très souvent aperçu le premier : que le juge fasse prévaloir ses propres vues, remettant ainsi en cause le principe démocratique qui exige que la responsabilité des affaires publiques soit assumée par des organes représentatifs, investis de la confiance du peuple. On a moins souvent identifié le second danger, qui est celui d'une trop grande soumission du juge au pouvoir politique, alors que le juge doit jouir d'une indépendance suffisante pour accomplir sa mission avec impartialité et imposer aux autorités politiques le respect du droit.

Or, à la réflexion, le danger de l'illégitimité qui guette la Cour d'arbitrage provient bien moins de l'audace dont elle fait preuve à l'occasion que de son refus quasi systématique d'exercer un strict contrôle de constitutionnalité lorsqu'est soumise à son examen une loi issue d'un accord politique ou institutionnel fragile. Souvent, le recours contre une telle loi est déclaré irrecevable pour défaut d'intérêt des requérants (161). S'il n'est pas possible de soulever des motifs de procédure, la Cour n'hésite pas à faire alors appel à des arguments d'autorité pour rejeter le recours (162). La Cour semble franchir encore un pas à l'occasion de l'arrêt n° 35/2003 : la préservation de la loi spéciale résultant de la Saint-Polycarpe passe cette fois par d'importants défauts de motivation...

96. — Certes, la Cour d'arbitrage a été créée dans le souci de tenir compte de la spécificité de son office; comme sa dénomination l'indique, la Cour a une vocation pacificatrice, « fédératrice » (163), et elle doit naturelle-

(159) P. Martens, « Les Cours constitutionnelles : des oligarchies illégitimes? », *La république des juges*, Liège, éditions du Jeune barreau, 1997, pp. 53 et s.

(160) D. Loschak, *Le rôle politique du juge administratif français*, Paris, L.G.D.J., 1972, p. 323.

(161) Voy. C.A., n° 18/90, 7 févr. 1990; C.A., n° 20/90; C.A., n° 21/90, 28 juin 1990; C.A., n° 30/90, 9 oct. 1990.

(162) Voy. par ex., C.A., n° 18/90, 23 mai 1990, qui s'est prononcé sur la loi du 9 août 1988 dite de « pacification communautaire », dans lequel la Cour fait appel à un « intérêt public supérieur » pour justifier les distinctions critiquées par les requérants. Voy. égalem., C.A., n° 78/97, 17 déc. 1997, relatif à l'article 87, §§ 2 et 3, de la loi spéciale de réformes institutionnelles : la Cour y affirme de manière péremptoire que « les Communautés, les Régions, les personnes morales de droit public qui en dépendent et leur personnel ne sont pas des personnes comparables à l'Etat fédéral, aux personnes morales de droit public qui en dépendent et au personnel de l'Etat ou de ces dernières » (considérant B.4. *in fine*).

(163) Selon le terme de F. Delépérée et S. Depré, *Le système constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles, Larcier, 1998, p. 265.

ment rester sensible aux consensus qui forment les fondations de la société belge. Sa composition, tellement critiquée par certains (164) à la naissance de l'institution, est un rappel permanent de ce souci primordial du constituant. Cependant, la nature politique des conséquences de ses décisions ne peut, en aucun cas, compromettre la nature juridictionnelle de sa mission (165) : la Cour « tranche, par voie d'arrêt » les questions de constitutionnalité qui lui sont soumises. La résolution de ces litiges particuliers se fait par l'application motivée de règles de droit. Telle est la fonction — et la seule — que la Constitution lui assigne.

97. — On sait que l'ère du « droit pyramidal » où l'on pouvait croire à une conception exclusivement syllogistique de l'office du juge, est aujourd'hui partiellement dépassée. Nous vivons de plus en plus à l'ère de l'enchevêtrement du droit pyramidal dans un droit plus vaste et plus complexe « en réseau » (166). La Constitution n'échappe pas à ce mouvement. Elle ne peut plus être pensée, à supposer qu'elle ait pu l'être un jour, comme l'expression d'une volonté univoque, « toujours déjà » inscrite dans son verbe, appelant une et une seule vérité constitutionnelle qu'un juge autorisé pourrait énoncer solitairement au nom de sa science. Comme l'écrit Dominique Rousseau, « la Constitution est un texte fait de mots et par conséquent irrémédiablement indéterminé et indéterminant, puisque le sens » — nous ajouterions : ultime — « des mots est à jamais indécidable » (167). Mais il n'est pas question de tomber pour autant dans le relativisme de celui qui en déduit que l'interprétation est une activité purement politique « qui peut faire dire à la Constitution ce qu'elle veut » (168). Pareille attitude serait suicidaire pour le droit dont une des vocations est d'être « le gardien des promesses » (169).

Avec François Ost et Michel van de Kerchove, on dira qu'il s'agit, en cas de doute, de privilégier la signification qui conforte le plus efficacement l'effet utile du texte, la cohérence d'ensemble de la loi, de l'œuvre, du système » (170), étant entendu — la précision

(164) *Doc. parl.*, Sénat, 1980-1981, n° 704/1, p. 61; F. Dumon, « *Quo vadimus?* », *J.T.*, 1980, pp. 504 et s.

(165) Voy. notam. F. Delpérée et A. Rasson-Roland, « En route pour la Cour d'arbitrage », *A.P.T.*, 1982, pp. 221 et s.; F. Dumon, « La Cour d'arbitrage - Juridiction - Non autorité politique », *J.T.*, 1983, pp. 583 et s., spéc. 537, selon lequel « la juridiction appelée à faire respecter des règles de droit se rendrait coupable d'un excès de pouvoir, en modelant son jugement en raison de l'éventualité de telles répercussions ou réactions [politiques] ».

(166) Voy. F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002.

(167) D. Rousseau, « Questions de constitution », *Politique et sociétés*, Montréal, vol. 19, n°s 2-3, 2000, p. 28.

(168) O. Cayla, « La chose et son contraire (et son contraire, etc.) », cité et contredit par F. Ost et M. van de Kerchove, *op. cit.*, p. 390.

(169) Pour reprendre le titre de l'ouvrage de A. Garapon, *Le gardien des promesses - Justice et démocratie*, Paris, O. Jacob, 1996.

(170) F. Ost et M. van de Kerchove, *op. cit.*, p. 406.

est d'une importance décisive — que la recherche de la meilleure réponse à une question d'interprétation est nécessairement aujourd'hui « d'ordre dialogique » : « elle suppose la pratique coopérative de la discussion » dans laquelle « chacun s'engage à justifier sa position et à se ranger à la loi du meilleur argument » (171).

98. — Tout interprète en droit doit se mettre à la recherche de la meilleure réponse (172), celle qui prend le mieux en considération l'exigence de cohérence synchronique et diachronique de l'ensemble du système juridique, depuis les sources immédiatement applicables jusqu'aux principes sous-jacents à l'ordre juridique tout entier, en passant par les principes propres à la matière et à la branche du droit en cause, compte tenu de l'évolution du système dans le temps. C'est le critère de l'intégrité. A celui-ci, s'ajoute encore, surtout dans les *hard cases*, un jugement de « morale politique » : il y a lieu de retenir simultanément l'interprétation qui fait apparaître « la structure des institutions et des décisions de la Communauté — ses normes publiques en leur ensemble — sous leur meilleur jour du point de vue de la morale politique » (173).

Autrement dit, l'interprète doit faire *comme* s'il n'existait qu'une seule bonne réponse, même si c'est une illusion. Mais dans le droit en réseau, « un acteur n'est jamais seul, il est toujours en relation avec d'autres qui, de la même manière, vont faire "comme si" leur propre décision ou la contestation de la décision s'enracinent pareillement dans la Constitution elle-même et non dans un travail de lecture particulier » (174). Dominique Rousseau, à qui nous empruntons cette observation, en déduit avec raison que le rôle des juges constitutionnels « est d'être seulement un des acteurs de la procédure complexe de production de sens, rôle qui s'accomplit de trois manières : ils obligent chaque acteur à argumenter sa lecture [des termes constitutionnels]; ils évaluent la pertinence des arguments et participent en conséquence eux-mêmes à l'échange en produisant des arguments qu'ils explicitent plus ou moins longuement dans leurs décisions; ils sanctionnent par ces dernières la signification de l'énoncé constitutionnel auquel, au moment où ils interviennent, l'échange permet d'aboutir » (175).

99. — Dans ce « régime d'énonciation concurrentielle » (176) de la volonté du constituant, on comprend que l'essentiel réside dans la motivation, compte tenu des argumentations en présence. La motivation, écrit Fran-

(171) F. Ost et M. van de Kerchove, *ibidem*, pp. 428 à 430.

(172) R. Dworkin défend pour sa part la théorie de « la bonne réponse »; nous préférons parler de « la meilleure réponse ».

(173) Cf. R. Dworkin, *L'empire du droit* (trad. fr.), Paris, P.U.F., 1994, pp. 247 et s. Ces pages sont mieux traduites sous le titre « La chaîne du droit », *Droit et société*, 1985, n°1, pp. 51 et s.

(174) D. Rousseau, *op. cit.*, p. 28.

(175) D. Rousseau, *ibidem*, p. 29.

(176) D. Rousseau, « L'émergence d'un concept? », *Gouvernement des juges et démocratie*, sous la direction de S. Blondel, N. Foulquier et L. Heuschling, Paris, Publications de la Sorbonne, 2001, p. 336.

çois Ost, est le « véritable terrain de l'exercice de la responsabilité du magistrat », tout spécifiquement dans un droit en réseau (177).

100. — Parmi les acteurs de ce réseau et les argumentations en présence, comment ne pas admettre l'importance toute particulière de celle qui a été défendue auparavant par la section du législatif du Conseil d'Etat, même si le gouvernement n'a pas jugé utile d'y répondre sérieusement (178)? C'est manquer à la « nécessaire éthique de collaboration entre acteurs du réseau » (179) que de négliger les arguments de ladite section dans un jugement de constitutionnalité. Or, tel est le principal grief qu'il est permis d'adresser à la Cour d'arbitrage dans l'espèce ici commentée.

101. — C'est surtout à propos de l'interprétation du mot « loi » dans l'article 162 de la Constitution, que ce grief doit être avancé. Les conséquences de cette absence de réponse aux arguments particulièrement solides du Conseil d'Etat sur ce point, sont graves, car la Cour en arrive à postuler, sans aucune justification, l'incohérence du constituant lui-même, ce qui n'est pas banal, on l'avouera. En effet, elle s'est en quelque sorte arrogée le droit de déclarer inutiles les autorisations que, dans un passé récent, ce constituant avait jugé nécessaires de conférer pour permettre certains transferts de compétences aux Régions. En raisonnant ainsi, de manière implicite, mais certaine, est-elle encore au service de la suprématie constitutionnelle qui est censée fonder son office, même dans un droit en réseau? Postuler sans raison impérative l'incohérence du constituant lui-même, n'est-ce pas scier la branche sur laquelle elle est assise et saper son autorité dans les contentieux à venir?

102. — Au risque d'enfreindre le principe de proportionnalité qui, selon le clin d'œil de Paul Martens, « doit dissuader (...) le professeur d'exagérer ses critiques » (180), nous sommes contraints d'ajouter que les motivations contenues dans l'arrêt commenté sur plusieurs autres questions cruciales ne sont pas moins déficitaires. Il en va notamment ainsi, nous l'avons montré, à propos de l'application du principe d'égalité aux collectivités fédérées et de la portée de l'impératif de nécessité parmi les composantes du principe de proportionnalité.

103. — Nous n'ignorons pas les grandes difficultés qu'une juridiction constitutionnelle de douze membres, paritaire de surcroît, doit fatalement rencontrer quand il s'agit pour elle de s'entendre sur des motivations un tant soit

(177) F. Ost, « Le rôle du juge - Vers de nouvelles loyautés? », *Le rôle du juge dans la cité*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 28. Voy. dans le même sens, au titre de la plus élémentaire des règles du jeu qui s'imposent aux juridictions constitutionnelles, J. Meunier, « Les décisions du Conseil constitutionnel et le jeu politique », *Le Conseil constitutionnel - Pouvoirs*, n° 105, avril 2003, p. 32.

(178) Cf. H. Dumont, « Les problèmes méthodologiques », *op. cit.*, pp. 54 et s.

(179) F. Ost, « Le rôle du juge », *op. cit.*, p. 37.

(180) P. Martens, « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité », *Présence du droit public et droits de l'homme - Mélanges offerts à Jacques Velu*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 65 et 66.

JURISPRUDENCE

peu cohérentes, appelées à régler des problèmes délicats qui ont pu diviser la doctrine la plus autorisée. Mais ne faudrait-il pas réfléchir à l'un ou l'autre incitant qui conduirait la Cour à au moins améliorer ses argumentaires?

Dans cette perspective, on se permettra de rompre une lance en faveur d'une modification législative permettant l'expression d'opinions dissidentes au sein de la Cour d'arbitrage (181). On est certes bien conscient que le monde politique n'est pas demandeur. Comme d'autres arrêts en matière institutionnelle, celui commenté risque d'être le plus admiré par le politique, quoiqu'il soit fort critiqué par les juristes. Il est cependant indéniable que les opinions dissidentes renforcent la pédagogie des arrêts, leur qualité argumentative générale, la majorité étant obligée d'étayer sa motivation pour répondre aux objections des juges minoritaires.

En Belgique, il a été reconnu qu'un « système qui impose au juge un rôle inactif, qui ignore l'expression des opinions dissidentes et qui pratique l'économie des motifs n'est peut-être pas le mieux adapté à la lisibilité des principes » (182). Cependant, l'unanimité de façade est toujours en vigueur et les pratiques dissidentes tant connues dans d'autres démocraties ainsi qu'à la Cour européenne des droits de l'homme, n'ont toujours pas droit de cité. Le motif tient essentiellement à la crainte du virus communautaire qui pourrait gangréner la Cour (183).

Sans verser dans la candeur, on peut penser que, après vingt ans d'existence, la Cour a montré suffisamment de maturité pour échapper à ce piège grossier. Au demeurant, en l'espèce, les questions en jeu n'étaient pas essentiellement de type communautaire, mais bien relatives au fondement même du droit constitutionnel, à des concepts de base du fédéralisme.

* * *

104. — Si des recours contre les dernières réformes institutionnelles étaient attendus, l'issue de ceux-ci était également prévisible vu le manque d'audace et de fermeté de la Cour lorsqu'elle est amenée à trancher des cas difficiles dans un contexte difficile. A tout le moins, on avait pu espérer que la motivation du rejet soit à la hauteur des enjeux globaux pour la compréhension du droit constitutionnel. Si les prédictions quant au résultat n'ont pas été démenties, les attentes quant aux motifs auront été déçues.

(181) La suggestion avait déjà été émise par D. Renders, « Pour un aménagement du dialogue devant le juge constitutionnel », *R.B.D.C.*, 1999, pp. 275 à 285.

(182) P. Martens, *op. cit.*, p. 68.

(183) Sachant que notre suggestion a néanmoins peu de chances d'être entendue, on en ajoutera une autre consistant à créer un auditeur au sein de la Cour. On sait que les membres de l'auditeur du Conseil d'Etat n'instruisent pas seulement les affaires relevant de la section d'administration. Ils sont aussi amenés à rédiger un rapport qui préfigure souvent la décision finale et à exposer un avis à cette section lors de la séance publique à la fin des débats pour indiquer dans quel sens ils estiment que l'arrêt doit être rendu. Il vaudrait la peine d'étudier la possibilité et l'opportunité de transposer cette fonction dans l'organisation de la Cour d'arbitrage.

I. Cour d'arbitrage. — Composition d'une assemblée législative. — Incompétence de la Cour. —
II. Loi de transfert de compétences aux Communautés ou Régions. — Effets indirects. — Absence d'intérêt à agir. — III. Droit de vote. — Dispositions relatives aux rapports politiques au sein de la Région de Bruxelles-capitale. — Intérêt à agir. —
IV. Articles 41 et 162 de la Constitution. — Exclusion de la compétence du pouvoir exécutif. — Article 39 de la Constitution. — Constitutionnalité du transfert de la compétence relative aux institutions provinciales et communales. —
V. Egalité entre communes. — Traitement différencié. —
VI. Répartition fixe des sièges au Parlement bruxellois. — Justification. — Constitutionnalité. —
VII. Composition de la commission communautaire néerlandaise. — Absence de lien avec les Bruxellois. — Dérogation incompatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution. —
VIII. Liberté d'appréciation du législateur spécial. — Parallélisme entre les institutions bruxelloises et les institutions fédérales. — Limites. — IX. Egalité entre Communautés et Régions. — Différenciation quant aux compétences en matière de pouvoirs subordonnés. — Absence de violation des articles 10 et 11 de la Constitution.

Cour d'arbitrage, 25 mars 2003

Prés. : M. A. Arts.

Rapp. : MM. L. Lavrysen et P. Martens.

Plaid. : MM^{es} B. Siffert (avocat au barreau de Louvain), J.-P. Lagasse, F. Judo, M. Storme, J. Huygh, P. Legros, G. Mattens, J. Ghysels, M. Boes (avocat au barreau de Hasselt), P. Peeters (avocat au barreau d'Anvers), R. Ergéc, M. Smoult, B. Degraeve *loco* B. Bronders (avocat au barreau de Bruges), P. Van Orshoven, J. Bourtembourg, N. Van Laer, P. Simonart et H. Penninck *loco* V. De Wolf.

(Arrêt n° 35/2003).

I. — La Cour peut certes vérifier si une disposition contestée devait être adoptée à la majorité spéciale — cette condition fait partie intégrante du système de détermination des compétences — mais la Cour n'est, en principe, pas compétente pour examiner si la disposition en cause a

été adoptée par une assemblée législative irrégulièrement composée ni pour se prononcer sur le fonctionnement interne d'une assemblée législative.

II. — Des dispositions qui concernent la compétence des Communautés et des Régions ne sauraient, de par leur nature même, affecter directement la situation individuelle des citoyens car elles ont pour seuls destinataires les Communautés et les Régions. L'intérêt qu'a un habitant, électeur, candidat, mandataire élu ou président de parti à être administré par l'autorité compétente en vertu de la Constitution ne se distingue pas de l'intérêt qu'a toute personne au respect de la légalité en toute matière.

III. — Le droit de vote est le droit politique fondamental de la démocratie représentative. Tout électeur ou tout candidat justifie de l'intérêt requis pour demander l'annulation des dispositions susceptibles d'affecter défavorablement son vote ou sa candidature. Des dispositions qui modifient les rapports politiques au sein de la Région de Bruxelles-capitale et des commissions communautaires ont une influence directe sur le poids du vote des parties requérantes qui ont la qualité d'électeur dans la Région de Bruxelles-capitale.

IV. — En utilisant « par la loi » dans les articles 41 et 162 de la Constitution, le constituant a uniquement voulu exclure cette matière de la compétence du pouvoir exécutif, de sorte que le législateur spécial peut confier aux Régions la compétence de régler cette matière, à condition que cette attribution soit expresse et précise. Les articles 41 et 162 précités n'empêchent donc pas que, par application de l'article 39 de la Constitution, le législateur rende les Régions compétentes pour régler par décret ou par ordonnance la composition, l'élection, l'organisation, la compétence et le fonctionnement des institutions provinciales et communales dans le respect des principes contenus auxdits articles.

V. — En disposant que les matières qu'il énumère doivent être réglées par la Région « de façon identique », le législateur spécial a voulu éviter que la compétence régionale en matière de pouvoirs subordonnés soit utilisée pour accorder sans justification à certaines communes moins de compétences ou moins d'autonomie qu'aux autres. Il n'est pas interdit aux Régions de tenir compte de différences objectives justifiant un traitement différent. La disposition attaquée n'empêche dès lors pas que des catégories de communes qui se trouvent dans des situations essentiellement différentes à l'égard d'une mesure déterminée soient traitées de manière différente ni que ces mêmes communes puissent invoquer les articles 10 et 11 de la Constitution si elles sont traitées de façon égale sans justification raisonnable.

VI. — La répartition fixe des sièges au conseil de la Région de Bruxelles-capitale s'inscrit dans le système général de l'Etat belge qui vise à réaliser un équilibre entre les diverses Communautés et Régions du Royaume. Au sein de ce système, la Région de Bruxelles-capitale est la seule entité fédérée bilingue, ce qui justifie qu'elle soit dotée d'organes et de mécanismes institutionnels propres. Cette répartition fixe

2003

537