

EN ROUTE POUR LA COUR D'ARBITRAGE

par

Francis DELPÉRÉE

Professeur à la Faculté de droit de Louvain
et aux Facultés Saint-Louis

et

Anne RASSON-ROLAND

Assistante à la Faculté de droit de Louvain et
chargée de recherches au Centre interuniversitaire de droit public

1. Les routes constitutionnelles ont un charme certain. Elles s'élèvent insensiblement au-dessus du paysage quotidien. Elles ménagent à qui les emprunte des points de vue nouveaux. Elles lui font découvrir des terres et des horizons insoupçonnés.

Leurs chemins, pourtant, ne sont pas ceux de l'évasion ou du rêve. Le parcours qui est le leur ne permet pas de flâner aux étapes. Il faut aller haut et loin. Il faut, si c'est nécessaire, s'y reprendre à deux fois. A coup sûr, seules des voies étroites permettront d'atteindre le sommet.

Serait-ce pour cela que les routes constitutionnelles ne sont guère fréquentées? Sinon par quelques amateurs qui versent rapidement au fossé. Ou par quelques spécialistes de la course en solitaire dont les virtuosités techniques découragent vite ceux qui ont été, un instant, leurs compagnons de route. Pourquoi les chemins de grande randonnée ne s'ouvriraient-ils pas, cependant, à un plus large public? Une meilleure connaissance du paysage constitutionnel est à ce prix. Une maîtrise des techniques constitutionnelles par un plus grand nombre peut aussi en dépendre. Cet objectif qui est, en somme, celui d'une démocratie plus vivante et mieux éclairée, serait-il à jamais hors d'atteinte?

2. De toutes les routes constitutionnelles, celle qui conduit à la Cour d'arbitrage présente, sans doute, le profil qui correspond le mieux à celui qui vient d'être esquissé.

Une voie résolument nouvelle est sur le point d'être tracée. A brève échéance, la Cour d'arbitrage va s'aventurer dans des domaines inviolés. Elle va provoquer la révision des idées et des méthodes reçues, pour en imposer de nouvelles. Elle va assurer un rééquilibrage des pouvoirs établis. Ce faisant, elle s'avancera sur un terrain qui, pour une bonne part, n'est pas encore défriché et où il lui reviendra d'ouvrir de nouveaux itinéraires.

Ces voies inédites permettront-elles d'aller loin? On

peut le croire. Une Cour d'arbitrage jettera les assises d'une construction plus solide de l'Etat. Elle appellera d'autres soutènements. Elle sera le jalon d'une entreprise de consolidation institutionnelle. Elle invitera à poursuivre la route entamée ensemble. Vues d'en haut, les imperfections de détail et les difficultés du moment s'estompent. Seuls subsistent les grands équilibres des masses et des couleurs.

Mais qui, aujourd'hui, se soucie d'emprunter la route qui mène à la Cour d'arbitrage? Il y a déjà quelques balises. Il y a un début de chemin qui s'esquisse. Il y a un objectif clair à atteindre. La route reste déserte... Les milieux scientifiques, en particulier, se tâtent avant d'y engager le premier pas. Ils laissent ainsi la voie ouverte à des discours politiques où les préoccupations de droit constitutionnel n'occupent peut-être pas la première place.

Cette attitude expectante où la réserve et la méfiance font bon ménage est funeste. Refuser de découvrir le tracé d'une route, à prétexte qu'elle ne peut être que longue et difficile, est le plus sûr moyen de se perdre en chemin et de ne jamais toucher au but. Il est donc temps que s'ouvre, dans les milieux scientifiques et politiques, une réflexion en profondeur sur la Cour d'arbitrage. Il est temps qu'elle dépasse le niveau des clichés et des idées toutes faites. Il est temps qu'une opinion publique, déjà fort déboussolée, puisse, elle aussi, participer à ce débat sans avoir le sentiment d'être manipulée ou induite en erreur.

Il ne faut pas avoir peur, même si les chemins du droit constitutionnel paraissent singulièrement escarpés. L'assurance vient en grim pant.

3. Et puis, la route qui mène à la Cour d'arbitrage est-elle à ce point singulière? C'est la voie juridictionnelle (I). Il convient évidemment de lui donner son assise (II). Mais le chemin qu'elle emprunte comme les domaines qu'elle investit ne devraient pas trop surprendre. Ils «dérangent des habitudes», sans dou-

te (1). Ils ouvrent des perspectives nouvelles peut-être.

Rien de tout cela n'est de nature à nous déplaire. Surtout si l'entreprise semble commandée par le souci de préserver les intérêts supérieurs — certains diront : l'existence — de l'Etat. Sans cacher notre jeu et sans boudier notre plaisir — la Cour d'arbitrage, nous sommes «pour» —, nous voudrions, un instant, emprunter la route qui peut y conduire (2).

1. La voie juridictionnelle

4. Le législateur est aujourd'hui à la croisée des chemins. Il doit procurer exécution à l'article 107 ter de la Constitution. Il lui revient d'organiser, sans retard excessif (3), la Cour d'arbitrage. Il lui appartient de fixer «la composition, la compétence et le fonctionnement» de la nouvelle institution. Il lui incombe aussi de déterminer les règles de procédure qui devront être suivies devant la Cour. Mais, pour la confection de ces textes organiques, le législateur dispose-t-il d'une liberté absolue d'action ? Trouve-t-il, au contraire, dans la Constitution et dans la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales des guides suffisamment sûrs pour déterminer ses choix les plus essentiels ? Autrement dit, la voie juridictionnelle n'est-elle pas une voie à sens unique ? Ceux qui l'empruntent sont-ils encore autorisés à choisir des routes de traverse ou à rebrousser chemin ?

5. En cette matière, la *Constitution belge* fait connaître ses choix. Sans équivoque, mais aussi sans ostentation. Pour qui s'attache à découvrir le sens des

¹ L'expression est du président P. TAPIE («Les institutions régionales», in *La réforme de l'Etat, 150 ans après l'indépendance nationale*, Bruxelles, Ed. Jeune Barreau, 1980, p. 263).

² Notre intention n'est donc pas de commenter de manière prématurée les premiers textes qui ont été déposés aux fins d'organiser la Cour d'arbitrage. Il s'agit plutôt de dégager, au-delà des formulations circonstancielles et toujours sujettes à révision, les grandes lignes de l'institution que l'on s'apprête à construire. Il convient aussi de préciser la place originale qu'elle est appelée à occuper au sein des institutions de l'Etat.

³ L'on sait que la Constitution a assorti l'article 107 ter d'une disposition transitoire : l'entrée en vigueur de cet article se fera dans les six mois qui suivront le 29 juillet 1980, date de sa promulgation. Certains en ont déduit un peu hâtivement que la Cour d'arbitrage devrait être organisée, voire installée, le 29 janvier 1981 (Ph. ULMANN, «La solution des conflits de compétences», in *Les compétences régionales et communautaires*, Travaux de la Faculté de droit de Namur, 1982, pp. 39-40). Du moins dans sa première partie, la disposition transitoire nous semble avoir eu pour objet d'apporter un tempérament à la règle qui veut qu'un texte constitutionnel soit obligatoire dès le jour de sa publication. Elle ne pouvait avoir pour but de fixer le délai impératif dans lequel le législateur aurait été tenu d'agir. A l'occasion de l'élaboration de l'article 107 ter, le Premier Ministre avait pris soin de préciser qu'«en cas de non approbation de la loi visée à l'article 107 ter dans le délai exigé de six mois, il n'y aura pas, selon lui, un vide juridique par l'application de la théorie de la continuité des institutions (...)» (*Doc. parl., Ch., s.e. 1979, n° 10/9-4°, p. 11*). Mais cette explication était-elle bien nécessaire ?

nouvelles dispositions constitutionnelles, à la lecture notamment des travaux qui les ont inspirées, des lignes de force se dégagent et le législateur devra en tenir compte. Il faut mettre en place une institution dont l'appartenance au pouvoir juridictionnel ne peut être discutée : le statut qui est fait à ses membres comme la fonction qui lui est assignée doivent en porter la trace. Mais comment fonder ce raisonnement alors que les textes, et même les travaux préparatoires, semblent singulièrement laconiques ? Trois éléments sont ici pris en compte.

Il faut, d'abord, relever le *nom* assigné à la nouvelle institution. Le terme d'arbitrage est peut-être mal choisi ; il gagne à être pris dans une acception plus symbolique que juridique. Mais le mot de cour, lui, ne prête pas aux mêmes controverses. Dans la meilleure tradition, il sert à désigner l'institution qui va exercer, en tout ou en partie, la fonction juridictionnelle. Dans l'ordre international, comme dans l'ordre national, cette signification est reçue. Le législateur belge ne s'y est pas trompé. Saisi d'un amendement visant à substituer le terme de «conseil» à celui de «cour», il refusa tout net d'y donner suite, estimant à juste titre que l'appellation proposée ne rendrait pas compte adéquatement de la fonction juridictionnelle dont il entendait investir l'institution (4). Voilà qui est clairement dit !

Il faut ensuite souligner la *place* que la Constitution assigne parmi ses dispositions à la Cour d'arbitrage. L'argumentation topographique a ses limites. Un rapprochement s'impose, cependant, entre un chapitre III consacré au «pouvoir judiciaire» et un chapitre III bis ayant notamment pour objet «le règlement de conflits» par la Cour d'arbitrage. Les institutions visées dans ces chapitres contigus sont vouées à présenter les mêmes caractères fondamentaux (5). L'absence de l'article 107 bis n'infirme pas cette observation : au vu des plus récentes déclarations de révision, la disposition manquante devrait préciser la procédure de règlement d'autres conflits encore, ceux qui peuvent opposer les dispositions du droit interne et celles du droit international (6). L'on peut penser que cette procédure sera de caractère juridictionnel. Une même préoccupation s'exprime à travers les articles en vigueur ou en projet.

Il faut rappeler, enfin, les termes mêmes qui servent à définir la *mission* dévolue à la Cour d'arbitrage. Elle a vocation de régler des conflits, notamment ceux qui peuvent opposer une loi à un décret. C'est là, comme le relevait déjà l'arrêt *Marbury v. Madison*

⁴ *Doc. Parl., Ch., s.e. 1979, n° 10/9-4°, pp. 4 et 12.*

⁵ L'observation n'a pas pour objet de ranger abusivement la Cour d'arbitrage dans le «pouvoir judiciaire» (voy. *infra*).

⁶ Voy. la déclaration de révision de la Constitution du 14 novembre 1978, *Mon. b.*, du 15 novembre 1978, p. 13998 et la déclaration de révision de la Constitution du 5 octobre 1981, *Mon. b.*, du 6 octobre 1981, p. 12402.

son, la mission naturelle du juge. Trancher un litige par voie de droit, telle est l'œuvre qui lui est impartie.

Un doute se manifeste pourtant. Les formulations constitutionnelles ne sont pas nouvelles sur ce point. L'article 59 bis de la Constitution indique aussi, en son § 8, qu'il y a lieu de recourir à une procédure de règlement des conflits entre lois et décrets. Or, l'on sait l'usage curieux que le législateur a fait de cette habilitation constitutionnelle, allant jusqu'à imaginer une procédure d'annulation par une autorité politique des arrêts rendus à l'occasion de la procédure de règlement des conflits.

La similitude de rédaction est frappante. N'autorise-t-elle pas à recourir aux mêmes procédures? Ne permet-elle pas d'ôter à la Cour d'arbitrage son caractère foncièrement juridictionnel? Sur ce point précis, les travaux préparatoires à l'adoption de l'article 107 ter sont rassurants. A l'occasion de la séance publique de la Chambre du 22 juillet 1980, le premier ministre Martens a tenu, en particulier, à préciser la différence fondamentale qui existait entre les options arrêtées en 1970 et en 1980. Hier, il s'agissait de laisser aux Chambres le droit de statuer en dernière instance sur les conflits entre loi et décret. Aujourd'hui, il importe de créer une juridiction affranchie de tout contrôle politique(7). Comme quoi deux textes aux rédactions fort identiques peuvent, à dix ans de distance, faire l'objet de deux interprétations foncièrement différentes!

En tout cas, une première constatation s'impose. Au vœu de la Constitution, la Cour d'arbitrage ne peut être une institution politique, une agence gouvernementale ou une commission législative. Elle se doit d'être une juridiction, dans le meilleur sens du terme.

6. Il faut relire la Constitution. Avant de mettre la dernière main au statut de la Cour d'arbitrage, il faut relire aussi la *Convention européenne des droits de l'homme*. Dans son article 6, elle énumère, en effet, les garanties qui doivent assortir l'examen de toute contestation qui porte sur des droits et obligations de caractère civil ou sur le bien-fondé d'une accusation en matière pénale. Ces prescriptions, elles aussi, commandent, au moins pour une part, l'action de la Cour d'arbitrage(8). Elles imposent la constitution d'une juridiction.

⁷ Ann. Ch. du 22 juillet 1980, pp. 2684 et 2685.

⁸ L'on dira peut-être qu'il ne s'agit là que d'une pétition de principe. L'article 6 de la Convention vise les contestations qui font l'objet d'un examen par une juridiction et énonce les garanties qui doivent assortir l'exercice de ses activités. Mais est-il de quelque utilité pour démontrer le caractère juridictionnel de la Cour d'arbitrage? L'interprétation procurée à l'article 6 de la Convention par la Cour européenne des droits de l'homme permet de dépasser cette contradiction apparente (voy. *infra*).

Il ne faut pas l'oublier, en effet. Les choix opérés au plan procédural se répercutent au plan institutionnel. La manière dont la Cour d'arbitrage va pouvoir exercer ses attributions dicte déjà les grandes lignes de son organisation. La cause et l'effet sont ici entremêlés.

Or les intentions procédurales sont claires. Au vu des projets les plus récents, la Cour d'arbitrage peut être saisie d'un litige constitutionnel de deux manières. Tantôt elle a à connaître des recours directs que peuvent lui adresser diverses autorités publiques en vue d'obtenir l'annulation d'une règle qui a méconnu la Constitution et les lois prises en exécution de celle-ci ou, à tout le moins, celles de leurs dispositions qui définissent les compétences respectives de l'Etat, des communautés et des régions(9). Tantôt, au contraire, elle a à connaître des questions que peuvent lui poser les juridictions saisies d'un litige particulier en vue d'obtenir l'interprétation des règles que la Constitution ou les lois prises en exécution de celle-ci établissent en matière de répartition des compétences.

Un point mérite, en l'occurrence, d'être précisé. Dans la seconde hypothèse, un juge saisit la Cour. Et il agit ainsi parce qu'il estime que la réponse qui lui sera fournie est nécessaire pour résoudre le litige dont il a à connaître(10). L'arrêt rendu à titre préjudiciel n'a évidemment pas l'autorité *erga omnes* d'un arrêt d'annulation. Mais il lie le juge qui s'est adressé à la Cour sur le point de droit qu'elle a examiné. Il lie même toute autre juridiction qui, saisie d'un recours distinct, aura à statuer ultérieurement dans la même affaire(11).

Qui ne voit que, dans ces conditions(12), la Cour d'arbitrage est appelée à intervenir de manière déterminante dans l'examen de litiges particuliers? Elle ne dicte pas ses solutions. Mais elle dit au minimum quelle règle de droit il convient d'appliquer en l'espèce(13). En un mot, la Cour tranche une «contestation» au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Son arrêt ne clôt pas seulement la procédure engagée devant elle. La solu-

⁹ Si les moyens invoqués à l'appui du recours sont fondés, la Cour annule la loi ou le décret incriminé. Sinon, elle rejette le recours en annulation. Une autorité distincte s'attache à l'arrêt d'annulation et à l'arrêt de rejet: projet n° 704, art. 1, 2 et 3; projet n° 246, art. 1 à 6. Voy. *infra*, n°s 23 et 24.

¹⁰ En principe, la Cour n'est saisie que si la réponse à la question préjudicielle est *nécessaire* à la solution du litige. Ce qui laisse au juge qui a à connaître du cas particulier un pouvoir important d'appréciation. Une exception singulière est apportée à cette règle par le projet n° 246. La Cour de cassation et le Conseil d'Etat sont tenus, en tout état de cause, de déférer à la Cour d'arbitrage les questions préjudicielles qui sont soulevées devant eux. Seuls tempéraments à l'obligation de saisir automatiquement la Cour: celle-ci a déjà répondu à la question ou a statué sur un recours ayant le même objet; le pourvoi en cassation ou le recours pour excès de pouvoir sont irrecevables pour des motifs de procédure tirés de règles qui ne font pas elles-mêmes l'objet de la demande de question préjudicielle (projet n° 246, art. 7).

tion qu'elle apporte au litige constitutionnel détermine déjà l'issue qui sera fournie au litige particulier dont le juge reste saisi⁽¹⁴⁾.

Dans cette perspective, la procédure engagée devant la Cour d'arbitrage apparaît comme un moment privilégié dans l'exercice de la fonction juridictionnelle. A moins d'admettre — en violation de la Convention — l'intrusion d'un corps étranger dans l'oeuvre du juge, comment ne pas considérer que l'intervention de la Cour doit également être le fait d'une institution assumant des responsabilités juridictionnelles ?

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme confirme, si nécessaire, cette interprétation. Dans plusieurs arrêts, la Cour s'est exprimée avec fermeté. Dès l'instant, dit-elle, où une contestation porte sur des droits et des obligations de caractère civil, l'individu a droit à ce que seul un juge — c'est-à-dire un «tribunal indépendant et impartial, établi par la loi» — puisse en connaître⁽¹⁵⁾. Certes, la Convention ne consacre pas le droit au bénéfice de plusieurs degrés de juridiction. Mais elle considère qu'une fois ouvertes les portes du prétoire, l'individu doit se voir offrir, à toutes les étapes de la procédure, les garanties qui s'attachent à l'exercice de la fonction juridictionnelle⁽¹⁶⁾. Il ne saurait être question, à un

moment ou à un autre, de distraire sa cause de l'emprise du juge.

C'est dire que la Cour d'arbitrage, dont les interventions peuvent se greffer directement sur l'action du juge, doit, à peine de méconnaître les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme, être constituée en juridiction. Les leçons du droit international rejoignent ici celles du droit constitutionnel.

7. Le débat n'est pas clos pour autant. La Cour d'arbitrage, une juridiction ? Sans doute. La Constitution et la Convention européenne le veulent ainsi. Mais quelle juridiction ?

La question mérite d'être examinée sous un angle précis. La juridiction nouvelle sera notamment appelée — on l'a relevé — à se prononcer dans le cadre de contestations portant sur des droits civils. Mais chacun sait qu'en son article 92 la Constitution réserve l'examen de pareil contentieux aux tribunaux judiciaires. Ne faut-il pas en déduire que la Cour d'arbitrage ne peut être constituée qu'au sein du pouvoir judiciaire ? En d'autres termes, une règle constitutionnelle supplémentaire, celle de l'article 92, ne s'impose-t-elle pas au législateur ?

La question doit aussi s'envisager sous un angle plus large. Il s'agit de définir *a priori* la place que la nouvelle autorité est vouée à occuper au sein des institutions publiques de l'Etat. En cette matière, rien n'est simple. La voie juridictionnelle n'est pas nécessairement la voie judiciaire. Les autorités relevant du pouvoir judiciaire n'épuisent pas l'exercice de la fonction juridictionnelle. Mais si c'est pour situer la Cour d'arbitrage ailleurs que dans le pouvoir judiciaire, où la localiser avec précision ? Quel autre pouvoir peut, en l'Etat, accueillir cette institution ? Ou faudrait-il admettre que, par sa seule présence, la Cour vient déranger l'équilibre des pouvoirs, tel qu'il a été établi en 1831 et modalisé en 1970 ainsi qu'en 1980 ?

Ces deux questions constitutionnelles appellent un bref examen.

8. La Cour d'arbitrage n'appartient pas au pouvoir judiciaire, malgré le prescrit de l'article 92 de la Constitution. Et cela, alors même qu'elle peut être amenée à se prononcer, de manière déterminante, sur des contestations ayant pour objet des droits civils. N'y a-t-il pas là une anomalie ?

Une explication est avancée, à l'occasion de l'examen des projets de loi n° 704 et 246, par la section de législation du Conseil d'Etat. Investissant la Cour d'arbitrage de la mission de régler les conflits entre loi

¹¹ Projet n° 704, art. 6 ; projet n° 246, art. 8.

¹² Autres nous semblaient les modalités d'intervention de la section des conflits de compétence du Conseil d'Etat et les effets des arrêts de règlement. Ce qui justifiait, selon nous, que l'article 6 de la Convention européenne pût ne pas trouver à s'appliquer en l'espèce (voy. F. DELPÉRÉE, *Droit constitutionnel*, t. 1, *Les données constitutionnelles*, Bruxelles, Larcier, 1980, n° 238).

¹³ Comme le relève M.A. VANWELKENHUYZEN («Les conflits entre loi et décret et entre décrets», *J.T.*, 1980, pp. 609-616, particulièrement, p. 615), il est artificiel, dans ces conditions, de prétendre détacher la procédure de règlement des conflits de la procédure originelle ; «il s'agit bien d'un incident qui survient au cours de cette action».

¹⁴ L'observation est importante. Dans ses arrêts *Ringeisen* (16 juillet 1971, série A, n° 13), *König* (23 avril 1977, série A, n° 27) et *Le Compte* (23 juin 1981, série A, n° 43), la Cour européenne des droits de l'homme estime qu'il y a lieu précisément d'entendre par «contestation portant sur des droits de caractère civil» «toute procédure dont l'issue est déterminante pour des droits et obligations de caractère privé».

¹⁵ Cour Eur. D.H., *Affaire Golder*, 21 février 1975, Série A, n° 18.

¹⁶ Voy. M.A. EISSEN, «Le 'droit à un tribunal' dans la jurisprudence de la Commission», *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1972, pp. 455 et sv., particulièrement pp. 460-461. Faut-il rappeler que dans l'affaire *Delcourt*, le gouvernement belge avait fait valoir que, quand elle se prononce sur un pourvoi formé contre une décision judiciaire, la Cour de Cassation ne statue pas sur une contestation visée à l'article 6 de la Convention ? La Cour européenne n'a pas admis cette thèse : «Bien qu'il doive seulement confirmer ou annuler cette sentence, et non la réformer ou s'y substituer, un arrêt de la Cour de Cassation peut rejaillir à des degrés divers sur la situation juridique de l'intéressé (...). «Certes, l'article 6 de la Convention n'astreint pas les Etats contractants à créer des cours d'appel ou de cassation. Néanmoins, un Etat qui se dote de juridictions de cette nature a l'obligation de veiller à ce que les justiciables jouissent auprès d'elles des garanties fondamentales de l'article 6 (...). De graves conséquences risqueraient de découler de la solution contraire (...). Dans une société démocratique au sens de la Convention, le droit à une bon-

ne administration de la justice occupe une place si éminente qu'une interprétation restrictive de l'article 6, § 1 ne correspondrait pas au but et à l'objet de cette disposition» (Cour Eur. D.H., *Affaire Delcourt*, 17 janvier 1970, série A, n° 11, § 22 à 25).

et décret ou entre décrets, l'article 107 ter de la Constitution déroge implicitement aux prescriptions de l'article 92 qui établit le monopole de la compétence judiciaire (17). En créant une juridiction spécialisée, il dépossède toutes autres juridictions — judiciaires, administratives ... — de la fonction de régler les litiges constitutionnels (18).

Mais, ce faisant, — et le Conseil d'Etat le souligne — le pouvoir constituant n'a pu soustraire à la Cour de cassation et aux tribunaux judiciaires « le pouvoir d'exercer les compétences » qu'ils tiennent de la Constitution elle-même et de la loi (19). Autre chose est de régler un conflit entre une loi et un décret : telle la responsabilité de la Cour d'arbitrage. Autre chose est d'examiner si une loi ou si un décret sont applicables dans un cas d'espèce, si telle question de droit a une incidence ou non sur l'issue du litige, s'il y a lieu de poser à la Cour une question préjudicielle (20) : telles sont les responsabilités qui demeurent du domaine des tribunaux judiciaires ; le même raisonnement pourrait être tenu à propos des juridictions administratives.

La référence à l'article 92 de la Constitution est donc éclairante. Loin de conduire à l'absorption de la Cour d'arbitrage dans le pouvoir judiciaire (21), elle permet peut-être de mieux cerner la démarcation exacte entre la nouvelle institution et les autorités qui relèvent de ce pouvoir.

¹⁷ Le procédé qui consiste à modifier, par le biais d'un article soumis à révision, un autre article qui ne l'est pas, prête à discussion. Mais, en déclarant qu'il y avait lieu à révision de la Constitution par l'insertion de dispositions prévoyant la création d'organes institutionnels chargés du règlement des conflits de compétence, les Chambres et le Roi n'ont-ils pas précisément autorisé le pouvoir constituant à déroger à l'un ou l'autre article de la Constitution qu'ils ne visaient pourtant pas expressément ?

¹⁸ Examinant la procédure fixée à titre transitoire pour le règlement des conflits de compétence, M. A. VANWELKENHUYZEN (*op. cit.*, p. 613) estime que l'obligation imposée au juge, par la loi, de se rapporter à la décision d'une institution ne relevant pas du pouvoir judiciaire s'inscrit en violation des dispositions de l'article 92 de la Constitution. Il ne retient pourtant pas la même objection à l'encontre des règles en projet qui définissent les modes d'intervention de la Cour d'arbitrage (*op. cit.*, p. 614). C'est admettre que l'insertion d'un article 107 ter, § 2, dans la Constitution a suffi à modifier la disposition qui servait auparavant à condamner la procédure dite de la question préjudicielle.

¹⁹ *Doc. parl., Sén.*, 1980-1981, n° 704/1, p. 43.

Doc. parl., Sén., 1981-1982, n° 246/1, p. 47.

²⁰ La Cour d'arbitrage n'a donc pas à s'interroger sur sa propre saisine. Ce problème a également été perçu en Italie. « Il faut que l'appréciation de la constitutionnalité soit nécessaire à la solution du litige. Ici, les pouvoirs de vérification du juge constitutionnel trouvent une limite dans le pouvoir du juge du fond auquel il ne peut se substituer. C'est au juge du fond qu'il appartient d'appliquer le droit dans le cas d'espèce qui lui est soumis (...). La Cour ne doit pas et ne peut pas déterminer elle-même si la question est ou non « relevante » pour pouvoir rendre le jugement, ... mais elle doit vérifier simplement si le juge *a quo* a apprécié la relevance, ce qu'il lui incombait de faire ». (P. MAROY, « Le contrôle de la constitutionnalité des lois en Italie », *Ann. dr.*, 1969, pp. 299-347, particulièrement p. 318).

²¹ Faut-il ajouter que la Cour d'arbitrage n'est pas inscrite dans le chapitre III du titre III de la Constitution, mais dans un chapitre distinct ?

9. S'il faut à toute force ranger la Cour d'arbitrage dans l'un des pouvoirs que la Constitution crée et organise, c'est à coup sûr le pouvoir constituant qui est le mieux à même de l'accueillir.

Car que fait le pouvoir que l'article 131 de la Constitution institue ? Il dit quelles autorités publiques sont habilitées à agir au nom de l'Etat. Il dit aussi quelles collectivités politiques sont amenées à s'organiser au sein de l'Etat. Il révisé si besoin en est les règles qu'il a lui-même établies à ces fins. La mission du pouvoir constituant revient donc à assurer la répartition des attributions et des charges entre les diverses autorités instituées et à aménager sur cette base leur coexistence. Cette tâche — faut-il le préciser ? — est d'importance capitale dans les Etats composés qui, comme la Belgique, cherchent à organiser une distinction nette entre les tâches de la collectivité générale et celles des collectivités politiques particulières.

Encore faut-il, pour que la Constitution fasse œuvre utile, que les autorités publiques se plient au respect de ses prescriptions. Faut-il se fier, en l'espèce, à leurs serments solennels d'allégeance constitutionnelle ? Ou convient-il plutôt d'organiser les procédures simples et efficaces qui permettront de ramener à la raison ceux qui ignorent les règles du partage des responsabilités au sein de l'Etat ? En créant la Cour d'arbitrage, la Constitution choisit évidemment la seconde branche de l'alternative. Mais elle doit — pour être conséquente avec elle-même — aller jusqu'au bout du raisonnement.

Le bon sens incite à ne pas confier la maîtrise des procédures de règlement de conflits à l'une des autorités qui pourrait excéder ses attributions — le pouvoir législatif (22), le pouvoir exécutif, le pouvoir décrétoal, les exécutifs communautaires et régional — ; chacune d'entre elles pourrait être tentée d'infléchir à son profit le cours des procédures qui seraient engagées.

La prudence comme le souci de ne pas déranger outre mesure le fonctionnement normal de la justice peuvent aussi inciter à ne pas situer l'institution nouvelle dans le champ des institutions judiciaires ou

²² Il est vain de revenir ici sur les erreurs commises en 1971, au moment de l'instauration de la section des conflits de compétence, présentée un instant comme le « partenaire juridictionnel » des Chambres législatives. Sur ce thème, voy. P. DE VISSCHER et F. DELPÉRE, « Pour une juridiction constitutionnelle en Belgique », in *Actualité du contrôle juridictionnel des lois*, Bruxelles, Larcier, 1973, pp. 279 et sv. ; A. VANWELKENHUYZEN, *op. cit.*, pp. 609 et sv. ; J. VELU et A. VANWELKENHUYZEN, « Le contrôle de la conformité des normes ayant force de loi aux règles redistribuant le pouvoir législatif », *A.P.T.*, 1979-80, pp. 93 et sv.

²³ Il va de soi que la notion de « pouvoir judiciaire » est prise ici dans le sens restreint que la Constitution lui confère. Il ne paraît pas opportun d'adopter ici les classifications proposées par M.J. DELVA (« Het ontwerp van wet houdende de inrichting, de bevoegdheid en de werking van het Arbitragehof. Enkele aspecten », *T.B.P.*, 1982, pp. 3 et sv., particulièrement p. 8). Selon lui, la mission dévolue à la Cour est comparable à celle qu'exercent les tribunaux judiciaires lorsqu'ils connaissent des conflits de droit pri-

dans celui des juridictions administratives (23). Déjà très réticents à accepter l'idée même d'un règlement juridictionnel des conflits, les pouvoirs constitués investis des tâches législatives et gouvernementales risquent de ne pas tolérer le contrôle d'un autre pouvoir — de même qualité qu'eux (24) —. De leur côté, les pouvoirs communautaires et régionaux pourraient manifester quelque appréhension à se plier à la censure d'un pouvoir qualifié, en l'occurrence, de national.

C'est en dehors des trois pouvoirs constitués au plan national qu'il faut donc chercher à situer la Cour d'arbitrage (25). Le pouvoir constituant en est la meilleure localisation. La Cour est saisie de litiges constitutionnels. Elle est l'interprète autorisé du texte constitutionnel. C'est au nom de la règle constitutionnelle qu'elle annule loi et décret, qu'elle détermine les effets de l'exécution ou de l'application de la norme annulée qui doivent être considérés comme définitifs, qu'elle impose l'obligation d'adopter, dans un délai qu'elle fixe, de nouvelles règles pour éviter les effets préjudiciables d'un arrêt d'annulation pure et simple...

Ce n'est pas à dire que, selon une interprétation souple de la règle de la séparation des pouvoirs, les autorités constituées dans l'Etat ne sont pas appelées à intervenir dans l'organisation et dans le fonctionnement de la Cour d'arbitrage.

Ainsi, le pouvoir législatif ne reste pas inactif. Il

établit le statut de la Cour d'arbitrage et en détermine les règles de procédure. Via les groupes linguistiques du Sénat, il est associé au processus de nomination des membres de la Cour. La moitié d'entre eux doivent, d'ailleurs, être d'anciens parlementaires. Le législateur fixe aussi le statut pécuniaire des membres de la Cour, ainsi que leur régime d'éméritat ou de pension. Il inscrit au budget des dotations les crédits nécessaires au fonctionnement de la Cour.

Le pouvoir exécutif — qui s'incarne dans le Roi — procède, de son côté, à la désignation des magistrats qui composent la Cour. Il peut la saisir de recours en annulation d'un décret, voire même d'une loi.

Le pouvoir décentralisé, dont la loi spéciale du 8 août 1980 confie l'exercice collégial à l'assemblée communautaire ou régionale et à l'exécutif qui lui correspond, ne voit pas, pour sa part, préciser très clairement ses responsabilités. Mais sans doute sera-t-il permis de considérer, surtout dans la phase définitive de réforme de l'Etat, que l'intervention des sénateurs, membres de l'un et de l'autre groupes linguistiques, les fait participer de manière indirecte au choix des membres de la Cour.

Les exécutifs communautaires, ainsi que l'exécutif régional, sont, quant à eux, mis à même de saisir la Cour de recours en annulation contre une loi ou contre un décret.

Faudrait-il ajouter que la Cour d'arbitrage, dans la mesure où elle inscrit son action dans la lignée de celle du pouvoir constituant, se situe, comme lui, *au-dessus* des pouvoirs constitués? Il s'agirait là, à notre avis, d'un contresens fâcheux.

Nul ne songe à nier la mission éminente de la Cour d'arbitrage. Elle est appelée à jouer un rôle irremplaçable dans l'Etat. Elle est comme beaucoup de cours constitutionnelles — et selon l'expression du doyen Favoreu — «le régulateur ... de l'activité des autorités ayant reçu pouvoir de créer des normes» (26). En ce sens, elle est, comme nous l'avons écrit nous-même, «clef de voûte de l'édifice constitutionnel» (27).

Nul ne songe non plus à nier la filiation constitutionnelle de la Cour d'arbitrage. Elle prolonge l'action de la Constitution qu'elle interprète de manière autorisée. Elle protège ses dispositions en prononçant l'annulation des lois et décrets qui en méconnaîtraient les prescriptions. Malgré les démentis officiels, elle joue véritablement le rôle d'une juridiction constitutionnelle (28), même si le contrôle qu'elle assure est limité au règlement des conflits entre lois et décrets.

²⁶ L. FAVOREU, «Le Conseil constitutionnel, régulateur de l'activité des pouvoirs publics», *R.D.P.*, 1967, pp. 5-120, particulièrement p. 6.

²⁷ F. DELPÉRÉE, «Futuribles : l'Etat belge en 1982», *La Revue générale*, 1977, p. 14.

²⁸ Sur ce thème, voy. F. DELPÉRÉE, «Le palais de la nation et le palais de la justice», pièce en un acte, in *Mélanges F. Dumon*, à paraître.

vé entre citoyens, ou entre citoyens et autorités publiques. De ce point de vue, la Cour d'arbitrage — comme aussi le Conseil d'Etat et *mutatis mutandis* la Cour des Comptes — appartiendrait au «pouvoir judiciaire, au sens large». Cette conception ne nous paraît pas conciliable avec les données constitutionnelles du problème. A moins évidemment d'entendre par «pouvoir judiciaire, au sens large», l'ensemble des institutions investies d'une tâche juridictionnelle.

²⁴ *Doc. parl., Ch.*, s.e. 1979, n° 10/9-4°, p. 13 : «On a décidé d'insérer l'article 106 bis dans un chapitre III bis distinct, et ce par le biais d'un article 107 ter. Cela signifie que l'on entend faire de la future Cour une institution *sui generis*, distincte des institutions relevant de l'ordre judiciaire, telles qu'elles figurent au chapitre II».

²⁵ Les exemples étrangers confirment cette interprétation. En Italie, la doctrine affirme «que la Cour constitutionnelle reste en dehors des pouvoirs étatiques traditionnellement connus : elle forme un pouvoir indépendant» (G. ROHRSEN DI CAMMERATA, «Le contrôle juridictionnel des lois en Italie», *Actualité*, op. cit., p. 100). Elle est en réalité «l'organe suprême de garantie du système, placé à un niveau qui n'est certainement pas inférieur à celui du Parlement» (V. CRISAFULLI, «Le système de contrôle de la constitutionnalité des lois en Italie», *R.D.P.*, 1968, pp. 83-132, particulièrement p. 85). Des termes semblables sont utilisés pour qualifier le Tribunal fédéral allemand : «organe constitutionnel suprême situé au même niveau que le Président de la République fédérale, le Gouvernement fédéral et les deux chambres du Parlement»; «tribunal spécial de la Fédération, indépendant et autonome vis-à-vis de tous les autres organes constitutionnels» (P. RITTERSPACH, «Le rôle de la Cour constitutionnelle fédérale dans l'organisation politique et judiciaire de la République fédérale allemande», *Ann. dr.*, 1969, pp. 253-282, particulièrement p. 256); «juridiction suprême de droit constitutionnel qui juge la conformité du droit fédéral comme du droit des Länder à la Constitution prise dans son ensemble (...), «gardien de l'ensemble du droit constitutionnel» (F. PERIN et A. PLUYMEN, «Primauté du droit fédéral : «Bundesrecht bricht Landesrecht». Une controverse en droit belge», *J. T.*, 1983, p. 18).

Il n'en reste pas moins que la Cour d'arbitrage, toute juridiction constitutionnelle qu'elle soit, reste une juridiction constituée (29). Elle ne procède pas de la nature du pouvoir constituant qui, lui, impose ses volontés à toutes autres autorités publiques. De la même manière que le juge judiciaire refuse d'appliquer un acte du Roi ou de la même manière que le juge de la légalité annule cet acte, sans pour autant prétendre à la supériorité du pouvoir dont ils relèvent sur le pouvoir gouvernemental, la Cour d'arbitrage, juge de la constitutionnalité, va annuler une loi ou un décret sans pour autant affirmer sa prééminence sur les pouvoirs législatif, communautaire et régional. Encore une fois, c'est de répartition des tâches entre autorités constituées et non de hiérarchisation des fonctions qu'il s'agit.

Ces observations ne procèdent pas du souci d'assurer une présentation lénifiante des attributions de la Cour d'arbitrage et de rencontrer, du même coup, la crainte souvent émise de voir s'instaurer, à travers elles, le «gouvernement des juges». Qui peut en douter ? Les arrêts de la Cour, surtout s'ils sont bien motivés, sont appelés à connaître un grand retentissement ; s'ils annulent une loi ou un décret, peut-être froisseront-ils aussi quelque amour-propre. Mais, à dire vrai, en va-t-il autrement pour les grands arrêts de la Cour de Cassation qui, pour ne prendre que cet exemple, ont fait, dans le domaine de la responsabilité de la puissance publique, œuvre résolument novatrice ? En va-t-il différemment pour les grands arrêts du Conseil d'Etat qui n'hésitent pas à annuler les règlements, fussent-ils pris par le Roi, aux fins d'en censurer l'inconstitutionnalité ? En va-t-il encore autrement pour les grandes décisions de la Cour de justice des communautés européennes qui, pour ne pas être intégrée à l'organisation judiciaire de la Belgique, va cependant donner des traités européens une interprétation qui commande, de manière déterminante, la solution de litiges devant les tribunaux belges ?

Comme ces hautes juridictions, la Cour d'arbitrage est donc investie d'une mission éminente. Elle n'acquiesce cependant pas, de ce fait, une position qui la placerait au-dessus des autres pouvoirs. Elle ne partage pas avec le pouvoir constituant la fonction d'organiser les autres autorités publiques. Elle n'a pas mission de modeler, voire de modifier leurs attributions. Elle ne peut non plus les exercer à leur place. Elle ne dispose, à leur égard, d'aucun pouvoir d'impulsion. Tout au plus, mettra-t-elle le holà à des entreprises qui traduisent le souci de méconnaître la règle constitutionnelle. La Cour d'arbitrage est gardienne de la Constitution. Elle n'est pas le pouvoir constituant à l'œuvre.

²⁹ Voy. également P. RITTERSPACH, *op. cit.*, p. 280. «La Cour n'est pas 'a third chamber in perpetual session', un super parlement. Elle est un organe constitutionnel, mais elle n'est nullement supérieure aux autres organes constitutionnels».

10. En somme, la Cour d'arbitrage est vouée, dès sa création, à être une juridiction. Qui mieux est : *une juridiction constitutionnelle*. Ce qui signifie en clair que, parmi d'autres juridictions et même en collaboration avec elles, la Cour a pour mission spécifique de veiller au respect de la distribution des tâches que la Constitution aménage entre le pouvoir législatif, les pouvoirs communautaires et le pouvoir régional.

Il ne suffit pas pourtant de rappeler que seule la voie juridictionnelle peut être empruntée. Il faut encore dégager les corollaires de cette affirmation. Ce qui conduit, maintenant, à s'interroger sur l'assise juridictionnelle que la loi peut procurer à la Cour d'arbitrage.

II. L'assise juridictionnelle

11. Quels sont les traits qui peuvent conférer à la Cour d'arbitrage un caractère foncièrement juridictionnel ? La question n'est pas nouvelle. Les spécialistes du droit public ont coutume de l'examiner selon trois points de vue distincts.

Le point de vue organique vient en premier. La Cour d'arbitrage peut-elle être considérée comme une juridiction si ses membres ne se voient pas dotés d'un statut qui préserve, en toute occasion, leur indépendance — et, par là, leur impartialité — ? La question du mode de recrutement des membres de la Cour ne peut, en particulier, être esquivée.

Le point de vue matériel doit aussi être pris en compte. La Cour d'arbitrage peut-elle être considérée comme une juridiction si, dans l'exercice de sa mission, elle n'est pas amenée à statuer en droit sur les questions constitutionnelles qui lui sont soumises ? La question de la nature du contrôle exercé par la Cour doit être rencontrée dans cette perspective.

Enfin, le point de vue fonctionnel mérite l'attention. Le propre d'une juridiction, comme la Cour d'arbitrage doit l'être, c'est de prendre des décisions revêtues de l'autorité de la chose jugée. Pour régler les conflits entre lois et décrets, la Cour est appelée à rendre des arrêts. Mais ceux-ci ont-ils bien l'autorité qui caractérise l'œuvre d'une institution juridictionnelle ? La question des effets qui s'attachent aux arrêts de la Cour d'arbitrage doit, à son tour, être élucidée.

Ce faisant, il ne s'agit pas d'examiner dans le détail les règles de fonctionnement, encore en projet, de la nouvelle institution, mais seulement d'en relever les traits les plus saillants. Il convient aussi d'examiner s'ils sont bien compatibles avec les exigences de toute œuvre juridictionnelle.

A. L'INSTITUTION

12. Le thème de l'indépendance des membres de la Cour d'arbitrage est celui qui, jusqu'à présent, a don-

né lieu aux discussions publiques les plus vives. Faut-il s'en étonner? C'est la question apparemment la plus simple et la moins technique; c'est celle aussi où des choix clairs peuvent être, si on le veut, pratiqués. Encore faut-il distinguer en la matière deux problèmes distincts: l'un est celui de la sélection des membres de la Cour, l'autre est celui de la définition de leur statut.

13. *En matière de recrutement*, tous les projets qui visent à organiser la Cour d'arbitrage retiennent une solution simple: les membres de la Cour sont nommés par le Roi, sur deux listes doubles présentées par les groupes linguistiques français et néerlandais du Sénat (projet n° 246, art. 21).

Il n'y a pas lieu de s'étonner du choix de pareille procédure de nomination. Elle répond, pour une part, à nos meilleures traditions constitutionnelles. Le Roi nomme les conseillers à la Cour de cassation (tout comme les conseillers d'Etat) et désigne les conseillers à la cour d'appel sur présentation de listes émanant d'assemblées politiques — le Sénat ou le conseil provincial —. Une différence importante apparaît, cependant, ici: contrairement à la Cour de cassation, au Conseil d'Etat et aux cours d'appel, la Cour d'arbitrage n'est, en aucune manière, associée à la procédure de recrutement de ses propres membres. Elle ne perd pas pour autant son caractère juridictionnel. Mais il reste que le choix des membres de la Cour est appelé à se faire en fonction d'actes de présentation où des préoccupations éminemment politiques risquent de ne pas toujours être absentes (30).

³⁰ Faut-il ajouter que la procédure choisie exprime aussi la méfiance que le pouvoir législatif témoigne à l'encontre de techniques qui assureraient, en fait sinon en droit, la cooptation des membres de la Cour. L'avantage d'un système de désignation qui fait une large place au pouvoir législatif est souligné par P. Ritterspach: l'institution «reçoit par là une légitimation démocratique indispensable — au moins hautement désirable — pour l'oeuvre d'un organe dont les décisions ont une si grande influence sur la vie de l'Etat démocratique» (*op. cit.*, p. 261). Mais les inconvénients du système sont aussi soulignés: il accentue «le caractère politique de la Cour d'arbitrage au détriment de son caractère juridictionnel» (*Doc. parl., Sén.*, 1980-1981, n° 704/1, p. 61; *Doc. parl., Sén.*, 1981-1982, n° 246/1, p. 51). Tant en Belgique qu'à l'étranger, des propositions ont été formulées pour tempérer la politisation de la Cour constitutionnelle en associant à la procédure de nomination des corps indépendants. (Voy. au Canada, J. BROSSARD, *La Cour suprême et la Constitution*, Presses de l'Université de Montréal, 1968, p. 275. En France, P. JULIARD, «Difficultés du changement en matière constitutionnelle: l'article 61 de la Constitution», *R.D.P.*, 1974, p. 713; le programme commun de gouvernement des partis de gauche proposait par ailleurs la création d'une Cour suprême chargée entre autres de contrôler la constitutionnalité des lois et associait le Conseil supérieur de la Magistrature à la procédure de désignation (R. CHIROUX, «Faut-il réformer le Conseil?», in *Pouvoirs*, 1980, n° 13, pp. 107-108). En Belgique, P. DE VISSCHER et F. DELPÉRE, «Pour une juridiction constitutionnelle», in *Actualité*, *op. cit.*, p. 278; F. DUMON, «Quo Vadimus?», *J.T.*, 1980, p. 504). Trois solutions ont été esquissées dans ce sens en Belgique: associer la Cour d'arbitrage au processus

La procédure retenue pour la désignation des membres de la Cour répond aussi, pour une autre part, aux données constitutionnelles les plus nouvelles et aux transformations de structures que vient de connaître l'Etat. Il n'est pas besoin de souligner que le Sénat, comme tel, n'est pas associé à la nomination des membres de la Cour. Ce sont les groupes linguistiques constitués en son sein qui sont appelés à intervenir. Derrière ceux-ci se profilent les communautés française et flamande: comme l'a relevé avec force le Conseil d'Etat, dans son avis du 25 mars 1981, «le législateur peut estimer souhaitable que les titres des candidats à une fonction de membre de la Cour d'arbitrage soient soumis à l'appréciation des groupes linguistiques du Sénat, lesquels peuvent être considérés comme des représentants éminemment qualifiés de la communauté flamande et de la communauté française» (31).

La même préoccupation communautaire apparaît évidemment dans la constitution paritaire de la Cour. L'exigence d'un même nombre de membres d'expression française et d'expression néerlandaise ne peut être assimilée à une règle sur l'emploi des langues au sein de l'institution (32). Le souci exprimé est autre. Dans la mesure où la Cour d'arbitrage est appelée à procéder à l'examen de litiges qui peuvent opposer deux communautés, elle ne doit pas prêter le flanc à la critique de partialité que pourrait lui valoir une composition déséquilibrée (33).

Evidemment, cette forme d'organisation paritaire de la Cour ne présente pas que des avantages. Sur un plan politique, elle peut donner à penser à certains que l'une des communautés abandonne au profit de l'autre les avantages que pourrait lui conférer la loi

de nomination (*Doc. parl., Ch.*, s.e., 1979, n° 10/9, 3° et 5°, p. 2; *Doc. parl., Sén.*, 1980-1982, n° 704/1, p. 61; *Doc. parl., Sén.*, 1981-1982, n° 246/1, p. 51); associer le Conseil d'Etat, la Cour de cassation et un collège des recteurs d'université au processus de nomination, associer un conseil consultatif composé de membres du Conseil d'Etat, de la Cour de cassation et de représentants des Facultés de droit au processus de nomination. J. ROUSSEAU propose d'associer en outre le Conseil de la Couronne («Et pourquoi pas la Belgique?», *J.T.*, 1982, pp. 789 et sv., particulièrement p. 793).

³¹ *Doc. parl., Sén.*, 1980-1981, n° 704/1, p. 60. Le Conseil d'Etat a considéré que l'article 25, § 2 du projet 704 (repris à l'article 21, § 2 du projet 246) n'était pas contraire à l'article 32 bis de la Constitution qui ne prévoit l'intervention des groupes linguistiques de chaque Chambre que dans les cas prévus par la Constitution. Au terme d'une analyse des travaux préparatoires de l'article 32 bis, le Conseil d'Etat arrive à la conclusion que «le législateur n'excède pas le pouvoir d'appréciation que lui confie l'article 107 ter de la Constitution, en considérant que la présentation en vue d'une nomination aux fonctions de membre de la Cour d'arbitrage peut être comprise parmi les cas déterminés par la Constitution, pour l'application de l'article 32 bis de celle-ci» (*Doc. parl., Sén.*, 1980-1981, n° 704-1, pp. 58-60).

³² Voy. à ce sujet les dispositions inscrites aux articles 16 et sv. du projet n° 246.

³³ Sur le thème de l'organisation paritaire de l'Etat, voy. F. DELPÉRE, «Où va la Belgique?», *J.T.*, 1982, p. 216.

du nombre (34). Sur un plan juridique, elle peut compliquer le fonctionnement de l'institution, en suscitant des blocages qui peuvent, à la limite, conduire à la paralysie de la Cour. A moins que des règles de procédure permettent de lever cet obstacle.

Le projet n° 435 s'attachait à rencontrer cette difficulté. Il précisait que la Cour devait conclure à l'absence de conflit ou d'excès de compétence si une majorité ne se dessinait pas dans ses rangs (article 32, § 3). Mais le Conseil d'Etat l'avait bien relevé : dans l'hypothèse d'un conflit positif entre deux règles juridiques, la décision de la Cour équivalait à un déni de justice ; au surplus, elle n'apportait aucune réponse au juge qui avait pris la peine d'interroger la Cour d'arbitrage (35). Ces solutions étaient-elles bien compatibles avec l'article 107 ter de la Constitution et avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ? Une juridiction ne doit-elle pas être apte à trancher par droit et sentence les contestations dont elle est saisie (36) ?

Le projet n° 246 emprunte une autre voie. Il part de l'idée que la Cour d'arbitrage — composée de 12 membres — doit être constituée de manière paritaire. Mais il précise aussitôt que, pour l'exercice de ses fonctions juridictionnelles, la Cour sera appelée à siéger en formation restreinte de 7 membres : trois d'expression française et trois d'expression néerlandaise ; le septième membre est l'un des deux présidents de la Cour d'arbitrage, étant entendu que « la présidence est exercée à tour de rôle par chaque président pour une durée d'un an et que le président délègue ses compétences à l'autre président ... chaque fois que l'exercice de ces compétences concerne une affaire qui doit être traitée dans la langue qui n'est pas celle du groupe linguistique auquel il appartient » (37). Puisque la formation est composée d'un nombre impair de membres, il n'y a pas d'obstacle technique à préciser que « toute décision est rendue à la majorité des voix des membres » (art. 14, § 3 en projet).

La formule retenue permet, à tout le moins, qu'une majorité se dégage en toutes circonstances (38). Elle ménage, par ailleurs, la susceptibilité de l'une et l'autre communautés en organisant le système de la prési-

dence alternée. Mais ne risque-t-elle pas, comme la crainte en a parfois été exprimée (39), d'ouvrir la voie à des jurisprudences discordantes ? La section de législation du Conseil d'Etat ne s'est pas émue — à bon droit, semble-t-il — de ce péril : « L'alternance annuelle des présidents (...) est destinée à préserver les décisions de la Cour du soupçon d'abus d'une majorité linguistique, dans la mesure où celle-ci sera éphémère par rapport à une jurisprudence dont l'indispensable autorité dépendra notamment de son unité d'inspiration » (40). L'observation paraît particulièrement judicieuse. Serait-il incongru d'ajouter que la Cour d'arbitrage gagnera, sans doute, en prestige et en estime à ne pas rendre ses arrêts par quatre voix contre trois, groupe linguistique contre groupe linguistique, et à faire apparaître ainsi que la voix présidentielle a été, chaque fois, prépondérante (41) ?

14. Faut-il s'arrêter très longtemps à un autre aspect du problème du recrutement des membres de la Cour d'arbitrage, celui de la définition des *conditions d'accès* à la nouvelle institution ? L'on sait que les projets les plus récents ne retiennent, en définitive, que deux exigences. L'une est celle de l'âge des membres de la Cour : ils doivent avoir plus de 40 ans et moins de 70 ans. L'autre est celle de l'expérience : elle est de cinq ans au moins, si elle a été acquise dans des milieux juridiques (il faut avoir été magistrat à la Cour de cassation ou au Conseil d'Etat, ou avoir enseigné le droit dans une université) ; elle est de huit au moins, si elle a été acquise dans les milieux politiques (comme membre de la Chambre des représentants ou du Sénat). Mais la nature des conditions qui se présentent ainsi se répercute directement sur les modes d'or-

³⁴ Organiser une cour constitutionnelle, se demandait, en 1971, M. Paul VERMEULEN, n'est-ce pas soumettre la majorité néerlandophone du Parlement « à la tutelle d'un organe où une apparente parité entre les deux groupes dans la composition de cet organe n'empêchera pas le groupe ayant une prédominance sociale d'user à fond de cette prédominance ? » (Discussion générale, *Actualité ...*, op. cit., p. 557 ; voy. également, « Rechterlijke handhaving van regelen tot interne verdeling van soevereiniteit », *T.B.P.*, 1980, pp. 258-283, particulièrement, p. 265).

³⁵ *Doc. parl., Ch.*, S.E. 1979, n° 619/1, p. 9. L'article 16, § 3, du projet n° 704 n'apporte pas davantage de solution à ce problème délicat (voy. *Doc. parl., Sén.*, 1980-1981, n° 704/1, pp. 52 à 54).

³⁶ *Doc. Parl., Sén.*, 1980-1981, n° 704/1, p. 54.

³⁹ S'il approuve le principe de l'alternance annuelle de la présidence dans la mesure où il peut garantir l'unité de la jurisprudence de la Cour, M. Ph. ULMANN (op. cit., p. 61) critique le système de l'alternance au cas par cas, c'est-à-dire le changement de présidence en fonction de la langue dans laquelle le dossier a été introduit. Encore faut-il observer que, dans cette hypothèse, la langue de la procédure est celle de la partie qui postule l'annulation de la norme incriminée, ce qui tendrait à faire considérer qu'une demande introduite par l'exécutif de la communauté française contre un décret de la communauté flamande devra être traitée en français par la Cour siégeant en une formation dont fera partie le président d'expression française. Le danger est-il vraiment celui d'une double jurisprudence ? N'est-il pas plutôt celui d'une jurisprudence exagérément rigoriste ? Les changements occasionnels de président peuvent, dans cette perspective, apparaître comme une « prime à l'annulation ».

⁴⁰ Ce n'est pas à dire que le Conseil d'Etat accepte sans réserve le système de la formation restreinte (*Doc. parl., Sén.*, 1981-1982, n° 246/1, p. 36). Il regrette notamment que le président de la Cour ne se voie pas conférer la prérogative de saisir une formation plus nombreuse d'affaires ou de questions qui lui paraîtraient particulièrement importantes.

⁴¹ L'on fera sans doute remarquer que les arrêts de la Cour ne font pas état du partage des opinions au sein de la formation de 7 membres. Il n'en reste pas moins que des tendances diverses peuvent apparaître à l'occasion des débats ; elles peuvent se refléter aussi dans la motivation de l'arrêt. Les exégètes ne se feront pas faute de relever ces divergences d'opinions.

ganisation de la Cour : celle-ci devra être composée, pour chacun de ses groupes linguistiques, d'un nombre égal de membres pouvant se prévaloir d'une expérience juridique et d'une expérience politique (art. 22, § 2, du projet n° 246).

Dans les milieux proches du pouvoir judiciaire notamment, la présence obligatoire de six anciens parlementaires au sein d'une Cour d'arbitrage de 12 membres suscite, encore aujourd'hui, de vives critiques. Avec eux, n'est-ce pas l'esprit de parti qui va s'introduire dans le fonctionnement de la Cour, et peut-être même dans l'exercice de ses missions ? Nous n'entendons pas ouvrir ici une nouvelle fois ce débat important (42). Nous nous bornerons à faire sur ce sujet deux brèves réflexions.

La première, c'est que la qualité de juge tient moins aux conditions et aux modalités de recrutement qu'aux missions conférées. Or, il peut se faire précisément que l'exercice de la fonction de juger requière qu'une partie au moins des membres de l'institution de justice témoignent d'une bonne connaissance du milieu et des activités dont ils vont devoir connaître. Dans cette perspective, il n'est pas déraisonnable d'exiger de certains membres de la Cour d'arbitrage une expérience parlementaire : il faut présumer que, pour avoir siégé au sein de l'une des Chambres, ils sont initiés aux méthodes du travail législatif et familiarisés avec les modes d'élaboration des lois et des décrets (43).

Il va sans dire que d'autres explications avancées parfois pour justifier la présence d'anciens parlementaires à la Cour d'arbitrage doivent, dans le même moment, être récusées avec vigueur.

L'idée, par exemple, que les Chambres législatives aient pu troquer leur prérogative d'annuler les arrêts de règlement contre cette garantie institutionnelle est choquante ; de l'intérieur comme de l'extérieur, l'intervention des Chambres dans l'activité des institutions de justice est inacceptable.

L'idée aussi que la Cour d'arbitrage exerce une fonction plus politique que juridictionnelle et doive dès lors être composée d'hommes rompus aux techniques de la politique est, dans la forme, mal exprimée et, dans le fond, inexacte. Il est vrai que la norme de référence — la Constitution ou la loi spéciale — imprime des traits spécifiques au contentieux constitutionnel : les dispositions constitutionnelles doivent être concises et se prêter à des interprétations évolutives ; elles sont aussi le fruit de compromis et s'of-

frent à des interprétations contrastées (44). Il est vrai également que le juge constitutionnel contribue par l'interprétation qu'il procure à « codifier les règles du jeu politique » (45). Toutefois, ni l'objet de la règle constitutionnelle — « les affaires du domaine politique » (46) — ni les répercussions de la décision constitutionnelle n'altèrent profondément l'essence de la fonction du juge. Il lui revient, dans le respect des valeurs fondamentales que la Constitution exprime, en tenant compte de l'histoire constitutionnelle, de l'histoire des idées politiques et du développement de la vie sociale, tout comme des conséquences politiques que ses décisions peuvent avoir, de « servir la Constitution », de la « penser jusqu'au bout » (47), de développer le droit « contenu à l'état embryonnaire dans le texte de la Constitution » en se gardant de créer un nouveau droit constitutionnel (48). L'interprétation de la Constitution se dégagera ainsi « d'un travail permanent de lecture des textes » et « d'une écoute attentive des mouvements d'une société politique » (49).

L'idée, encore, que le litige constitutionnel ne puisse être résolu au terme d'un syllogisme juridique ordinaire mais se tranche au terme d'un raisonnement où des considérations extra-juridiques peuvent avoir leur poids est déroutante : en matière constitutionnelle, les syllogismes élémentaires n'ont jamais suffi au juge, quel qu'il soit par ailleurs (50), s'il voulait faire oeuvre valable ; il devait, au minimum, tenir compte des faits, du contexte, de la pratique, des conséquences — tous éléments qui ne sont pas inscrits en termes de règles mais que le juge doit intégrer dans un raisonnement avant de décider et d'ordonner — ; l'observation n'apprend donc rien et surtout est sans incidence sur le mode de composition de la Cour.

Disons le clairement. Si les anciens parlementaires sont désignés au sein de la Cour pour y faire revivre leurs querelles d'antan, pour donner au débat des co-

⁴⁴ Voy. F. DELPÉRÉE, « La vie de la Constitution », *Ann. Dr.*, 1980, p. 130 ; P. VERMEULEN, « *Rechterlijke handhaving ...* », *op. cit.*, pp. 261-262.

⁴⁵ L. FAVOREU, *op. cit.*, p. 24.

⁴⁶ P. RITTERSPACH, *op. cit.*, p. 280.

⁴⁷ P. RITTERSPACH, *op. cit.*, pp. 281-282.

⁴⁸ E. FRIESENHAHN, « Le contrôle des normes juridiques en droit allemand », in *Actualité ...*, *op. cit.*, pp. 43-69, particulièrement p. 65.

⁴⁹ F. DELPÉRÉE, *op. cit.*, p. 124.

⁵⁰ N'est-ce pas d'ailleurs se méprendre sur l'opération juridictionnelle que de la ramener à un syllogisme ? Quelques exemples peuvent être empruntés au droit économique, au droit social, au droit administratif. Le tribunal de commerce ne dispose-t-il pas d'une certaine marge d'appréciation lorsqu'il doit décider si un acte est ou non contraire aux usages honnêtes en matière commerciale ? Le tribunal du travail ne jouit-il pas d'un large pouvoir d'interprétation lorsqu'il examine s'il y a ou non motif grave justifiant une résiliation du contrat de travail ? Plus proche de la Cour d'arbitrage, le Conseil d'Etat se contente-t-il de « faire parler la loi » lorsqu'il contrôle la qualification juridique des faits, appréciant s'il y a ou non « urgence », « insalubrité » ou « utilité publique » ?

⁴² Voy. notamment F. DUMON, *op. cit.*, p. 507 ; J. VELU et A. VANWELKENHUYZEN, *op. cit.*, p. 135 ; Ph. ULMANN, *op. cit.*, p. 76 ; J. ROUSSEAU, *op. cit.*, p. 793.

⁴³ Si ce raisonnement était suivi de manière tout à fait logique, il faudrait n'ouvrir l'accès de la Cour d'arbitrage qu'à ceux qui, siégeant dans l'une des deux Chambres, ont également fait partie des conseils de communauté ou de région.

lorations idéologiques ou communautaires, pour faire pencher la balance au nom de considérations étrangères à l'oeuvre de justice, ils n'y ont pas leur place. Et les textes mériteraient d'être amendés sur ce point essentiel. Si, au contraire, ils peuvent éclairer leurs collègues sur les conditions générales de l'élaboration des textes de lois ou de décrets, s'ils peuvent attirer leur attention sur les nuances du texte que les travaux parlementaires ne permettent que malaisément de déceler, s'ils mettent en garde contre des interprétations exagérément formalistes⁽⁵¹⁾, en un mot : s'ils contribuent à mettre à jour l'esprit de la loi ou du décret dont il convient de vérifier la constitutionnalité, alors ils font oeuvre utile ; leur présence peut même s'avérer indispensable au bon fonctionnement de la Cour.

C'est le moment de rappeler que rien n'empêche l'autorité qui a charge de présenter les candidats et celle qui a la responsabilité de nommer les membres de la Cour de considérer que la qualification de juriste, en plus de l'expérience parlementaire, peut être utile à l'exercice de la fonction juridictionnelle. Encore faut-il trouver des personnes qui, répondant par ailleurs aux conditions d'âge et faisant preuve des connaissances linguistiques requises, se trouvent dans cette situation (52).

Deuxième observation. La qualité de juge doit profiter à tous ceux qui auront été nommés par le Roi membres de la Cour d'arbitrage. Il n'y a pas, autrement dit, deux qualités de membres. Au départ d'expériences différentes, douze personnes sont affectées sans différenciation aucune à une tâche commune (53). Comme l'a également relevé le Conseil d'Etat, les membres de la Cour — tous ses membres — sont «des juges chargés d'interpréter les textes selon des méthodes éprouvées et cela en toute indépendance» (54). De là, d'ailleurs, le statut uniforme qui est fait aux membres de la Cour (voy. *infra*, n° 15).

Nous pensons donc que les formules retenues dans le projet n° 246 ne sont pas fondamentalement criti-

quables, d'un point de vue constitutionnel. Les appréciations en opportunité peuvent différer. Mais les caractéristiques que l'on relève n'altèrent pas la nature juridictionnelle de l'institution. Au contraire même, elles visent à lui donner des traits qui tiennent compte de la configuration de l'Etat où elle doit s'intégrer. Une seule réserve : si les membres de la Cour qui sont d'anciens parlementaires se comportent comme les porte-parole de leur institution d'origine — mais peut-être faut-il formuler le même avertissement pour les autres membres — et agissent à la manière du cheval de Troie, ils jetteront bas l'institution à laquelle ils auront ainsi ôté le caractère juridictionnel que la Constitution entendait lui conférer.

15. *En matière de statut*, les projets qui s'attachent à organiser la Cour d'arbitrage se préoccupent tous d'assurer l'indépendance des membres de la Cour. Ils y parviennent, non sans nuances, en mettant l'accent sur trois points précis (55).

Premier point. L'indépendance du juge paraît bien requérir qu'il soit *nommé à vie*. Imagine-t-on qu'un ancien parlementaire retourne à ses fonctions originales, après l'exercice d'un mandat temporaire à la Cour ? Imagine-t-on qu'il exerce ses fonctions et qu'il rende ses décisions dans la hantise d'une non-réélection ? Imagine-t-on qu'un magistrat voie sa carrière entrecoupée par un détachement à la Cour d'arbitrage ? Certes, la nomination à vie ne présente pas que des avantages. Elle peut engendrer une certaine «gérontocratie de la robe» (56). Elle peut donner naissance à une obligarchie de juges qui s'en tiendraient à des interprétations rigides ou vieilles de la Constitution plutôt qu'à des solutions novatrices. Tout bien pesé, les inconvénients d'une investiture temporaire ont paru l'emporter sur les avantages de l'attribution d'un mandat limité. Il faut s'en réjouir.

Deuxième point. L'indépendance du juge paraît aussi aller de pair avec son *inamovibilité*. Il ne doit pouvoir être ni démis, ni révoqué. Puisqu'il a quitté sans esprit de retour son institution d'origine, il ne peut non plus y être renvoyé. Si des mesures disciplinaires s'avèrent justifiées, c'est la Cour d'arbitrage, elle-même, qui devra statuer en la matière et qui prononcera, le cas échéant, la déchéance ou la suspension. Les pouvoirs reconnus au Roi ainsi qu'aux

⁵¹ Voy. F. DELPÉRÉE, «La nouvelle grammaire constitutionnelle», *Wallonie* 80, n° 6, p. 418.

⁵² Voy. P. DE VISSCHER, «La sauvegarde de la suprématie de la Constitution», *A.P.T.*, 1976-1977, p. 98 ; L. MOUREAU, «Remarques sur le contrôle de constitutionnalité des lois», *A.P.T.*, 1976-1977, p. 25 ; J. VELU et A. VANWELKENHUYZEN, *op. cit.*, p. 135. On pourrait exiger des membres issus des milieux parlementaires qu'ils puissent faire état d'une certaine formation de juriste. Lors des travaux préparatoires de la loi du 3 juillet 1971, des doutes ont toutefois été émis concernant les possibilités réelles de réunir des candidats répondant à cette triple condition (diplôme, exercice d'un mandat parlementaire et connaissance de la seconde langue nationale) (*Les Nouvelles, Droit administratif*, t. VI, «Le Conseil d'Etat», Bruxelles, Larcier, 1975, p. 756).

⁵³ Il reste, cependant, que les formations de la Cour devront comprendre au moins deux membres pouvant se prévaloir d'une expérience politique et au moins deux membres pouvant se prévaloir d'une expérience juridique (projet n° 246, art. 14, § 1).

⁵⁴ *Doc. parl., Sén.*, 1980-1981, n° 704/1, p. 62.

⁵⁵ D'autres problèmes retiennent l'attention du législateur. Il y a lieu, en particulier, de régler les situations d'incompatibilités. A cet égard, un choix doit être fait. Ou bien l'exercice d'un mandat à la Cour d'arbitrage n'empêche pas, dans certaines limites, l'exercice d'une autre activité publique ou privée ; il convient alors de déterminer les activités dont l'exercice reste permis aux anciens parlementaires. Ou bien un régime d'incompatibilités plus rigoureux est établi. C'est dans ce sens que s'orientent les projets de loi (projet n° 435, art. 42 et sv. ; projet n° 704, art. 41 et sv. ; projet n° 246, art. 36 et sv.).

⁵⁶ L'expression est de M. P. RITTERSPACH (*op. cit.*, p. 258).

groupes linguistiques du Sénat dans la procédure de nomination des membres de la Cour n'ont donc pas pour effet de leur conférer des compétences parallèles en matière disciplinaire. Cette solution qui prévaut aussi pour les membres de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat paraît entièrement justifiée.

Troisième point. L'indépendance du juge ne pourra être préservée que si son *impartialité* n'est pas contestée.

Or celle-ci ne risque-t-elle pas de l'être si, en sa qualité première de magistrat, un juge s'est déjà prononcé sur la question dont la Cour est saisie ou si, en sa qualité première de parlementaire, un juge a déjà pris position sur la validité d'une règle de droit qui est déferée à la censure de la Cour ? Ou, plus simplement, l'impartialité des membres de la Cour d'arbitrage n'est-elle pas altérée si l'un d'entre eux a un intérêt dans l'affaire dont l'institution est saisie ? La question peut paraître simple. Les réponses ne s'imposent pourtant pas d'elles-mêmes. Un régime trop strict de récusation pourrait, en effet, mettre la Cour dans l'impossibilité de se constituer en formation minimale de sept membres.

Les projets gouvernementaux adoptent, en cette matière, une cote mal taillée. Ils ne se rendent pas aux observations de la section de législation du Conseil d'Etat qui avait pourtant considéré que tout membre de la Cour ayant déjà pris position sur la question constitutionnelle devait être écarté au moment de composer l'institution de jugement (57). Ils estiment que telle doit sans doute être la règle pour ceux qui ont siégé dans des affaires où ils auraient eu, comme juges, à connaître de ces questions, mais qu'elle s'avère impraticable pour les anciens parlementaires : le fait d'avoir été, au moment du vote de la norme attaquée, membre de l'assemblée dont émane la norme n'est pas, dit le gouvernement, une cause de récusation (58). Le raisonnement est sans doute exact. Mais est-il pour autant complet ? Il aurait été mieux accepté, nous semble-t-il, si le gouvernement avait fait le départ entre deux hypothèses. Dans un cas, aucun problème de constitutionnalité n'a été soulevé à l'occasion du débat parlementaire ; l'on verrait mal la récusation de celui qui s'est contenté d'exprimer une opinion sur d'autres sujets et un vote sur l'ensemble. Mais, dans un autre cas, le problème de constitutionnalité a été soulevé ; peut-être même le membre dont la récusation est postulée a-t-il pris position, dans le débat parlementaire, sur ce sujet ; ima-

gine-t-on qu'il siège, pour cette question, au sein de la Cour ?

Le projet mériterait d'être amendé sur ce point pour prévenir mieux encore, et en toutes circonstances, l'indépendance de la Cour et l'impartialité de ses membres.

B. LES LITIGES

16. L'indépendance ne suffit pas à caractériser l'office du juge. Si l'on devait s'en tenir à un critère organique, bien des autorités constituées à des titres divers dans l'Etat pourraient réclamer la qualité de juge ... Il va de soi qu'un second trait mérite d'être mis en évidence. Il complète le premier. Si des autorités indépendantes sont mises en place, c'est, en réalité, pour exercer la mission de juger, c'est-à-dire trancher des conflits dans le respect du droit (59).

Est-ce bien là la fonction assignée à la Cour d'arbitrage ? Elle règle des conflits, sans doute, comme l'indique elle-même la Constitution. Mais ce n'est peut-être là qu'une figure de style. Y aurait-il quelque analogie avec l'œuvre d'un juge qui se prononce sur le conflit qui oppose les propriétaires de biens contigus, les bénéficiaires d'un même héritage ou encore les concurrents à l'obtention d'un marché ? Et si la comparaison ne paraît pas devoir s'imposer, n'est-il pas plus exact d'écrire que la Cour veille à maintenir de bonnes relations entre les collectivités politiques qui sont organisées dans l'Etat ? Ces questions se veulent naturellement naïves. Elles en suscitent d'autres, plus fondamentales : qu'est-ce que juger au nom de la Constitution ? Comment juger en son nom ? Il faut dépasser sur ce terrain les réponses toutes faites pour mesurer la complexité de l'entreprise juridictionnelle que la Cour d'arbitrage est invitée à assumer.

17. Tel que la Constitution et la loi en projet l'organisent, le contentieux de constitutionnalité confié à la Cour d'arbitrage est un *contentieux* de caractère *objectif*. Il s'agit, selon l'expression consacrée, de faire le procès à un acte et non de débattre des droits, fussent-ils collectifs, de telle ou telle partie. La procédure mise en œuvre a pour seul but « la protection de la Constitution » (60).

Certes, des personnes juridiques sont à des titres divers intéressées et même associées à la procédure de règlement des conflits. Le gouvernement national tout comme les exécutifs communautaires et régionaux saisissent la Cour ; ils participent au déroulement de l'instance. De leur côté, les parties au litige principal sont invitées à collaborer à l'occasion de la procédure, lorsque la Cour d'arbitrage est saisie d'une

⁵⁷ Doc. parl., Sén., 1980-1981, n° 704/1, p. 63. Le Conseil d'Etat a toutefois précisé que, si cette cause de récusation devait être présumée, elle risquait dans un premier temps d'entraîner des problèmes de fonctionnement.

⁵⁸ Doc. parl., Sén., 1980-1981, n° 704/1, p. 16 ; Doc. parl., Sén., 1981-1982, n° 246/1, p. 20. Les dispositions relatives à la récusation seront insérées dans le texte de loi relatif à la procédure (Doc. parl., Sén., 1981-1982, n° 246/1, p. 13).

⁵⁹ Sur « les critères » de l'acte juridictionnel, voy. C. CAMBIER, *Principes du contentieux administratif*, Bruxelles, Larcier, 1961, t. 1, p. 119.

⁶⁰ P. RITTERSPACH, *op. cit.*, p. 267.

question préjudicielle : il est envisagé de leur notifier la décision de poser une question — ainsi que le recours en annulation, lorsqu'une même disposition fait l'objet d'un recours en annulation et d'une décision de renvoi —, de leur offrir la possibilité de déposer un mémoire, de les avertir de la date de l'audience, de leur donner l'occasion de consulter le dossier ainsi que de leur permettre — éventuellement par l'intermédiaire d'un avocat — de faire valoir leurs observations orales (61). Dans un cas comme dans l'autre, les personnes juridiques — privées ou publiques — ainsi appelées à intervenir dans le cours de la procédure ne doivent pas être considérées comme «des parties» sur les prétentions desquelles le juge aurait à statuer (62). Elles s'effacent, en réalité, devant le caractère objectif de la procédure.

18. Deuxième particularité. A la faveur du contentieux objectif de constitutionnalité, la Cour d'arbitrage ne connaît que de l'une des formes de l'activité de l'Etat, des communautés et des régions, à savoir l'activité normative, lorsqu'elle se concrétise dans *une loi* ou dans *un décret*. L'observation paraît aller de soi. Elle a le mérite, à notre sens, de rappeler que d'autres contentieux de constitutionnalité peuvent affecter l'activité des mêmes collectivités publiques. Pour s'en tenir au contentieux objectif, il suffit de rappeler que la section d'administration du Conseil d'Etat peut être saisie de recours visant à censurer les règlements — et *a fortiori* les actes individuels — que l'Etat, les communautés et les régions édictent.

La coexistence de ces deux institutions investies de tâches qui procèdent du contrôle de constitutionnalité est éclairante. Nul n'a jamais soutenu que le Conseil d'Etat — parce qu'il a à connaître des actes pris par le gouvernement — sort du champ du juridictionnel pour emprunter les chemins du contrôle parapolitique. Nul n'a prétendu que, parce qu'il veille à préserver le partage exact des compétences constitutionnelles ou légales des autorités publiques, il joue le rôle exorbitant d'un pouvoir constituant secondaire. Bien au contraire, la haute juridiction administrative a censuré toutes les formes d'excès de pouvoir, établissant ainsi progressivement la démarcation entre ce qui ressortit à un contrôle de la légalité, au sens large de l'expression, et ce qui ressortit à un examen d'opportunité ou de pure appréciation politique. Pourquoi en irait-il autrement pour la Cour d'arbitrage ? Elle reçoit même mission. Elle l'exerce seulement à l'encontre d'autres normes : la loi ou le décret. Elle

devra éviter de substituer son appréciation à celle de l'auteur de la norme, sans pour autant renoncer à vérifier si les dispositions de la loi ou du décret ne sont pas contraires aux dispositions constitutionnelles (63).

Serait-ce alors la nature même de l'activité législative ou décrétales qui donnerait aux contrôles qui peuvent l'affecter leur singularité ? Cette idée cheminera peut-être. Mais si l'on renonce, comme le pouvoir constituant l'a fait, voici 13 ans déjà — cette révolution est passée inaperçue —, au dogme de l'infaillibilité du pouvoir législatif et des pouvoirs communautaires et régionaux, il faut accepter cette autre idée : en cas de violation de la Constitution, les excès des uns et des autres doivent pouvoir être réprimés — de la même manière que ceux du pouvoir exécutif le sont, depuis 35 ans, par le Conseil d'Etat —.

La Cour d'arbitrage n'a donc pas à faire du service social en matière constitutionnelle. Elle n'est pas là pour conforter le pouvoir législatif dans des attributions qu'il détient d'ancienneté. Elle n'a pas à consolider les autonomies naissantes des communautés et des régions. Il lui suffit de veiller au «partage des pouvoirs» qu'instaure la Constitution.

19. Est-il besoin d'ajouter que le contentieux objectif de la constitutionnalité des lois et des décrets est un *contentieux spécialisé* ? Il n'appartient pas à la Cour de vérifier la conformité de la norme incriminée à toute règle constitutionnelle, quelle qu'elle soit — par exemple, les dispositions consacrant les droits de l'homme ou celles qui définissent les attributions du pouvoir judiciaire — (64). Il lui revient seulement d'examiner si la loi ou le décret n'ont pas enfreint les dispositions qui fixent le partage de leurs pouvoirs respectifs : pour l'essentiel, ces règles sont incrites aux articles 59 bis et 107 quater de la Constitution, dans les autres dispositions constitutionnelles auxquelles ces articles se réfèrent implicitement et dans les lois spéciales prises en exécution de la Constitution.

Ces formulations simples en apparence ont déjà fait couler beaucoup d'encre. La notion de conflit, en particulier, a donné lieu à des analyses intéressantes ; celle de «conflit de compétences», à laquelle elle a été finalement préférée, a également retenu l'attention. Disons-le clairement. La notion de conflit n'apporte rien au débat constitutionnel. Elle jette arbitrairement un pont entre les conflits dits de compétences et ceux qui sont qualifiés, pour la circonstance, d'intérêts. Elle confère au débat qui va s'engager devant la Cour un tour inutilement polémique. Elle laisse entendre que deux règles de même niveau doivent né-

⁶¹ Dans son avis du 25 mars 1981, le Conseil d'Etat a rappelé à cet égard que les parties au litige ont, en vertu de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le droit de se défendre devant la Cour et d'être entendues (*Doc. parl., Sén.*, 1980-1981, n° 704/1, pp. 49, 50 et 72).

⁶² Voy. *Les Nouvelles, Droit administratif*, op. cit., p. 219.

⁶³ Voy. dans ce sens V. CRISAFULLI, op. cit., p. 99-100.

⁶⁴ On se doit évidemment de regretter que le pouvoir constituant ait jugé bon de ne pas instaurer un contrôle généralisé de constitutionnalité des lois, qui assurerait, jusqu'à son faite, le respect de la hiérarchie des normes juridiques.

cessairement se trouver en contradiction pour que l'hypothèse constitutionnelle soit présente⁽⁶⁵⁾. Elle donne peut-être même à penser que des arrangements en marge de la Constitution pourraient être imaginés pour mettre un terme au conflit qui s'est ouvert⁽⁶⁶⁾. Une expression tirée de la langue administrative, telle celle de l'excès de pouvoir, aurait pu très commodément lui être substituée.

Une question ne peut évidemment être esquivée. Les conflits que vise l'article 107 ter de la Constitution procèdent-ils tous de l'excès de pouvoir qu'aurait commis une autorité publique et donc d'une violation des règles constitutionnelles⁽⁶⁷⁾? Ne faut-il pas admettre que, dans un certain nombre d'hypothèses, les règles de droit écrit ne fournissent guère d'indications sur le partage exact des attributions, que — de ce fait — elles tolèrent en quelque sorte l'exercice de compétences concurrentes et que la Cour d'arbitrage est, dans ces conditions, seule investie de la mission de départager dans le concret les interventions de l'une et l'autre autorités? Avec cette observation importante : en l'espèce, le juge se préoccuperait moins de dire le droit et de censurer l'excès de pouvoir que de créer de toutes pièces la règle de démarcation des pouvoirs et d'en tirer les conséquences pratiques.

Le raisonnement que l'on esquisse ainsi repose sur une conviction. Les attributions de l'Etat, des communautés et des régions ne sont pas exclusives les unes des autres. Ni sur un plan matériel. Ni surtout sur un plan territorial. L'on pourrait donc imaginer que deux ou plusieurs collectivités politiques se considèrent légitimement autorisées à intervenir sur un même objet ou en un même lieu et qu'elles trouvent dans la Constitution un titre pour agir valablement. C'est la rencontre de ces manifestations distinctes — et peut-être opposées — de volonté qui ferait apparaître le conflit, inexistant jusqu'alors. Il appartiendrait alors à la Cour de chercher ailleurs qu'en la

Constitution les principes de règlement de pareils conflits. En clair, elle aurait à régler le conflit, né entre des autorités qui seraient toutes restées dans les limites de leurs compétences, au nom de critères qu'elle aurait mission d'élaborer.

Cette thèse nous paraît reposer sur des postulats discutables. L'opération de partage des pouvoirs que réalisent les révisions constitutionnelles de 1970 et de 1980 ne ménage pas la possibilité de l'exercice de compétences concurrentes. Comme le relèvent MM. Fallon et Lejeune, «par nécessité, tout Etat composé doté, comme la Belgique, d'une structure juridictionnelle centralisée aménage les sphères de compétence spatiale de ses collectivités composantes de telle sorte qu'elles ne se recoupent pas. L'étanchéité des cloisons séparant les champs d'applicabilité dans l'espace des normes émanant d'entités composantes distinctes est indispensable à la coexistence de ces entités au sein de l'Etat composé... Elle doit être présumée *juris et de jure*. Le conflit interterritorial comporte donc, par nature, la violation d'une compétence territoriale exclusive»⁽⁶⁸⁾.

L'exposé des motifs du projet n° 704 relatif à la Cour d'arbitrage se prononce formellement sur cette question : «étant donné que les communautés et les régions disposent de compétences attribuées exclusivement, un conflit entre leurs normes ou un conflit avec une loi ne peut découler que d'un excès de compétence d'une des normes»⁽⁶⁹⁾.

20. Une dernière particularité — mais c'est peut-être la plus importante — doit encore être soulignée. Le contentieux objectif et spécialisé de constitutionnalité des lois et des décrets s'exerce, a-t-on dit, selon deux modalités distinctes. Le *mode de saisine* de la Cour rejaillit sur la nature même de la fonction de juger.

La Cour va être saisie d'un recours direct que lui adressent diverses autorités publiques⁽⁷⁰⁾. Elle est invitée à se prononcer sur la constitutionnalité d'une loi ou d'un décret. Constate-t-elle une violation de la Constitution? Elle doit annuler en tout ou en partie la norme qui a été déférée à sa censure. L'innovation réside évidemment en ceci : non seulement une institution juridictionnelle se voit reconnaître le droit de contrôler la régularité d'une loi ou d'un décret, mais

⁶⁵ De surcroît, elle tend à accréditer l'idée que les conflits de compétence pourraient être des «conflits de lois» au sens où le droit international privé retient cette expression. Comme on l'a déjà souligné, avec M. P. DE VISSCHER, (*op. cit.*, p. 271), le problème ne se pose pourtant pas de la même manière : «ce n'est pas une question de rattachement d'une situation à la loi qui se pose mais une question de compétence de l'autorité qui fait la loi». L'observation n'a pas pour objet de négliger la question de la définition des facteurs de rattachement de situations à l'un ou l'autre ordre juridique (voy. *infra*).

⁶⁶ Dans une étude consacrée aux «conflits d'intérêts» (F. PERIN et B. DEWEZ, «Les conflits d'intérêts», A.P.T., 1979-1980, pp. 159 et sv., particulièrement p. 169), M. PERIN soutient que le principe de fidélité fédérale (*Bundestreue*), tel qu'il a été développé par la Cour constitutionnelle allemande, permettrait de résoudre les conflits qui surgissent entre l'Etat, les communautés et les régions. Dans une autre étude consacrée notamment aux conflits dont la Cour d'arbitrage pourra être saisie, M. PERIN invoque le même principe (F. PERIN et A. PLUYMEN, *op. cit.*, pp. 18 et 21). N'y a-t-il pas là glissement dans l'ordre des préoccupations?

⁶⁷ J. VELU et A. VANWELKENHUYZEN, *op. cit.*, n° 134; F. DUMON, «Les conflits de compétence», *La réforme de l'Etat, 150 ans après l'indépendance nationale*, *op. cit.*, p. 297.

⁶⁸ M. FALLON et Y. LEJEUNE, «La pratique belge des conflits interterritoriaux à l'épreuve du droit comparé», *Ann. dr. Lv.* (à paraître). Voy. dans le même sens, M. LEROY, «Les conflits de compétence en matière d'emploi des langues et leur règlement», A.P.T., 1980-1981, p. 64; F. PERIN et A. PLUYMEN, *op. cit.*, pp. 17 et sv.

⁶⁹ *Doc. parl., Sén.*, 1980-1981, n° 704/1, pp. 4 et 6.

⁷⁰ Les recours seront introduits par le Conseil des ministres et par les Exécutifs communautaires et régionaux (projet n° 704, art. 1; projet n° 246, art. 1). Ce qui signifie très concrètement que les assemblées législatives, communautaires et régionales ne détiennent pas, par l'entremise de leurs organes, ce droit de saisine.

elle se voit encore offrir la possibilité d'en dégager les conséquences logiques, à savoir l'expulsion hors de l'ordre juridique de la règle qui a été élaborée en violation de la Constitution. Mais, encore une fois — et sur le plan de la stricte technique juridique —, la Cour d'arbitrage joue, en la matière, un rôle similaire à celui que la section d'administration du Conseil d'Etat remplit déjà pour les actes administratifs.

Ce faisant, la Cour d'arbitrage — comme le Conseil d'Etat — règle moins un conflit qu'un litige — celui dont elle a été saisie. Elle remplit une mission proprement juridictionnelle : appliquer le droit, vider le litige et, ce faisant, restaurer la légalité.

La Cour peut aussi être saisie d'une autre manière. Elle a à connaître d'une question que lui pose un juge saisi, lui, d'un litige particulier. La Cour répond. Elle s'exprime dans un arrêt. La juridiction qui a posé la question préjudicielle ainsi que toute juridiction qui, à la suite d'un recours juridictionnel, statue dans la même affaire sont tenues, pour la solution du litige à l'occasion duquel la question a été posée, de se conformer à l'arrêt rendu par la Cour (71).

Mais, en l'occurrence, n'est-il pas excessif de parler de la fonction de juger ? N'est-ce pas plutôt la fonction d'interpréter qui revient à la Cour comme elle revient, par ailleurs, à la Cour de justice des communautés européennes ? La Cour d'arbitrage n'a-t-elle pas vocation de donner une interprétation quasi authentique de la Constitution et des lois spéciales qui en procurent exécution ? La question est importante. Encore faut-il voir dans quels termes précis elle se pose.

Voici le juge du travail qui a à connaître — ce n'est évidemment pas un cas imaginaire — d'un problème de licenciement d'un employé. Parmi les arguments échangés devant lui, l'un d'entre eux retient particulièrement son attention : la lettre de renvoi a été rédigée en langue française alors que l'employé exerce la plupart de ses activités en région de langue néerlandaise ; elle aurait dû l'être en néerlandais — prétend le demandeur — en vertu des dispositions du décret flamand du 19 juillet 1973. Mais une question surgit qui mérite d'être posée à la Cour d'arbitrage : la communauté flamande pouvait-elle imposer ces prescriptions à une entreprise située dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale (72) ?

Changeons de décor. Voici la Cour qui est saisie de la question que lui adresse le juge du travail. Cette question n'est pas purement abstraite — elle est tributaire des circonstances de l'espèce — ; elle n'est pas non plus purement concrète — il n'y a pas de ques-

tion si le juge du litige n'a pas dégagé — bien ou mal — du dossier le problème constitutionnel qui fait difficulté. Mais c'est ici le noeud du problème. Que fait la Cour ? Comment fournit-elle réponse ? Comment peut-elle s'exprimer, pour ce faire, dans un arrêt ?

Ici encore, il faut être clair. La Cour d'arbitrage n'est pas instituée pour interpréter les lois et les décrets. Elle est là pour dire si la loi ou le décret qui fait problème a ou non violé la Constitution. Elle doit le dire en toutes circonstances et c'est cette réponse qui commandera l'intervention du juge : il appliquera le texte qui a été jugé conforme à la Constitution ; il renoncera à se fonder sur celui dont l'inconstitutionnalité a été constatée par la Cour.

Evidemment, il n'y a pas de contrôle sans interprétation préalable. Sur un plan purement théorique, l'on distinguera, en effet, trois étapes au moins dans l'opération de contrôle de constitutionnalité. L'interprétation de la loi ou du décret incriminé vient en premier : quelle est la portée exacte de la norme, quelles situations entend-elle appréhender ? En second ordre, il y a lieu de se livrer à une interprétation de la Constitution et des lois spéciales qui opèrent la répartition matérielle et géographique des compétences normatives : quel sens procurer à tel terme, quelle définition donner à tel chef d'attributions et aux mots-clés qui servent à le circonscrire, quel ressort assigner aux interventions des diverses autorités publiques ... ? Ce n'est qu'en troisième lieu qu'il sera permis de confronter l'une et l'autre des règles qui ont fait l'objet de ces interprétations. Etant entendu que toute contradiction entre la première et la seconde devra être relevée comme révélatrice d'un excès de pouvoir commis par les autorités nationales, communautaires ou régionales (73).

On mesure un instant la différence entre ce contrôle et celui qu'exerce la Cour de cassation. L'une juge la loi ou le décret, l'autre juge les jugements qui appliquent la loi ou le décret. Ce n'est pas qu'une formule. Entre se demander ce que peut dire la loi et se demander ce que veut dire la loi, il y a plus qu'une nuance : elle sépare les tâches de censure de celles d'interprétation. Mais lorsque la Cour de cassation est appelée à juger un jugement qui se fonde sur un règlement qui n'aurait pas dû être appliqué à raison de son inconstitutionnalité, fait-elle oeuvre différente de la Cour d'arbitrage ? On ne saurait l'affirmer. Dans un cas comme dans l'autre, la Cour doit — au départ — s'interroger sur la validité de la règle qui doit être appliquée ou qui l'a été dans une espèce. Dans un cas comme dans l'autre, la Cour doit — à terme — indi-

⁷¹ Projet n° 246, art. 8.

⁷² Voy. Cass. 11 juin 1979, *Vandenplas c. S.P.R.L. Bartholomé - Lovinfosse, J.T.*, p. 642 et le projet adopté par le Sénat le 1er avril 1981, *Doc. Parl. Sén.*, 1980-1981, n° 631/1 ; Cass., 30 mars 1981, *Van Hoet c. S.A. Aimo, J.T.*, p. 411.

⁷³ Il faudra d'ailleurs s'interroger sur l'autorité de l'interprétation qui est ainsi prononcée par la Cour d'arbitrage. La question peut susciter des tensions entre la Cour et d'autres juridictions (voy. P. MAROY, *op. cit.*, pp. 327 et sv.).

quer une solution de droit qui s'imposera au juge du litige.

Si des différences subsistent, elles sont minimales. La Cour d'arbitrage est saisie avant que le juge n'ait rempli son office ; la Cour de cassation l'est après. La Cour d'arbitrage dicte ses solutions au juge du litige ; la Cour de Cassation n'agit de la sorte qu'après un deuxième renvoi. La Cour d'arbitrage lie, par ses décisions, d'autres juges qui auraient à connaître dans la même affaire du problème de constitutionnalité identique.

20. Il convient de mesurer sur un point l'évolution qu'inscrit dans le droit la création de la Cour d'arbitrage. Jusqu'à présent, et hormis une exception notoire (74), les cours et tribunaux n'entreprenaient pas de contrôler la constitutionnalité des lois et des décrets ; s'ils refusaient d'appliquer un règlement inconstitutionnel, conformément aux prescriptions de l'article 107 de la Constitution, ils refusaient de faire de même pour les lois ou les décrets inconstitutionnels. Et voici que la Cour d'arbitrage leur intime l'ordre, pourvu qu'ils aient pris la peine de lui déférer une question à titre préjudiciel, de ne pas appliquer la loi ou le décret qui aurait enfreint les normes du partage des pouvoirs ! Comment ne pas en déduire que l'article 107 ter déroge implicitement aux dispositions de l'article 107 de la Constitution ? Cette dernière disposition doit être désormais assortie du commentaire suivant : les cours et tribunaux ne peuvent refuser d'appliquer les lois et les décrets qui ne seraient pas conformes à la Constitution, sauf si la Cour d'arbitrage a, au préalable, et à leur demande, statué sur l'inconstitutionnalité de ces règles.

La solution retenue semble ainsi porter un coup d'arrêt aux efforts déployés tant par la doctrine que par la jurisprudence ou, en tout cas, par une partie d'entre elles pour confier aux cours et tribunaux la tâche d'assurer le contrôle incident de la constitutionnalité des lois et des décrets.

21. Si l'on s'interroge sur les missions assignées à la Cour d'arbitrage, force est donc de constater qu'elles s'incrivent bien dans l'exercice d'une mission proprement juridictionnelle. Tantôt il s'agit de statuer sur la constitutionnalité d'une règle de droit et de l'éliminer, si besoin en est. Tantôt il s'agit, au départ d'une question précise, de statuer sur le même objet et par conséquent de dire le droit, c'est-à-dire d'indiquer la règle qui pourra ou, au contraire, ne pourra pas être appliquée dans un litige particulier. Statuer, annuler, dire le droit ... N'est-ce pas précisément la fonction de juger ?

C. LES ARRÊTS

22. L'oeuvre de juger se caractérise encore par un troisième trait. Des juges indépendants sont mis en place au sein de la Cour d'arbitrage. La mission de vider les litiges constitutionnels leur est assignée. Mais il y a plus : leurs décisions, exprimant en l'espèce la volonté de la Constitution, vont être revêtues de *l'autorité de la chose jugée*.

Est-il besoin de souligner que la solution retenue s'écarte nettement des principes qui ont présidé, dans les lois du 3 juillet 1971 et du 9 août 1980, à l'organisation de la section des conflits de compétence ? La procédure engagée devant le Conseil d'Etat devait se clôturer par un « arrêt de règlement ». Dans les limites de cette étude, il est inutile de s'interroger une fois encore sur la nature juridique de la décision qui pouvait ainsi intervenir. Il suffit de constater que le pouvoir qui était reconnu aux Chambres d'annuler pareil arrêt de règlement excluait, en tout cas, qu'on lui reconnût la qualité d'une décision revêtue de l'autorité de chose jugée.

Sur ce point, au contraire, les projets les plus récents se veulent particulièrement clairs. Qu'elle se prononce sur un recours en annulation ou en réponse à une question préjudicielle, la Cour d'arbitrage rend des arrêts. Ses décisions ont force de chose jugée (75). Mais il ne faut pas se contenter, en l'espèce, de déclarations de principe ou de formules toutes faites. Il faut aussi vérifier si les intentions se concrétisent dans les projets gouvernementaux.

23. Dans une première hypothèse, la Cour d'arbitrage est saisie d'un recours en annulation contre une loi ou un décret. Elle conclut au bien-fondé du recours. Elle rend un *arrêt d'annulation*. Celui-ci est revêtu d'une « autorité absolue de chose jugée », à partir de sa publication au Moniteur belge. Il emporte donc suppression avec effet rétroactif de la règle incriminée. Il lui enlève tout fondement constitutionnel, de la même manière qu'il enlève toute base juridique aux normes, et sans doute aux actes, qui auraient été pris entretemps (76).

La Cour d'arbitrage peut chercher à modaliser quelques-unes des conséquences qui s'attachent à ses arrêts et à atténuer, de cette manière, les effets radicaux qui sont inhérents à une mesure d'annulation. Elle peut prononcer une annulation totale mais elle peut aussi ne décider qu'une annulation partielle de la

⁷⁵ Voy. le projet n° 704, art. 3 et 6 et le projet n° 246, art. 4 et 8.

⁷⁶ *Doc. parl., Sén.*, 1981-1982, n° 246/1, p. 6. La commission du Sénat qui avait à examiner le projet portant organisation de la Cour d'arbitrage s'est particulièrement préoccupée de cette question et a recueilli à ce sujet des opinions scientifiques autorisées.

⁷⁴ Cass., 3 mai 1974, conclusions W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *J. T.*, 1974, pp. 564 et sv.

règle contestée (77). Elle peut aussi indiquer quels sont les effets de la règle annulée qui, malgré l'annulation, doivent être préservés et considérés, par conséquent, comme définitifs ou qui, à tout le moins, doivent être maintenus pour une durée que la Cour détermine (78). Le système peut paraître exagérément souple. Il nous semble au contraire, qu'il s'adapte aux spécificités du contentieux constitutionnel.

24. Deuxième hypothèse. La Cour d'arbitrage est saisie d'un recours direct. Mais elle n'entend pas faire droit aux prétentions de la partie requérante. Elle rejette donc le recours en annulation.

Le projet gouvernemental s'explique sur la portée d'un *arrêt de rejet*: «sans préjudice de la possibilité pour les juridictions de poser une question visée à l'article 7, les arrêts rendus par la Cour d'arbitrage portant rejet des recours en annulation (...) sont obligatoires pour les juridictions en ce qui concerne la question de compétence tranchée par ces arrêts» (79).

En d'autres termes, si le recours en annulation est écarté — par exemple, pour vice de forme — l'arrêt de rejet ne peut en aucune manière déterminer le comportement des autorités publiques. Si, au contraire, le recours a fait l'objet d'un examen au fond et si la Cour a, par conséquent, accepté d'examiner — de manière pratique — la question de la validité d'une règle juridique, l'arrêt de rejet contient en quelque sorte un certificat de validité juridique que les autorités publiques ne pourront désormais ignorer (80).

La révision de l'arrêt de rejet a, un moment, été envisagée. Et cela, alors même que la décision intervenue emportait une appréciation de la validité d'une loi ou d'un décret. C'est, a soutenu le gouvernement, pour se prémunir contre un danger réel: le refus, dans un premier temps, d'annuler une loi ou un décret; puis l'annulation, dans un second temps, d'une règle de même objet mais qui émanerait d'une autorité distincte (par exemple, de l'autre communauté). Cette incohérence ne pourrait être levée que par la mise en cause des effets qui s'attachent au premier arrêt. L'explication est-elle bien convaincante? Ne peut-on espérer que la Cour fera preuve de plus de

fermeté dans sa jurisprudence? Le Conseil d'Etat ne s'est pas fait faute de souligner que la formule qui avait été ainsi envisagée constituait une innovation — c'est un euphémisme — par rapport aux principes qui régissent en droit belge le pouvoir de juger (81).

25. Une troisième hypothèse peut se présenter. La Cour d'arbitrage est saisie d'une question préjudicielle. Elle rend un arrêt. A cette occasion, elle dit le droit, au sens plein de l'expression. L'arrêt n'emporte ni annulation d'une loi ou d'un décret, ni rejet d'un recours en annulation. Mais, à la demande précise d'un juge, il se prononce *expressis verbis* sur la conformité d'une règle de droit avec la Constitution; en ce sens, il dicte déjà au juge sa conduite.

La Cour d'arbitrage, a-t-on dit, rend à cette occasion un arrêt dont l'autorité est renforcée. Peut-être, mais renforcée par rapport à quoi? Pas par référence à l'arrêt d'annulation qui a des effets radicaux et *erga omnes*. Pas non plus par référence à l'arrêt de rejet qui peut emporter constatation de la conformité indiscutable d'une loi ou d'un décret. Par rapport sans doute aux arrêts rendus par la Cour de cassation. Comme on l'a déjà indiqué, la Cour d'arbitrage ne peut pas se contenter, en effet, de s'interroger sur l'application qui a pu être faite — par des autorités administratives ou par un juge — d'une loi ou d'un décret; elle se doit d'examiner la validité même de ces règles de droit et de statuer sur leur conformité à la Constitution.

L'arrêt qui est ainsi rendu et qui, au besoin, déclare une loi ou un décret inconstitutionnel, a des effets déterminants pour la solution du litige principal: «La juridiction qui a posé la question préjudicielle ainsi que toute autre juridiction qui à la suite d'un recours juridictionnel statue dans la même affaire sont tenues, pour la solution du litige à l'occasion duquel ont été posées les questions (...), de se conformer à l'arrêt rendu par la Cour d'arbitrage» (82).

Conclusions

26. Le charme des routes constitutionnelles ne tient-il pas aux parcours imprévus qu'elles réservent à ceux qui les empruntent? N'est-il pas fonction de la liberté de manœuvre qu'elles ménagent à ceux qui font choix de leurs itinéraires? Leurs chemins ne sont-ils pas, en un mot, ceux de l'aventure?

A vrai dire, ce propos est excessif. Les routes constitutionnelles, en particulier celles de l'arbitrage, sont

⁷⁷ Projet n° 246, art. 3. Voy. également *Doc. parl., Sén.*, 1981-1982, n° 246/1, pp. 6-7.

⁷⁸ Projet n° 246, art. 3. La Cour a en outre la possibilité d'annuler les dispositions qui ne sont pas directement mises en question par le recours mais qui sont inhérentes et qui ont un rapport direct à la norme annulée (*Idem*, p. 7). Comme l'a souligné le Conseil d'Etat, l'application des principes relatifs aux effets des jugements vient limiter le caractère rétroactif de l'annulation: «tous les jugements définitifs ont autorité de la chose jugée et leur teneur ne peut plus être contestée, lorsqu'il ne sont plus susceptibles d'aucun recours» (*Doc. parl., Sén.*, 1980-1981, n° 704/1, p. 40).

⁷⁹ Projet n° 246, art. 4, § 2.

⁸⁰ Une réserve peut cependant être énoncée. Encore faut-il que la Cour ait eu à examiner, sous tous ses aspects et dans toutes ses dispositions, la loi ou le décret en question.

⁸¹ Le Conseil d'Etat a souligné que l'ouverture d'un recours en révision suite à un changement de décision du juge constitue une innovation par rapport aux principes qui régissent dans notre droit le pouvoir de juger (*Doc. parl., Sén.*, 1981-1982, n° 246/1, pp. 45-46).

⁸² Projet n° 246, art. 8.

bien tracées — encore faut-il consulter la carte —. Elles sont balisées à suffisance — encore faut-il observer le code de la route —. Les étapes et le but sont définis de manière claire — encore faut-il partir à point et ne pas flâner en chemin —.

La Cour d'arbitrage n'est pas le lieu de la libre improvisation. Si l'institution nouvelle entend exercer la mission juridictionnelle qui lui est d'ores et déjà assignée, si elle se préoccupe donc de vider les litiges constitutionnels dans les limites que la Constitution et la loi définissent, elle fera œuvre inédite, sans doute. Mais elle agira en sachant où elle va, jusqu'où elle peut aller et comment il convient de s'y rendre. Elle

n'avancera ni à l'aveuglette, ni en se fiant exagérément à son sens de l'orientation. Elle progressera dans la mesure où elle se pliera aux directives constitutionnelles.

Qu'il y ait des risques ne saurait surprendre. Le vertige des uns, les fausses manoeuvres des autres, les obstacles imprévisibles, les circonstances atmosphériques, tout éléments qui peuvent rendre le parcours difficile. L'enjeu — l'équilibre des pouvoirs dans l'Etat — justifie pourtant que ces risques soient courus.

Allons! Sans plus tarder, en route pour la Cour d'arbitrage! Et bonne route ...!