

LA DÉTERMINATION DES NORMES INCONSTITUTIONNELLES ET LES QUESTIONS PRÉJUDICIELLES À LA COUR D'ARBITRAGE

par

Christine HOREVOETS

Assistante à la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain

et

Pascal BOUCQUEY

Assistant à la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, avocat au barreau de Bruxelles

1. – En créant la Cour d'arbitrage et le mécanisme des questions préjudicielles, la Constitution a entendu établir une véritable collaboration entre le juge du fond et le juge constitutionnel. Poursuivant cet objectif, le législateur spécial a organisé un système de renvoi des questions à la Cour assorti d'une marge de manœuvre laissée au juge saisi du litige.

La lecture de la jurisprudence fait cependant ressortir les difficultés auxquelles peuvent être confrontés certains juges eu égard à la détermination de la norme inconstitutionnelle. Il s'agit, en d'autres termes, de localiser avec certitude la source de la différence de traitement dans une disposition législative ou une disposition d'une autre nature.

La question soulève, en réalité, le problème du refus, par le juge *a quo*, de saisir la Cour d'arbitrage d'une question préjudicielle, au motif que celle-ci est incompétente pour en connaître. Il n'est plus besoin de rappeler que, lorsque la question de la conformité d'une disposition légale est soulevée au regard des articles 10, 11 et 24 de la Constitution ou des règles répartitrices de compétences, le juge est, en principe, tenu de poser une question préjudicielle à la Cour. Tel est le principe consacré par l'article 26 de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage. Plusieurs exceptions à l'obligation de renvoi sont aménagées par cette disposition. Il en est une, toutefois, qui s'est dégagée de la jurisprudence : celle de l'incompétence de la Cour d'arbitrage.

Si le refus de saisir la Cour d'arbitrage paraît justifié lorsque la différence de traitement trouve sa source dans une disposition qui ne relève de toute évidence pas des compétences de la Cour, il n'en est pas de même lorsque la détermination de la norme qui crée une différence de traitement suscite certains doutes.

La jurisprudence témoigne, à cet égard, du peu de prudence dont font parfois preuve les juges pour se dispenser de l'obligation de renvoi – à tel point parfois que les juges s'inscrivent en faux par rapport à la jurisprudence constitutionnelle. Il convient alors de s'interroger sur le point de savoir s'il revient bien au juge du fond de trancher la question de la détermination de la norme inconstitutionnelle ou si, lors-

qu'un doute existe, il n'appartient pas plutôt à la Cour d'arbitrage de se prononcer sur cette question.

I. LES PRINCIPES APPLICABLES AUX QUESTIONS PRÉJUDICIELLES À LA COUR D'ARBITRAGE

2. – Les juges judiciaire et administratif ne sont pas habilités à exercer eux-mêmes un contrôle de compatibilité des lois par rapport à la Constitution¹. Cette mission revient exclusivement à la Cour d'arbitrage en vertu de l'article 142 de la Constitution. Elle s'exerce à l'occasion de recours en annulation introduits à l'encontre d'une disposition législative ou encore à l'occasion de questions préjudicielles dont peut la saisir toute juridiction.

L'article 142 de la Constitution, complété par les dispositions de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, énonce les conditions d'intervention du juge constitutionnel. C'est cette même disposition constitutionnelle qui énumère les règles qui peuvent faire l'objet d'un examen par la Cour d'arbitrage. La loi spéciale détermine, quant à elle, la procédure applicable à la saisine du juge constitutionnel.

A. LES NORMES SOUMISES AU CONTRÔLE DE LA COUR D'ARBITRAGE

3. – L'article 142, alinéa 2 de la Constitution dispose que la Cour « statue par voie d'arrêt sur : 1° les conflits visés à l'article 141 (de la Constitution) ; 2° la violation, par une loi, un décret ou une règle visée à l'article 134, des articles 10, 11 et 24 ; 3° la violation par une loi, un décret ou une règle visée à l'article 134, des articles de la Constitution que la loi détermine (...) ». Seules des dispositions législatives

¹ Voy. F. DELPÉRÉE, « Le Palais de la Nation et la Palais de la justice », in *Liber amicorum F. Dumon*, t. II, Anvers, Kluwer, 1983, pp. 741 à 758 ; P. BOUCQUEY, « Vers une redéfinition des relations entre le juge judiciaire et le juge administratif ? », *C.D.P.K.*, 1997/3, pp. 560 et s., spéc. 561-562. Il faut toutefois rappeler qu'en vertu de l'article 9 de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises, les juridictions ont le pouvoir de contrôler la conformité des ordonnances par rapport à la loi spéciale précitée et à la Constitution, à l'exception de certaines dispositions.

peuvent donc faire l'objet d'un contrôle centralisé de compatibilité par rapport à la Constitution. L'article 26, § 1^{er}, de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage rappelle, dans les mêmes termes, la nature des normes qui peuvent être soumises au contrôle constitutionnel par le mécanisme des questions préjudicielles.

Il n'est sans doute plus nécessaire de rappeler que le terme « loi », au sens de l'article 142 de la Constitution, doit s'entendre de manière large pour l'exercice des compétences de la Cour d'arbitrage. En réalité, toute disposition de nature législative relève de sa juridiction². Telle est la solution qui s'est dégagée au fil de la jurisprudence constitutionnelle, alors même que certaines catégories de normes prêtaient à hésitations³.

Ainsi la Cour s'est déclarée compétente pour examiner la constitutionnalité des lois spéciales, fussent-elles des règles répartitrices de compétences entre l'Etat, les communautés et les régions⁴.

La Cour d'arbitrage a, de même, admis les recours ou questions dirigés à l'encontre des lois interprétatives ou encore des arrêtés royaux de pouvoirs spéciaux modifiés⁵ ou confirmés par une loi⁶. Elle a également accueilli les recours introduits à l'encontre de normes contenant le budget général des dépenses de la Communauté française⁷ et même à l'encontre des lois de naturalisation⁸.

Enfin, la Cour a accepté de contrôler les lois d'assentiment à des traités internationaux, aussi bien à l'occasion d'un recours en annulation qu'à l'occasion d'une question préjudicielle posée par une juridiction, parfois même plusieurs années après la ratification du traité⁹.

4. – Un certain nombre de normes sont donc exclues de la compétence du juge constitutionnel. Il en est ainsi des actes qui émanent du pouvoir exécutif. Les arrêtés royaux, les arrêtés ministériels ou encore les arrêtés qui émanent d'un gouvernement ou d'un ministre communautaire ou régional échappent au contrôle de la Cour d'arbitrage¹⁰. Tel est le cas également des arrêtés royaux de pouvoirs spéciaux qui n'ont pas encore fait l'objet d'une confirmation législative¹¹. S'agissant des dispositions constitutionnelles elles-mêmes, elles sont naturellement soustraites au contrôle de constitutionnalité¹².

B. LES CONDITIONS D'INTERVENTION DE LA COUR D'ARBITRAGE PAR LE MÉCANISME DES QUESTIONS PRÉJUDICIELLES

5. – C'est l'article 142 de la Constitution qui contient le principe de l'intervention de la Cour d'arbitrage au contentieux des questions préjudicielles. Il énonce que « la Cour peut être saisie par toute autorité que la loi désigne, par toute personne justifiant d'un intérêt ou, à titre *préjudiciel*, par toute *juridiction* ».

Les articles 26 à 30 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage précisent, quant à eux, les modalités de cette saisine. Après avoir rappelé la nature des dispositions qui relèvent de la compétence de la Cour, l'article 26 de la loi spéciale ajoute, en son paragraphe 2, que, lorsqu'une question préjudicielle est soulevée devant une juridiction, celle-ci *doit* demander à la Cour d'arbitrage de statuer sur cette question.

6. – La lecture du second paragraphe de l'article 26 incite à se pencher sur deux questions particulières.

La première est de savoir quelles sont les juridictions qui sont tenues de saisir le juge constitution-

² E. GILLET, *Recours et questions préjudicielles à la Cour d'arbitrage*, Bruxelles, Nemesis, 1985, p. 41 ; S. MOUREAUX et J.P. LAGASSE, *La Cour d'arbitrage : Juridiction constitutionnelle : commentaires de la loi du 28 juin 1983*, Bruxelles, Larcier, 1984, p. 35 ; J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot grondwettelijke Hof*, Antwerpen, Maklu, 1990, p. 144 ; M. BECKERS, *L'autorité et les effets des arrêts de la Cour d'arbitrage*, Bruxelles, Story-Scientia, 1987, p. 6 ; M. VERDUSSEN et J. VAN COMPERNOLLE, « Les questions préjudicielles à la Cour d'arbitrage », in *Les questions préjudicielles* (à paraître), pp. 4 à 7.

³ A ce sujet, voyez entre autres, F. DELPÉRÉE et A. RASSON-ROLAND, *La Cour d'arbitrage, Répertoire notarial*, Bruxelles, Larcier, 1996, pp. 74 et s.

⁴ C.A., arrêt n° 8/90, du 7 février 1990, *Mon. b.*, 1^{er} mars ; C.A., arrêt n° 30/90, du 9 octobre 1990, *Mon. b.*, 10 novembre.

⁵ C.A., arrêt n° 7/97, du 19 février 1997, *Mon. b.*, 28 mars ; C.A., arrêt n° 44/97, du 14 juillet 1997, *Mon. b.*, 20 septembre.

⁶ C.A., arrêt n° 58/88, du 8 juin 1988, *Mon. b.*, 6 juillet ; C.A., arrêt n° 71/88, du 21 décembre 1988, *Mon. b.*, 31 décembre ; C.A., arrêt n° 2/89, du 2 février 1989, *Mon. b.*, 3 mars ; C.A., arrêt n° 61/93, du 15 juillet 1993, *Mon. b.*, 2 septembre ; C.A., arrêt n° 73/93, du 21 octobre 1993, *Mon. b.*, 10 novembre ; C.A., arrêt n° 4/94, du 13 janvier 1994, *Mon. b.*, 10 mars ; C.A., arrêt n° 70/97, du 18 novembre 1997, *Rec. C.A.*, 1997, pp. 973 et s.

⁷ C.A., arrêt n° 67/96 du 28 novembre 1996, *Mon. b.*, 10 décembre 1996.

⁸ C.A., arrêt n° 75/98 du 24 juin 1998, *Mon. b.*, 7 juillet 1998.

⁹ C.A., arrêt n° 26/91, du 16 octobre 1991, *Mon. b.*, 23 novembre ; C.A., arrêt n° 12/94, du 3 février 1994, *Mon. b.*, 11 mars ; C.A., arrêt n° 33/94, du 26 avril 1994, *Mon. b.*, 22 juin.

¹⁰ C.A., arrêt n° 48/88, du 2 mars 1988, *Mon. b.*, 15 mars ; C.A., arrêt n° 7/90, du 25 janvier 1990, *Mon. b.*, 4 avril ; C.A., arrêt n° 9/93, du 11 février 1993, *Mon. b.*, 6 mars ; C.A., arrêt n° 61/93, du 15 juillet 1993, *Mon. b.*, 31 août ; C.A., arrêt n° 71/93, du 7 octobre 1993, *Mon. b.*, 18 décembre ; C.A., arrêt n° 4/94, du 13 janvier 1994, *Mon. b.*, 10 mars ; C.A., arrêt n° 81/94, du 1^{er} décembre 1994, *Mon. b.*, 16 décembre ; C.A., arrêt n° 39/95, du 30 mars 1995, *Mon. b.*, 10 août ; C.A., arrêt n° 18/96, du 5 mars 1996, *Mon. b.*, 19 avril ; C.A., arrêt n° 53/96, du 12 juillet 1996, *Mon. b.*, 25 juillet ; C.A., arrêt n° 59/96, du 29 octobre 1996, *Mon. b.*, 4 février 1997 ; C.A., arrêt n° 62/96, du 7 novembre 1996, *Mon. b.*, 21 janvier 1997 ; C.A., arrêt n° 24/96, du 27 mars 1996, *Mon. b.*, 26 avril ; C.A., arrêt n° 42/97, du 14 juillet 1997, *Mon. b.*, 3 septembre.

¹¹ C.A., arrêt n° 2/91, du 7 février 1991, *Mon. b.*, 28 février ; C.A., arrêt n° 9/90, du 7 février 1990, *Mon. b.*, 19 avril ; C.A., arrêt n° 10/92, du 13 février 1992, *Mon. b.*, 14 mars ; C.A., arrêt n° 61/93, du 15 juillet 1993, *Mon. b.*, 31 août.

¹² C.A., arrêt n° 8/90, du 7 février 1990, *Mon. b.*, 1^{er} mars ; C.A., arrêt n° 75/93, du 27 octobre 1993, *Rec. C.A.*, 1993, pp. 853 et s. ; C.A., arrêt n° 16/94, du 9 février 1994, *Rec. C.A.*, 1994, pp. 255 et s. ; C.A., arrêt n° 90/94, du 22 décembre 1994, *Mon. b.*, 12 janvier 1995 ; C.A., arrêt n° 14/97, du 18 mars 1997, *I.D.J.*, 1997, n° 06, pp. 16 à 18.

nel¹³. La notion de juridiction dans la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage doit s'entendre dans un sens large. Telle est l'idée qui se dégage des travaux préparatoires de la loi du 28 juin 1983, organique de la Cour d'arbitrage¹⁴.

Il appartient au juge qui pose la question préjudicielle de se prononcer sur le caractère juridictionnel de son institution¹⁵. Récemment, la Cour d'arbitrage a elle-même émis un certain nombre de critères visant à définir cette notion. Ainsi, dans un arrêt du 13 novembre 1996¹⁶, la Cour d'arbitrage a considéré que la nature juridictionnelle de la Commission permanente de recours des réfugiés « se déduit de sa composition et du mode de désignation de ses membres (...) qui garantit leur indépendance vis-à-vis de l'administration, des pouvoirs d'investigation et d'enquête qui lui sont reconnus, du débat contradictoire qui y est organisé, de son obligation spéciale de motivation et du recours en cassation administrative qui peut être exercé contre ses décisions ».

7. – La seconde question appelle davantage de développements. Elle concerne la portée de l'obligation qui incombe au juge de saisir la Cour d'arbitrage d'une question préjudicielle. Comme il vient d'être dit, le juge saisi de la question est tenu de la renvoyer à la Cour d'arbitrage.

Cette obligation de principe est toutefois assortie de certaines exceptions¹⁷. Celles-ci sont expressément énoncées à l'article 26, § 2, de la loi spéciale sur

la Cour d'arbitrage. Ainsi, les juridictions ne doivent pas saisir la Cour lorsque l'action est irrecevable pour des motifs de procédure tirés de normes ne faisant pas elles-mêmes l'objet de la demande de question préjudicielle. Cette exception s'applique à l'ensemble des juridictions.

Les juridictions dont les décisions sont susceptibles de recours peuvent s'abstenir de poser une question préjudicielle à la Cour d'arbitrage dans trois autres hypothèses. La première vise le cas dans lequel la Cour a déjà statué sur une question ou un recours ayant le même objet. Le juge aura alors le choix soit de se conformer à la solution adoptée par la Cour dans son arrêt, soit de saisir la Cour d'une nouvelle question¹⁸.

La seconde hypothèse est celle où le juge estime que la réponse à la question préjudicielle n'est pas indispensable pour rendre sa décision. Le juge doit donc s'interroger sur le fait de savoir si l'invalidation de la norme par la Cour d'arbitrage aurait des conséquences sur la solution du litige¹⁹.

Enfin, une troisième hypothèse vise celle où la loi, le décret ou l'ordonnance ne violent manifestement pas les dispositions de la Constitution dont la Cour d'arbitrage est chargée d'assurer le respect. Le terme « manifestement » employé par la loi a toute son importance. En effet, dès lors qu'un doute existe quant à la constitutionnalité de la norme, la juridiction saisie est tenue au renvoi de la question à la Cour d'arbitrage. Cette exception est inspirée de la théorie de l'acte clair²⁰. Elle n'en fait cependant qu'une application partielle. C'est ainsi que le juge ne pourrait en aucune manière écarter l'application d'une norme sous prétexte qu'elle est manifestement inconstitutionnelle. Pareille attitude aurait pour effet de conférer au juge un véritable contrôle de constitutionnalité, ce que la Constitution exclut expressément en confiant cette mission à la Cour d'arbitrage.

Une quatrième exception à l'obligation de renvoi, qui n'est pas formulée en termes exprès dans l'ar-

¹³ A ce sujet, voy. P. BOUCQUEY, « Qui peut poser une question préjudicielle à la Cour d'arbitrage ? », *R.B.D.C.*, 1997/2, pp. 144 et s.; E. GILLET, *op. cit.*, pp. 67 à 69; E. KRINGS, *Cour de cassation de Belgique. Propos sur les effets des arrêts rendus par la Cour d'arbitrage. Discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée, le 2 septembre 1985*, Bruxelles, Bruylant, 1985, pp. 48-49; selon H. SIMONART, « la notion englobe non seulement les cours et tribunaux de l'Ordre judiciaire mais aussi les institutions situées en dehors du pouvoir judiciaire, comme par exemple les juridictions administratives et les juridictions professionnelles » (*La Cour d'arbitrage. Une étape dans le contrôle de la constitutionnalité de la loi*, Bruxelles, Story-Scientia, 1988, p. 226); M. VERDUSSEN et J. VAN COMPERNOLLE, *op. cit.*, pp. 11 à 13.

¹⁴ Projet de loi portant l'organisation, la compétence et le fonctionnement de la Cour d'arbitrage, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1982-1983, n° 647/4, p. 32.

¹⁵ Voyez Commission relative à l'indemnité en cas de détention préventive inopérante, 16 décembre 1993, *J.T.*, 1995, p. 749; Commission supérieure de défense sociale, 5 mai 1995, *J.L.M.B.*, 1995, p. 1037; C.E., 29 mars 1995, *Hennico*, n° 52.601, *A.P.M.*, 1995, pp. 75.

¹⁶ Point B.2. de l'arrêt n° 65/96, du 13 novembre 1996, *R.B.D.C.*, 1997, pp. 139 et s., obs. P. BOUCQUEY; M. CROMHEECKE, « De pragmatische benadering van het begrip 'administratief rechtscollege' door het Arbitragehof », *C.D.P.K.*, 1997, pp. 409 à 412. Dans le même sens, voyez C.A., arrêt n° 14/97 du 18 mars 1997, *Rec. C.A.*, 1997, pp. 179 et s.

¹⁷ A ce sujet, voyez E. GILLET, *op. cit.*, pp. 70 à 72; H. SIMONART, *op. cit.*, pp. 233 à 243; X. DELGRANGE, « Quelques modifications concernant les questions posées à la Cour d'arbitrage », *R.R.D.*, 1989, pp. 263-264; J. VELAERS, *op. cit.*, pp. 375 à 396; A. ALEN et F. MEERSCHAUT, « Het Arbitragehof, (nog steeds) een grondwettelijk Hof in wording. Een commentaar op bijzondere wet van 6 januari 1989 », *T.B.P.*, 1990, pp. 211 et s., spéc. 223 et s.; M. LEROY, « Sens et non-sens dans le règlement des conflits », *J.T.*, 1989, pp. 557 et s.; A. RASSON-ROLAND, « La question préjudicielle », in *Les recours des particuliers devant le Juge constitutionnel*, dir. F. DELPÉRIE, Bruxelles, Paris, Economica Bruylant, 1991, pp. 40 à 46; M. VERDUSSEN et J. VAN COMPERNOLLE, *op. cit.*, pp. 14 à 18.

¹⁸ Sur ce point, voyez E. KRINGS, *op. cit.*, pp. 50 à 52. Pour un cas récent d'application, voy. Bruxelles, 18 septembre 1997, *J.T.*, 1998, p. 457; « Attendu que la Cour d'arbitrage a donc déjà clairement répondu par la négative à une question préjudicielle identique à celle soulevée par l'appelant; qu'il n'y a dès lors pas lieu de soumettre une nouvelle fois cette question à l'appréciation de la Cour. »

¹⁹ Pour un cas récent d'application, voy. Bruxelles, 18 septembre 1997, cité à la note précédente; « Attendu que le premier juge a considéré à juste titre que cette question n'était pas pertinente pour la solution du litige, dès lors qu'aucune déclaration conjointe de changement de nom n'avait été effectué dans un délai quelconque ni n'aurait pu être effectuée, compte tenu du refus de l'intimée. »

²⁰ Au sujet de l'application de la théorie de l'acte clair, voyez E. GILLET, *op. cit.*, p. 73; E. KRINGS, *op. cit.*, p. 46; H. SIMONART, « Le contrôle exercé par la Cour d'arbitrage », in *La Cour d'arbitrage. Actualités et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 1988, pp. 164-165; J. VELAERS, *op. cit.*, pp. 135 et s.; A. RASSON-ROLAND, « La question préjudicielle », *op. cit.*, pp. 41 et s. Pour un cas d'application, voy. Civ. Bruxelles, 17 mars 1997, *R.W.*, 1997-1998, p. 258, et les observations de P. POPELIER, *C.D.P.K.*, 1997, p. 657. Sur ce jugement, voy. B. DE VUYST, « Responsabilité des pouvoirs publics pour des lois inadéquates ou inexistantes », *C.D.P.K.*, 1997, pp. 513 et s.

ticle 26 de la loi spéciale, a été dégagée par la jurisprudence. Il s'agit de l'exception tirée de l'*incompétence* de la Cour d'arbitrage. En effet, il ne lui appartient pas de se prononcer sur la constitutionnalité de normes d'autres natures que de nature législative²¹. D'aucuns tirent ainsi argument *a contrario* du texte de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage pour se dispenser de saisir le juge constitutionnel.

8. – Une réflexion générale semble s'imposer au regard de l'obligation de renvoi inscrite à l'article 26, § 2, de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage²². Cette réflexion doit partir du postulat suivant : dès lors que l'obligation de saisir la Cour est érigée en principe, il convient d'appliquer avec prudence les dérogations apportées par la loi. Il ne faut pas perdre de vue, en effet, que la Constitution confère à la Cour d'arbitrage un véritable monopole dans le contrôle de constitutionnalité des lois. Le juge *a quo* ne pourrait ainsi, par le mécanisme des exceptions à l'obligation de renvoi, s'octroyer les compétences du juge constitutionnel. Telle semble être la voie indiquée aux juridictions, et qui ressort des termes mêmes employés par la loi spéciale du 6 janvier 1989.

Dans le cadre de la présente étude, une attention particulière est portée à la quatrième exception, qui dispense le juge de saisir la Cour d'arbitrage lorsque la norme dont l'inconstitutionnalité est alléguée n'est pas une loi, un décret ou une ordonnance. La jurisprudence analysée ne porte que sur la question de l'égalité de traitement – c'est-à-dire sur les articles 10 et 11 de la Constitution. Les problèmes relatifs à la répartition des compétences ne sont donc pas abordés.

II. LE REFUS DU JUGE A QUO DE SAISIR LA COUR D'ARBITRAGE AU MOTIF DE L'INCOMPÉTENCE DE CELLE-CI

9. – Les juridictions n'hésitent pas à s'inspirer de l'esprit de l'article 26 de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage pour se dispenser de saisir la Cour en raison de son incompétence.

L'argument est constant. La juridiction refuse de saisir la Cour d'arbitrage au motif que la norme qui est à l'origine de la discrimination alléguée n'est pas de nature législative mais se trouve, tantôt dans la Constitution (A), tantôt dans une disposition de droit international (B) ou dans un principe général de droit (C). L'incompétence de la Cour d'arbitrage est également soulevée lorsque la différence de traitement trouve sa source dans un acte du pouvoir exécutif (D) ou encore une lacune législative (E).

A. L'INCONSTITUTIONNALITÉ ALLÉGUÉE RÉSULTE D'UNE DISPOSITION DE LA CONSTITUTION

10. – Dans plusieurs cas d'espèce, des juridictions ont refusé de poser une question préjudicielle à la Cour d'arbitrage en estimant que la différence de traitement alléguée trouvait en réalité son fondement dans une disposition constitutionnelle.

Il en est ainsi du célèbre arrêt rendu par la Cour de Cassation, le 12 février 1996, dans l'affaire INUSOP²³. Pour rappel, la Cour avait à se prononcer sur la culpabilité d'un ministre, en application de l'article 103 de la Constitution. Il se trouve que, par l'effet de la connexité organisée par les articles 226 et 227 du code d'instruction criminelle, les autres prévenus, qui n'avaient pas la qualité de ministre, étaient également renvoyés directement devant la Cour de cassation. Ils étaient, de la sorte, privés de la procédure organisée devant les juridictions d'instruction, ainsi que du double degré de juridiction et du droit de se pourvoir en cassation.

Les prévenus « non ministres » demandaient dès lors que la Cour d'arbitrage fût saisie de la compatibilité de cette connexité avec les articles 10 et 11 de la Constitution. La Cour de cassation refuse, cependant, de faire droit à la demande de question préjudicielle. A son estime, en effet, la différence de traitement trouve son fondement, non dans les dispositions du code d'instruction criminelle, mais dans l'article 103 de la Constitution qui confère compétence à la Cour de cassation pour juger les ministres. La Cour déplace ainsi la localisation de la discrimination alléguée vers une norme qui ne relève pas de la compétence de la Cour d'arbitrage et justifie, par cette voie, son refus de saisir le juge constitutionnel.

Il semble pourtant évident que le siège de la discrimination prêtait, en l'espèce, à quelques doutes. En effet, l'article 103 de la Constitution traite exclusivement de la responsabilité pénale des *ministres*. Il ne dit rien de la situation des coprévenus. C'est donc par l'effet de la connexité organisée par les articles 226 et 227 du code d'instruction criminelle que les personnes qui n'ont pas la qualité de ministre se voient appliquer la procédure visée à l'article 103 de la Constitution. Certains auteurs ont tiré argument de cet élément pour en déduire que la discrimination résultait non pas de la seule disposition constitutionnelle mais plutôt d'une combinaison de l'article 103 de la Constitution avec les articles du Code d'instruction criminelle²⁴. D'autres ont dégagé

²³ Cass., 12 février 1996, *R.B.D.C.*, 1996, pp. 439 et s., et les observations de R. ERGEC, « L'affaire Inusop : du refus de renvoi préjudiciel à la Cour d'arbitrage » ; *R.D.P.C.*, 1996, pp. 704 et s., note H.D. BOSLY ; *J.L.M.B.*, 1996, pp. 1080 et s., obs. F. PERIN ; *Journ. Proc.*, 1996, n° 299, pp. 25 et s., note J. SOHIER et F. TULKENS.

²⁴ R. ERGEC, « L'affaire INUSOP... », *op. cit.*, p. 448. Dans le même sens, voyez J. SOHIER et F. TULKENS, « Palliatifs jurisprudentiels à l'incurie séculaire du législateur », note sous Cass., 12 févr. 1996, *J.P.*, 1996, n° 299, pp. 27 et s.

²¹ Voy. C.E., 25 mars 1988, *Région wallonne, J.T.*, 1989, p. 286.

²² Sur ce thème, voy. C. HOREVOETS et P. BOUCQUEY, *La pratique des questions préjudicielles à la Cour d'arbitrage*, à paraître.

des seuls articles du code d'instruction criminelle la source de la différence de traitement ²⁵.

La question a son importance. De l'identification de la norme qui crée la discrimination découle la possibilité d'un renvoi à la Cour d'arbitrage. En effet, un renvoi préjudiciel s'impose si l'on considère que la différence de traitement trouve son fondement dans les dispositions du code d'instruction criminelle ou dans une combinaison de ces dispositions avec la Constitution. En revanche, tel ne sera pas le cas si la distinction provient directement de la norme constitutionnelle.

11. – La question est également apparue à l'occasion d'une affaire portée devant le Conseil d'Etat ²⁶.

Il s'agissait, en l'espèce, d'une requête en annulation d'une décision émanant du conseil de classe de 3^e année d'un établissement d'enseignement libre subventionné. La question portait sur le fait de savoir si l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat ne crée pas une discrimination entre les élèves relevant de l'enseignement secondaire « dans la mesure où cette disposition est interprétée comme excluant de la compétence du Conseil d'Etat les décisions des conseils de classe et des jurys d'examen des institutions d'enseignement secondaire libre subventionné ».

Le Conseil d'Etat refuse de saisir la Cour d'arbitrage au motif que la différence de traitement qui existe entre les recours juridictionnels ouverts aux élèves qui fréquentent l'enseignement officiel et ceux qui fréquentent l'enseignement libre « tient à la nature d'autorité administrative des pouvoirs organisateurs de l'enseignement officiel, et à celle de personnes de droit privé des pouvoirs organisateurs de l'enseignement libre ; que cette différence de nature est prévue par l'article 24 de la Constitution ». Une fois de plus, le juge localise la source de la différence de traitement dans une disposition constitutionnelle.

12. – Certes, il n'est pas faux de relever que la Cour d'arbitrage est sans compétence pour contrôler les dispositions constitutionnelles. L'article 142 de la Constitution ainsi que l'article 26 de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage l'excluent de manière certaine. La Cour d'arbitrage a d'ailleurs rappelé à plusieurs reprises qu'il ne lui appartenait pas de se prononcer sur un moyen qui l'amènerait à apprécier un choix opéré par le Constituant ²⁷.

Encore faut-il, bien sûr, établir que la différence de traitement émane directement d'une disposition constitutionnelle ou que la disposition légale critiquée résulte de manière certaine d'un choix fait par le constituant. A cet égard, il semble que la Cour d'arbitrage ait adopté une position plus nuancée que celle des deux autres cours suprêmes.

Ainsi, la question a été posée à la Cour d'arbitrage de la conformité aux articles 10 et 11 de la Constitution, de la loi du 26 juillet 1962 relative à la procédure d'expropriation d'extrême urgence ainsi que des articles 14 et 17 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat. La différence de traitement critiquée portait précisément sur les voies de recours offertes aux justiciables dans la mesure où certaines d'entre elles relèvent des juridictions judiciaires tandis que d'autres relèvent du Conseil d'Etat. L'une des parties soulevait, dans son mémoire, l'incompétence de la Cour d'arbitrage, au motif que la question posée obligeait celle-ci à se prononcer sur l'article 144 de la Constitution. Par son arrêt du 27 octobre 1993 ²⁸, la Cour rejette l'exception d'incompétence. A son estime, « la différence de traitement sur laquelle le Conseil d'Etat l'interroge ne résulte pas de l'article (144) de la Constitution, mais des dispositions de la loi du 26 juillet 1962 et des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat. Même s'il est vrai qu'il paraîtra peut-être nécessaire à la Cour de prendre en compte l'article (144) pour interpréter les dispositions soumises ou pour trouver une justification à la différence de traitement, il n'y a pas lieu de conclure à l'incompétence de la Cour pour ce motif ». La Cour d'arbitrage met de la sorte fin aux hésitations en établissant le fondement de la différence de traitement dans une disposition légale.

13. – De cet arrêt, il ressort qu'il appartient à la Cour d'arbitrage de déterminer la norme qui crée la différence de traitement. Le juge *a quo* est donc tenu de saisir la Cour d'arbitrage et de l'interroger non seulement sur le fond du problème, mais également sur sa compétence. La question préjudicielle pourrait d'ailleurs faire état du doute du juge à ce sujet.

En conséquence, s'agissant de l'arrêt *Inusop*, le renvoi à la Cour d'arbitrage était nécessaire, dans la mesure où la question se posait de savoir si le jugement des coprévenus « non ministres » par la Cour de cassation s'imposait en vertu de l'article 103 de la Constitution uniquement, en vertu d'une combinaison de cet article 103 avec les dispositions légales relatives à la connexité, ou même en vertu de ces seules dispositions légales.

S'agissant de l'arrêt du Conseil d'Etat cité plus haut, la même conclusion s'impose. Si une chose est de reconnaître que l'article 24 de la Constitution autorise le législateur à établir des différences de

²⁵ M. NIHOUL, « La Cour de cassation a-t-elle commis un 'dénier de renvoi préjudiciel' dans l'affaire INUSOP ? », *Recensement van het Hof van cassatie*, 1996, pp. 205 et s.

²⁶ C.E., 30 mars 1994, *Bouhout*, n° 46795, *J.D.J.*, 1994, n° 140, pp. 32 et s.

²⁷ C.A., arrêt n° 75/93 du 27 octobre 1993, *Rec. C.A.*, 1993, pp. 853 et s.; C.A., arrêt n° 16/94 du 9 février 1994, *Rec. C.A.*, 1994, pp. 255 et s.; C.A., arrêt n° 90/94 du 22 décembre 1994, *Rec. C.A.*, 1994, pp. 1021 et s.; C.A., arrêt n° 75/98 du 24 juin 1998, *Mon. b.*, 7 juillet 1998.

²⁸ C.A., arrêt n° 75/93 du 27 octobre 1993, *Mon. b.*, 8 janvier 1994.

traitement entre les élèves des établissements de l'enseignement libre et ceux des établissements de l'enseignement officiel, une autre est de vérifier si la différence de traitement effectivement mise en œuvre par le législateur est discriminatoire ou ne l'est pas : la possibilité d'établir des différences entre élèves des divers réseaux d'enseignement va-t-elle jusqu'à impliquer des garanties juridictionnelles différentes²⁹ ? En réalité, comme l'a énoncé Dominique Lagasse, le Conseil d'Etat s'est, en l'occurrence, cru autorisé « non seulement à refuser de poser la question préjudicielle, mais en outre à se substituer à la Cour d'arbitrage ». Cette attitude du Conseil d'Etat apparaît « d'autant plus regrettable que (la) question est fondamentale »³⁰.

B. L'INCONSTITUTIONNALITÉ ALLÉGUÉE RÉSULTE D'UNE DISPOSITION DE DROIT INTERNATIONAL

14. – Dans un arrêt du 21 décembre 1994³¹, le Conseil d'Etat est confronté à une série de demandes de questions préjudicielles relatives aux conditions imposées par la loi pour bénéficier du droit au regroupement familial. Entre autres, le requérant alléguait l'inconstitutionnalité de la distinction contenue dans l'article 10, 4°, de la loi du 15 décembre 1980 entre, d'une part, la généralité des étrangers, qui doivent justifier de la cohabitation avec leur conjoint pour revendiquer le droit au regroupement familial, et, d'autre part, les étrangers visés par un traité international plus favorable. Or, il s'avère qu'en vertu du droit communautaire, les étrangers ressortissant des états membres de la Communauté européenne peuvent se prévaloir du droit au regroupement familial sans devoir justifier de la cohabitation avec leur conjoint.

Le Conseil d'Etat rejette la question préjudicielle. A son estime, « *le sort différent réservé aux étrangers ressortissants de l'Union européenne et aux ressortissants de pays tiers tient à un des accords internationaux visés à la fin de (l'article 10, 4°) ; (...) si une discrimination existe entre ces deux catégories*

d'étrangers, elle n'a pas sa source dans l'article 10, 4°, de la loi, mais dans l'accord international applicable à certains étrangers ; (...) la règle établie par le traité doit prévaloir ; (...) la prééminence de celle-ci résulte de la nature même du droit international conventionnel ; (...) l'exception prévue à la fin de l'alinéa cité en faveur des dispositions d'un accord international plus favorable a pour seul objet de rappeler la primauté des dispositions du droit international directement applicables lorsqu'il en existe et (...) n'a pas de portée juridique propre (...) ».

Ici encore, la détermination de la norme inconstitutionnelle constitue un élément fondamental pour le renvoi, par le juge, de la question préjudicielle à la Cour d'arbitrage. Il convient donc d'examiner si l'existence d'un traité international est susceptible de dispenser le juge de saisir la Cour d'arbitrage de la question préjudicielle soulevée devant lui.

15. – Cette décision doit être analysée à la lumière de la jurisprudence de la Cour d'arbitrage. Tout d'abord, il convient de préciser que le juge constitutionnel a reconnu l'applicabilité du principe d'égalité non seulement entre les Belges et les étrangers³² mais aussi entre les étrangers eux-mêmes³³. Ainsi la Cour est-elle compétente pour vérifier si une norme crée une discrimination entre deux ou plusieurs catégories d'étrangers.

Par ailleurs, l'on sait que la Cour a reconnu sa compétence – que ce soit à l'occasion d'un recours en annulation ou d'une question préjudicielle – pour vérifier la constitutionnalité des lois d'assentiment à un traité international³⁴.

²⁹ Voy. D. LAGASSE, « Du bois dont sont faites les flèches du Conseil d'Etat. Ou le Conseil d'Etat est-il compétent à l'égard d'une décision de refus de diplôme délivrée par une école libre subventionnée ? », note sous C.E., 30 mars 1994, *J.D.J.*, n° 140, 1994, pp. 33 et s.

³⁰ *Ibidem*, p. 35.

La preuve en est que, dans un arrêt récent (du 4 juin 1997, JOYE ET GEES, n° 66.563, *A.P.M.*, 1997, pp. 111-112), le Conseil d'Etat a cependant jugé que « les dispositions constitutionnelles relatives à la liberté de l'enseignement n'excluent pas la compétence du Conseil d'Etat ; il n'est pas porté atteinte à cette liberté si, lorsqu'une école applique le statut, on soumet ses décisions à la censure d'annulation prévue par l'article 14, L.C.C.E. Aussi libre que soient les écoles libres, elles ne peuvent commettre d'illégalités ; rien ne s'oppose constitutionnellement à ce que ce juge soit le Conseil d'Etat. (...) Cela n'empêche pas le recours au juge ordinaire pour les aspects de droit privé, la sanction de l'annulation par le Conseil d'Etat ne s'appliquant que pour les aspects de droit administratif ».

Cet arrêt a été cassé par la Cour de cassation, dans un arrêt du 18 décembre 1997 (renseigné par *A.P.M.*, 1997, p. 112).

³¹ CE., 21 décembre 1994, *Moustapha Chairi*, n° 50.949, *R.D.E.*, 1995, pp. 45 et s.

³² Voy. C.A., arrêt n° 51/94 du 22 juin 1994, *Mon. b.*, 14 juillet ; arrêt n° 61/94 du 14 juillet 1994, *J.L.M.B.*, 1995, pp. 1141 et s. ; arrêt n° 4/96 du 9 janvier 1996, *J.T.*, 1996, p. 188. Sur cette question, voy. B. BLERO, « Protection constitutionnelle et internationale des demandeurs d'asile », *R.B.D.C.*, 1994, pp. 241 et s. ; P. BOUCQUEY, « La Cour d'arbitrage et la protection des droits fondamentaux de l'étranger », *Ann. dr.*, 1996, pp. 289 et s. ; J.-Y. CARLIER et D. VANHEULE, « Les limites de l'égalité. L'arrêt n° 61/94 de la Cour d'arbitrage du 14 juillet 1994 », *R.D.E.*, pp. 574 et s. ; D. RENDERS, « La Cour d'arbitrage et l'article 191 de la Constitution », *J.L.M.B.*, 1995, pp. 1141 et s.

³³ C.A., arrêt n° 20/93 du 5 mars 1993, *Mon. b.*, 25 mars. Sur cet arrêt, voy. M.-C. FOLETS, « Note de synthèse relative aux possibilités de recours devant la Cour d'arbitrage contre les lois et dispositions relatives aux étrangers », *R.D.E.*, 1993, pp. 29 et s. ; P.B. ICKX, « Ongeëlijke behandeling van vreemdelingen bij omkeering van de bewijslast in de ontvankelijkheidsprocedure voor vluchtelingen », *T.B.P.*, 1993, pp. 689 et s.

³⁴ Voy. C.A., arrêt n° 26/91 du 16 octobre 1991, *Mon. b.*, 23 novembre ; arrêt n° 12/94 du 3 février 1994, *Mon. b.*, 11 mars ; arrêt n° 33/94 du 26 avril 1994, *Mon. b.*, 22 juin 1994. Sur cette jurisprudence et les rapports entre le droit international et les dispositions de la Constitution, voy. e.a. P. BROUWERS et H. SIMONART, « Le conflit entre la Constitution et le droit international conventionnel dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage », *C.D.E.*, 1995, pp. 7 et s. ; J. DELVA, « De impact van het Europees verdragsrecht op de rechtspraak van het Arbitragehof : een poging tot kritische doorlichting », *T.B.P.*, 1995, pp. 637 et s. ; L. DE GRÈVE et M. MELCHIOR, *Protection internationale et protection constitutionnelle des droits de l'homme. Concurrence ou complémentarité ?*, Bruxelles, Cour d'arbitrage, 1992 ; Y. LEJEUNE et P. BROUWERS, « La Cour d'arbitrage face au contrôle de la constitutionnalité des traités », *J.T.*, 1992, pp. 671 et s. ; J.-V. LOUIS, « La primauté, une valeur relative ? », *C.D.E.*, 1995, pp. 23 et s. ;

La conclusion à laquelle arrive le Conseil d'Etat dans son arrêt du 21 décembre 1994 soulève donc certaines objections. Si, comme l'indique le juge administratif, la discrimination invoquée n'a pas sa source dans l'article 10, 4°, de la loi du 15 décembre 1980, mais dans le traité international applicable à certains étrangers, ce constat n'est nullement de nature à justifier le refus de renvoi préjudiciel à la Cour d'arbitrage. En effet, celle-ci est compétente pour contrôler le contenu des traités par le biais des lois d'assentiment. Comme l'a précisé la Cour dans son arrêt précité du 3 février 1994, « *le constituant, qui interdit que le législateur adopte des normes législatives internes contraires aux normes visées par l'article 107ter (142 nouveau) de la Constitution, ne peut être censé autoriser ce législateur à le faire indirectement par le biais de l'assentiment donné à un traité international* ».

En l'espèce, il s'imposait donc au juge, à la lumière de la jurisprudence de la Cour d'arbitrage, de poser une question préjudicielle³⁵. Celle-ci aurait pu porter soit sur l'article 10, 4°, de la loi du 15 décembre 1980, soit sur la loi d'assentiment au traité des Communautés européennes. La compétence de la Cour d'arbitrage était en l'occurrence manifeste.

Il n'est peut-être pas indifférent, toutefois, de souligner que la Cour d'arbitrage a eu l'occasion de se prononcer, dans un récent arrêt n° 43/98 du 22 avril 1998³⁶, sur la constitutionnalité de la différence de traitement entre les ressortissants de l'Union européenne et les autres étrangers – différence de traitement dont le principe était posé dans la loi querellée. Selon la Cour, s'agissant en particulier du droit d'entrer sur le territoire belge, « *les étrangers non européens se trouvent dans une situation qui, en raison des dispositions (du traité C.E.) ne peut être comparée à celle des Belges et des Européens* » (point B. 4.2.).

C. NAOMÉ, « Les relations entre le droit international et le droit interne après l'arrêt de la Cour d'arbitrage du 16 octobre 1991 », *R.D.I.D.C.*, 1994, pp. 24 et s. ; P. POPELIER, « Ongrondwettige verdragen : de rechtspraak van het Arbitragehof geplaatst in een monistisch tijdsperspectief », *R.W.*, 1994-1995, pp. 1076 et s. ; J. VELU, *Contrôle de constitutionnalité et contrôle de compatibilité avec les traités*, Bruxelles, Bruylant, 1992.

³⁵ *Contra* l'arrêt *Orfinger*, rendu par le Conseil d'Etat le 5 novembre 1996, dans lequel la question de la conformité d'une disposition de droit européen à la Constitution était soulevée. Le Conseil d'Etat avait alors tranché la question en faveur de la primauté du droit communautaire (P. D'ARGENT, « De la primauté du droit international sur... la Constitution », *I.D.J.*, 1997, p. 66 ; R. ERGEC, « La concrétisation jurisprudentielle de la primauté du droit supranational sur la Constitution », *J.T.*, 1997, p. 257 ; Ch. HOREVOETS, « La condition de nationalité comme condition d'accès aux emplois publics », in *Les agents contractuels dans la fonction publique régionale*, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 241 et s.

³⁶ C.A., arrêt n° 43/98 du 22 avril 1998, *Mon. b.*, 29 avril 1998.

C. L'INCONSTITUTIONNALITÉ ALLÉGUÉE RÉSULTE D'UN PRINCIPE GÉNÉRAL DE DROIT

16. – Dans un arrêt du 26 juin 1996³⁷, la Cour de cassation avait à se prononcer sur un pourvoi introduit par un inculpé contre la décision prise par la chambre des mises en accusation de le renvoyer devant la juridiction répressive. En principe, en vertu de l'article 416 du code d'instruction criminelle, un tel pourvoi est irrecevable. L'article 416 prévoit en effet que « *le recours en cassation contre les arrêts préparatoires ou d'instruction, ou les jugements en dernier ressort de cette qualité, n'est ouvert qu'après le jugement définitif (...). La présente disposition ne s'applique point aux jugements et arrêts rendus sur la compétence* ».

Or le demandeur soulevait précisément la violation, par l'article 416 du code d'instruction criminelle, des articles 10 et 11 de la Constitution, dans la mesure où l'impossibilité d'introduire un pourvoi contre un jugement ou un arrêt d'une juridiction d'instruction ne s'applique qu'au prévenu, tandis que la partie civile et le ministère public ont, pour leur part, directement accès à la Cour de cassation en cas de décision de non-lieu – sans devoir attendre le jugement au fond.

Le raisonnement de la Cour mérite d'être reproduit. A son estime, « *le recours en cassation est ouvert à toutes les parties qui y ont un intérêt ; en vertu de l'article 416 du code d'instruction criminelle, sauf le cas d'une contestation de compétence, le délai de pourvoi ne prend cours, pour toutes les parties, qu'à compter de la décision définitive ; un arrêt de non-lieu, étant une décision définitive au sens de l'article 416, est susceptible d'un pourvoi immédiat de la part de toutes les parties qui y ont un intérêt ; si le pourvoi de l'inculpé contre un arrêt de non-lieu est, en règle, irrecevable, alors qu'un pourvoi régulier du ministère public ou de la partie civile contre le même arrêt est recevable, ce n'est pas parce que le délai serait différent suivant la qualité de la partie demanderesse, mais parce qu'un arrêt de non-lieu n'infligeant, en règle, aucun grief à l'inculpé, celui-ci est sans intérêt à former un pourvoi en cassation, quelle que soit la date de ce pourvoi* ».

La Cour de cassation ajoute que « *la différence de traitement dont se plaint le demandeur ne résulte pas de l'article 416 du Code d'instruction criminelle mais d'un principe qui est étranger à cette disposition* ». Elle en conclut que la question préjudicielle ne doit pas être posée à la Cour d'arbitrage, dans la mesure où elle n'entre pas dans le champ visé par l'article 26 de la loi spéciale.

³⁷ Cass., 26 juin 1996, *R.D.P.C.*, 1996, pp. 562 et s. ; *R. Cass.*, 1997, pp. 125 et s., avec la note de F. MEERSCHAUT, « Toetst het Hof van cassatie de wet aan het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel ? ».

17. – S'agissant, tout d'abord, de la motivation apportée en l'espèce, il semble difficile de suivre la Cour de cassation. A son estime, un arrêt de non-lieu n'inflige aucun grief au prévenu ou à l'inculpé ; celui-ci est donc sans intérêt à former un pourvoi en cassation contre une telle décision. En revanche, ce même arrêt a valeur de décision définitive pour le ministère public et pour la partie civile ; un pourvoi en cassation est donc recevable de leur part. Il convient toutefois d'apercevoir que la différence de traitement alléguée par le demandeur en cassation était basée sur l'impossibilité pour le prévenu d'introduire un pourvoi, non pas contre un arrêt de non-lieu, mais bien contre un arrêt *de renvoi devant le juge du fond*. La Cour de cassation ne semble pas avoir perçu cette nuance fondamentale.

A la vérité, l'on ne perçoit pas bien la teneur du principe – *étranger à l'article 416* – auquel faisait référence la Cour de cassation dans son arrêt. Traditionnellement, en effet, la décision de renvoi du prévenu devant le juge du fond n'est pas considérée comme une décision définitive, mais comme un jugement préparatoire³⁸. Or, précisément, l'article 416 du code d'instruction criminelle dispose que « *le recours en cassation contre les arrêts préparatoires et d'instruction, ou les jugements en dernier ressort, de cette qualité, ne sera ouvert qu'après l'arrêt ou le jugement définitif (...)* ». L'irrecevabilité du pourvoi du prévenu découlait donc bien de cette disposition. La Cour de cassation semblait d'ailleurs l'avoir admis dans un arrêt du 31 mai 1994³⁹. Elle avait, en effet, refusé de poser une question préjudicielle identique en estimant que le pourvoi était irrecevable pour un motif de procédure tiré d'une norme – en l'occurrence l'article 416 du code d'instruction criminelle – ne faisant pas elle-même l'objet de la question préjudicielle. La Cour avait donc bien fait application de l'article 416 du code d'instruction criminelle et non d'un quelconque principe général de droit.

Par ailleurs, la jurisprudence de la Cour d'arbitrage aurait pu, en l'occurrence, être prise en considération. Les articles 135 et 539 du code d'instruction criminelle permettent l'appel de l'inculpé contre les décisions de la chambre du conseil dans une seule hypothèse : l'incompétence de la juridiction. En revanche, la partie civile et le ministère public peuvent, de leur côté, interjeter appel contre toute décision de la chambre du conseil qui leur est défavorable. Parallèlement, l'article 416 du même code n'autorise le pourvoi en cassation de l'inculpé contre les décisions préparatoires que pour les seules questions de compétence. Or, s'agissant de *l'appel du pré-*

venu, la Cour d'arbitrage a estimé, dans ses arrêts n° 82/94 du 1^{er} décembre 1994 et 22/95 du 2 mars 1995⁴⁰, que cette différence de traitement constituait une discrimination incompatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution. La Cour de cassation aurait dû laisser au juge constitutionnel le soin d'envisager s'il convenait ou non d'aligner le régime du pourvoi en cassation sur celui de l'appel devant la chambre des mises en accusation.

18. – Quoi qu'il en soit, serait-il admissible – en droit – que la Cour d'arbitrage se prononce sur la constitutionnalité d'un principe général ?

L'article 142 de la Constitution ainsi que l'article 26 de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage semblent clairs sur la question. La Cour d'arbitrage n'est compétente que pour le contrôle de constitutionnalité des lois, décrets et règles visées à l'article 134 de la Constitution. Les sources non formelles du droit en sont donc exclues.

Il convient, par ailleurs, d'avoir égard à la nature même des principes généraux du droit. Expression de valeurs fondamentales de la société⁴¹, ils sont la plupart du temps induits de dispositions légales existantes⁴². Ainsi, si la différence de traitement est contenue dans une disposition légale qui constitue l'expression d'un principe général de droit, l'examen éventuel de constitutionnalité devra être fait à l'égard de la norme légale explicite.

En revanche, si la situation jugée discriminatoire résulte d'un principe général, sans l'intermédiaire d'une disposition légale qui en constitue l'application particulière, deux cas de figure peuvent se présenter. Un premier où, à la comparaison des deux régimes en cause, le principe général de droit établit un régime plus favorable que celui de la loi. Dans ce cas, le principe général de droit pourra constituer une norme de référence, combinée par la Cour d'arbitrage avec les articles 10 et 11 de la Constitution⁴³. Un second cas de figure est celui où le principe général de droit établit un régime moins favo-

⁴⁰ C.A., 1^{er} décembre 1994, *R.D.P.C.*, 1995, p. 276, et les observations de D. RENDERS ; C.A., 2 mars 1995, *J.T.*, 1995, pp. 364 et s., et les observations d'O. KLEES ; *J.L.M.B.*, 1995, pp. 380 et s., et les observations de P. HENRY. Sur ces arrêts, voy. J. DE CODT, « Le recours de l'inculpé contre l'ordonnance de renvoi », *I.Dj.*, 1994/10, pp. 995 et s. ; M. PREUMONT, « Activité législative foisonnante, questions d'actualité brûlante et jurisprudence fondamentale », *I.Dj.*, 1995/1, pp. 59 et s.

⁴¹ Voy., entre autres, H. BUCH, « La nature des principes généraux du droit », *R.D.I.D.C.*, 1962, pp. 55 et s. ; E. CEREXHE, *Introduction à l'étude du droit*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 343 ; W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit*, Bruxelles, Bruylant, 1970, p. 50.

⁴² Voy., par exemple, W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Les droits de la défense comme principe général de droit. Réflexions sur des arrêts récents », in *Mélanges offerts à J. Dabin*, Bruxelles et Paris, Bruylant et L.G.D.J., 1963, pp. 569 et s.

⁴³ Voy. notamment C.A., arrêt n° 6/94 du 20 janvier 1994, *Rec. C.A.*, 1994, pp. 159 et s. ; arrêts n° 35/94 et 36/94 du 10 mai 1994, *Rec. C.A.*, 1994, pp. 461 et s. ; arrêt 18/90 du 23 mai 1990, *Rec. C.A.*, 1990, pp. 121 et s. ; sur cette question, voy. F. LEURQUIN-DE VISSCHER, « Principes, principes généraux et principes fondamentaux dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage », *Ann. dr.*, 1996, pp. 275 et s.

³⁸ Voy. M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, Liège, Collection scientifique de la Faculté de droit, 1989, pp. 393 et s., et la jurisprudence citée.

³⁹ Cass., 31 mai 1994, *Bull.*, 1994, pp. 531 et s.

nable par rapport à celui de la loi. Dans cette hypothèse, c'est dans la loi la plus favorable que devra être située la différence de traitement pour qu'une question préjudicielle puisse être posée à la Cour d'arbitrage – le juge *a quo* pouvant considérer que la loi établit une différence de traitement en ce que son champ d'application ne s'étend pas au cas qui lui est soumis. Il appartiendra éventuellement à la Cour d'arbitrage de déterminer, à ce moment, si la différence de traitement n'est pas due à l'absence de règle équivalente au profit du particulier le moins bien traité, plutôt qu'à la loi qui institue un régime plus favorable.

D. L'INCONSTITUTIONNALITÉ ALLÉGUÉE RÉSULTE D'UN ACTE DU POUVOIR EXÉCUTIF

19. – L'article 159 de la Constitution prescrit que les cours et tribunaux n'appliqueront les arrêtés et règlements généraux, provinciaux et locaux qu'autant qu'ils seront conformes aux lois. Si la création de la Cour d'arbitrage a écarté l'application de cette disposition pour le contrôle de constitutionnalité des lois, elle n'a pas mis fin à la prérogative des juridictions de contrôler incidemment la constitutionnalité et la légalité des actes administratifs.

La détermination de la discrimination dans un arrêté royal, plutôt que dans la loi, présente l'intérêt de permettre au juge *a quo* d'éluder un détour par la Cour d'arbitrage et lui donne la possibilité de se prononcer directement sur la question de constitutionnalité. On peut comprendre, dès lors, que le juge soit favorable à une telle démarche.

De son côté, la Cour d'arbitrage s'est déclarée incompétente pour se prononcer directement sur la constitutionnalité des arrêtés et règlements⁴⁴. Il ne faut cependant pas perdre de vue que cette règle ne fait pas obstacle à un *contrôle incident* des actes administratifs. Ainsi, dans un arrêt du 14 juillet 1997, la Cour d'arbitrage s'est déclarée apte à faire usage de l'article 159 de la Constitution pour écarter l'application d'un arrêté royal qu'elle estimait contraire à la loi⁴⁵.

Quoi qu'il en soit, ce contrôle incident n'érode pas le principe : dès lors que la source de la discrimination est identifiée sans conteste dans un acte du pouvoir exécutif, tout juge est habilité à refuser de poser une question préjudicielle à la Cour d'arbitrage.

20. – Plusieurs hypothèses peuvent se présenter.

Dans une première hypothèse, le juge refuse de poser une question préjudicielle à la Cour d'arbitrage au motif que la discrimination alléguée se situe non pas dans une disposition légale, mais bien dans un texte réglementaire. Dans ce cas, c'est à l'ar-

ticle 159 de la Constitution qu'il convient d'avoir égard et non à son article 142.

La Cour du travail de Mons a bien compris cette exigence ; elle l'applique dans un arrêt du 5 mai 1995⁴⁶. Le litige portait, en l'espèce, sur l'application d'une disposition de l'arrêté royal du 21 décembre 1967, qui accorde des avantages sociaux en matière d'interruption de carrière aux seuls travailleurs mariés. La Cour estime qu'il n'y a pas lieu de saisir la Cour d'arbitrage puisqu'en l'occurrence, la violation dénoncée par l'intimée procède d'un arrêté royal. C'est donc à la Cour du travail elle-même qu'il appartient de contrôler, en vertu de l'article 159 de la Constitution, la conformité de l'arrêté applicable aux articles 10 et 11 de la Constitution⁴⁷.

21. – Dans une deuxième hypothèse, le juge refuse de poser la question préjudicielle soulevée par le demandeur, au motif que le siège de la différence de traitement est un arrêté royal de pouvoirs spéciaux intégré dans une loi existante, mais qui n'a pas fait l'objet d'une confirmation par le législateur. La Cour d'arbitrage a elle-même reconnu son incompétence à connaître d'un arrêté royal de pouvoirs spéciaux non confirmé⁴⁸. De manière logique, les cours et tribunaux ne renvoient donc pas au juge constitutionnel les questions préjudicielles qui portent sur les normes de cette nature.

Ainsi, la Cour du travail de Liège⁴⁹ a rejeté la demande de question préjudicielle soulevée par les appelantes, à propos de l'article 64bis des lois relatives à la réparation des dommages résultant des maladies professionnelles, coordonnées le 3 juin 1970. La Cour constate que cette disposition « a été insérée dans le texte légal par l'arrêté royal n° 9 du 23 octobre 1978 », et que la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage n'a conféré à celle-ci le pouvoir de ne connaître ni de la constitutionnalité d'un arrêté royal, ni de celle d'un arrêté royal de pouvoirs spéciaux n'ayant pas été confirmé. Elle conclut donc, jurisprudence à l'appui, que le juge constitutionnel n'est pas compétent en l'espèce.

La Cour du travail vérifie ensuite elle-même la constitutionnalité de la disposition litigieuse. Mais, de manière curieuse, elle ne mène pas son examen sur la base de l'article 159 de la Constitution. Elle examine de manière subsidiaire si, à considérer même que la Cour d'arbitrage fût compétente en l'espèce, il y aurait lieu de lui poser la question préjudicielle soulevée. Au terme de son examen, elle constate – après avoir appliqué les critères dégagés

⁴⁶ J.T.T., 1995, p. 368.

⁴⁷ Dans le même sens, voyez C.T. Mons, 5 janvier 1994, J.T.T., 1994, p. 125 ; C.T. Gand, 7 novembre 1991, J.T.T., 1992, p. 385 ; C.T. Anvers, 21 février 1992, J.T.T., 1992, p. 457.

⁴⁸ Voy. C.A., arrêt n° 9/90 du 7 février 1990, Mon. b., 19 avril.

⁴⁹ Cour trav. Liège, 23 janvier 1995, J.T.T., 1995, p. 377.

⁴⁴ Voy. *supra*, n° 4, et les arrêtés de la Cour d'arbitrage cités en note.

⁴⁵ C.A., arrêt n° 39/97 du 14 juillet 1997, Mon. b., 14 août 1997, point B.4.4.1.

par la Cour d'arbitrage – que l'article 64bis précité ne viole manifestement pas la Constitution.

22. – Une troisième hypothèse mérite une attention plus particulière. Le cas de figure se présente comme suit : une loi ou un décret habilite le Roi à établir un régime particulier pour une catégorie de personnes ou dans une hypothèse particulière. L'on peut ici se demander si une éventuelle différence de traitement trouve son fondement dans l'habilitation ou plutôt dans l'arrêté d'exécution.

La jurisprudence des juges *a quo* semble divergente sur ce point. Ainsi, dans un arrêt du 8 octobre 1993⁵⁰, le Conseil d'Etat a eu l'occasion de préciser qu'en pareille hypothèse, l'inconstitutionnalité doit être localisée dans l'arrêté d'exécution. Le requérant demandait à la Haute Juridiction administrative de saisir la Cour d'arbitrage d'une question préjudicielle, dans la mesure où le délai pour agir devant le Conseil d'Etat est de 60 jours, tandis que le délai de recours en annulation devant la Cour d'arbitrage est de six mois. La Haute juridiction administrative refuse de poser la question préjudicielle. Elle constate, en effet, que l'article 30 des lois coordonnées ne contient aucune fixation de délai, mais charge en réalité le Roi d'établir ces délais par arrêté délibéré en Conseil des ministres ; dans ces conditions, la différence de traitement soulevée n'est pas de la compétence de la Cour d'arbitrage.

La Cour de cassation s'est, pour sa part, exprimée de manière opposée, dans un arrêt du 24 mai 1996⁵¹. En l'occurrence, la question se posait de savoir si le régime particulier de poursuites à l'encontre du tiers détenteur de revenus dus à un redevable de l'impôt est conforme aux articles 10 et 11 de la Constitution. Le régime en question est prévu par l'article 215 de l'arrêté royal du 4 mars 1965, pris sur base d'une habilitation conférée par l'article 208 du code des impôts sur les revenus. Au lieu de contrôler l'arrêté royal en vertu de l'article 159 de la Constitution, la Cour de cassation préfère poser à la Cour d'arbitrage une question préjudicielle sur le point de savoir si l'article 208 CIR viole les articles 10 et 11 de la Constitution « *en tant qu'il autorise le Roi* » à établir le régime dont la constitutionnalité est mise en doute par le demandeur.

23. – La Cour d'arbitrage a eu l'occasion de se prononcer sur la question à maintes reprises. C'est ainsi par exemple que, dans un arrêt n° 33/97 du 29 mai 1997, le juge constitutionnel a considéré qu'il n'appartient pas à la Cour de présumer la manière dont la loi d'habilitation sera appliquée. D'une telle habilitation « *il ne pourrait être déduit que (le législateur) aurait implicitement autorisé le Roi à méconnaître les principes d'égalité et de non-discrimination.*

*Si large et imprécise soit-elle, l'habilitation donnée au Roi par la disposition attaquée ne lui permet en aucune façon de déroger au principe selon lequel, lorsqu'une norme établit une différence de traitement entre certaines catégories de personnes, celle-ci doit se fonder sur une justification objective et raisonnable qui s'apprécie par rapport au but et aux effets de la norme considérée. C'est au juge administratif et au juge judiciaire qu'il appartient de contrôler la mesure par laquelle le Roi aurait excédé les termes de l'habilitation qui lui a été conférée »*⁵².

En réalité, cette jurisprudence n'est pas surprenante. Elle ne constitue que l'application particulière d'un principe, depuis longtemps consacré par la Cour de cassation, en vertu duquel une habilitation ne peut impliquer une délégation de pouvoirs plus importants que ceux qui reviennent à l'autorité habilitante⁵³.

Il en résulte que, s'agissant du juge *a quo*, confronté à une loi ou un décret d'habilitation et à un arrêté d'exécution qui établissent un régime dont la constitutionnalité est mise en doute par une partie au procès, le juge doit, en principe, *localiser l'inconstitutionnalité dans l'arrêté d'exécution* ; il a donc le pouvoir – et le devoir – de refuser d'interroger la Cour d'arbitrage à ce sujet. La règle ne reçoit d'exception que si le juge constate, de manière *manifeste* que la loi d'habilitation a entendu conférer au Roi le pouvoir d'adopter un régime qui méconnaît, aux yeux d'une des parties, les dispositions de la Constitution.

24. – Comment, dans ces conditions, justifier l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 24 mai 1996 ? Cet arrêt pose à la Cour d'arbitrage une question préjudicielle sur la constitutionnalité de l'article 208 du code des impôts sur les revenus « *en tant qu'il autorise le Roi* » à adopter le régime critiqué par le demandeur en cassation, alors que l'article 208 en question dispose simplement que « *le Roi détermine le mode à suivre pour les déclarations, la formation et la notification des rôles, les paiements, les quittances et les poursuites* ». Nulle part donc, l'on ne peut déceler dans cette disposition une autorisation du législateur à établir un régime qui ne soit pas compatible avec la Constitution.

En réalité, si la rédaction de l'arrêt ne permet pas d'expliquer le renvoi préjudiciel, les conclusions de Monsieur l'Avocat général Jansens de Bisthoven qui précèdent cet arrêt sont, quant à elles, tout à fait explicites⁵⁴. En substance, le raisonnement est le sui-

⁵² C.A., arrêt n° 33/97 du 29 mai 1997, *Mon. b.*, 24 juin ; dans le même sens, voy. les arrêts n° 54/97 du 18, juillet 1997, *Mon. b.*, 3 octobre ; 35/97 du 12 juin 1997, *Mon. b.*, 6 août ; 19/97 du 15 avril 1997, *Mon. b.*, 3 juillet.

⁵³ Voy. l'arrêt de principe rendu par la Cour de cassation le 3 mai 1921, *Rev. adm.*, 1921, pp. 462 et s.

⁵⁴ Ces conclusions sont publiées dans le *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation*, 1996, pp. 514 et s.

⁵⁰ C.E., 8 octobre 1993, *Brouwers*, n° 44.404, *R.A.C.E.*

⁵¹ *J.L.M.B.*, 1997, pp. 1028 et s.

vant : le régime de poursuites à l'encontre du tiers détenteur – qui est dérogoire au droit commun – est une très ancienne procédure qui s'est maintenue malgré la succession d'habilitations législatives en la matière. Or, « en autorisant le Roi, sans réserve, à déterminer le mode à suivre pour les poursuites, alors que la procédure de poursuites indirectes était réglée par des arrêtés royaux existant au moment du vote des lois d'habilitation et maintenus en vigueur après ce vote, parfois durant des années, le législateur a, sans aucun doute, avalisé cette procédure, en a approuvé les modalités »⁵⁵. Dans ces conditions, il appartenait à la Cour de cassation d'interroger le juge constitutionnel à propos du régime de poursuites à l'encontre du tiers détenteur de sommes.

E. L'INCONSTITUTIONNALITÉ ALLÉGUÉE RÉSULTE D'UNE LACUNE LÉGISLATIVE

25. – Le 13 juin 1996, la Cour d'appel de Liège statue sur le recours introduit par une partie civile à l'encontre du refus du juge d'instruction de lui donner accès au dossier répressif et de procéder aux investigations qu'elle sollicitait⁵⁶.

La Cour examine à cette occasion la recevabilité de la demande introduite devant elle. Elle constate qu'aucune disposition de droit interne ou international ne consacre le droit, au profit de la partie civile, d'interjeter appel contre la décision du juge d'instruction. Mais la Cour d'appel refuse de saisir la Cour d'arbitrage d'une question préjudicielle relative à la différence de traitement instaurée entre la partie civile, d'une part, et le ministère public, d'autre part, dans la mesure où ce dernier dispose d'un droit de recours. A son estime, en effet, la Cour d'arbitrage n'est pas compétente pour se prononcer sur la constitutionnalité d'une *absence* de loi. Ainsi la Cour d'appel de Liège attribue-t-elle la discrimination alléguée à une lacune législative.

26. – Pareille décision peut surprendre, spécialement lorsqu'on l'analyse à la lumière des développements récents de la jurisprudence. L'on sait, en effet, que dans une ordonnance du 2 mai 1997, le Président du tribunal de Namur, siégeant en référé, n'a pas hésité à interroger la Cour d'arbitrage sur cette matière⁵⁷. Cette fois, la question préjudicielle était fondée sur l'article 1380, alinéa 2, du Code judiciaire dans la mesure où celui-ci autorise le Roi à déterminer les conditions auxquelles sont soumises la communication ou la copie des actes d'instruction et de procédure en matière criminelle, correctionnelle et de police, et en matière disciplinaire.

Par un arrêt du 18 juillet 1997, la Cour d'arbitrage a statué sur la question⁵⁸. Selon la Cour, la question préjudicielle l'invitait à comparer la situation de la partie civile qui n'a pas accès au dossier répressif – sauf à en recevoir l'autorisation expresse du procureur général –, avec celle de l'inculpé. Quant aux conditions émises pour l'accès au dossier, la Cour a estimé qu'« *il n'est pas déraisonnable, par rapport au secret de l'instruction, que le législateur ait subordonné à certaines conditions la consultation du dossier répressif par la partie civile, au stade de l'instruction préparatoire* ».

Toutefois, poursuivait la Cour, « *en donnant un fondement légal à un système qui n'offre à la partie civile aucun recours juridictionnel contre les décisions statuant sur sa demande de consultation, le législateur a pris une mesure qui, à l'égard de la partie civile, n'est pas dans un rapport raisonnable de proportionnalité avec les objectifs poursuivis. Dans cette mesure, l'article 1380, alinéa 2, du code judiciaire viole le principe d'égalité* ».

A la suite de cet arrêt, le président du tribunal de première instance de Namur a considéré que la décision de la Cour d'arbitrage ne condamnait pas le système actuel d'autorisation ponctuelle – qui devait donc être maintenu – mais qu'il fallait que la partie civile puisse désormais exercer un recours contre la décision du procureur général⁵⁹. Ce recours doit être accordé, en vertu des articles 144 et 145 de la Constitution et 2 du code judiciaire, auprès du tribunal de première instance, juge ordinaire de tous les conflits. L'on est donc loin de la solution qui avait été adoptée par la Cour d'appel de Liège, dans son arrêt du 13 juin 1996.

27. – Par ailleurs, l'on sait que les juridictions ne sont plus autorisées à refuser de saisir la Cour d'arbitrage au motif que la différence de traitement trouverait son fondement dans une lacune législative. La Cour a eu, en effet, l'occasion de se prononcer, à deux reprises, sur cette question.

Le premier arrêt concerne le recours des fonctionnaires d'une assemblée législative contre les actes administratifs qui en émanent⁶⁰. La question de la compatibilité avec la Constitution de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat était posée à la Cour d'arbitrage, dans la mesure où cette disposition « *s'interprète comme excluant tout recours en annulation d'actes, même administratifs, pris par les assemblées législatives (...)* à l'égard des membres de

⁵⁵ *Ibidem*, pp. 518-519.

⁵⁶ Liège, 13 juin 1996, *J.L.M.B.*, 1996, pp. 1295 et s.

⁵⁷ Civ. Namur (réf.), 2 mai 1997, *J.L.M.B.*, 1997, pp. 851 et s.

⁵⁸ C.A., arrêt n° 54/97, du 18 juillet 1997, *J.T.*, 1997, p. 707. Sur cet arrêt, voy. D. DE BRUYN, « L'arrêt de la Cour d'arbitrage du 18 juillet 1997 et les droits fondamentaux de la partie civile », *R.B.D.C.*, 1998/1, pp. 57 et s.; D. BOSQUET, observations sous l'arrêt n° 54/97, *Journ. Proc.*, 1997, n° 322, pp. 29 et s.; A. SADZOT, « L'accès au dossier répressif en cours d'instruction », *J.L.M.B.*, 1997, pp. 1157 et s.

⁵⁹ Civ. Namur (réf.), 14 octobre 1997, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1463.

⁶⁰ C.A., arrêt n° 31/96 du 15 mai 1996, *J.T.*, 1997, pp. 3 et s., obs. H. SIMONART.

leurs personnels ou des candidats à un recrutement en cette qualité, et prive, par là, ces personnes de tout recours en annulation ».

La Cour d'arbitrage commence par constater que les fonctionnaires au service d'une autorité administrative et ceux relevant d'une assemblée législative se trouvent bien dans une situation différente. En effet, si les premiers jouissent d'un recours contre les actes administratifs qui émanent de l'autorité dont ils relèvent, les seconds, en revanche, n'en disposent pas. Il existe donc bien une différence de traitement entre ces deux catégories de justiciables, cette différence n'étant pas justifiée au regard de l'objectif poursuivi.

Là où la Cour innove, c'est sur l'origine de la discrimination. Celle-ci est due, non pas à l'application de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, mais à une lacune législative que seul le législateur est habilité à combler. Seule cette solution permet, « *par égard à l'indépendance qui doit être assurée aux assemblées législatives, de prévoir des garanties spécifiques auxquelles (le législateur) n'a pas dû veiller lors de l'élaboration des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat* ».

28. – La Cour d'arbitrage a usé de la même technique en matière de filiation, dans un arrêt du 6 juin 1996 à propos de l'article 319, § 3, du Code civil ⁶¹.

Selon cette disposition, si l'enfant est mineur non émancipé mais a plus de quinze ans accomplis, la reconnaissance par le père ne sera recevable que moyennant le consentement préalable de l'enfant. La Cour d'arbitrage compare cette situation avec celle de la mère pour qui pareille condition n'est pas requise lorsqu'elle souhaite reconnaître un enfant de plus de quinze ans.

La Cour conclut à la non-violation des articles 10 et 11 de la Constitution par la disposition incriminée. Pour elle, en effet, « *par l'article 319, § 3, alinéa 2, du code civil, le législateur a entendu éviter les reconnaissances tardives et donner à l'enfant lui-même la possibilité d'y consentir* ». L'exigence de consentement n'apparaît pas disproportionnée par rapport à l'objectif poursuivi. La Cour d'arbitrage constate toutefois que l'absence de condition semblable pour sa reconnaissance par une femme est contraire à la Constitution. Ici encore, c'est l'absence d'une norme équivalente à l'article 319, § 3, alinéa 2, du code civil qui est à l'origine de la discrimination et non la disposition du code civil elle-même.

29. – Il faut remarquer, toutefois, que la compétence de la Cour d'arbitrage concernant les lacunes législatives est à nuancer. Le juge *a quo* interroge en effet la Cour d'arbitrage sur la constitutionnalité

d'une loi. C'est la Cour d'arbitrage elle-même qui décide de délocaliser l'inconstitutionnalité et de la situer dans une lacune. L'on ne pourrait imaginer, en revanche, que le juge *a quo* pose lui-même une question préjudicielle sur la compatibilité, avec la Constitution, d'une lacune législative.

D'une part, en effet, l'article 142 de la Constitution et l'article 26, § 1^{er}, de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage excluent cette possibilité. La question préjudicielle doit, en effet, porter sur la violation éventuelle de la Constitution par une disposition légale. D'autre part, l'on pourrait s'interroger sur la nécessité d'une telle question ⁶², dans la mesure où la déclaration d'inconstitutionnalité d'une lacune législative n'a aucun effet sur la solution du litige ; elle ne dispense pas le juge d'appliquer, comme tel, le droit positif. Ainsi, à la suite de l'arrêt de la Cour d'arbitrage du 15 mai 1996, le Conseil d'Etat a dû se déclarer incompétent à l'égard des actes qui émanent d'assemblées législatives ⁶³. De même, le tribunal de première instance d'Anvers aura, sans doute, exigé le consentement des enfants âgés de plus de quinze ans qui faisaient l'objet d'une demande de reconnaissance paternelle.

III. ESSAI DE SYNTHÈSE

30. – Les juridictions n'hésitent pas à invoquer l'exception de l'incompétence de la Cour d'arbitrage pour refuser de lui poser une question préjudicielle. Il est important de voir que la déclaration de l'incompétence du juge constitutionnel implique – *comme démarche préalable* – l'identification, par le juge, de la norme discriminatoire. En d'autres termes, c'est en délocalisant – d'une norme législative à une norme d'une autre nature – l'inconstitutionnalité alléguée par une des parties au procès que le juge parvient à éviter la saisine de la Cour d'arbitrage.

Il convient à cet égard de définir les pouvoirs respectifs du juge *a quo* et de la Cour d'arbitrage, dans la détermination de la norme inconstitutionnelle.

31. – Si l'on s'en tient aux principes qui gouvernent le mécanisme préjudiciel, l'on sait que la règle générale applicable en la matière est celle de l'*obligation de renvoi* à la Cour d'arbitrage dès lors qu'une inconstitutionnalité apparaît dans une loi. Les

⁶² Au sens de l'article 26, § 2, al. 2, 2^o, de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage.

⁶³ C.E., 31 octobre 1997, de *Meester de Betzenbroeck*, n° 69321. La jurisprudence du Conseil d'Etat est, toutefois, en train d'évoluer en la matière. C'est ainsi que par un arrêt du 16 mars 1998, *Van Damme*, n° 72.464, le Conseil d'Etat a manifesté son souci de donner à la disposition applicable une interprétation qui supprimerait la lacune législative, et par la même occasion, l'inconstitutionnalité constatée par la Cour d'arbitrage (*T.B.P.*, 1998, pp. 341-342). Voy. également C.E., 25 novembre 1997, *Twijnstra Gudde Management Consultants*, n° 69.752 ; C.E., 17 décembre 1997, *Onderneming Jan de Nul*, n° 70.402.

⁶¹ C.A., arrêt n° 36/96 du 6 juin 1996, *J.L.M.B.*, 1996, pp. 1684 et s., obs. D. PIRE, « Cour d'arbitrage et filiation : du neuf ? » ; au sujet de cet arrêt, voyez A. LEFEBVRE et N. GALLUS, « L'imagination au service de la justice », *I.D.J.*, 1997, pp. 17 et 18.

exceptions à l'obligation de renvoi doivent donc être interprétées de manière stricte. Les juges sont, dans ces conditions, tenus à la prudence lorsqu'ils se dispensent de saisir la Cour – peut-être même encore davantage lorsqu'ils usent d'une exception à l'obligation de renvoi tirée de l'esprit de la loi et non de son texte.

En application de la théorie de l'acte clair, dès le moment où un doute survient quant à la *constitutionnalité* d'une loi, la Cour d'arbitrage doit être saisie d'une question préjudicielle – conformément à l'article 26, § 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989. La démarche doit être identique, s'agissant de la *détermination de la norme inconstitutionnelle* : lorsque l'identification de la source de la discrimination alléguée est incertaine, le juge doit faire appel à la Cour d'arbitrage pour que celle-ci puisse trancher la question. La Cour d'arbitrage doit rester maître de ses compétences.

32. – Dès lors, deux situations peuvent se présenter.

Lorsque l'incompétence du juge constitutionnel est *manifeste*, le juge *a quo* n'a pas l'obligation de poser une question préjudicielle. En effet, celle-ci serait sans intérêt dans la mesure où la Cour se déclarerait d'office sans compétence pour en connaître.

En revanche, si le fondement de la discrimination alléguée suscite le moindre doute, si l'inconstitutionnalité n'est pas localisée avec certitude dans une norme qui ne relève pas du contrôle exercé par la Cour d'arbitrage, il appartient au juge de renvoyer la question à la Cour. Pareil renvoi est indispensable, tant pour renforcer la sécurité juridique que pour assurer l'unité de la jurisprudence⁶⁴. L'attitude inverse aurait des conséquences néfastes certaines dans la mesure où les juridictions s'attribueraient une part des compétences du juge constitutionnel⁶⁵. Ne serait-ce pas là la porte ouverte à un contrôle diffus de constitutionnalité, dont on sait que le constituant a, sans équivoque, écarté l'hypothèse ?

33. – L'application absolue de l'obligation de renvoi amène à se poser une question essentielle : la Cour d'arbitrage a-t-elle le pouvoir de dénier sa compétence lorsqu'elle est saisie d'une question préjudicielle mettant en cause la constitutionnalité d'une disposition légale ? Les termes de la question préjudicielle ne s'imposent-ils pas au juge constitutionnel ? La Cour d'arbitrage, saisie d'une pareille question, pourrait-elle délocaliser la source de l'in-

constitutionnalité proposée par le juge *a quo* et se déclarer incompétente ?

Au contentieux de l'annulation, il faut reconnaître que le juge constitutionnel n'hésite pas à adopter une telle attitude⁶⁶. Au contentieux des questions préjudicielles, en revanche, le problème n'est pas réglé.

Certes, rien n'empêche la Cour d'arbitrage de reformuler la question – comme l'y autorise l'article 27, § 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989. Cependant, cette faculté n'existe que pour préciser ou rendre plus compréhensible la question préjudicielle ; elle ne va pas jusqu'à permettre à la Cour de modifier l'objet de la question ni la source de l'inconstitutionnalité alléguée⁶⁷.

34. – Le juge *a quo* a l'obligation, a-t-on écrit plus haut, de faire trancher la question de compétence par la Cour d'arbitrage elle-même. Dans ces conditions, cette obligation doit avoir pour corollaire que la Cour d'arbitrage puisse, de son côté, « relocaliser » la source de l'inconstitutionnalité, s'il appert que celle-ci ne se trouve pas dans la norme de nature législative désignée par le juge *a quo*. Si la Cour d'arbitrage doit rester maître de ses compétences, cela implique qu'elle soit habilitée à se déclarer incompétente.

Certes, le juge constitutionnel est tenu au respect des termes employés par le juge du fond dans sa question préjudicielle. L'on sait pourtant qu'un dialogue s'est instauré entre le juge *a quo* et la Cour d'arbitrage⁶⁸. Celle-ci n'hésite pas, en effet, à proposer une autre interprétation de la norme, plus conforme à la Constitution⁶⁹.

Ainsi, dans la mesure où l'on admet que les relations entre les juges se placent sous l'angle de la collaboration, une relocalisation du fondement de l'inconstitutionnalité par la Cour d'arbitrage paraît justifiée. D'un côté, la saisine de la Cour permet d'assurer le respect du renvoi qui régit le mécanisme préjudiciel. D'un autre côté, la sécurité juridique se trouve renforcée, dans la mesure où le juge constitutionnel se prononce une fois pour toutes sur la question. L'on évite ainsi les divergences de jurisprudence qui pourraient résulter d'un non-renvoi par les juges du fond.

35. – Reste l'hypothèse particulière des lois d'habilitation.

En l'occurrence, la Cour d'arbitrage devra prendre en considération un principe particulier : le

⁶⁴ Dans ce sens, voyez L.P. SUTENS et R. LEYSEN, « Les questions préjudicielles : cause d'insécurité juridique », in *La sécurité juridique, Actes du colloque organisé par la conférence libre du Jeune Barreau de Liège*, le 14 mai 1993, Ed. du jeune barreau de Liège, 1993, p. 42.

⁶⁵ Dans le même sens, voy. F. MEERSCHAUT, « Toetst het Hof van Cassatie de wet... », *op. cit.*, pp. 125 et s.

⁶⁶ Voy. les références citées à la note n° 56 ; voy. également M. VERDUSSEN et D. DE BRUYN, « La procédure préliminaire devant la Cour d'arbitrage », *R.B.D.C.*, 1996, pp. 295 et s.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 55.

⁶⁸ A ce sujet, voyez entre autres F. DELPÉRÉE et A. RASSON-ROLAND, *La Cour d'arbitrage*, *op. cit.*, pp. 69 et s.

⁶⁹ B. LOMBAERT, « Les techniques d'arrêts de la Cour d'arbitrage », *R.B.D.C.*, 1996, pp. 317 et s.

pouvoir du juge *a quo* d'interpréter la norme applicable au litige pendant devant lui ⁷⁰. En particulier, si le juge *a quo* donne une interprétation à la norme dans la question préjudicielle qu'il pose à la Cour d'arbitrage, celle-ci est tenue de répondre à la question posée – quitte, au besoin, à indiquer une autre interprétation, qui lui paraît être davantage compatible avec la Constitution. Dans ces conditions, il n'appartient pas à la Cour d'arbitrage de refuser la compétence que lui attribue le juge *a quo*.

L'arrêt rendu par la Cour d'arbitrage sur l'article 208 du code des impôts sur les revenus illustre parfaitement la question ⁷¹. La Cour commence par rappeler le principe de son incompétence : « *La Cour ne peut se prononcer sur le caractère justifié ou non*

d'une différence de traitement au regard des articles 10 et 11 de la Constitution que si cette différence est imputable à une norme législative. A cet égard, il y a lieu de relever que lorsqu'un législateur délègue, il faut supposer, sauf indication contraire, qu'il n'entend habiliter le délégué qu'à faire de son pouvoir un usage conforme aux articles 10 et 11 de la Constitution. »

Le juge constitutionnel entend cependant respecter le pouvoir d'interprétation de la norme détenu par le juge *a quo*. Elle décide, certes, d'analyser la mesure exprimée dans l'arrêté royal d'exécution. Mais elle le fait « *seulement en se plaçant, conformément aux termes de la question préjudicielle, dans l'hypothèse où l'article 208, § 1^{er}, 1^o, précité doit s'interpréter comme autorisant le Roi à prendre cette mesure* » (B.2.2.).

On y insiste : peut-être la Cour d'arbitrage devrait-elle proposer, si elle n'est pas d'accord avec la détermination de la norme inconstitutionnelle indiquée par le juge *a quo* une autre interprétation à la loi d'habilitation. L'on éviterait, ainsi, que, sous couvert d'un contrôle de constitutionnalité des lois, la Cour d'arbitrage vérifie en réalité la conformité d'un arrêté à la Constitution ou le bien-fondé des délégations.

⁷⁰ Voy. Cass., 24 janvier 1996, *Bull.*, 1996, pp. 113 et s. (« Les lois dont l'application est demandée sont en règle interprétées par le juge et non par la Cour d'arbitrage »). Sur cette question, voy. R. LEYZEN et J. SMETS, *Toetsing van de wet aan de Grondwet in België*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1991, pp. 77 et s. ; A. ALÉN et J. SMETS, *op. cit.*, pp. 220 à 227 ; M. MELCHIOR, « De quelques aspects des questions préjudicielles à la Cour d'arbitrage », *R.B.D.C.*, 1995, pp. 61 et s. ; P. VANDERNOOT, « La Cour d'arbitrage et l'interprétation des normes soumises à son contrôle », in *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à J. Velu*, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 357 et s. ; J. VAN COMPERNOLLE et M. VERDUSSEN, « Les questions préjudicielles à la Cour d'arbitrage », *op. cit.*, p. 20.

⁷¹ C.A., arrêt n° 11/97 du 5 mars 1997, *Rec. C.A.*, 1997, p. 141, B.2.2.