

LE TRAITEMENT DES LACUNES LÉGISLATIVES INCONSTITUTIONNELLES PAR LA COUR CONSTITUTIONNELLE BELGE : ÉTAT DES LIEUX ET PERSPECTIVES

ANNE-SOPHIE BOUVY – UCL (CENTRE DE RECHERCHE SUR L'ÉTAT ET LA CONSTITUTION)

1.- Juge parmi d'autres, le juge constitutionnel belge relève du « pouvoir juridictionnel » composé, d'une part, des cours et tribunaux et de la Cour de cassation, d'autre part, du Conseil d'Etat et des juridictions administratives, et enfin, de la Cour constitutionnelle. Alors que la fonction politique de cette dernière a longtemps été occultée par celle des pouvoirs législatif et exécutif, il semble désormais acquis que loin d'être « *la bouche qui prononce les paroles de la loi* »¹, la Cour constitutionnelle est désormais considérée comme un acteur à part entière du processus d'élaboration des normes².

En effet, à travers sa mission de contrôle de constitutionnalité des lois, le juge constitutionnel a développé différentes techniques d'arrêts par lesquelles il collabore à l'activité législative³. L'une d'elles – qui fera l'objet de la première partie de cet article (I) – consiste à censurer les lacunes législatives inconstitutionnelles et, le cas échéant, à inviter la juridiction de renvoi (dans le cadre du contentieux préjudiciel) à corriger la lacune, voire à donner injonction au législateur de la combler. Ainsi, le juge constitutionnel n'apparaît plus seulement comme un « législateur négatif », pour reprendre les mots de Hans Kelsen⁴, mais aussi comme un « législateur positif »⁵.

Un tel procédé suscite toutefois, si pas des oppositions, à tout le moins, des interrogations quant à la légitimité des juges constitutionnels et quant aux relations nouées avec les autres pouvoirs. N'y a-t-il pas, en effet, une « *anomalie démocratique* »⁶ à reconnaître aux juges constitutionnels, non élus⁷, un pouvoir normatif, à faire d'eux des « *collaborateurs du législateur* »⁸ ? La seconde partie de cette contribution sera donc consacrée à un rapide examen de la légitimité de la technique utilisée par la Cour constitutionnelle belge qui, au fil des années, n'a pas hésité à faire preuve de créativité dans le silence de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle (II).

¹ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, I, Liv. XI, Chap. VI, Paris, Gallimard, 1995, p. 337.

² G. TUSSEAU, « Les juges constitutionnels comme autorités normatives : éléments d'une taxonomie des sentences constitutionnelles », in G. GRANDJEAN et J. WILDEMEERSCH (dir.), *Les juges : décideurs politiques ? Essais sur le pouvoir politique des juges dans l'exercice de leur fonction*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 169-196 ; RAN HIRSCHL utilise par exemple le concept de « *judge-made policy-making* » (« Resituating the Judicialization of Politics : Bush v. Gore as a Global Trend », *Can. J. L. & Juris*, 2002, n° 15, pp. 191-192.

³ T. GIET et G. ROSOUX, « Du rôle intrinsèquement politique du juge constitutionnel belge. Brèves réflexions sur un lieu commun », in G. GRANDJEAN et J. WILDEMEERSCH (dir.), *Les juges : décideurs politiques ? Essais sur le pouvoir politique des juges dans l'exercice de leur fonction*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 308.

⁴ H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la démocratie (La Justice constitutionnelle) », *R.D.P.*, 1928, pp. 224-225.

⁵ Voy. C. BEHRENDT, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Une analyse comparative en droit français, belge et allemand*, Bruxelles, Paris, Bruylant, L.G.D.J., 2006.

⁶ S. BREYER, « Judicial Review : A Practising Judge's Perspective », *O.J.L.S.*, 1999, vol. 19, p. 156.

⁷ J.-M. DENQUIN s'interroge sur la possibilité de qualifier de « démocratie » un système dans lequel un juge non élu décide à la place des élus (« L'essence, la démocratie et le droit », *Juspoliticum*, 2009 n° 2).

⁸ T. GIET et G. ROSOUX, « Du rôle intrinsèquement politique du juge constitutionnel belge. Brèves réflexions sur un lieu commun », in G. GRANDJEAN et J. WILDEMEERSCH (dir.), *Les juges : décideurs politiques ? Essais sur le pouvoir politique des juges dans l'exercice de leur fonction*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 297.

I. Les lacunes législatives inconstitutionnelles : classification traditionnelle et conséquences juridiques

2.- Le principe d'égalité et de non-discrimination interdit de soumettre des situations objectivement comparables à des régimes différents et, inversement, de traiter de manière identique des personnes qui se trouvent dans des situations objectivement différentes sans qu'il y ait de justification raisonnable⁹. En vertu de ce principe, la Cour constitutionnelle belge peut être amenée à censurer une norme législative qui accorde un avantage à une catégorie de personnes mais ne l'accorde pas à l'autre, pourtant placée dans une situation objectivement comparable.

Face à une norme législative dénoncée comme lacunaire, la Cour constitutionnelle doit se poser la question suivante : la lacune trouve-t-elle son origine dans le fait du législateur ou de la juridiction de renvoi ? En d'autres termes, la lacune provient-elle d'un « oubli » du législateur (A) ou est-elle le résultat d'une interprétation étroite de la norme législative contrôlée par la juridiction de renvoi dans le cadre du contentieux préjudiciel (B) ? Nous envisageons successivement les deux branches de l'alternative.

A. La lacune imputable au législateur

3.- Il est relativement fréquent que le législateur, lorsqu'il règle un domaine de sa compétence, crée ou révèle une lacune susceptible de porter atteinte au principe d'égalité et de non-discrimination¹⁰. C'est le cas lorsqu'une norme octroie un avantage à une catégorie de personnes, sans l'étendre à une autre catégorie pourtant comparable¹¹.

Ce cas de figure s'est présenté pour la première fois devant la Cour constitutionnelle belge dans le milieu des années 1990 et s'est clôturé par un arrêt du 15 mai 1996 qui a été à l'origine d'un concept que la doctrine qualifie de « lacune législative »¹². Jean-Claude Scholsem définit la lacune comme « *[u]ne norme qui viole l'égalité en ce qu'elle n'est pas assez étendue [...]. Une telle règle réserve à certaines catégories de personnes des droits, un statut ou des avantages qu'elle n'étend pas à des catégories pourtant comparables, sans qu'une justification objective et raisonnable puisse être apportée à cette différence – bien réelle – de traitement* »¹³. Selon Patricia Popelier, les lacunes législatives proviennent du fait que le législateur a réglé une matière déterminée, mais que ce dernier a soit (i) négligé – de manière discriminatoire – d'élaborer un régime analogue pour une catégorie comparable de personnes, soit (ii) limité de manière discriminatoire le champ d'application de la loi¹⁴.

⁹ Jurisprudence constante : C. const., arrêt n° 62/98 du 4 juin 1998, B.10 ; arrêt n° 163/2013 du 5 décembre 2013, B.14 ; arrêt n° 163/2016 du 14 décembre 2016, B.3 ; arrêt n° 12/2017 du 9 février 2017, B.2.

¹⁰ M. VERDUSSEN, « La responsabilité civile du fait de légiférer en violation de la Constitution », in *La responsabilité des pouvoirs publics - XIIes journées d'études juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 420.

¹¹ *Ibid.*

¹² C. const., arrêt n° 31/96 du 15 mai 1996.

¹³ J.-C. SCHOLSEM, « La Cour d'arbitrage et les lacunes législatives », in *Les rapports entre la Cour d'arbitrage, le Pouvoir judiciaire et le Conseil d'Etat*, Bruxelles, la Charte, 2006, p. 216.

¹⁴ P. POPELIER, « De rechtspraak van het Arbitragehof over lacunes in de wetgeving », *T.B.P.*, 2005, p. 293.

Ces omissions législatives n'ont pas été envisagées par la Constitution belge ou par la législation organique de la Cour constitutionnelle de sorte que c'est la Cour elle-même qui, à l'occasion de son contrôle de constitutionnalité, a dû faire preuve de créativité pour constater et censurer l'existence de lacunes législatives inconstitutionnelles¹⁵.

4.- La doctrine, influencée par les termes et la méthode employés par la Cour constitutionnelle, distingue traditionnellement deux types de lacunes : les lacunes dites « intrinsèques » et « extrinsèques »¹⁶.

5.- La lacune intrinsèque est « contenue dans la norme contrôlée elle-même, en ce que cette norme – et cette norme-là, et donc non une quelconque autre norme législative – ne s'applique pas à des sujets de droit comparables aux destinataires de la norme, en ce qui concerne l'objet et le contenu de la norme »¹⁷.

La Cour constitutionnelle a jugé, par exemple, que « [l]es articles 664 , 665 et 692 du Code judiciaire violent les articles 10 et 11, lus ou non en combinaison avec l'article 23, alinéa 3, 2°, de la Constitution, et avec l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme, en ce que, dans le cadre d'une expertise judiciaire décidée en vue de trancher un litige d'ordre médical portant sur des prestations de sécurité sociale, ils ne permettent pas à un assuré social qui ne dispose pas de moyens financiers suffisants d'obtenir l'assistance judiciaire pour la désignation d'un médecin-conseil et la prise en charge de ses frais et honoraires »¹⁸.

5.1.- Sur renvoi préjudiciel, lorsque la lacune est ainsi localisable dans la norme législative contrôlée et si cette inconstitutionnalité peut être constatée en des termes suffisamment clairs et précis, il revient à la juridiction de renvoi elle-même d'y mettre un terme¹⁹. En d'autres termes, « la Cour conclut à l'inconstitutionnalité de la norme législative lacunaire et, de la sorte, habilite la juridiction de renvoi à combler la lacune, afin que la disposition en cause puisse être appliquée dans le respect des articles 10 et 11 de la Constitution »²⁰. Il est question, dans ce cas, de lacune « auto-réparatrice ». Bien que la norme lacunaire soit inconstitutionnelle, le juge n'en écarte pas l'application (comme dans l'hypothèse d'un constat d'inconstitutionnalité ayant pour objet une norme – et non une lacune – législative), mais au contraire l'applique après l'avoir « réparée »²¹.

Cette manière de procéder de la Cour constitutionnelle débute en 2008 avec l'arrêt n° 111/2008 du 31 juillet 2008 dans lequel elle adopte un raisonnement similaire à celui de la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt Vermeire c. Belgique (il y est question de l'effet de ses décisions). Dans cet arrêt, la Cour constitutionnelle déclare :

« [...] si la lacune est située dans le texte soumis à la Cour, [il appartient au juge a quo] de mettre fin à l'inconstitutionnalité constatée par celle-ci, lorsque ce constat est exprimé en

¹⁵ M. MELCHIOR et C. COURTOY, « L'omission législative ou la lacune dans la jurisprudence constitutionnelle », *J.T.*, 2008, n° 6329, p. 669.

¹⁶ *Ibid.*, p. 670.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ C. const., arrêt n° 160/2005 du 26 octobre 2005.

¹⁹ M. VERDUSSEN, « La responsabilité civile du fait de légiférer en violation de la Constitution », *op. cit.*, p. 421.

²⁰ *Ibid.*

²¹ *Ibid.*

des termes suffisamment précis et complets pour permettre que la disposition en cause soit appliquée dans le respect des articles 10 et 11 de la Constitution »²².

Au contentieux préjudiciel, l'arrêt de la Cour qui procède au constat de lacune laisse donc la norme contrôlée intacte mais habilite le juge à combler la lacune. L'article 28 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle impose, en effet, à la juridiction qui a posé la question préjudicielle de se conformer, pour la solution du litige dont elle est saisie, à l'arrêt rendu par la Cour constitutionnelle.

5.2.- Au contentieux de l'annulation (dans lequel les constats de lacune sont plus rares), la Cour peut également être amenée à censurer une lacune législative inconstitutionnelle qualifiée d'intrinsèque. Ainsi, la Cour a par exemple annulé « *l'article 180, 1^o, du Code des impôts sur les revenus 1992, combiné avec l'article 220, 2^o, du même Code, en ce qu'il n'exonère pas de l'impôt des sociétés les régies communales autonomes qui exercent une mission identique à celle d'une intercommunale ou d'une structure de coopération intercommunale et qui n'entrent pas en concurrence avec les entreprises du secteur privé* »²³. Dans un tel cas, l'arrêt d'annulation de la Cour est doté d'un effet *erga omnes*, ce qui signifie qu'il s'impose indistinctement à tous, y compris au juge judiciaire²⁴. La tâche d'adopter un nouveau régime respectueux du principe d'égalité et de non-discrimination revient dès lors au législateur, sous le contrôle *a posteriori* de la Cour.

6.- La lacune extrinsèque « *ne provient pas du contenu même de la norme contrôlée, mais de l'absence d'une norme comparable, ce que la Cour précisera par la mention que la lacune ne réside pas dans la norme contrôlée* »²⁵. A la différence de la lacune intrinsèque, la lacune n'est ainsi pas localisable dans la norme législative contrôlée mais est imputable à l'ordre juridique dans sa globalité²⁶.

6.1.- En présence d'une telle lacune, la position de la Cour constitutionnelle sur question préjudicielle a longtemps été la suivante : elle estimait qu'elle ne pouvait pas conclure à l'inconstitutionnalité de la norme contrôlée car la lacune ne lui était pas imputable. Ce faisant, « *elle adressait au législateur une invitation à user de sa souveraineté pour, d'une manière ou d'une autre, nettoyer l'ordre juridique de cette lacune* »²⁷. Faisant assurément preuve de déférence à l'égard du législateur²⁸, la Cour se limitait à constater l'absence de disposition offrant des avantages similaires à la catégorie discriminée et n'habilitait pas le juge de renvoi à combler lui-même la lacune (ce qu'elle faisait pour les lacunes intrinsèques). Une partie de la doctrine, s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour de cassation²⁹, estimait d'ailleurs que seul le législateur était habilité à remédier à ce type de lacune dans la mesure où des choix

²² Considérant B.10.

²³ C. const., arrêt n° 114/2014 du 17 juillet 2014. Voy. également, entre autres : C. const., arrêt n° 148/2014 u 9 octobre 2014, arrêt n° 117/2013 du 7 août 2013.

²⁴ Article 9, § 1^{er}, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle.

²⁵ M. MELCHIOR et C. COURTOY, *op. cit.*, p. 670.

²⁶ M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 265.

²⁷ M. VERDUSSEN, « La responsabilité civile du fait de légiférer en violation de la Constitution », *op. cit.*, p. 423.

²⁸ *Ibid*, p. 424.

²⁹ Cass., 12 décembre 2008, R.G. n° C.07.0642.N.

politiques (ayant trait à la question de savoir comment il faut concevoir le nouveau régime) devaient être posés³⁰.

Par exemple, dans un arrêt du 20 octobre 2011, la Cour constitutionnelle a dit pour droit :

« - L'article 14, § 1er, alinéa 1er, 2°, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution.

- L'absence d'une disposition législative organisant un recours contre une décision prise par le Conseil supérieur de la Justice à l'égard des candidats qui présentent le concours d'admission au stage judiciaire viole les articles 10 et 11 de la Constitution »³¹.

Ainsi, après constaté l'existence d'une lacune législative inconstitutionnelle (et donc d'une discrimination), la Cour « renvoie la balle » dans le camp du législateur.

Face à une telle réponse, le justiciable se trouve néanmoins bien démuné dans la mesure où le juge de renvoi ne peut ni écarter l'application de la norme législative faisant l'objet de la question préjudicielle (elle n'est, en soi, selon la Cour, affectée d'aucun vice de constitutionnalité), ni combler lui-même la lacune.

Depuis 2012, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle a toutefois connu des évolutions. A plusieurs reprises, la Cour a décidé que la lacune, bien qu'extrinsèque, pouvait être tenue pour « auto-réparatrice ». Ainsi, dans l'arrêt n° 1/2012 du 11 janvier 2012, après avoir considéré qu'« [i]l appartient au législateur de fixer les conditions selon lesquelles les catégories déterminées d'apatrides peuvent obtenir un titre de séjour en Belgique »³², la Cour constitutionnelle décide ce qui suit :

« Dans l'attente de cette intervention législative qui a trait à la loi du 15 décembre 1980, il appartient au juge a quo de mettre fin aux conséquences, pour ce qui est de la disposition en cause, de l'inconstitutionnalité constatée en B.11, ce constat étant exprimé en des termes suffisamment précis et complets. Par conséquent, il revient aux juridictions du travail saisies d'un refus d'accorder des prestations familiales garanties en faveur d'un enfant qui est à charge d'un apatride reconnu dont elles constatent qu'il a involontairement perdu sa nationalité et qu'il démontre qu'il ne peut obtenir un titre de séjour légal et durable dans un autre Etat avec lequel il aurait des liens, d'octroyer à cet enfant le droit aux prestations familiales en cause nonobstant le fait que la personne apatride à la charge de qui il se trouve n'est pas encore admise ou autorisée à séjourner sur le territoire belge »³³.

Dans un arrêt n° 191/2014 du 18 décembre 2014, la Cour constitutionnelle a également enjoint le juge de renvoi de mettre un terme à la lacune législative extrinsèque qu'elle a décelée :

³⁰ J.-C. SCHOLSEM, *op. cit.*, pp. 224 et s. ; C. BEHRENDT et M. VRANCKEN, « Qui a peur des lacunes législatives ? – Le juge tiraillé entre le respect des prérogatives du législateur et la défense de l'égalité des citoyens, in M. DAMBRE et P. LECOCQ (dir.), *Chronique de droit à l'usage des juges de paix et de police 2013*, Bruges, la Charte, 2013, p. 9.

³¹ C. const., arrêt n° 161/2011 du 20 octobre 2011.

³² B.12.1.

³³ B.12.2.

« La discrimination constatée en B.7 ne trouve toutefois pas son origine dans la possibilité offerte au conseil communal de faire choix de l'application de l'arrêté royal du 30 janvier 1979 pour le régime des vacances annuelles des membres du personnel contractuel, mais dans l'absence de disposition corrigeant la conséquence de cette application en ce qui concerne la prise en considération des jours non travaillés pour cause de maladie dans le calcul du pécule de vacances bénéficiant audit personnel.

Dès lors que le constat de cette lacune est exprimé en des termes suffisamment précis et complets qui permettent l'application de la disposition en cause dans le respect des normes de référence sur la base desquelles la Cour exerce son contrôle, il appartient au juge de mettre fin à la violation de ces normes »³⁴.

Plus récemment, chargée de se prononcer sur la compatibilité de l'article 1408, § 3, du Code judiciaire belge avec l'article 13 de la Constitution, lu en combinaison avec l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme qui garantit le droit d'accès au juge, la Cour constitutionnelle, dans un arrêt du 29 octobre 2015, a considéré que :

« [...] l'inconstitutionnalité constatée ne trouve pas son origine dans l'article 1408, § 3, du Code judiciaire mais dans l'absence, dans la cinquième partie du même Code, titre II, chapitre IV relatif à la saisie-arrêt conservatoire, d'une disposition équivalente à l'article 1502 du même Code.

Dès lors que le constat de cette lacune est exprimé en des termes suffisamment précis et complets permettant l'application de la disposition en cause dans le respect des normes de référence sur la base desquelles la Cour exerce son contrôle, il appartient au juge de mettre fin à la violation de ces normes »³⁵.

6.2.- Dans le cas d'un recours en annulation et lorsque celui-ci donne lieu à une annulation en raison d'une lacune extrinsèque, il arrive que la Cour constitutionnelle maintienne les effets de la norme annulée pour une période déterminée, en vertu de l'article 8, alinéa 3, de la loi du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle. La Cour permet ainsi à la norme viciée de continuer à être appliquée afin de donner au législateur le temps d'adopter une loi réparatrice³⁶. Le maintien des effets de la loi annulée s'analyse souvent en une technique d'injonction de légiférer³⁷.

Ainsi, dans son arrêt n° 202/2004 du 21 décembre 2004, la Cour constitutionnelle observe que *« le contrôle de la légalité de la mise en oeuvre de certaines méthodes particulières de recherche est insuffisant pour vérifier si l'atteinte aux droits fondamentaux qu'elles occasionnent est justifiée et s'il n'est pas porté une atteinte disproportionnée aux exigences du procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme »³⁸*. En conséquence, elle juge que les articles de la loi en cause *« sont entachés d'inconstitutionnalité uniquement en ce qu'ils ne prévoient pas que la mise en oeuvre des méthodes d'observation et d'infiltration est contrôlée par*

³⁴ B.8.

³⁵ C. const., arrêt n° 151/2015 du 29 octobre 2015, B.7.4.

³⁶ M. MELCHIOR et C. COURTOY, *op. cit.*, p. 677.

³⁷ C. BEHRENDT, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Une analyse comparative en droit français, belge et allemand*, Bruxelles, Paris, Bruylant, L.G.D.J., 2006, pp. 284-338.

³⁸ B.28.

un juge indépendant et impartial »³⁹. La Cour ne s'estimant pas compétente pour effectuer elle-même la désignation du juge compétent, elle a procédé à l'annulation des dispositions attaquées et décidé « *d'en maintenir les effets pendant le temps nécessaire au législateur pour instaurer le contrôle décrit en B.29, ce délai prenant fin au plus tard le 31 décembre 2005* »⁴⁰. La Cour a donc laissé un délai d'un an au législateur pour procéder à la réparation de la loi attaquée.

7.- Il convient d'emblée de préciser que toute lacune législative inconstitutionnelle, qu'elle soit intrinsèque ou extrinsèque, ne peut être tenue pour auto-réparatrice. En effet, lorsqu'une extension de la loi par le juge a quo n'est pas permise parce qu'elle touche à des aspects d'une matière – telle la matière pénale ou la matière fiscale – soumise au principe constitutionnel de légalité, la Cour constitutionnelle n'a d'autre choix que d'invalidier la norme lacunaire⁴¹.

8.- Si la distinction entre lacunes intrinsèques et extrinsèques a eu le mérite de fournir une sorte de « *clé de lecture contribuant à l'intelligibilité de la jurisprudence sur les lacunes législatives inconstitutionnelles* »⁴², il semble que cette distinction ne s'avère aujourd'hui plus pertinente.

Tout d'abord, depuis toujours, la distinction entre les deux types de lacunes est malaisée à bien des égards⁴³ et certaines lacunes se prêtent difficilement à cette classification binaire⁴⁴. Sans doute faut-il considérer, avec Michel Melchior et Claude Courtoy, que « *l'approche de la Cour constitutionnelle [dépend] parfois de l'utilité sociale de l'une ou l'autre façon de considérer l'affaire qui lui est soumise et de l'invitation univoque faite au législateur que contient toute lacune isolée en tant que telle* »⁴⁵.

La Cour a par exemple considéré à deux reprises que l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat ne violait pas les articles 10 et 11 de la Constitution, mais que l'absence de tout recours en annulation des actes administratifs émanant d'une assemblée législative ou de ses organes (arrêt n° 31/96) ainsi que de la décision prise par le Conseil supérieur de la Justice à l'égard des candidats qui présentent le concours d'admission au stage judiciaire (arrêt n° 161/2011) violait les articles 10 et 11 de la Constitution. Selon la typologie traditionnelle, le constat opéré par la Cour est un constat de lacune extrinsèque dans la mesure où la lacune n'est pas localisable dans la norme législative contrôlée mais serait imputable à l'ordre juridique dans son ensemble. Or, les interventions législatives qui ont suivi ces deux arrêts ont toutes les deux engendré une modification de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat⁴⁶. L'on peut donc raisonnablement penser que la Cour constitutionnelle, si elle avait tenu compte d'autres

³⁹ B.29.

⁴⁰ B.30.3.

⁴¹ M. VERDUSSEN, « Réception des arrêts préjudiciels : un acte d'apaisement de la Cour de cassation vers la Cour constitutionnelle », *R.C.J.B.*, 2016, p. 210.

⁴² M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 263.

⁴³ Confrontée à des cas d'espèce très différents les uns des autres, la Cour ne peut éviter certains tâtonnements (voy. J. DE JAEGERE, « Actieve rechtsvorming door het Grondwettelijk Hof. Waar ligt de grens ? », *T.B.P.*, 2014, p. 32).

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ M. MELCHIOR et C. COURTOY, *op. cit.*, p. 678.

⁴⁶ Article 2 de la loi du 25 mai 1999 modifiant les lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, la loi du 5 avril 1955 relative aux traitements des titulaires d'une fonction au Conseil d'Etat, ainsi que le Code judiciaire (*M.B.*, 22 juin 1999, p. 23415) et article 2 de la loi du 20 janvier 2014 portant réforme de la compétence, de la procédure et de l'organisation du Conseil d'Etat (*M.B.*, 3 février 2014, p. 9067).

paramètres dans son raisonnement, aurait pu tout aussi bien aboutir à un constat de lacune intrinsèque et non pas extrinsèque, ce qui *in fine* ne change fondamentalement pas les choses.

Ensuite, il apparaît que la distinction entre les deux types de lacune a longtemps tenu à la circonstance que seules les lacunes intrinsèques pouvaient être tenues pour auto-réparatrices. Or, comme le constate à juste titre Bernadette Renauld, « *au fil des arrêts, il semble que le fait que la lacune soit située dans le texte soumis à la Cour ne soit plus si déterminant, pour permettre la réparation directement par la juridiction de renvoi. Plus important semble être le fait que le constat soit exprimé en des termes précis et complets, de sorte que le juge a quo sache quelle est la solution pratique qui peut être apportée à son litige quelle que soit par ailleurs la marge de manœuvre dont dispose le législateur pour mettre la législation en conformité avec la Constitution* »⁴⁷.

Dès lors que la Cour identifie des lacunes auto-réparatrices tant parmi les lacunes intrinsèques que parmi les lacunes extrinsèques, la distinction entre les deux types de lacune présente moins d'intérêt. A notre estime, une nouvelle distinction devrait être privilégiée, à savoir celle tenant au caractère « auto-réparateur » ou non de la lacune.

Nous pensons que tant la protection des droits des justiciables que la sécurité juridique devraient commander à la Cour constitutionnelle de faire preuve d'un plus grand activisme dans le comblement des lacunes législatives inconstitutionnelles, sans toutefois porter atteinte à la compétence d'élaboration de la loi du législateur. Dans cet exercice, une limite importante s'impose en effet à la Cour constitutionnelle : le principe de légalité. La Cour constitutionnelle ne peut indiquer à la juridiction de renvoi comment combler la lacune lorsque la norme législative à combler porte sur une matière soumise au principe de légalité⁴⁸.

B. La lacune imputable à la juridiction de renvoi

9.- Il arrive que la lacune ne soit pas le fait du législateur mais de la juridiction de renvoi qui « *retient de la norme législative en cause une interprétation si étroite qu'elle produit une situation lacunaire* »⁴⁹. Dans ce cas, la Cour constitutionnelle fait généralement usage d'une interprétation dite conciliante, c'est-à-dire qu'elle propose une interprétation de la norme qui est conforme à la Constitution dans le but d'en préserver la constitutionnalité⁵⁰. Concrètement, le raisonnement de la Cour se décline alors en deux temps :

- D'une part, elle juge que la norme législative soumise à son contrôle est, dans une certaine interprétation – à savoir celle proposée par le juge *a quo* – contraire à la Constitution ;
- D'autre part, elle suggère une autre interprétation de cette norme qui est conforme au prescrit constitutionnel.

⁴⁷ B. RENAULD, « Saisir la Cour constitutionnelle d'une question préjudicielle », in P. MARTENS (dir.), *Saisir la Cour constitutionnelle et la Cour de justice de l'Union européenne*, Liège, Anthémis, 2012, p. 138.

⁴⁸ Voy. par exemple, C. const., arrêt n° 136/2004 du 22 juillet 2004.

⁴⁹ M. VERDUSSEN, « Réception des arrêts préjudiciels : un acte d'apaisement de la Cour de cassation vers la Cour constitutionnelle », *op. cit.*, p. 210.

⁵⁰ M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 251. A titre d'exemple, voy. notamment C. const., arrêt n° 105/2012 du 9 août 2012.

Confronté à une réponse bipolaire de la Cour constitutionnelle, le législateur est face à un choix : soit il retient l'interprétation conciliante suggérée par la Cour et applique alors la norme législative dans l'interprétation conforme à la Constitution (il s'agit de l'hypothèse la plus fréquente⁵¹). Soit il persiste dans l'interprétation condamnée par la Cour⁵², mais il n'a alors d'autre choix que de refuser d'appliquer la norme législative dans le litige qui lui est soumis.

La technique de l'interprétation conciliante ne recueille pas l'unanimité en doctrine⁵³. D'aucuns y voient en effet un excès de compétence voire une ingérence dans les autres pouvoirs, en particulier les pouvoirs législatif et judiciaire. Il est vrai qu'usant de l'interprétation conciliante, la Cour joue « *un rôle qui n'est pas seulement d'empêchement mais aussi d'encadrement et d'orientation : son contrôle lui permet en effet d'exercer une influence, directe ou indirecte, sur le contenu même de la loi* »⁵⁴. Cette technique d'arrêt peut également être ressentie comme « *une ingérence dans les « affaires intérieures » des ordres juridictionnels ordinaires* »⁵⁵. Ainsi, François Rigaux considère que « *l'interprétation d'une norme juridique est inséparable de son application* », de telle sorte qu' « *elle appartient à l'autorité chargée de l'appliquer* »⁵⁶.

Quoi qu'il en soit, les arrêts interprétatifs rendus par la Cour « *nous rappellent que les règles de droit ne s'accommodent pas nécessairement d'une signification unique et exclusive, mais qu'elles peuvent être appréhendées à travers plusieurs lectures possibles. Or, les diverses interprétations auxquelles se prête une norme en sont pas toujours acceptables sur le plan constitutionnel. A l'inverse, l'inconstitutionnalité d'une interprétation ne signifie pas que les autres le sont aussi* »⁵⁷.

II. Les constats de lacune législative inconstitutionnelle : légitimité du procédé⁵⁸

10.- Le procédé des lacunes législatives auto-réparatrices prête parfois le flanc à la critique de ceux « *qui refusent d'assimiler une juridiction constitutionnelle à un législateur positif* »⁵⁹. Le comblement d'une lacune législative par la Cour constitutionnelle porterait en soi une atteinte au principe de la séparation des pouvoirs. Certains auteurs écrivent en effet que « *Montesquieu disait qu'il ne faudrait toucher aux lois qu'avec des mains tremblantes. On souhaiterait parfois que*

⁵¹ Certains auteurs estiment même qu'il s'agit d'une obligation dans le chef du juge de renvoi de retenir l'interprétation conciliante dès lors qu'elle permet d'assurer la conformité de la norme à la Constitution (en ce sens, P. POPELIER, *Procederen voor het Grondwettelijk Hof*, Anvers, Intersentia, 2008, pp. 267-268).

⁵² Les juridictions de renvoi ne sont en effet pas tenues d'appliquer la norme législative dans l'interprétation conciliante donnée par la Cour constitutionnelle (à ce sujet, voy. C. HOREVOETS et P. BOUCQUEY, *Les questions préjudicielles à la Cour d'arbitrage : aspects théoriques et pratiques*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 65).

⁵³ M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 252.

⁵⁴ H. HAMON et C. WIENER, *La loi sous surveillance*, Paris, Odile Jacob, 1999, p. 125.

⁵⁵ M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 253.

⁵⁶ F. RIGAUX, « Le contentieux des questions préjudicielles devant la Cour d'arbitrage », *I.Dj*, 2000, p. 71.

⁵⁷ M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 252.

⁵⁸ Notons que la question de la légitimité du traitement des lacunes législatives par la Cour constitutionnelle présente essentiellement un intérêt au contentieux préjudiciel dans lequel le juge a quo qui a posé la question est directement concerné par l'arrêt de réponse de la Cour constitutionnelle. En effet, en vertu de l'article 28 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, le juge de renvoi doit se conformer à la décision de la Cour pour la solution du litige qui est pendant devant lui.

⁵⁹ M. VERDUSSEN, « Réception des arrêts préjudiciels : un acte d'apaisement de la Cour de cassation vers la Cour constitutionnelle », *op. cit.*, p. 212.

les mains des juges de la Cour [constitutionnelle] tremblent davantage »⁶⁰. Karel-Jan Vandormael estime pour sa part que « *le comblement des lacunes par la Cour constitutionnelle elle-même revient de facto à créer du droit, et ferait mieux d'être évité autant que possible. Il en va de la préservation de la légitimité tant de la Cour constitutionnelle que du législateur formel par l'évitement du toujours redouté 'gouvernement des juges'* »⁶¹. D'autres posent la question : « *le juge de la constitutionnalité des lois n'intervient-il que pour se prononcer sur la conformité ou l'absence de conformité des textes votés par les Parlements (...) ou impose-t-il par ailleurs au législateur des normes qui lui disent comment s'y prendre en vue de concrétiser correctement les exigences de la Constitution ?* »⁶²

Le procédé des lacunes auto-réparatrices par la Cour nous paraît toutefois légitime. Nous formulons, à cet égard, trois observations.

11.- Tout d'abord, en indiquant au juge *a quo* comment combler la lacune déclarée inconstitutionnelle, la Cour constitutionnelle ne se fait pas davantage législateur que lorsqu'elle annule simplement tout ou partie d'une norme législative. En d'autres termes, « *l'effet créateur de règle de droit n'est pas forcément moins important lorsque la Cour [constitutionnelle] annule ou invalide une disposition que lorsqu'elle constate une lacune inconstitutionnelle* »⁶³.

On se souviendra que dans son arrêt n° 157/2004 du 22 juillet 2004, la Cour constitutionnelle, en procédant à l'annulation des mots « *est directement fondée sur le sexe, une prétendue race, la couleur, l'ascendance, l'origine nationale ou ethnique, l'orientation sexuelle, l'état civil, la naissance, la fortune, l'âge, la conviction religieuse ou philosophique, l'état de santé actuel ou futur, un handicap ou une caractéristique physique* » a en réalité étendu le champ d'application de la loi du 25 février 2003⁶⁴ en la rendant applicable à toutes les discriminations, quel que soit le motif sur lequel elles sont fondées⁶⁵.

L'intervention de la Cour constitutionnelle sur le terrain législatif est par essence « *modificatrice voire créatrice de droit* »⁶⁶. Qu'il s'agisse de censurer une (partie) de loi ou de combler une lacune, le procédé ne s'en trouve pas davantage ou moins légitime.

12.- Ensuite, il convient de relativiser l'effet créateur de la règle de droit. Non seulement la solution dégagée par la Cour pour combler la lacune ne vaut qu'à l'égard du juge de renvoi dans le cadre du litige qu'il doit trancher⁶⁷, mais surtout le législateur demeure « *libre de corriger la*

⁶⁰ J. KIRKPATRICK et S. NUDELHOC, « Les questions préjudicielles sur les violations du principe constitutionnel d'égalité résultant de lacunes de la loi et les rapports entre la Cour de cassation et la Cour d'arbitrage », in *Liber amicorum Paul Martens - L'Humanisme dans la résolution des conflits. Utopie ou réalité ?*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 788.

⁶¹ K.-J. VANDORMAEL, « Het recht als logisch consistent systeem – lacunes in de wetgeving », *C.D.P.K.*, 2011, p. 42 (trad. libre).

⁶² O. PEERSMANN, Préface in C. BEHRENDT, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif – Une analyse comparative en droit français, belge et allemand*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. XXVII.

⁶³ B. RENAULD, « Lacune législative et devoir de juger », *J.L.M.B.*, 2006/15, pp. 637-638.

⁶⁴ Loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, *M.B.*, 17 mars 2003, p. 12844.

⁶⁵ Pour un commentaire, voy. J. VELAERS, « Het Arbitragehof en de antidiscriminatiewet », *T.B.P.*, 2004, p. 601 et s.

⁶⁶ B. RENAULD, « Lacune législative et devoir de juger », *op. cit.*, p. 638.

⁶⁷ Rappelons que l'autorité des arrêts préjudiciels de la Cour constitutionnelle n'est en principe que relative : l'arrêt rendu sur question préjudicielle est dépourvu d'effets *erga omnes* et ne vaut donc qu'*inter partes*. La disposition dont l'inconstitutionnalité a été constatée en raison de son caractère lacunaire

discrimination constatée par la Cour d'une façon différente de celle qui a été retenue pour le cas d'espèce qui a donné lieu à la question préjudicielle »⁶⁸. Si la Cour « crée du droit » en comblant une lacune présente dans l'ordre juridique, son intervention n'a en toute hypothèse qu'une portée individuelle n'empêchant pas le législateur d'édicter une règle de portée générale et abstraite⁶⁹.

13.- Enfin, en renonçant au procédé des lacunes auto-réparatrices, la Cour constitutionnelle créerait elle-même une différence de traitement entre justiciables fondée sur la nature de l'inconstitutionnalité constatée⁷⁰. En effet, il n'est « *ni compréhensible ni équitable pour le justiciable, qui se voit confirmé dans son sentiment d'être discriminé, d'être rétabli dans son droit à l'égalité lorsqu'il suffit de biffer quelques mots d'une loi, mais de se voir dénier ce droit lorsqu'il faudrait ajouter quelques mots à la loi* »⁷¹. Dans le même ordre d'idées, tout l'intérêt et toute la raison d'être de la question préjudicielle seraient compromis « *si le juge devait s'abstenir de rétablir l'égalité lorsque la discrimination constatée a son siège dans une lacune législative, alors qu'il le fait sans hésitation lorsque la disposition discriminatoire est expresse* »⁷².

Considérations conclusives

Au début des années 2000, Didier Ribes écrivait : « *la face normative du silence, la norme implicite qui en est déduite, constitue une omission législative inconstitutionnelle lorsqu'elle crée ou conserve une situation juridique contraire à la Constitution. Le constitutionnalisme moderne a ainsi transformé, à l'égal de l'action positive, l'abstention du législateur en source potentielle d'atteinte à la Constitution. La difficulté réside pour le juge constitutionnel dans l'établissement d'un remède approprié à cette pathologie particulière de la loi* »⁷³.

A la lumière de l'évolution de la jurisprudence relative au traitement des lacunes législatives inconstitutionnelles, il semble que la Cour constitutionnelle belge a trouvé les remèdes permettant de rétablir l'égalité dans des situations qui en étaient dépourvues.

Les arrêts rendus par la Cour constitutionnelle belge traitant des lacunes législatives nous rappellent qu'aujourd'hui, le Parlement élu ne peut être regardé « *comme le seul lieu légitime où la volonté générale pourrait trouver son expression véritable* »⁷⁴. Une loi votée par le Parlement est « *un produit semi-fini* »⁷⁵ et « *n'exprime la volonté générale que dans le respect de la*

continue d'exister dans l'ordonnement juridique et doit, en principe, encore être appliquée en dehors du litige dans le cadre duquel la question préjudicielle a été posée. Toutefois, toute autre juridiction, saisie d'un litige ultérieur, qui se verrait confrontée à une question ayant un objet identique à celle ayant donné lieu à l'arrêt préjudiciel est, si elle le souhaite, dispensée de reposer la question à la Cour. Dans ce cas, la juridiction doit appliquer à l'espèce dont elle est saisie la solution donnée par la Cour.

⁶⁸ B. RENAULD, « Lacune législative et devoir de juger », *op. cit.*, p. 638.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 639.

⁷⁰ M. VERDUSSEN, « Réception des arrêts préjudiciels : un acte d'apaisement de la Cour de cassation vers la Cour constitutionnelle », *op. cit.*, p. 213.

⁷¹ B. RENAULD, « Lacune législative et devoir de juger », *op. cit.*, p. 637.

⁷² *Ibid.*, p. 638.

⁷³ D. RIBES, « Le juge constitutionnel peut-il se faire législateur ? A propos de la décision de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud du 2 décembre 1999 », *C.C.C.*, 2000, p. 85.

⁷⁴ O. PFERSMANN, *op. cit.*, p. XXVIII.

⁷⁵ P. MARTENS, « Préface », in G. GRANDJEAN et J. WILDEMEERSCH (dir.), *Les juges : décideurs politiques ? Essais sur le pouvoir politique des juges dans l'exercice de leur fonction*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 10.

Constitution »⁷⁶. Dans cette perspective, le juge constitutionnel est un vecteur essentiel de ce que Pierre Rosanvallon nomme le « travail de réflexivité »⁷⁷. Il est en effet bien plus qu'un simple mécanisme correcteur, il est un véritable élément d'approfondissement de l'exigence démocratique⁷⁸.

Et pourtant, certains s'interrogent : « *the question at the heart of the anomaly is why a democracy – a political system based on representation and accountability – should entrust the final, or near final, making of such highly significant decisions to judges – unelected, independent, and insulated from the direct impact of public opinion* »⁷⁹. A notre sens, la réponse se trouve – à tout le moins en partie – déjà dans la question. Le système politique basé sur la représentation et la responsabilité, c'est-à-dire le système représentatif actuel, est une forme insuffisante et insatisfaisante de démocratie⁸⁰. La démocratie ne saurait être réduite au suffrage universel, à la représentativité et au triomphe de la volonté majoritaire.

Le contrôle de constitutionnalité des lois permet non seulement de corriger les dérives du système représentatif mais aussi d'en développer la fonctionnalité démocratique, tout en enrichissant la qualité de la délibération démocratique⁸¹. Le juge constitutionnel est là pour contrebalancer la loi de la majorité par le respect des droits fondamentaux⁸². Grâce à l'instauration d'un contrôle de constitutionnalité des lois, la loi votée par les représentants du peuple peut être remise en question « *à partir des principes sur lesquels les citoyens se sont mis d'accord pour vivre ensemble, car du respect de ces principes constitutionnels dépend la reconnaissance de la loi comme expression de la volonté générale* »⁸³. L'étude réalisée par Marc Chevrier et David Sanschagrín illustre que grâce à un tel débat, la Constitution répond aux préoccupations et réalités contemporaines : « *c'est par la jurisprudence [des cours suprêmes des Etats fédéraux de common law] que la Constitution est mise au diapason des normes et valeurs dominantes* »⁸⁴.

A travers son contrôle de la constitutionnalité des normes, le juge constitutionnel se pose comme acteur de la vie démocratique. L'ouverture du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux individus (personnes physiques ou morales) permet d'instaurer un dialogue continu entre les citoyens et le législateur⁸⁵. A l'heure où nos démocraties représentatives traditionnelles sont en crise et en quête de renouveau, cet espace de discussion démocratique est certainement à promouvoir.

⁷⁶ Conseil constitutionnel français, décision 85-197 DC, 23 août 1985, R., p. 70.

⁷⁷ P. ROSANVALLON, *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, Paris, Seuil, 2008, p. 218.

⁷⁸ J. CHEVALIER, *L'Etat post-moderne*, 4^{ème} ed., Issy-les-Moulineaux, L.G.D.J., 2014, p. 184.

⁷⁹ S. BREYER, « Judicial Review : A Practising Judge's Perspective », O.J.L.S., 1999, vol. 19, p. 156.

⁸⁰ D. ROUSSEAU parle de « *forme dégradée de la démocratie* » (*Radicaliser la démocratie. Propositions pour une refondation*, Paris, Editions du Seuil, p. 34).

⁸¹ J. WILDEMEERSCH, « Bref propos conclusif sur les fonctions politiques des juges. Le juge et le citoyen : qui se trouve de l'autre côté du miroir ? », in G. GRANDJEAN et J. WILDEMEERSCH (dir.), *Les juges : décideurs politiques ? Essais sur le pouvoir politique des juges dans l'exercice de leur fonction*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 355.

⁸² J. CHEVALIER, *op. cit.*, p. 184.

⁸³ D. ROUSSEAU, « « La démocratie continue » Espace publics et juge constitutionnel », *Le Débat*, 1997/4, n° 96, pp. 73-88.

⁸⁴ M. CHEVRIER et D. SANSCHAGRIN, « Le juge superlégislateur au Canada ou la politique par soustraction », in G. GRANDJEAN et J. WILDEMEERSCH (dir.), *Les juges : décideurs politiques ? Essais sur le pouvoir politique des juges dans l'exercice de leur fonction*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 113.

⁸⁵ J. WILDEMEERSCH, *op. cit.*, p. 354.