

## «LES MATIÈRES RÉSERVÉES» : UNE NOTION DE DROIT CONSTITUTIONNEL ?

par

Geneviève CEREXHE  
Aspirant F.N.R.S.

## INTRODUCTION

Chaque fois que s'élaborent des lois de pouvoirs spéciaux, certains invoquent l'existence de matières réservées et affirment que le Roi ne peut se voir habiliter à régler de telles matières. Lorsque les communautés et les régions tentent de recourir aux pouvoirs implicites, elles se heurtent parfois à la théorie des matières réservées.

Quelle est la signification de cette théorie ? Introduit-elle une notion nouvelle de droit constitutionnel ? On tente de répondre à ces questions en analysant l'origine, les applications et le fondement des matières réservées.

## CHAPITRE I.

## L'ORIGINE DE LA THEORIE DES MATIERES RESERVEES

Plusieurs dispositions constitutionnelles, à savoir les articles 17, 23, 28, 110 et 112, réservent au législateur la maîtrise de certaines matières en indiquant expressément qu'elles ne peuvent jamais être réglées «que par la loi».

D'autres confèrent au législateur le pouvoir de régler certaines matières en utilisant les termes, peut-être un peu moins nets mais tout aussi explicites dans leur formulation : «par la loi» ou «la loi» ; ce sont les articles 1, 2, 3 bis, 4, 5, 6, 7, 8, 10, 11, 16, 19, 22, 47, 48, 52, 53, 53 bis, 57, 59 bis, 59 ter, 66, 76, 77, 78, 90, 93, 102, 103, 105, 106, 107 quater, 108, 108 bis, 111, 113, 115, 116, 118, 119, 120, 124, 128, 129 et 134.

Enfin, plusieurs dispositions — les articles 3, 9, 68, 94, 114, 121 et 124 — utilisent la locution «en vertu de la loi».

Ces différentes expressions, tout au moins celles qui figuraient déjà dans les dispositions constitutionnelles originelles, avaient-elles pour le constituant de 1830 une signification particulière ?

Lors des travaux du Congrès national, certaines dispositions ont fait l'objet d'amendements en vue de substituer aux mots «par la loi» les termes «que par la

loi» et cela pour s'assurer de l'intervention exclusive du législateur. L'on rappellera la fameuse controverse sur l'article 17 qui avait fait l'objet d'un amendement introduit par M. Van Meenen visant notamment à remplacer les termes «par la loi» par «que par la loi». Le dépôt de cet amendement était justifié de la manière suivante : en utilisant l'expression «par la loi», «on ne fait pas assez car les mesures de répression pourraient aussi être réglées par des ordonnances, des arrêtés ou des règlements émanant de l'exécutif» (1). De même, les amendements apportés aux articles 23 et 28 reflètent la volonté de confier la matière en exclusivité au législateur.

Par contre, d'autres dispositions utilisant les mots «par la loi» n'ont pas fait l'objet d'amendements et l'emploi de cette formule a été considéré comme signifiant l'intervention exclusive du pouvoir législatif : c'est le cas de l'article 2 concernant l'établissement des subdivisions de province (3) et de l'article 128 qui stipule que «tout étranger qui se trouve sur le territoire de la Belgique jouit de la protection accordée aux personnes et aux biens sauf les exceptions établies «par la loi»» et à propos duquel le Congrès national a déclaré «qu'aucune autre autorité que le pouvoir législatif ne peut prendre des mesures exceptionnelles à l'égard des étrangers (4 et 5)».

La signification attribuée par le constituant à l'expression «par la loi» est donc ambiguë, étant donné que, dans certains cas, elle a été jugée insuffisante pour assurer l'intervention exclusive du législateur et a été remplacée par les mots «que par la loi», alors que dans d'autres, cette substitution n'a pas paru nécessaire.

<sup>1</sup> E. HUYTTENS, *Discussions du Congrès national de Belgique*, tome I, p. 623.

<sup>2</sup> A propos de l'article 23 : E. HUYTTENS, *op. cit.*, tome IV, p. 61.

A propos de l'article 28 : E. HUYTTENS, *op. cit.*, tome IV, p. 69.

<sup>3</sup> E. HUYTTENS, *op. cit.*, tome IV, p. 53.

<sup>4</sup> E. HUYTTENS, *op. cit.*, tome IV, p. 111.

<sup>5</sup> Certaines dispositions recourant à l'expression «par la loi» n'ont fait l'objet d'aucun commentaire. Il s'agit des articles 93, 102, 103 et 106.

Les travaux préparatoires ne permettent pas non plus de dégager le sens de la troisième locution : « en vertu de la loi ». A l'article 9, cette expression revêt, selon le Congrès national, une signification particulière puisqu'elle autorise une habilitation : le législateur peut dans une certaine mesure confier à un autre organe le pouvoir d'établir des peines (6). Cette possibilité d'habilitation apparaît moins clairement à l'article 127 à propos duquel le Congrès national a déclaré qu'il défend à tout autre que le législateur d'imposer un serment ou d'en déterminer la formule (7) tout en affirmant que « le chef de l'Etat ne pourra de sa seule autorité prescrire un serment aux citoyens qu'il appellerait à des fonctions publiques » (8). Elle n'a pas été mentionnée par le Congrès National à propos des autres dispositions utilisant les termes « en vertu de la loi » (9). Il s'agit des articles 3, 94, 114 et 121. Cependant, aux articles 3 et 121, une habilitation doit être permise car la modification des limites de l'Etat et l'admission de troupes étrangères sur le territoire sont généralement le résultat d'un traité (10). Or, le pouvoir de conclure un traité appartient, en vertu de l'article 68 de la Constitution, au Roi.

L'étude des travaux préparatoires démontre, en somme, que certaines matières sont réservées au législateur en ce sens que celui-ci en a la maîtrise mais elle ne permet pas de déterminer avec précision dans quels cas le législateur peut habiliter une autre autorité à agir. Seule l'expression « que par la loi » revêt dans la Constitution et ses travaux une signification claire : la matière doit être entièrement réglée par la législateur. En revanche, les termes « par la loi », « la loi » et « en vertu de la loi » sont ambigus. Ont-ils le même sens que les termes « que par la loi » ou faut-il attribuer à chacun une portée distincte voire autorisent-ils tous deux des habilitations ?

C'est à ces questions que la doctrine a tenté de répondre en opérant la distinction suivante :

- a) lorsque la Constitution utilise les expressions « par la loi », « la loi », ou « que par la loi » la matière doit être entièrement réglée par le législateur ; le Roi peut uniquement prendre des règlements d'exécution sur base de l'article 67 de la Constitution.
- b) lorsque l'expression « en vertu de la loi » est utilisée, le législateur peut habiliter une autre autorité

<sup>6</sup> E. HUYTTENS, *op. cit.*, tome I, p. 623.

<sup>7</sup> E. HUYTTENS, *op. cit.*, tome IV, p. 111.

<sup>8</sup> E. HUYTTENS, *op. cit.*, tome IV, p. 111.

<sup>9</sup> Dans d'autres cas, les termes « par la loi » sont substitués aux mots « en vertu de la loi » sans aucun commentaire ou justification (ex. : art. 110 et 112).

<sup>10</sup> P. BAILLY, « Fusions des communes, réflexions constitutionnelles », *Revue Communale*, 1976, p. 253.

<sup>11</sup> J. VELU, *Notes de droit public, le statut des gouvernants*, Syll. U.L.B. 1982-1983, tome 1, p. 314 ; P. DE VISSCHER, *Syllabus de droit public*, Louvain-la-Neuve, Cercle de droit, 1982-1983, tome II, p. 266.

à régler la matière à condition qu'il en ait préalablement fixé les principes. Dans ce cas, certains auteurs (11) estiment que la matière ne lui est pas réservée étant donné qu'une habilitation est permise. D'autres (12) affirment en revanche que, comme le législateur doit préalablement intervenir, la matière lui appartient en propre. Cette controverse dépend de la signification attribuée au mot « réservé ». Si l'on interprète ce terme au sens strict, à savoir ce qui doit appartenir exclusivement à quelqu'un, seules sont réservées les matières qui doivent être réglées « par la loi ». Par contre, si l'on adopte une interprétation plus large et si l'on estime qu'est réservé à quelqu'un, ce dont il doit avoir seulement la maîtrise, le sont également les matières à régler « en vertu de la loi ». On retiendra cette deuxième conception. Elle met en effet en lumière l'analogie existant entre les deux types de matières réservées : le législateur est dans chaque cas investi d'un monopole en ce qui concerne la détermination des principes essentiels ; seule diffère l'intensité du caractère réservé de ces différentes matières.

Après avoir étudié l'origine de la théorie des matières réservées, il convient d'en analyser les applications concrètes.

## CHAPITRE II. LES APPLICATIONS DE LA THEORIE DES MATIERES RESERVEES

On analysera les applications de la théorie des matières réservées à un double point de vue :

- on se demandera d'abord si sur base de cette théorie (telle qu'elle est énoncée par la doctrine) certaines matières doivent être exclues des habilitations conférées à l'exécutif et si, tel est le cas, dans quelle mesure elles l'ont été ;
- on recherchera ensuite si la théorie des matières réservées constitue une barrière à l'extension des compétences des communautés et des régions et, s'il en est ainsi, de quelle manière elle a été respectée.

### Section 1.

#### *La théorie des matières réservées et les habilitations conférées à l'exécutif*

L'habilitation est l'acte par lequel le législateur autorise le Roi à se substituer en partie à lui dans

<sup>12</sup> A. MAST et J. DUJARDIN, *Overzicht van het Belgisch grondwettelijk recht*, Gent-Leuven, Story Scientia, 1983, p. 128, n° 96 ; J. SAROT, « La pratique des pouvoirs spéciaux et extraordinaires avant et après 1945 » in *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch*, Tome III, p. 315 ; Ch. HUBERLANT et Ph. MAYSTADT, « Exemples de lois taxées d'inconstitutionnalité », *Actualité du contrôle juridictionnel des lois*, Bruxelles, Larcier, 1973, p. 51 ; J.M. VAN BOL, « Les matières régionales et communautaires », *J.T.*, 1981, p. 636.

l'exercice de ses fonctions. Elle peut être plus ou moins étendue. L'habilitation ne peut être assimilée à la «délégation de pouvoirs» qui signifie l'octroi au Roi d'une part du pouvoir législatif et qui est, en raison du principe de la séparation des pouvoirs, interdite en droit constitutionnel belge (13 et 14).

On étudiera deux sortes d'habilitations : les lois de pouvoirs spéciaux et les lois de cadre (15).

### § 1. Les lois de pouvoirs spéciaux

Les lois de pouvoirs spéciaux habilent le Roi à régler par des arrêtés réglementaires un certain nombre de matières qui relèvent normalement de la compétence du législateur, à condition qu'elles soient énumérées dans la loi d'habilitation.

Si, depuis l'apparition des lois de pouvoirs spéciaux, différentes théories ont été élaborées et ont chacune tenté de justifier ce procédé (16), la théorie de l'attribution de pouvoirs fondée sur l'article 78 de la Constitution a finalement triomphé en doctrine (17). La Cour de cassation l'a consacrée expressément dans son arrêt du 3 mai 1974 (18).

En vertu de l'article 78 de la Constitution, «le Roi n'a d'autres pouvoirs que ceux que lui attribuent formellement la Constitution et les lois particulières portées en vertu de la Constitution». Selon la théorie de

l'attribution de pouvoirs, la deuxième partie de cette disposition permet au législateur de déclasser par des lois particulières des matières relevant de la compétence du législateur pour les transférer temporairement dans le domaine du pouvoir exécutif (19). Cette possibilité de déclassement est toutefois limitée par la formule «en vertu de la Constitution» qui impose, selon l'interprétation qui lui a été donnée par la doctrine (20), l'obligation de respecter la Constitution et par voie de conséquence toutes les dispositions par lesquelles le constituant a expressément réservé certaines matières au pouvoir législatif (21). Toutefois, en raison d'une différence d'intensité dans leur caractère réservé, les matières qui doivent être réglées «en vertu de la loi» peuvent faire l'objet d'une habilitation et par conséquent figurer dans une loi de pouvoirs spéciaux à condition que le législateur en fixe les principes essentiels.

C'est dans la ligne de cette interprétation de l'article 78 de la Constitution que certaines lois de pouvoirs spéciaux ont expressément refusé de conférer des pouvoirs au Roi dans les matières réservées. Ainsi, la loi du 12 mars 1957 portant certaines dispositions en matière financière, économique et sociale excluait de l'habilitation le prélèvement d'une taxe exceptionnelle (article 1) et la détermination de son assiette, de son taux (article 2) et de ses modalités de perception (articles 2 à 14). De même, l'article 1, 4°, de la loi du 31 mars 1967 établissait que le Roi pouvait ... compléter et modifier les lois relatives à l'organisation et au fonctionnement des services publics à l'exclusion des lois relatives à l'ordre judiciaire et à la Cour des comptes, de la loi provinciale, de la loi instituant le Conseil d'Etat et de la loi communale. Enfin, si l'article 4 de la loi du 31 mars 1967 octroyait au Roi le pouvoir d'établir des sanctions, il en fixait lui-même conformément à l'article 9 de la Constitution le maximum : «le Roi peut assurer s'il y a lieu l'application des dispositions prises en vertu de la présente loi par des sanctions de nature administrative, civile, fiscale et pénale, ces dernières ne pouvant excéder une peine d'emprisonnement de six mois et une amende de cinquante mille francs. L'article 154, § 4, de la loi du 5 août 1978 et l'article 3, § 2, de la loi du 2 juillet 1982 contenaient une disposition semblable. Il en est de

<sup>13</sup> J. MERTENS, *Le fondement juridique des lois de pouvoirs spéciaux*, Louvain, Bruxelles, 1945, p. 94 ; P. WIGNY, *Droit constitutionnel*, Bruxelles, Bruylant, 1952, p. 155, n° 71.

La théorie de la délégation de pouvoirs a été défendue en 1926 par le Professeur Vandebosche pour justifier les lois de pouvoirs spéciaux. Conscient du caractère inconstitutionnel de cette théorie, le Professeur Vandebosche en fondait la validité sur la pratique.

Cette théorie a été rapidement abandonnée. Voir à ce sujet : Y. LEJEUNE et H. SIMONART, «L'article 78 de la Constitution ou la faculté d'étendre le pouvoir réglementaire royal», *Annales de droit*, 1980, p. 353.

<sup>14</sup> Le terme «délégation» est toutefois utilisé par certains auteurs lorsqu'ils traitent des habilitations.

A. MOLITOR, «Les délégations de pouvoir», Synthèse des travaux de l'institut belge des sciences administratives pour la session 1942-1943, *Rec. Gén. Enr. et Not.*, 1944, n° 18.442, pp. 163 et s. ; P. WIGNY, *op. cit.*, p. 155, n° 71 ; A. PARISIS, «L'effacement du Parlement», *A.P.T.*, 1981, p. 149.

<sup>15</sup> D'autres formes d'habilitation existent :

- les lois de pouvoirs extraordinaires ;
- les lois opérant une délégalisation ;
- les lois habilitant le Roi à coordonner, codifier ou mettre en concordance des dispositions légales éparses ;
- les lois conférant au Roi le pouvoir de prendre des règlements «intangibles» ;
- les lois attribuant au Roi le pouvoir d'y apporter certains aménagements.

Voir à ce sujet : J. MASQUELIN, «La fonction réglementaire et les pouvoirs spéciaux», *R.J.D.A.*, 1969, p. 5 à 21 ; Y. LEJEUNE et H. SIMONART, *op. cit.*, p. 319 à 323.

<sup>16</sup> Voir à ce sujet : Y. LEJEUNE et H. SIMONART, *op. cit.*, pp. 350 à 359.

<sup>17</sup> Pour une liste des auteurs qui ont adopté cette thèse : voir Y. LEJEUNE et H. SIMONART, *op. cit.*, p. 359 note 29.

<sup>18</sup> Cass (1° ch.), 3 mai 1974, *J.T.*, 1974, 564, concl. W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *Pas.*, 1974, I, 910.

<sup>19</sup> Y. LEJEUNE et H. SIMONART, *op. cit.*, p. 358.

<sup>20</sup> Le Professeur Delpérée pose la question de savoir si les termes «en vertu de la Constitution» pourraient conférer à l'article 78 de la Constitution le caractère d'une disposition exceptionnelle autorisant dans ce seul cas un contrôle de la constitutionnalité des lois. L'arrêt du 3 mai 1974 n'écarte pas une telle interprétation. F. DELPÉRÉE, note sous Cass., 20 novembre 1975, *R.C.J.B.*, 1977, p. 457.

<sup>21</sup> Toute loi de pouvoirs spéciaux doit également respecter les dispositions par lesquelles le constituant a attribué certaines compétences au pouvoir judiciaire et aux communautés et aux régions.

même de l'article 2, § 2, de la loi du 6 juillet 1983 attribuant certains pouvoirs spéciaux au Roi.

Cependant, la pratique des pouvoirs spéciaux n'a pas toujours été conforme au fondement qui leur a été assigné par la Cour de cassation et ce notamment en matière fiscale.

Certaines lois de pouvoirs spéciaux ont autorisé le Roi à établir un nouvel impôt (article 1, 1°, de la loi du 30 décembre 1932), à réviser l'assiette, le mode de perception et le taux des impôts existants (article 1, a, de la loi du 31 juillet 1934; article 1, I, d, de la loi du 1er mai 1939; article 90 de la loi du 8 août 1980 et article 2 de la loi du 2 juillet 1982) ou à accorder des exemptions d'impôts (article 1 de la loi du 31 mars 1967). D'autres lois, si elles ont déterminé expressément la nature et l'assiette de l'impôt, ont permis au Roi d'en fixer le taux dans le cadre des limites préalablement établies par la loi d'habilitation. Ainsi, la loi du 16 juillet 1926 prévoyait que le Roi pouvait affecter les impôts existants de coefficients de majoration de façon à maintenir s'il y a lieu le niveau de leur rendement; de même, la loi du 31 mars 1967 établissait des centimes additionnels à l'impôt des personnes physiques des sociétés et des non-résidents sans en préciser exactement le taux (article 2). Si dans ces deux derniers cas, la marge de manoeuvre laissée au Roi était limitée(22), elle l'autorisait cependant à abroger, compléter, modifier ou remplacer les dispositions légales en vigueur.

Dans d'autres domaines que la fiscalité, des matières réservées ont été conférées au Roi par une loi d'habilitation. Ainsi, la loi du 31 juillet 1934 permettait au Roi d'intervenir en matière d'organisation communale et provinciale puisqu'il était autorisé sur base de l'article 1, II, à modifier et à compléter les dispositions légales en matière de recours contre les décisions des autorités provinciales et communales quant à l'approbation des budgets et des comptes. De même, la loi du 7 décembre 1934 attribuait au Roi des pouvoirs en matière d'organisation judiciaire et dans le domaine des libertés individuelles; elle l'autorisait à modifier les lois sur la compétence et la procé-

sure en matière répressive ainsi que l'article 563 du code pénal et à modifier les lois sur l'organisation judiciaire, la compétence, le ressort et la procédure en matière civile et commerciale (art. 3.).

Conscient du caractère douteux des habilitations dans le domaine des matières réservées, le législateur a, à différentes reprises, imaginé des correctifs en vue de les couvrir. Ces correctifs sont de deux ordres: d'une part, la ratification des arrêtés royaux par les Chambres, d'autre part, la subordination de l'entrée en vigueur des arrêtés royaux à la confirmation législative.

### 1) La ratification

La ratification consiste en l'obligation imposée par la loi d'habilitation de déposer dans un délai déterminé un projet de loi portant ratification des mesures prises. Les lois du 31 juillet 1934 (art. 2, § 2) et du 1er mai 1939 (art. 2, § 3) contenaient une telle obligation, la première pour les arrêtés royaux pris en matière fiscale, la seconde pour tous les arrêtés royaux. Comme elles ne prévoyaient aucune sanction, on pouvait se demander si, à défaut de dépôt d'un projet de loi de ratification dans le délai prescrit, les arrêtés royaux subsistaient comme actes réglementaires ou devenaient nuls. Les deux thèses ont été défendues(23). En revanche, les lois du 5 août 1978 (art. 87, § 3) et du 2 février 1982 (art. 6) stipulaient expressément que certains arrêtés seraient abrogés de plein droit s'ils n'étaient pas confirmés par les Chambres avant une date déterminée. La loi du 6 juillet 1983 attribuant certains pouvoirs spéciaux au Roi prévoit l'abrogation de tous les arrêtés à défaut de ratification avant le 31 décembre 1984.

Si la ratification transforme l'acte réglementaire en une disposition législative et le soustrait ainsi au contrôle juridictionnel, permet-elle d'écarter toute objection d'inconstitutionnalité?

Certains l'affirment. Ainsi, selon J. Masquelin, «en ratifiant la règle, le pouvoir législatif la fait sienne de telle sorte qu'en définitive ce sera par la loi elle-même qu'indirectement sans doute, mais très certainement la matière aura été réglée; le principe constitutionnel sera sauf» (24). D'autres auteurs (25) considèrent que

<sup>22</sup> A propos de la loi du 16 juillet 1926: J. MERTENS, *op. cit.*, p. 229; J. VAN HOUTTE, *Beginselen van het Belgisch belastingrecht*, Gent, Story, Scientia, 1979, p. 109, n° 111. Contra: A. MAST, *op. cit.*, p. 227, n° 191; A propos de l'article 2 de la loi du 31 mars 1967: G. PIQUET, «L'exercice des pouvoirs spéciaux», *R.J.D.A.*, 1967, p. 277; J. SAROT, «La pratique des pouvoirs spéciaux et extraordinaires avant et après 1947», in *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 1972, tome III, p. 306.

Robert HENRION souligne que l'article 2 «a été rédigé avec grande précision dans l'indication des textes à modifier et après un débat si minutieux en commission spéciale que la marge d'initiative laissée à l'exécutif est devenue infime et a consisté surtout en un jugement d'opportunité de la mise en vigueur en fonction de certains indices conjoncturels» («L'expérience des lois de pouvoirs spéciaux», *J.T.*, 1968, p. 469).

<sup>23</sup> La première a été adoptée par A. BUTTGENBACH. Voir à ce sujet «Les pouvoirs spéciaux», *R.G.E.N.*, 1938, p. 459. La seconde, par J. MERTENS, *op. cit.*, p. 225.

<sup>24</sup> J. MASQUELIN, *op. cit.*, p. 21; J. SAROT, *op. cit.*, p. 307. Selon le vice premier ministre Gol, les arrêtés royaux seront transformés en loi dès l'origine, *Doc. parl., Chambre*, sess. 1981-1982, n° 28/22, rapport fait au nom de la commission spéciale par MM. Suykerbuyck et De Decker, p. 12.

<sup>25</sup> P. GLINEUR, «L'A.R. n° 55 du 16 juillet 1982 fixant pour 1982 une cotisation spéciale et unique de sécurité sociale est-il conforme à la loi d'habilitation et à la Constitution», *J.T.*, 1983, p. 98. W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, «L'impôt et la loi», *Hommages à V. Gothot*, Faculté de droit de Liège, 1962, p. 317; J. DE MEYER, *Staatsrecht*, Leuven, 1963, p. 320; J. MERTENS, *op. cit.*, p. 232.

la ratification n'est qu'un correctif incomplet. Leur objection est double : d'une part, les arrêtés royaux sortent leurs effets pendant un certain temps avant d'être confirmés par les Chambres législatives (ce qui n'est pas le cas d'un projet de loi) ; d'autre part, la ratification ne respecte pas la procédure d'élaboration de la loi prescrite par la Constitution puisqu'elle se fait en bloc et ne permet donc pas le vote article par article et l'apport d'amendements éventuels. Cette dernière objection semble toutefois résulter d'une confusion entre l'assentiment à un traité et la ratification des arrêtés royaux de pouvoirs spéciaux. Ce n'est que dans le premier cas que le droit d'amendement fait défaut (26). Dans son avis relatif à la loi du 2 février 1982 attribuant certains pouvoirs au Roi (27), le Conseil d'Etat ne s'est pas prononcé expressément sur la nature de la ratification. Toutefois, en admettant que la loi d'habilitation octroie au Roi des compétences en matière fiscale dans la mesure où elle prescrit une ratification ultérieure des arrêtés royaux, il se rallie à la première thèse (28).

## 2) L'intervention des Chambres comme condition de l'entrée en vigueur des arrêtés royaux

L'article 89, § 2, de la loi de réformes économiques et budgétaires du 5 août 1978 prévoyait que certains arrêtés royaux qui y étaient expressément mentionnés ne produiraient leurs effets qu'après avoir été ratifiés par les Chambres législatives (29). Dans ce cas, l'habilitation n'est pas irrégulière car il s'agit « d'un mode simplifié d'élaboration de la loi » (30). L'arrêté royal joue en quelque sorte le rôle de projet de loi (31). Les garanties liées à l'intervention du pouvoir législatif se trouvent donc réunies.

## § 2. Les lois de cadre

Selon le Conseil d'Etat, les lois de cadre sont des lois qui « arrêtent dans les grandes lignes les principes essentiels pour le règlement d'une matière déterminée et attribuent expressément au gouvernement le pouvoir d'établir par arrêté royal les règles complémentaires qui doivent permettre la mise en oeuvre de ces principes » (32). A la différence des lois de pouvoirs spéciaux, elles n'autorisent pas le Roi à se substituer totalement au législateur dans son oeuvre normative.

Pour certains auteurs (33) les arrêtés pris en exécution des lois de cadre se fondent sur l'article 67 de la Constitution car les lois de cadre ne se distinguent des lois ordinaires que par le fait que leurs dispositions revêtent une moins grande précision et laissent au Roi une plus grande liberté dans l'exécution de la loi (34).

Pour d'autres (35), comme les lois de cadre forment une catégorie particulière de lois d'habilitation, les arrêtés d'exécution reposent sur l'article 78 de la Constitution. Pour ces auteurs, « l'article 67 ne permet pas au Roi d'agir par la voie réglementaire dans le cadre de principes trop généraux ou de quelques règles jugées essentielles par le législateur » (36).

Cette controverse paraît d'un point de vue théorique et pratique sans intérêt : les arrêtés pris en vertu d'une loi de cadre se fondent tantôt sur l'article 67 tantôt sur l'article 78. Lorsque les principes énoncés dans la loi de cadre forment les règles fondamentales de la matière, les arrêtés peuvent se baser sur l'article 67 de la Constitution (37). En effet, le pouvoir réglementaire d'exécution ne doit pas être interprété de manière restrictive mais consiste selon la Cour de cassation « à dégager du principe de la loi et de son économie générale les conséquences qui en dérivent naturellement d'après l'esprit qui a présidé à sa conception et les fins qu'elle poursuit » (38). En revanche, lorsque

<sup>26</sup> Voy. à ce sujet, Y. LEJEUNE et H. SIMONART, *op. cit.*, p. 335 texte et note 85.

<sup>27</sup> Avis de la section de législation du Conseil d'Etat du 23 décembre 1981, *Doc. parl., Chambre*, sess. 1981-1982, 28, 1, p. 8.

<sup>28</sup> Lorsque les termes « en vertu de la loi » sont utilisés, une habilitation de pouvoirs au Roi est possible dans la mesure où elle n'est pas totale. Si cette condition n'est pas respectée, l'habilitation n'est pas valable et la question de la validité des correctifs prévus par la loi d'habilitation se pose de la même façon que pour les dispositions utilisant l'expression « par la loi ».

<sup>29</sup> Cette nouvelle formule s'inspire de l'article 3 de la loi du 23 juillet 1971 portant fusion de communes et modification de leurs limites, *Doc. Parl., Chambre*, sess. 1977-1978, 450, n° 23.

<sup>30</sup> Y. LEJEUNE et H. SIMONART, *op. cit.*, p. 373 ; J. VELU, *op. cit.*, vol II, p. 521.

<sup>31</sup> L. NEELS estime en revanche que ce procédé ne peut être assimilé à celui de l'élaboration de la loi car les articles 41 et 42 de la Constitution prévoyant le vote article par article et le droit d'amendement ne sont pas respectés. Cette objection a déjà été rejetée à propos de la ratification (« Enige constitutionele vragen bij de wetten van 4 en 5 augustus 1978 », *R.W.*, 1978-1979, col. 1729).

<sup>32</sup> Avis du Conseil d'Etat sur le « projet de loi établissant les principes généraux de la sécurité sociale des travailleurs salariés », *Doc. Parl., Sénat*, sess. 1979-1980, n° 508/1, p. 43.

<sup>33</sup> P. DE VISSCHER, « A propos de la fonction d'interprétation des lois de pouvoirs spéciaux par les cours et tribunaux », note sous cass., 24 mai 1963, *R.C.J.B.*, 1964, pp. 13-14, W.G. note sous Cass., 7 juillet 1949, *Pas.*, I, 534 ; J. VELU, *op. cit.*, p. 510 ; Ch. E. LAGASSE, *La contre-réforme de l'Etat*, Ciaco, 1982, p. 84 ; P. WIGNY, *op. cit.*, p. 637, n° 474.

<sup>34</sup> P. DE VISSCHER, *op. cit.*, p. 13.

<sup>35</sup> J. MASQUELIN, *op. cit.*, p. 13 ; A. MAST, *op. cit.*, p. 226, n° 190 ; Y. LEJEUNE et H. SIMONART, *op. cit.*, p. 320 ; J. FALYS, *Introduction aux sources et principes du droit*, Louvain-la-Neuve, Ciaco, 1982, p. 78.

<sup>36</sup> Y. LEJEUNE et H. SIMONART, *op. cit.*, p. 320.

<sup>37</sup> On citera à titre d'exemple la loi du 30 juillet 1979 relative aux radiocommunications qui, dans une matière aussi technique, se limite à fixer les principes essentiels et laisse au Roi le soin d'en assurer l'application.

<sup>38</sup> Cass. (Ch. réunies), 18 novembre 1924, *Pas.*, 1925, I, 25 ; 19 janvier 1959, *Pas.*, I, 494 ; 12 décembre 1963, *Pas.*, 1964, I, 398 ; 15 mars 1965, *Pas.*, I, 740, Cass., 5 mai 1976, *Pas.*, I, 766.

la loi de cadre se borne à énoncer des principes très généraux, les arrêtés royaux pris en vue de compléter la loi se fondent sur l'article 78 de la Constitution. Ce n'est que dans cette seconde hypothèse que se pose la question des matières réservées (39). En effet, en raison de leur appartenance exclusive au législateur, ces matières ne peuvent faire l'objet de lois de cadre ayant le caractère d'une loi d'habilitation. Comme le soulignait le Conseil d'Etat dans son avis du 19 décembre 1975 : «lorsque la Constitution réserve une matière au législateur, elle ne l'oblige sans doute pas à établir toutes les règles relatives à la matière mais elle lui impose d'établir lui-même celles parmi ces règles qui ont un caractère fondamental» (40).

Si certaines lois de cadre ont respecté ce principe (41), d'autres y ont manifestement porté atteinte (42). Il en est ainsi de la loi du 19 décembre 1980 relative aux droits pécuniaires des militaires : l'article 2 stipule que le militaire est rémunéré par un traitement et que le Roi fixe les échelles de traitement ou les taux uniques, la rétribution garantie, les conditions et les modalités d'octroi ; l'article 5, § 1, établit que «le Roi peut créer, au profit de certaines catégories de militaires, le droit à des primes, des allocations, des indemnités et d'autres rétributions complémentaires ainsi qu'à certains avantages en nature». Or, l'article 118 de la Constitution stipule que «La loi règle l'avancement, les droits et obligations des militaires». Il en résulte qu'il appartient à la loi d'établir les règles générales qui fixent les éléments du traitement et celles qui déterminent les conditions d'octroi d'autres indemnités (43). Il en est de même de la loi du 10 juin 1937 étendant les allocations familiales aux employeurs et aux non salariés. Cette loi habilite «le Roi à arrêter toutes les dispositions nécessaires pour organiser dans des conditions équitables le régime d'allocations familiales qu'elle a instauré» (art. 9 alinéa 1). En outre, elle l'autorise à prévoir des sanctions pénales pour les assujettis et les autres personnes qui commettraient des infractions à ses arrêtés (art. 9 alinéa 2). Or, si en vertu de l'article 9 de la

Constitution, le législateur peut habiliter une autre autorité à établir des peines, c'est dans les limites qu'il doit préalablement fixer et qui en l'espèce font défaut. Enfin, l'article 13 de la loi du 20 novembre 1962 concernant les impôts sur les revenus (44) permet au Roi d'organiser par arrêté délibéré en conseil des ministres «dans les limites et suivant les modalités qu'il détermine, un régime d'amortissement dégressif pour ce qui concerne les éléments amortissables acquis avant le 1er janvier 1963». Par cette disposition, le Roi se voit investi indirectement du pouvoir de modifier l'assiette de l'impôt et ce, en contradiction avec l'article 110 de la Constitution.

La pratique des lois de pouvoirs spéciaux et des lois de cadre permet de constater que le législateur (45) a, dans certains cas, porté atteinte à la théorie des matières réservées en en confiant le règlement à l'exécutif.

On analysera dans le troisième chapitre de cette étude la validité de telles habilitations au regard du fondement de la théorie des matières réservées.

## Section 2.

### *Les matières réservées et l'extension des compétences des communautés et des régions*

Si pour le constituant de 1831 les matières réservées étaient celles qui ne pouvaient être entièrement confiées à l'exécutif, depuis la création des communautés et des régions se pose la question de savoir si ces mêmes compétences sont également réservées à l'égard des communautés et des régions ou si elles peuvent, en l'absence d'une révision constitutionnelle, être exercées par ces collectivités au moyen de la théorie des pouvoirs implicites ou par une habilitation du législateur.

Déjà en 1972 dans ses avis concernant deux projets de décret sur les bibliothèques publiques, l'un éma-

<sup>39</sup> M. J. VELU fonde les arrêtés royaux pris en exécution des lois de cadre sur l'article 67 de la Constitution mais considère en même temps que le procédé des lois de cadre n'est pas admis dans les matières réservées (*op. cit.*, p. 510). Cette position nous semble équivoque : à l'instar de toute autre matière, les matières réservées peuvent faire l'objet d'arrêtés d'exécution.

<sup>40</sup> Avis du 19 décembre 1976, *Doc. Parl., Sénat*, sess. 1977-1978, 180, n° 1, p. 9.

<sup>41</sup> De nombreuses lois de cadre fixent elles-mêmes les peines applicables en cas de non respect des arrêtés royaux. Il en est ainsi de la loi du 30 décembre 1882 sur la police sanitaire des animaux domestiques et les insectes nuisibles (art. 4), de la loi du 28 décembre 1964 relative à la lutte contre la pollution atmosphérique (art. 10) et de la loi du 18 juillet 1973 relative à la lutte contre le bruit (art. 11).

<sup>42</sup> Les cas cités ne prétendent pas être exhaustifs.

<sup>43</sup> Avis du Conseil d'Etat du 19 décembre 1976, *Doc. Parl., Sénat*, sess. 1977-1978, 180, n° 1, pp. 9 et 10.

<sup>44</sup> Avis du Conseil d'Etat sur le projet de loi portant réforme des impôts sur les revenus, *Doc. Parl., Ch.*, sess. 1961-1962, n° 264/1, p. 124.

<sup>45</sup> Dans certains cas, le Roi a lui-même violé la théorie des matières réservées en réglant une de ces matières sans même y être autorisé par le législateur. C'est notamment le cas de l'arrêté du régent du 21 mars 1949 qui, en violation de l'article 94 de la Constitution, a créé des commissions disposant d'un pouvoir juridictionnel dont la compétence se serait substituée à celle des tribunaux civils pour connaître des contestations entre les unions nationales de mutualités et leurs assurés ou entre ces unions et le Fonds national d'assurance maladie invalidité. C'est également le cas de l'arrêté royal du 24 février 1961 qui a créé un service public et gratuit d'enseignement par correspondance sans que le législateur se soit prononcé sur cette forme d'enseignement et donc en violant l'article 17 de la Constitution. Ces deux arrêtés royaux ont été annulés par le Conseil d'Etat : arrêt du 6 juillet 1951 (III Ch.), n° 999. Alliance nationale des mutualités chrétiennes ; arrêt du 30 mai 1963, n° 10.046 (IV Ch.), Horne et Institut l'Avenir.

nant du conseil culturel néerlandais, l'autre du conseil culturel français, le Conseil d'Etat avait donné une réponse à cette question (46).

Il s'agissait en l'espèce de savoir si les communautés culturelles pouvaient contraindre les communes et les provinces à créer et à organiser une bibliothèque publique alors que le pouvoir de confier certaines tâches à ces collectivités locales appartient sur base de l'article 108 de la Constitution au législateur national. Le Conseil d'Etat avait affirmé que «les matières qui selon la Constitution doivent être réglées par ou en vertu de la loi restent du domaine du législateur national, excepté les dispositions dérogatoires prévues en la matière à l'article 59 bis, § 2, 2° et § 3, et à l'article 6 bis de la Constitution (47). Il avait justifié cette affirmation par différents arguments :

- la référence au décret qui figure à l'article 6 bis de la Constitution serait dépourvue de sens si on devait admettre l'assimilation générale du décret à la loi (48) ;
- à l'exception des articles 17 et 23 de la Constitution, les dispositions qui déterminent les matières qui ne peuvent être réglées que par ou en vertu de la loi n'ont pas été modifiées par l'article 59 bis, § 2, 1° ;
- l'exposé des motifs du projet de loi qui a abouti à la loi du 21 juillet 1971 indique que les conseils culturels sont incompétents chaque fois qu'une disposition constitutionnelle réserve expressément à la loi le pouvoir de régler une matière déterminée, pour autant que l'on entende par «loi» le pouvoir législatif au sens de l'article 26 de la Constitution.

Il faut déduire de cet avis que la théorie des matières réservées s'impose également à l'égard des communautés et des régions. Cette thèse est d'ailleurs défendue par la majorité de la doctrine (49). Cependant, son application par le législateur, lors du transfert de compétences aux communautés et aux régions et par les communautés et les régions elles-mêmes, lorsqu'elles prétendent recourir à la théorie des pouvoirs implicites, soulève certaines interrogations.

## § 1. Transfert de compétences aux communautés et aux régions

A la faveur d'une révision constitutionnelle, les matières réservées au législateur peuvent être disqualifiées et confiées aux communautés et aux régions. Il en a été partiellement ainsi de l'enseignement (art. 59 bis, § 2, 2°) et de l'emploi des langues (art. 59 bis, § 3), lors de la révision constitutionnelle de 1970, et de la matière fiscale (art. 110, § 2), lors de la révision de 1980. En dehors de cette hypothèse, les matières réservées au législateur ne peuvent, si l'on se conforme aux principes établis par le Conseil d'Etat, être transférées par une loi aux communautés et aux régions. Cependant, sur base de la signification attribuée aux termes «en vertu de la loi», les compétences qui sont confiées au pouvoir législatif sur base de cette expression peuvent faire l'objet d'une habilitation à condition qu'elle ne soit pas totale (50). Il en est ainsi du pouvoir d'établir des peines qui a été partiellement attribué aux communautés et aux régions par l'article 11 de la loi du 8 août 1980. Cette disposition stipule que «dans les limites des compétences des régions et des communautés, les décrets peuvent ériger en infraction les manquements à leurs dispositions et établir des peines punissant ces manquements conformément au livre 1° du code pénal à l'exception des peines criminelles fixées à l'article 7 de ce code». Sans l'insertion de cet article dans la loi spéciale du 8 août 1980, les communautés et les régions n'auraient pu prévoir des sanctions pénales, étant donné que l'article 9 exige que les peines soient établies «en vertu d'une loi».

Si l'article 11 de la loi spéciale du 8 août 1980 est par conséquent conforme au texte constitutionnel, d'autres dispositions confèrent par contre aux communautés et aux régions des attributions dans des domaines réservés au législateur sur base de l'expression «par la loi». Tel est le cas de l'article 79, § 1, de la loi du 8 août 1980 et de l'article 46 de la loi du 9 août 1980.

Accordant aux exécutifs régionaux et communautaires le pouvoir d'exproprier, l'article 79, § 1, se devait de respecter les termes de l'article 11 de la Constitution puisque l'expropriation ne peut être réglée que «par la loi». Or, il permet aux exécutifs de poursuivre des expropriations «dans les cas et selon les

<sup>46</sup> Avis du Conseil d'Etat du 2 juin 1972, *Doc. Cons. Cult. Néerl.*, sess. 1972-1973, 52, ° 1, p. 43. Avis du 6 juin 1972. *Doc. Cons. Cult. Fr.*, sess. 1974-1975, 43, n° 1.

<sup>47</sup> Avis du 2 juin 1972, *op. cit.*, p. 43.

<sup>48</sup> Cet argument n'apparaît que dans l'avis du 6 juin 1972, p. 9.

<sup>49</sup> P. DE VISSCHER, *Droit public*, 1982-1983, tome II, p. 265 ; R. SENELLE et R. VAN DE VELDE, «De residuaire bevoegdheden», *T.B.P.*, 1980, p. 254 ; J. DE MEYER, «Les institutions communautaires», in *La réforme de l'Etat, 150 ans après l'indépendance nationale*, Bruxelles, ed. Jeune barreau, 1980, pp. 204-205 ; M. FALLON et Y. LEJEUNE, *op. cit.*, p. 282, note 6. Contra. Ch. E. LAGASSE et B. REMICHE, *Une constitution inachevée*, La renaissance du Livre, 1973, p. 91 ; D. DEOM, «Paradoxes du régime juridique des universités», *A.P.T.*, 1982, p. 47, note 36.

<sup>50</sup> Dans son avis du 1er août 1978, le Conseil d'Etat affirme que «si l'emploi de l'expression «en vertu de» à l'article 9 de la Constitution indique réellement que le législateur peut confier à d'autres organes le soin d'établir des peines, cette délégation ne peut cependant aller jusqu'à faire renoncer le législateur à tout pouvoir d'établir les peines. Il lui incombe en tout état de cause d'en déterminer le taux maximum», *Doc. Parl., Chambre*, sess. 1977-1978, 461, n° 25, p. 7.

modalités fixés *par décret*», même s'ils doivent respecter «les procédures judiciaires fixées par la loi et le principe de la juste et préalable indemnité visé à l'article 11 de la Constitution». Si la fixation des cas est dépourvue de toute signification<sup>(51)</sup>, la détermination des modalités doit notamment permettre aux communautés et aux régions de procéder à une expropriation sans devoir y être autorisées par arrêté royal, à la différence des provinces et des communes. Une telle dérogation répond au besoin de garantir au maximum leur autonomie. Elle n'a d'ailleurs fait l'objet d'aucune objection du Conseil d'Etat<sup>(52)</sup> car les garanties essentielles prévues à l'article 11 de la Constitution, à savoir les procédures judiciaires et l'indemnité juste et préalable, sont respectées.

L'article 46 de la loi du 9 août 1980 permet également aux communautés et aux régions d'intervenir dans le domaine des matières réservées. Cette disposition leur octroie en effet le pouvoir d'imposer des charges aux provinces, aux communes et, dans la mesure où elle existent, aux agglomérations de communes, alors que l'article 108 de la Constitution réserve expressément le pouvoir de régler les institutions provinciales et communales à la loi. Elle est le résultat d'une suggestion faite par le Conseil d'Etat en 1972<sup>(53)</sup> en vue de remédier à l'impossibilité pour

<sup>51</sup> Les cas visent la définition légale des circonstances dans lesquelles l'expropriation peut être décrétée. Le constituant a voulu subordonner la légitimité de toute expropriation à deux conditions de fond : l'utilité publique laissée à l'appréciation de l'exécutif et la définition légale des circonstances. Cependant, ni le législateur, ni la jurisprudence n'ont respecté ce partage de compétences. Ils ont développé un système dualiste : le pouvoir exécutif est habilité en vertu d'une tradition constante à décréter l'expropriation de sa propre autorité lorsque l'immeuble est destiné à un usage public, mais il ne peut le faire qu'en vertu d'une loi lorsque l'immeuble doit recevoir une destination autre qu'un usage public. Même s'il peut être contesté d'un point de vue rigoureusement constitutionnel «ce système a reçu la caution du législateur et la consécration du temps». J. HOEFFLER, note sous l'arrêt Lièbin et Baudry, *R.J.D.A.*, 1974, p. 115. Il s'ensuit que déléguer aux conseils de communauté et de région le pouvoir de déterminer les cas n'a plus une grande signification.

<sup>52</sup> Le Conseil d'Etat avait en revanche émis des objections à l'encontre de l'article 39 du projet de loi spéciale n° 261 stipulant que «la région peut poursuivre les expropriations pour cause d'utilité publique dans les cas et selon les modalités fixés par l'ordonnance dans le respect du principe des procédures judiciaires fixées par la loi et du principe de la juste et préalable indemnité visé à l'article 11 de la Constitution». Le Conseil d'Etat estimait que les termes «du principe» sont de nature à prêter à confusion «en laissant entendre que, dans l'intention du législateur, l'ordonnance pourrait fixer des procédures judiciaires distinctes de celles que fixe la loi».

Avis du 26 juillet 1979, *Doc. Parl., Sénat*, sess. 1979, 261, n° 1, annexe I, pp. 8 et 9. Telle qu'elle a été modifiée, la disposition a été ensuite admise par le Conseil d'Etat.

<sup>53</sup> Le Conseil d'Etat avait proposé d'insérer un troisième alinéa à l'article 22 de la loi du 3 juillet 1971 : «charger les provinces, les communes, les agglomérations et les fédérations de communes de certaines tâches ou autoriser le Roi à le faire».

Avis du Conseil d'Etat du 2 juin 1972, *Doc. Ned. Cultuurraad*, sess. 1972-1973, 52, n° 1, p. 47. La proposition du Conseil d'Etat avait été rejetée par les deux conseils culturels. Le décret concer-

les conseils culturels d'imposer des obligations aux différentes institutions locales par le recours à la théorie des pouvoirs implicites. Cette suggestion n'était pas dénuée d'ambiguïtés<sup>(54)</sup>. Après avoir constaté que l'imposition par les conseils culturels d'obligations aux institutions locales était contraire à l'article 108 de la Constitution, le Conseil d'Etat avait proposé de résoudre le problème par une habilitation législative, attribuant ainsi une signification identique aux termes «par la loi» et «en vertu de la loi». Faut-il en déduire que, pour le Conseil d'Etat, les compétences réservées au législateur peuvent être uniquement exercées par les communautés et les régions sur base d'une habilitation législative et non par le recours à la théorie des pouvoirs implicites ?

## § 2. La théorie des pouvoirs implicites

Consacrée par l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980, la théorie des pouvoirs implicites permet aux décrets des conseils de communauté ou de région «de porter des dispositions de droit relatives à des matières pour lesquelles les conseils ne sont pas compétents dans la mesure où ces dispositions sont indispensables à l'exercice de leurs compétences».

Selon le Conseil d'Etat, les communautés et les régions ne peuvent par le recours à la théorie des «implied powers» porter atteinte aux matières qui doivent être réglées par ou en vertu de la loi. Il avait d'ailleurs proposé une rédaction plus explicite de l'article 10 précisant que les pouvoirs implicites ne pouvaient avoir trait à des matières que la Constitution réserve à la loi<sup>(55)</sup>. Si cette proposition n'a pas été adoptée par le législateur, c'est, selon les termes du professeur De Meyer, parce qu'elle n'était pas indispensable : «il est en effet évident que l'on doit respecter la Constitution et que les compétences que la Constitution réserve aux organes nationaux ne peuvent être transférées aux communautés et aux régions»<sup>(56)</sup> ; c'est sans doute aussi en raison de l'insér-

nant les bibliothèques publiques néerlandaises (décret du 19 juillet 1978) et le décret organisant le service public de la lecture (décret du 28 février 1978) ont été adoptés par le recours à l'article 11 de la loi du 3 juillet 1971, c'est-à-dire, le vote d'une résolution favorable du Parlement national en cas d'avis négatif du Conseil d'Etat.

<sup>54</sup> Dans son avis du 26 juillet 1979, le Conseil d'Etat cite notamment comme exemple de matières demeurant réservées à la seule compétence du législateur national, la décentralisation d'attributions vers les institutions provinciales et communales, *Doc. Parl., Sénat*, sess. 1979, 261, n° 1, annexe II, p. 2.

Sur ce caractère ambigu : voir J. MEYERS, art. 59 bis G.W. «Geen 18 karrats — cultuurautonomie», *Jura Falconis*, 1973-1974, p. 422 ; J.M. VAN BOL, *op. cit.*, p. 640.

<sup>55</sup> Avis du C.E. du 1er août 1978, *Doc. Parl., Chambre*, sess. 1977-1978, 461, n° 25, pp. 2 et 4.

<sup>56</sup> *Sénat, C.R.A.*, sess. 1979-1980, p. 947.

Au cours des travaux préparatoires, il a été souligné que la théorie des pouvoirs implicites ne peut porter atteinte à la compétence générale du législateur national dans les matières réservées exclusivement par la Constitution à la loi. *Doc. Parl., Chambre*, sess. 1979-1980, 627, n° 10, p. 157.

tion dans la loi du 8 août 1980 d'un article 19, § 1, stipulant que «le décret règle les matières visées aux articles 4 à 11 sans préjudice des compétences que la Constitution réserve à la loi» (57). Cependant, les communautés et les régions ont rapidement tenté de méconnaître ce principe.

Dans certains cas, leurs projets ou propositions de décret ont fait l'objet de vives critiques de la part du Conseil d'Etat. Il en a été ainsi de la proposition de décret relative à l'encouragement de la rénovation urbaine (58) qui prévoit l'octroi d'avantages fiscaux aux futurs propriétaires et à propos de laquelle le Conseil d'Etat a affirmé que la fiscalité est une matière réservée par la Constitution au législateur national (sous réserve du pouvoir fiscal reconnu aux communautés et aux régions) et que l'article 10 de la loi du 8 août 1980 ne peut justifier une violation de la Constitution (59). Il en a été de même de la proposition de décret portant protection du patrimoine mobilier culturel au sujet de laquelle le Conseil d'Etat a déclaré : «si l'article 10 de la proposition (60) a pour but de s'écarter des dispositions légales en ce qui concerne les visites domiciliaires, la communauté légiférerait dans un domaine ne relevant pas de sa compétence» (61).

En revanche, dans d'autres cas, leurs projets ou propositions ont donné lieu à des avis ambigus voire même contradictoires (62).

Il en a été ainsi du projet de décret du conseil fla-

mand relatif à la gestion des déchets (63). L'article 66 de cet avant-projet stipulait qu'il appartenait en partie à l'exécutif de déterminer de quelle manière les fonctionnaires chargés du contrôle et de l'application du décret peuvent pénétrer dans différents locaux et procéder à des enquêtes (64). Se prononçant sur cette question, le Conseil d'Etat a affirmé que «puisque les examens, perquisitions, contrôles et enquêtes sont des matières qui ont trait à la liberté individuelle, à l'inviolabilité du domicile et aux poursuites pénales et qui sont expressément placées sous la protection du législateur, il appartient au conseil flamand lui-même de prendre les dispositions à ce sujet, en application de l'article 10 de la loi du 8 août 1980» (65). Cet avis n'est pas dénué de toute ambiguïté. En effet, tout en affirmant que l'inviolabilité du domicile est placée sous la protection du législateur, le Conseil d'Etat autorise le conseil flamand à intervenir. Faut-il en déduire qu'une matière dite réservée peut être réglée par une assemblée régionale ou communautaire ?

Il en a été de même du projet de décret complétant le titre II du code du logement par des dispositions relatives au Fonds du logement des familles nombreuses de Wallonie (66). L'article 77 septies vise à faire bénéficier le Fonds wallon des mêmes avantages que ceux accordés au Fonds du logement de la Ligue des familles nombreuses de Belgique notamment en matière de droits d'enregistrement, de taxes d'affichage, d'impôts sur les revenus et de perception du précompte mobilier. Le Conseil d'Etat n'a pas exclu que le conseil régional wallon puisse accorder des avantages fiscaux grâce à la théorie des pouvoirs implicites. Il a cependant subordonné leur octroi à la condition qu'en soit démontré concrètement le caractère indispensable à l'exercice des compétences propres de la région. «Dans l'état actuel du projet et compte tenu du bref délai qui lui a été imparti, le Conseil d'Etat ne peut que conclure à l'incompétence du conseil régional pour prendre l'article 77 septies du projet» (67). Contrairement à sa jurisprudence antérieure, le Conseil d'Etat semble donc admettre que les matières réservées par la Constitution au législateur rentrent dans la compétence des régions ou des communautés

<sup>57</sup> En commentant cette disposition, le premier ministre rappelle qu'il peut être recouru à la théorie des pouvoirs implicites mais sans préjudice des compétences que la Constitution réserve à la loi, *Doc. Parl., Senat*, sess. 1979-1980, 434, n° 2, p. 235.

Rapport fait au nom de la commission de révision de la Constitution et des réformes institutionnelles par M. André et Mme Pétry.

<sup>58</sup> Cette proposition n'a pas encore été adoptée.

<sup>59</sup> Avis L 13910, *Doc. Vlaamse Raad*, sess. 1980-1981, 25, n° 2, pp. 2, 3, 4.

<sup>60</sup> Ce décret a été adopté le 17 novembre 1982, *Moniteur* 4/3/83.

<sup>61</sup> L'article 10 de la proposition de décret stipulait que les membres de la commission royale et les fonctionnaires délégués à cette fin par l'exécutif ont, en ce qui concerne le patrimoine culturel mobilier appartenant aux autorités publiques, accès à tous les lieux où se trouvent des objets protégés ou susceptibles d'être protégés même s'ils relèvent de l'article 10 de la Constitution à condition qu'il y ait des indices d'infraction et qu'ils y soient autorisés par le juge de police.

Cette disposition a été remplacée par l'article 9 du décret du 17 novembre 1982 qui ne vise plus que les lieux où se trouvent les objets protégés sans y inclure expressément les lieux privés protégés par l'article 10 de la Constitution, *Doc. Vlaamse Raad*, 1980-1981, n° 54 - 4.

<sup>62</sup> Dans un de ses avis, le Conseil d'Etat n'émet aucune opinion sur la création par le conseil de la communauté française d'une nouvelle juridiction administrative, le conseil d'appel des allocations et prêts d'études. Cette matière n'est-elle pas pourtant réservée au législateur par l'article 93 de la Constitution? *Doc. cons. comm. fr.*, sess. 1981-1982, n° 46, 1 (décret adopté le 1 juillet 1982, M.B., 14.9.82).

<sup>63</sup> Ce décret a été adopté le 2 juillet 1981, M.B., 25 juillet 1981, p. 9340.

<sup>64</sup> Cette disposition a été remplacée par l'article 55, § 1 en vertu duquel : «le gouverneur de la province, le bourgmestre et les fonctionnaires visés à l'article 54 peuvent, dans l'exercice de leurs missions, pénétrer librement à toute heure du jour et de la nuit sans avertissement préalable dans tous les établissements, parties d'établissements, locaux ou ateliers où des déchets sont entreposés ou éliminés ; toutefois, il ne peuvent pénétrer dans des locaux habités qu'entre cinq heures et vingt et une heures et sous réserve de l'autorisation du juge du tribunal de police. Ainsi modifié, l'article 55 est conforme à l'article 10 de la Constitution.

<sup>65</sup> *Doc. Vlaamse Raad*, sess. 1980-1981, 131, n° 1, p. 10.

<sup>66</sup> *Doc. cons. rég. wall.*, sess. 1982-1983, 61, n° 1, pp. 6 et 7 ; ce projet a été adopté le 28 juin 1983, M.B., 2.9.1983, p. 11008.

<sup>67</sup> *Idem*, p. 6.

sur base de la théorie des pouvoirs implicites. C'est également la position adoptée par le comité de concertation saisi de ce projet sur base de l'article 18, § 3, de la loi du 9 août 1980 (68). Sans s'interroger sur la question des matières réservées (69), il a considéré que les avantages fiscaux répondent au critère «d'indispensabilité» prévu à l'article 10 car «l'adaptation à la nouvelle réalité institutionnelle des fonds destinés à la politique du logement en faveur des familles nombreuses ne peut avoir pour effet de créer des handicaps d'ordre financier par rapport à la situation que l'on connaissait avant la mutation institutionnelle» (70). Implicitement, le comité de concertation semble donc bien admettre des dérogations aux matières nationales réservées (71).

Enfin, la proposition de décret déterminant la formule du serment à prêter devant la communauté flamande (72) a fait l'objet d'un avis par lequel le Conseil d'Etat a clairement admis la possibilité de dérogations à la théorie des matières réservées. Rappelant que l'article 127 de la Constitution stipule qu'«aucun serment ne peut être imposé qu'en vertu d'une loi», il en a déduit qu'en principe seul le pouvoir législatif peut intervenir (à l'exclusion des conseils de communauté et de région), le terme «loi» visant ce pouvoir tel que défini par l'article 26 de la Constitution. Il a cité à l'appui de cette affirmation l'article 19, § 1, de la loi du 8 août 1980 qui démontre selon lui que le législateur de 1980 n'a pas eu l'intention de porter atteinte aux matières dites réservées. Cependant, après avoir réaffirmé ainsi sa position antérieure, le Conseil d'Etat y a apporté des nuances. Il a en effet admis que les matières réservées puissent faire l'objet de certaines dérogations.

<sup>68</sup> Comme le Conseil d'Etat a conclu à l'incompétence, le comité de concertation doit être saisi et doit donner, endéans les 40 jours et suivant la règle du consensus, son avis sur la question de savoir s'il y a excès de compétence.

<sup>69</sup> Contrairement au comité de concertation, J.M. Van Bol estime que la théorie des matières réservées empêche l'octroi par les communautés et les régions d'avantages fiscaux. Cette solution est confirmée selon cet auteur par l'article 12, § 2, de la loi du 9 août 1980 en vertu duquel «les conseils ne sont pas autorisés à percevoir des centimes additionnels aux autres impôts et perceptions au profit de l'Etat ni à accorder des remises sur ceux-ci». J.M. Van Bol, «Deux années d'application de la loi du 8 août 1980», *Les compétences régionales et communautaires*, Namur, Faculté de droit, 1983, p. 110.

<sup>70</sup> Avis du comité de concertation, Doc. Cons. rég. wall. session 1982-1983, 61, n° 1, p. 8 et 9.

<sup>71</sup> On peut toutefois se demander si le comité de concertation aurait admis l'octroi d'avantages fiscaux supérieurs à ceux qui sont accordés au Fonds du logement de la Ligue des familles nombreuses de Belgique. Une réponse négative pourrait faire l'objet d'une double interprétation :

- 1) l'octroi d'avantages fiscaux supplémentaires aurait pu être considéré par le comité comme non indispensable.
- 2) le comité considère que le conseil régional wallon ne peut décider lui-même des avantages fiscaux à accorder (et donc d'une matière réservée). Il doit se limiter à reprendre ce qui existe au niveau national.

<sup>72</sup> Doc. *Vlaamse Raad*, 1981-1982, 54, n° 2.

a) Une première résulte de l'article 59 bis de la Constitution qui transfère aux communautés certaines compétences en matière d'enseignement (article 59 bis, § 2, 2°) et en matière d'emploi des langues (art. 59 bis, § 3) dérogeant ainsi aux articles 17 et 23 de la Constitution qui réservent ces compétences au législateur. On peut toutefois se demander s'il s'agit là d'une véritable dérogation et si on ne se trouve pas plutôt en présence d'une modification implicite de ces deux dispositions constitutionnelles.

b) Une seconde s'applique lorsque les communautés et les régions se trouvent dans l'impossibilité d'exercer une de leurs attributions à défaut de pouvoir légiférer dans le domaine des matières réservées. Cette dérogation est donc uniquement permise lorsque le caractère indispensable de l'atteinte aux matières réservées est démontré, ce qui n'est pas le cas en l'espèce : l'établissement de la formule du serment n'est pas, selon le Conseil d'Etat, absolument nécessaire à l'exercice des compétences de la communauté flamande (73).

Il résulte de cet avis que seul l'article 10 de la loi du 8 août 1980 permet de déroger à la théorie des matières réservées. Mais, si on adopte une telle solution, ne faut-il pas a fortiori admettre que le législateur transfère par une loi votée à majorité spéciale des matières réservées aux communautés et aux régions ? Ces deux solutions n'ouvrent-elles pas la porte au dépouillement des attributions du législateur national ?

On essayera de répondre à ces questions après avoir tenté de déterminer le fondement des matières réservées.

### CHAPITRE III. CONSIDERATIONS GENERALES

#### Section I.

#### *Le fondement des matières réservées*

Certaines matières sont réservées au législateur en vertu de la Constitution. Mais ce fondement textuel n'est-il pas l'expression d'une certaine philosophie politique ? Ne sous-entend-il pas d'autres justifications ?

Certaines compétences sont en réalité réservées au législateur parce qu'elles permettent de réglementer et d'apporter des restrictions aux libertés individuelles.

Déjà en 1789, la déclaration des droits de l'homme

<sup>73</sup> Pour permettre néanmoins aux communautés et aux régions de déterminer la formule du serment, le député Beul a déposé une proposition de loi «relative à l'établissement par les communautés et les régions de la formule du serment pour les matières relevant de leurs compétences», *Doc. Parl., Chambre*, sess., 1982-1983, 542, n° 1.

et du citoyen faisait uniquement confiance à la loi «pour déterminer les bornes de la liberté, les exigences de l'ordre public, les cas et les formes dans lesquelles les atteintes à la liberté cessent d'être arbitraires» (74). Cette confiance en la loi résultait de l'application de la théorie de Jean-Jacques Rousseau selon laquelle la loi était l'expression de la volonté générale et ne pouvait être oppressive. Elle devait par conséquent être considérée comme la meilleure garantie du respect des droits individuels et était seule à même de préserver l'individu des emprises de l'exécutif. Inspiré par cette théorie, le constituant a, aux articles 7, 8, 9, 10, 11, 17, 19, 22, 23 et 128 prévu expressément l'intervention du législateur pour apporter des restrictions aux libertés individuelles. Dans le prolongement des libertés individuelles, il a également réservé au législateur le pouvoir d'établir l'impôt (art. 110) de le voter annuellement (art. 111) et d'accorder des exemptions ou modérations d'impôt (art. 112). Il a en effet estimé que «l'individu devait être protégé» par les représentants de la Nation «contre des prélèvements arbitraires» (75). Outre ces cas précis, la doctrine a déduit de la philosophie du titre II de la Constitution que si certaines limites pouvaient être établies aux libertés individuelles, elles ne pouvaient l'être que par la loi (76).

En 1970, certaines matières relevant des libertés individuelles (l'enseignement et l'emploi des langues) ont été partiellement transférées aux communautés par une révision constitutionnelle. Depuis ce transfert, elles sont réservées à ces collectivités politiques et ne peuvent plus être exercées par le législateur national. Elles sont en outre attribuées exclusivement au pouvoir communautaire décentralisé et ne peuvent être confiées par un décret d'habilitation à l'exécutif (l'article 59 bis, § 2 stipule que «les conseils règlent par décret»). Elles sont donc doublement réservées.

<sup>74</sup> J. RIVERO, *Les libertés publiques*, P.U.F., 1973, tome 1, p. 152.

<sup>75</sup> E. HUYTENS, *op. cit.*, tome IV, p. 105.

Pour P. Wigny et W. Ganshof van der Meersch, le consentement à l'impôt se justifie par le fait que l'impôt constitue une atteinte au droit de propriété des citoyens ; P. WIGNY, *Droit Constitutionnel*, Bruxelles, Bruylant, tome II, p. 828, n° 644 ; W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *op. cit.*, p. 272.

<sup>76</sup> C'est ainsi qu'elle a admis en l'absence de mention à l'article 22 de la Constitution que le législateur autorise le juge d'instruction à saisir les lettres (art. 87 et 88 du code d'instruction criminelle) ou qu'il prescrive qu'en cas de faillite les lettres adressées au failli soient remises aux curateurs qui les ouvriront (art. 478 code de commerce).

HANSENS, *Du secret des lettres*, Bruxelles, Bruylant, 1890, n° 109-116

Pandectes Belges, tome LVIII, 1897, v° Lettre n° 60-70. O. ORBAN, *Droit constitutionnel de la Belgique*, tome III, 1911, n° 173.

*Les Nouvelles*, «Lois politiques et administratives», tome I, 1935, n° 341.

D'autres matières sont réservées au législateur en application du principe de la séparation des pouvoirs. Tel qu'il a été énoncé par Montesquieu, ce principe n'établit pas une séparation rigide entre les trois pouvoirs, législatif, exécutif et judiciaire, mais autorise au contraire une collaboration entre eux (77). Montesquieu visait essentiellement à prémunir le pouvoir contre ses excès et ce, en vue de garantir les droits individuels. «C'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser ; il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites. Pour qu'on ne puisse pas abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir» (78). C'est la signification que le constituant de 1830 a donnée au principe de la séparation des pouvoirs, même s'il ne l'a pas exprimée formellement dans une disposition constitutionnelle. C'est tout spécialement en vue de se prémunir contre les excès du pouvoir exécutif qu'il a inséré dans notre Constitution certaines dispositions particulières. Il a ainsi consacré l'indépendance du pouvoir judiciaire (79) en réservant notamment au législateur la compétence de créer des tribunaux ou autres juridictions (art. 94), et celle de fixer les traitements des membres de l'ordre judiciaire (art. 102) et les cas d'incompatibilités (art. 103). De même, s'il a organisé une collaboration entre le pouvoir législatif et exécutif, il en a cependant tracé les limites en réservant au législateur l'interprétation de ses propres normes (art. 28) ainsi que l'organisation du régime électoral (art. 47, 48, 49 et 53) et en lui permettant d'exercer un contrôle sur l'action gouvernementale par le vote des budgets et des comptes (art. 115) et par le vote du contingent (art. 119) (80).

Enfin, certaines matières sont réservées au législateur en vue d'accorder une primauté à l'Etat central face aux autres collectivités politiques. Il s'agit de l'organisation des communes, des provinces, des communautés et des régions. Si chacune de ces collec-

<sup>77</sup> «Pour former un gouvernement modéré, il faut combiner les puissances, les régler, les tempérer, les faire agir, donner pour ainsi dire, un lest à l'une pour la mettre en état de résister à l'autre ...» MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, livre V, chap. XIV.

<sup>78</sup> MONTESQUIEU, *op. cit.*, Livre II, Chap. IV.

<sup>79</sup> Si lors de la révolution française, le principe de la séparation des pouvoirs visait notamment à éviter l'empiètement du pouvoir judiciaire sur l'activité gouvernementale et administrative, pour le constituant de 1830, il fallait au contraire assurer l'indépendance de la magistrature à l'égard des pouvoirs publics.

<sup>80</sup> D'autres dispositions confient exclusivement à la loi certaines compétences en vue d'éviter que la force publique soit entre les mains du gouvernement. Il s'agit du pouvoir de déterminer le mode de recrutement de l'armée (art. 118), les droits et obligations des militaires (art. 118) la privation des grades, honneurs et pensions (art. 124) l'organisation et les attributions de la gendarmerie (art. 120) et l'organisation d'une garde civique (art. 122).

tivités trouve son origine dans la Constitution, une distinction importante doit néanmoins être établie entre les communautés et les régions d'une part, les communes et les provinces d'autre part.

Les communautés et dans une moindre mesure les régions sont organisées par le constituant qui s'adresse au législateur à majorité spéciale pour parachever son oeuvre (81). L'intervention du législateur à majorité spéciale se justifie par le fait que les communautés et les régions disposent de prérogatives équipollentes à celles du pouvoir central puisqu'elles statuent par décret ayant force de loi. Cette majorité renforcée confère aux matières qui en font l'objet un caractère réservé particulier puisqu'elles ne le sont pas seulement à l'égard de l'exécutif ou d'autres collectivités politiques mais également à l'égard du législateur ordinaire (82).

Les communes et les provinces qui sont qualifiées par le constituant de pouvoirs subordonnés — elles sont soumises au contrôle de tutelle (art. 108, 6) — doivent dans une large mesure être organisées par le législateur ordinaire.

### *Section 2. Conséquences*

Après avoir tenté de déterminer le fondement des matières réservées deux questions doivent être résolues : les attributions propres du pouvoir législatif peuvent-elles être conférées à l'exécutif ? Peuvent-elles être exercées par les conseils de communauté et de région ?

#### § 1. Exercice des compétences réservées par l'exécutif

Si certaines matières sont constitutionnellement réservées à la loi, la question de savoir si elles peuvent être confiées à l'exécutif ne peut être résolue qu'en se plaçant aux différents plans qui ont été préalablement dégagés (83).

<sup>81</sup> M. Delpérée affirme que la loi à majorité spéciale «prolonge et actualise l'opération constitutionnelle». F. DELPÉRÉE, *op. cit.*, p. 75, n° 40.

<sup>82</sup> Un problème identique se pose dans la Constitution espagnole. Les matières pour lesquelles est imposée la procédure spéciale des lois organiques (quorum renforcé et nécessité d'une majorité absolue au congrès sur l'ensemble du projet) sont des matières réservées. Les relations entre les lois organiques et les lois ordinaires et entre les lois organiques et les lois régionales sont de même nature : ni les lois ordinaires ni les lois régionales ne peuvent intervenir dans le domaine des lois organiques. F. MODERNE et P. BON, *Les autonomies régionales dans la Constitution espagnole*, Paris, Economica, 1981, p. 91.

<sup>83</sup> Il importe de souligner que lorsque les termes «en vertu de la loi» sont utilisés une habilitation est possible à condition que le législateur détermine les principes essentiels. Seule la question de la validité d'une habilitation totale est dès lors liée au fondement des matières réservées.

Les matières qui sont réservées au législateur en vue de garantir les libertés individuelles ne peuvent être entièrement conférées au pouvoir exécutif. Etant donné le caractère fondamental des libertés pour le maintien de la démocratie, des restrictions ne peuvent y être apportées (du moins quant à leur principe) que par «l'organe qui représente la volonté nationale ou tout au moins la volonté de la majorité nationale (84 et 85). Une solution identique s'impose pour les libertés dont le règlement n'a pas été expressément confié au législateur. Certaines matières sont donc réservées au législateur en l'absence de tout texte.

A l'instar des premières, les matières réservées au législateur en application du principe de la séparation des pouvoirs ne peuvent être confiées à l'exécutif. Elles ont en effet pour but de réaliser un équilibre des pouvoirs en évitant notamment tout abus de l'exécutif. Les conférer à ce dernier même moyennant certains correctifs anéantirait l'objectif poursuivi.

Quant aux matières réservées au pouvoir législatif en raison de la primauté reconnue à la loi dans le cadre de l'organisation des différentes collectivités politiques, l'intervention du pouvoir exécutif doit être également exclue. Tout habilitation à ce niveau méconnaîtrait la volonté du constituant qui a confié ces matières au législateur car il est seul en mesure de prolonger l'oeuvre constitutionnelle.

On peut donc conclure qu'à l'égard de l'exécutif, la justification formelle des matières réservées (une disposition légale) correspond à son fondement réel. Cependant, l'intervention du pouvoir exécutif ne peut être totalement exclue dans ces différentes matières. Dans la mesure où le législateur a fixé les règles fondamentales qui s'imposent selon lui, il appartient au Roi, conformément à l'article 67 de la Constitution, d'en assurer l'exécution (au sens large tel qu'il a été défini par la Cour de cassation). Ce n'est que lorsque le législateur se soustrait à son obligation et se limite à autoriser le Roi à agir (éventuellement dans le cadre de principes très généraux) que les habilitations doivent être qualifiées d'inconstitutionnelles. Lorsqu'il s'agit de lois de pouvoirs spéciaux, la ratification ultérieure des arrêtés royaux ne permet pas de couvrir

<sup>84</sup> W. GANSHOF VAN DER MEERSCH, «La fonction législative en régime démocratique», *Journées interuniversitaires d'études juridiques, la production de la loi*, éd. université libre de Bruxelles, 1949, p. 28.

<sup>85</sup> Ce principe fait toutefois l'objet d'une exception : dans la matière de la police administrative, la majorité de la doctrine considère que le Roi dispose d'un pouvoir réglementaire autonome et non uniquement d'exécution. M. Wigny justifie en quelque sorte ce pouvoir autonome par l'urgence : «lorsqu'il s'agit de sécurité publique, le droit et le devoir du gouvernement est de prendre les arrêtés nécessaires même en l'absence de loi. Le peuple ne peut périr faute de texte et les textes ne peuvent tout régir à l'avance», P. WIGNY, *Droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 1962, p. 110, n° 131.

entièrement l'inconstitutionnalité puisque les arrêtés royaux sortent leurs effets pendant un certain temps avant d'être ratifiés par les chambres.

## § 2. Exercice des compétences réservées par les conseils de communauté ou de région

Avant d'examiner dans quelle mesure les compétences réservées au législateur peuvent être exercées par les communautés et les régions, il convient de constater que cette question est partiellement rejetée par certains auteurs<sup>(86)</sup> qui considèrent que le terme «loi» vise parfois également le décret. C'est notamment le point de vue de M.M. Lagasse et Remiche qui soulignent que «dans certains cas la prérogative accordée «à la loi» l'est au pouvoir législatif et peut donc être exercée par les conseils culturels (maintenant de communauté) et que dans d'autres la prérogative conférée à la loi l'est en réalité au Parlement et rend dès lors les conseils incompétents». Cependant, ces deux auteurs omettent de déterminer les critères permettant de distinguer les deux hypothèses. S'il est exact que le terme «loi» reçoit dans certains articles une signification plus large que celle retenue à l'article 26 de la Constitution, ces dispositions sont exceptionnelles<sup>(87)</sup>. On ne peut en déduire une assimilation générale du décret à la loi même si le décret a, en vertu des articles 26 bis et 59 bis, force de loi. Une telle assimilation entraînerait une extension des compétences des communautés et des régions et serait contraire à l'article 19, § 1, de la loi du 8 août 1980. Elle violerait en outre la Constitution qui établit en son article 26 que le pouvoir législatif est exercé collectivement par le Roi et les deux chambres et laisse sous-entendre en son article 59 bis, § 5, que le pouvoir décretal est exercé collectivement par le conseil et l'exécutif.

Si le terme décret ne peut être assimilé au mot «loi» il s'impose de déterminer quelles compétences dites réservées peuvent éventuellement être exercées par les communautés et les régions et par quels moyens.

### 1) Les moyens

Seules, la théorie des pouvoirs implicites et une habilitation législative, peuvent éventuellement conduire à octroyer aux communautés et aux régions des compétences réservées au législateur.

<sup>86</sup> Ch. E. LAGASSE et B. REMICHE, *op. cit.*, p. 91 ; Pour D. Déom «l'idée que le terme loi doit revêtir un sens unique dans toute la Constitution paraît difficile à soutenir au vu de l'article 6 par exemple (où il désigne toutes les normes de l'ordre juridique) ou de l'article 11 où il renvoie à tous les actes de nature législative dans les limites de leur compétence respective définie à l'article 79 de la loi spéciale»; *op. cit.*, p. 47 note 36.

<sup>87</sup> Il s'agit des articles 6 - 19 et 107.

Enoncée à l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980, la théorie des pouvoirs implicites permet aux conseils de communauté et de région d'exercer dans une certaine mesure les compétences du législateur national. Pour de nombreux auteurs<sup>(88)</sup> ce débordement de compétences ne peut cependant s'opérer que dans le domaine des matières non réservées. Leur position est confortée par l'article 19, § 1, de la loi spéciale du 8 août 1980 selon lequel «le décret règle les matières visées aux articles 4 à 11 sans préjudice des compétences que la Constitution réserve à la loi». Cependant, cette disposition ne nous paraît pas devoir être interprétée de cette manière sous peine de réduire considérablement l'utilité de la théorie des pouvoirs implicites<sup>(89)</sup>. Ne faut-il pas au contraire considérer qu'elle interdit aux communautés et aux régions d'exercer des compétences réservées au législateur sous réserve du recours à l'article 10 de la loi du 8 août 1980<sup>(90)</sup> ?

Par une habilitation expresse, le législateur à majorité spéciale peut-il confier certaines compétences réservées aux communautés et aux régions en en fixant les principes essentiels ? Si elle est autorisée lorsque la Constitution utilise les termes «en vertu de la loi», on peut se demander si cette procédure peut être également appliquée lorsque la Constitution réserve certaines compétences au législateur sur base des mots «par la loi». Deux thèses peuvent être défendues : selon une première, toute habilitation est interdite pour les matières qui doivent être réglées «par la loi» car il n'appartient pas au législateur même à majorité spéciale de modifier la Constitution ; selon une seconde, l'habilitation peut être admise pour deux raisons : d'abord, parce que la distinction entre les expressions «par la loi» et «en vertu de la loi» a initialement visé les habilitations à l'exécutif et ne doit pas nécessairement être appliquée à l'égard des communautés et des régions<sup>(91)</sup> ; ensuite, parce que si les communautés et les régions peuvent intervenir dans les domaines réservés au législateur par la théorie des pouvoirs implicites, a fortiori doit-on admettre que le législateur puisse les habiliter à régler partiellement certaines matières réservées ; en effet, alors que par le biais des pouvoirs implicites, les communautés et les régions peuvent dans un cas particulier modifier les principes

<sup>88</sup> P. DE VISSCHER, *op. cit.*, p. 265 ; M. FALLON et Y. LEJEUNE, *op. cit.*, p. 282, note 6 ; R. SENELLE et R. VAN DE VELDE, *op. cit.*, p. 293 ; J. DE MEYER, *op. cit.*, p. 204-205.

<sup>89</sup> J.M. VAN BOL, «Les matières communautaires et régionales», *J.T.*, 1981, p. 640.

<sup>90</sup> M. Mast semble admettre l'application de la théorie des pouvoirs implicites dans les matières réservées, (*op. cit.*, p. 248) ; M. Delpérée l'admet expressément dans le domaine des libertés individuelles, (*op. cit.*, p. 262).

<sup>91</sup> Cette thèse est suggérée par J.M. VAN BOL in «Deux années d'application de la loi du 8 août 1980», *Les compétences régionales et communautaires*, Namur, Faculté de droit, 1983, p. 123.

qui régissent une matière, lorsque le transfert des compétences est le résultat d'une habilitation législative, elles doivent agir dans le cadre des limites fixées par le législateur ; de plus, leur intervention dépend de la volonté du pouvoir législatif qui accepte délibérément de se dessaisir partiellement de certaines compétences tandis que, par la théorie des «implied powers», elle est le fruit de leur propre décision. Si cette seconde thèse peut être admise, son application doit être modalisée. Sans procéder déjà à la détermination des compétences réservées qui en raison de leur fondement peuvent être exercées par les communautés et les régions (point 2 infra), il faut toutefois constater que les matières qui peuvent être partiellement attribuées aux communautés par le législateur à majorité spéciale sont limitées. En effet, comme les compétences communautaires sont définies à l'article 59 bis de la Constitution, seules sont permises les habilitations se rapportant aux matières qui peuvent s'intégrer dans l'une des catégories visées par cette disposition constitutionnelle et qui n'en sont pas expressément exclues. Cette double condition ne s'applique toutefois pas aux compétences qui relèvent de l'ordre des moyens ou des procédés telles que le pouvoir d'établir des peines ou celui de poursuivre des expropriations (92).

## 2) Les compétences

Si certaines techniques permettent aux communautés et aux régions d'exercer des compétences dans le domaine des matières réservées, encore faut-il déterminer quelles matières réservées peuvent en être l'objet. A cette fin, il convient de reprendre leur triple fondement.

### a) Les matières visant à garantir la liberté individuelle

Etant donné que ces différentes matières ont été en 1830 réservées au législateur national en tant qu'assemblée représentative de la nation (93) rien ne s'oppose à ce qu'elles soient aujourd'hui confiées aux conseils de communauté ou de région qui sont également des assemblées représentatives (94) et offrent à ce titre

<sup>92</sup> Sur les matières réservées qui relèvent de l'ordre des moyens, J.M. VAN BOL, «Les matières communautaires et régionales», *J. T.*, 1981, p. 640.

<sup>93</sup> Certaines (à savoir la police administrative) ont été également confiées aux conseils communaux et provinciaux.

<sup>94</sup> Le conseil de la communauté française comprend les députés et sénateurs élus directement et faisant partie du groupe linguistique français. Le conseil régional wallon est composé des députés et sénateurs des groupes linguistiques français élus directement dans les provinces du Hainaut, de Liège, de Luxembourg et de Namur ainsi que les élus directs de l'arrondissement de Nivelles. Le conseil flamand (fusion des conseils de communauté et de région) est formé des députés et des sénateurs élus directement appartenant au groupe linguistique néerlandais.

les mêmes garanties que le législateur national. Cette solution avait d'ailleurs déjà été admise en 1969 par le ministre des relations communautaires qui avait affirmé que «même si le terme «loi» utilisé à l'article 17 de la Constitution vise uniquement le pouvoir législatif, au sens de l'article 26, rien dans son interprétation n'empêche le législateur de déléguer certains pouvoirs en matière d'enseignement aux conseils de sénateurs» (95). Cependant, si, en raison de leur fondement, ces matières ne doivent plus être qualifiées de réservées, leur maîtrise par les communautés et les régions ne peut être totale. En effet, d'une part, la théorie des pouvoirs implicites ne permet qu'une immixtion limitée et ponctuelle dans les compétences du législateur national : ce n'est que lorsqu'elle est indispensable à l'exercice des attributions des communautés et des régions qu'une telle intervention est possible et à condition qu'elle ne soit pas prohibée par une disposition légale expresse (96). D'autre part, si les communautés et les régions peuvent dans certains cas être habilitées à régler des matières réservées, ce n'est que dans le cadre des principes préalablement définis par le législateur.

### b. Les matières réservées en application du principe de la séparation des pouvoirs

Ce deuxième fondement des matières réservées doit recevoir une interprétation différente dans le cadre de la problématique de l'exercice de certaines compétences réservées par les communautés et les régions. Si la séparation des pouvoirs justifie que le législateur conserve la maîtrise de certaines matières, c'est sans doute en vue de garantir son indépendance à l'égard de l'exécutif mais aussi pour assurer dans certains cas l'unité de la législation. Cette exigence d'unité serait mise en péril si les communautés ou les régions s'immisciaient dans ces différentes matières, que ce soit par la théorie des pouvoirs implicites ou par une ha-

<sup>95</sup> *Doc. Parl., Sénat*, sess. 1969-1970, 402, p. 21.

<sup>96</sup> L'intervention des communautés et régions par le recours à la théorie des pouvoirs implicites est expressément exclue par l'article 12, § 2, de la loi du 9 août 1980. En vertu de cette disposition, «les conseils ne sont pas autorisés à percevoir des centimes additionnels aux autres impôts et perceptions au profit de l'Etat ni à accorder des remises sur ceux-ci». Cette interdiction se justifie par la volonté de maintenir une certaine cohérence dans la fiscalité nationale et par le souci d'éviter de nuire aux recettes de l'Etat (voir à ce sujet J.M. VAN BOL, *Politique économique et pouvoir régional*, Louvain-la-Neuve, Ciaco, 1982, p. 119). On peut toutefois se demander si l'article 12, § 2, de la loi du 9 août 1980 empêche les communautés et les régions d'accorder sur base de la théorie des pouvoirs implicites les mêmes remises que celles qui étaient octroyées par l'Etat lorsque la matière relevait de sa compétence. Ne faut-il pas constater que, dans un tel cas, la décision d'octroyer des remises n'émane pas véritablement des conseils et qu'elle ne porte dès lors pas atteinte aux recettes de l'Etat? Ne doit-on pas interpréter de cette manière l'avis du comité de concertation concernant le projet de décret relatif au Fonds du logement des familles nombreuses de Wallonie?

bilitation législative. Cependant, lorsqu'elle ne s'impose pas, rien n'empêche les communautés et les régions d'intervenir dans ces divers domaines.

*c. Les matières réservées sur base de la primauté du législateur dans l'organisation institutionnelle de l'Etat*

Si l'on veut maintenir cette primauté du législateur national, ces différentes matières doivent garder leur caractère réservé. Une distinction doit cependant être établie entre les compétences relatives à l'organisation des communautés et des régions (au sens large) et celles qui concernent les institutions provinciales et communales.

Les premières doivent être entièrement réservées au législateur statuant à majorité spéciale. En effet, si le constituant n'a pas voulu les confier au législateur ordinaire, il faut à fortiori exclure l'intervention des communautés et des régions. Cette exclusion se justifie en outre par le fait que dans notre système constitutionnel il n'appartient pas aux collectivités de s'organiser elles-mêmes.

Les secondes nous semblent devoir être uniquement réservées au législateur national quant à l'établissement des principes essentiels. Il en résulte que les régions et dans une certaine mesure les communautés peuvent se voir confier certaines compétences en la matière par une habilitation législative. Telle est d'ailleurs la solution adoptée par l'article 46 de la loi du 9 août 1980. En revanche, l'application de la théorie des pouvoirs implicites semble devoir être exclue. En

effet, même si par ce biais l'intervention des collectivités régionales et communautaires est limitée, elle peut néanmoins conduire dans un cas particulier à une modification des principes qui régissent la matière.

## CONCLUSION

L'heure est venue de répondre à notre question initiale : les matières réservées au législateur constituent-elles réellement une notion de droit constitutionnel ? Une réponse affirmative s'impose : d'abord, parce que les matières réservées se fondent sur un texte ; les expressions utilisées par la Constitution, que ce soit, «que par la loi», «par la loi», «la loi» ou «en vertu de la loi» reflètent la volonté du constituant de confier certaines matières au législateur, même si elles laissent à l'origine planer des incertitudes quant aux possibilités d'habilitation ; ensuite, parce qu'au-delà des textes, la théorie des matières réservées répond à des exigences plus fondamentales à savoir, assurer le respect des libertés individuelles, garantir l'application du principe de la séparation des pouvoirs et maintenir la primauté du législateur dans l'organisation des différentes collectivités politiques. Une réserve cependant : le monopole du législateur dans le domaine des matières réservées peut être affecté par les interventions d'autres autorités à condition que les fondements mêmes de sa compétence exclusive soient en toutes circonstances respectés.