

Les choix légistiques du Constituant comme limites formelles au contrôle de la Cour constitutionnelle

Mémoire réalisé par
Nicolas Bernard

Promotrice
Sophie Weerts

Année académique 2017-2018
Master en droit

Le plagiat entraîne l'application des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens de l'UCL.

Il y a lieu d'entendre par « plagiat », l'utilisation des idées et énonciations d'un tiers, fussent-elles paraphrasées et quelle qu'en soit l'ampleur, sans que leur source ne soit mentionnée explicitement et distinctement à l'endroit exact de l'utilisation.

La reproduction littérale du passage d'une oeuvre, même non soumise à droit d'auteur, requiert que l'extrait soit placé entre guillemets et que la citation soit immédiatement suivie de la référence exacte à la source consultée.*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une oeuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette oeuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

Je tiens à remercier :

*Madame Sophie Weerts, ma promotrice,
pour ses conseils, sa disponibilité,
et pour m'avoir poussé dans mes derniers retranchements rédactionnels,
tant d'un point de vue formel que de fond ;*

*Messieurs Frédéric Bouhon, Paul Martens et Marc Verdussen,
pour leur regard avisé et critique sur la jurisprudence constitutionnelle ;*

*Madame Delphine de Jonghe,
pour son aide précieuse quand à la méthodologie juridique ;*

*Monsieur Pierre-Olivier de Broux,
pour son regard d'historien sur les travaux du Congrès national ;*

*ainsi que mes parents,
pour le temps qu'ils ont consacré à relire ce mémoire.*

Le corps politique, aussi bien que le corps de l'homme, commence à mourir dès sa naissance et porte en lui-même les causes de sa destruction. Mais l'un et l'autre peut avoir une constitution plus ou moins robuste et propre à la conserver plus ou moins longtemps. La constitution de l'homme est l'ouvrage de la nature ; celle de l'Etat est l'ouvrage de l'art.

Il ne dépend pas des hommes de prolonger leur vie, il dépend d'eux de prolonger celle de l'Etat aussi loin qu'il est possible, en lui donnant la meilleure constitution qu'il puisse avoir. Le mieux constitué finira, mais plus tard qu'un autre, si nul accident imprévu n'amène sa perte avant le temps.

J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, livre III, chapitre XI.

TABLE DES MATIERES

Introduction.....	1
Titre I. Objet et limites formelles du contrôle de la Cour constitutionnelle.....	6
Chapitre I. La loi, objet du contrôle.....	6
Section 1. Les auteurs de la loi	6
§1. Les législateurs belges.....	6
§2. Le caractère non rationnel des législateurs	7
Section 2. L'autorité de contrôle de la loi.....	9
§1. Les normes contrôlées.....	9
§2. Les normes de contrôle	11
Chapitre II. Les autres actes normatifs, limites au contrôle.....	12
Section 1. Les actes réglementaires	12
§1. L'auteur de l'acte réglementaire	12
§2. L'autorité de contrôle de l'acte réglementaire	13
A. Le Conseil d'Etat ou les cours et tribunaux.....	13
B. Le cas de la reprise par le règlement d'un choix du texte législatif	14
Section 2. Les actes constitutants.....	15
§1. L'auteur des actes constitutants.....	15
§2. L'absence de contrôle des actes constitutants	16
A. L'incompétence de la Cour constitutionnelle et ses raisons.....	16
B. Le cas de la reprise par la loi d'un choix du texte de la Constitution.....	18
Titre II. L'extension des limites formelles du contrôle de la Cour et son implication	23
Chapitre I. La technique de constitutionnalisation de la loi	23
Section 1. La naissance et l'évolution de la technique	23
§1. L'arrêt n° 18/90 du 23 mai 1990	24
§2. L'arrêt n° 3/2001 du 25 janvier 2001	25
§3. Les arrêts de 2014 et 2015	26
Section 2. Les effets de la technique.....	28
Chapitre II. L'explication politique de la technique de constitutionnalisation.....	30
Section 1. La fonction politique de la loi.....	31
Section 2. Le rôle politique des juges constitutionnels.....	32
§1. Du self-restraint au judicial pragmatism	32

§2. Application à la jurisprudence de la Cour	33
Chapitre III. L'impact pratique de la constitutionnalisation	36
Section 1. Sur le parlementaire	36
§1. L'évitement de la procédure de révision constitutionnelle	36
A. Par l'adoption d'une loi ordinaire.....	36
B. Par l'adoption d'une loi spéciale	38
§2. Les conséquences de l'évitement pour le parlementaire.....	40
A. Sur sa fonction constituante.....	40
B. Sur la responsabilité internationale de l'Etat	41
Section 2. Sur le justiciable.....	44
§1. L'absence de protection juridictionnelle	44
§2. Le rôle de la juridiction constitutionnelle	45
Titre III. Les mécanismes alternatifs à la limitation formelle du contrôle de la Cour.....	47
Chapitre I. Le recours au juge civil.....	47
Section 1. Les critères de mise en cause de la responsabilité aquilienne du législateur...48	
Section 2. Le caractère envisageable de l'application de la responsabilité aquilienne aux choix du Constituant	49
§1. Les avantages pour le justiciable et le parlementaire	49
§2. Le principe de séparation des pouvoirs comme obstacle	51
Chapitre II. Le développement de la technique du contrôle marginal	53
Section 1. La notion de contrôle marginal en droit belge	53
§1. Le contrôle marginal : une application du judicial pragmatism.....	53
§2. Dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle	54
§3. Dans la jurisprudence du Conseil d'Etat.....	55
Section 2. Le caractère envisageable de l'application aux choix du Constituant	56
§1. Les avantages pour le justiciable et le parlementaire.....	57
§2. La pression politique comme obstacle	58
Conclusion	60
Bibliographie	65
Index.....	85
Annexes	87

Annexe I. Recensement exhaustif des lois immunisées par la Cour constitutionnelle pour cause de choix du Constituant mentionne dans les travaux préparatoires	87
Annexe II. Reprise des figures n° 1 et 2 développées dans le travail.....	91
Annexe III. Echange de mails avec Mr P. Martens, président émérite de la Cour constitutionnelle	93

INTRODUCTION

Aujourd'hui, le contrôle de constitutionnalité de la loi est devenu un élément majeur du patrimoine constitutionnel européen. A de rares exceptions près, l'ensemble des pays d'Europe connaît un mécanisme qui permet de contrôler la conformité de la norme législative au texte constitutionnel¹. Cette vision actuelle de la loi est étrangère à la pensée dominante du XVIII^{ème} siècle : l'acte législatif était considéré comme expression de la volonté générale, et par conséquent, non contrôlable². C'est à H. KELSEN que l'on doit l'introduction d'un tel contrôle³, qui s'est ensuite répandu en Europe par vagues successives⁴.

Il convient toutefois de s'interroger sur la portée du terme « loi ». Qui contrôle la constitutionnalité de la loi en Belgique ? La réponse semble aisée pour tout juriste : la Cour constitutionnelle, bien évidemment ! La réalité du système juridique belge est néanmoins plus complexe. Si l'on entend par « loi » la loi *formelle*, l'on fait référence à une norme adoptée

¹ M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 59 et 60. Les Pays-Bas et le Royaume-Uni ne connaissent par exemple pas de contrôle de constitutionnalité des lois.

² R. BEAUTHIER et P.-O. DE BROUX, « Le regard des historiens sur les sources du droit : sources du droit, sources du pouvoir ? », *Les sources du droit revisitées*, v. 4, sous la direction de I. Hachez *et al.*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2012, p. 736. Voy. ce qu'en dit J.-J. ROUSSEAU dans son *Contrat social* (livre IV, chapitre II) : « la volonté constante de tous les membres de l'Etat est la volonté générale : c'est par elle qu'ils sont citoyens et libres. Quand on propose une loi dans l'assemblée du peuple, ce qu'on leur demande n'est pas précisément s'ils approuvent la proposition ou s'ils la rejettent, mais si elle est conforme ou non à la volonté générale qui est la leur : chacun en donnant son suffrage dit son avis là-dessus, et du calcul des voix se tire la déclaration de la volonté générale. Quand donc l'avis contraire au mien l'emporte, cela ne prouve autre chose sinon que je m'étais trompé, et que ce que j'estimais être la volonté générale ne l'était pas » (J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, 15^{ème} éd., Paris, Le Livre de Poche, 1992, p. 184).

³ H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle) », *Rev. dr. pub.*, 1928, pp. 197 à 257. « C'est l'annulation de l'acte inconstitutionnel qui représente la garantie principale et la plus efficace de la Constitution » (p. 221). « Ce n'est (...) pas sur le Parlement lui-même que l'on peut compter pour réaliser sa subordination à la Constitution. C'est un organe différent de lui, indépendant de lui et par conséquent aussi de toute autre autorité étatique qu'il faut charger de l'annulation des actes inconstitutionnels, c'est-à-dire une juridiction ou un tribunal constitutionnel » (p. 223). Notons que si l'idée du contrôle de constitutionnalité n'a émergé qu'au XX^{ème} siècle en Europe, elle était présente dès le XVIII^{ème} siècle aux Etats-Unis. Dans le *Federalist Paper n° 78*, A. HAMILTON écrivait que « No legislative act, therefore, contrary to the Constitution, can be valid. To deny this, would be to affirm, that the deputy is greater than his principal; that the servant is above his master; that the representatives of the people are superior to the people themselves; that men acting by virtue of powers, may do not only what their powers do not authorize, but what they forbid ». « The interpretation of the laws is the proper and peculiar province of the courts. A constitution is, in fact, and must be regarded by the judges, as a fundamental law. It therefore belongs to them to ascertain its meaning, as well as the meaning of any particular act proceeding from the legislative body. If there should happen to be an irreconcilable variance between the two, that which has the superior obligation and validity ought, of course, to be preferred; or, in other words, the Constitution ought to be preferred to the statute, the intention of the people to the intention of their agents » (A. HAMILTON, « N° 78 : The Judiciary Department », *The Federalist Papers*, A. Hamilton, J. Madison, J. Jay, New York, Signet classic, 2003, pp. 466).

⁴ M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, *op. cit.*, pp. 52 à 59.

par le Pouvoir législatif, en général par une assemblée démocratiquement élue⁵. Dans ce cas, il revient effectivement à la Cour constitutionnelle d'en contrôler la conformité à la Constitution⁶.

Néanmoins, si l'on considère le terme « loi » comme faisant référence à la loi *matérielle*, l'on se réfère à une règle de l'autorité publique à portée normative, c'est-à-dire générale, impersonnelle, abstraite et permanente, d'où découle son caractère obligatoire⁷. Cette catégorie regroupe bien évidemment les lois au sens formel du terme – pourvu qu'elles aient un contenu normatif – mais également les actes administratifs à portée réglementaire ainsi que la Constitution⁸. Dans ce cadre, si l'auteur de la norme n'a aucune incidence sur le qualificatif « matériel »⁹, il détermine toutefois le juge compétent pour contrôler l'acte par rapport à la Constitution. Dans le cadre des présents développements, on se limitera aux normes adoptées par les pouvoirs constituant, législatif et exécutif. Le terme « pouvoir » est ici entendu au sens organique, soit comme l'organe – ou l'ensemble d'organes – qui adopte un acte à portée normative. Le pouvoir est défini en référence à son auteur, et pas par rapport à la fonction exercée par tel ou tel organe (une telle définition correspondrait à une conception fonctionnelle du pouvoir)¹⁰.

Analysons brièvement l'autorité de contrôle de ces différents pouvoirs¹¹. Les lois formelles à portée matérielle émanent du Pouvoir législatif. Leur constitutionnalité est contrôlée par la Cour constitutionnelle. Les actes administratifs à portée réglementaire sont adoptés par le Pouvoir exécutif. Ils sont contrôlés par le Conseil d'Etat ainsi que les cours et tribunaux en application de l'article 159 de la Constitution¹². Enfin, la Constitution elle-même est adoptée et révisée par le Pouvoir constituant. Elle ne connaît pas de contrôle de constitutionnalité¹³ (voy. *infra*). Selon le principe de séparation des pouvoirs ainsi que la hiérarchie des normes

⁵ Y. LEJEUNE, *Droit constitutionnel belge : fondements et institutions*, 3^{ème} éd., Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 112 et 113 ; C. BEHRENDT et F. BOUHON, *Introduction à la théorie générale de l'Etat*, 3^{ème} éd., Bruxelles, Larcier, 2014, p. 236.

⁶ M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, *op. cit.*, pp. 102 à 104.

⁷ Y. LEJEUNE, *op. cit.*, 3^{ème} éd., p. 112 ; P. POPELIER, « La loi aujourd'hui (le principe de légalité) », *Les sources du droit revisitées*, v. 2, sous la direction de I. Hachez *et al.*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2012, p. 21.

⁸ Dans ce travail, nous considérerons la Constitution comme une loi au sens matériel du terme. Le texte constitutionnel est en effet adopté par une autorité publique (le Pouvoir constituant), il est également général, abstrait et permanent.

⁹ P. POPELIER, *op. cit.*, p. 21.

¹⁰ J. VELU, *Notes de droit public*, v. 2, Bruxelles, Presses universitaires de Bruxelles, 1981, p. 81.

¹¹ Il y sera revenu en détail *infra*.

¹² M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, *op. cit.*, pp. 75 à 81.

¹³ M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, *ibidem*, pp. 103 et 104.

en droit belge, le Pouvoir constituant prime sur les pouvoirs législatif et exécutif (mais aussi sur le Pouvoir judiciaire, les juges administratifs et les juges constitutionnels). Le Pouvoir législatif prime quant à lui sur le Pouvoir exécutif¹⁴.

Le terme de « Constitution » doit également être précisé. Comme la loi, la Constitution connaît un sens formel ainsi qu'un sens matériel. Au sens *formel*, il s'agit de « l'ensemble des normes situées au sommet de la hiérarchie d'un ordre juridique »¹⁵. Cette conception englobe l'ensemble des articles de la Constitution belge, adoptés par le Pouvoir constituant originaire ou le Pouvoir constituant dérivé, dans le respect de l'article 195 de la Constitution¹⁶. Au sens *matériel*, il s'agit de « l'ensemble des règles les plus importantes ou les plus fondamentales d'un Etat »¹⁷. En Belgique, il s'agit notamment de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980¹⁸, ou encore des textes relatifs aux partis politiques¹⁹. Puisque la conception matérielle de la Constitution coïncide pour partie avec la conception matérielle de la loi, l'on entend sous le vocable « Constitution » la conception formelle de la Constitution, de sorte à en faire une sous-catégorie de loi matérielle, au même titre que la loi formelle et que les actes à portée réglementaire.

Pour résumer, l'organisation juridictionnelle du contrôle de constitutionnalité des actes normatifs en Belgique est simple : à chaque acte adopté par un pouvoir correspond un juge ou non, à la manière de trois cercles qui n'interagissent pas.

¹⁴ F. DELPEREE et F. TULKENS, « La création de la Cour d'arbitrage », *La Cour d'arbitrage*, sous la direction de F. Delpérée, Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 52.

¹⁵ H. DUMONT, « La Constitution : la source des sources tantôt renforcée, tantôt débordée », *Les sources du droit revisitées*, v. 4, sous la direction de I. Hachez *et al.*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2012, p.107.

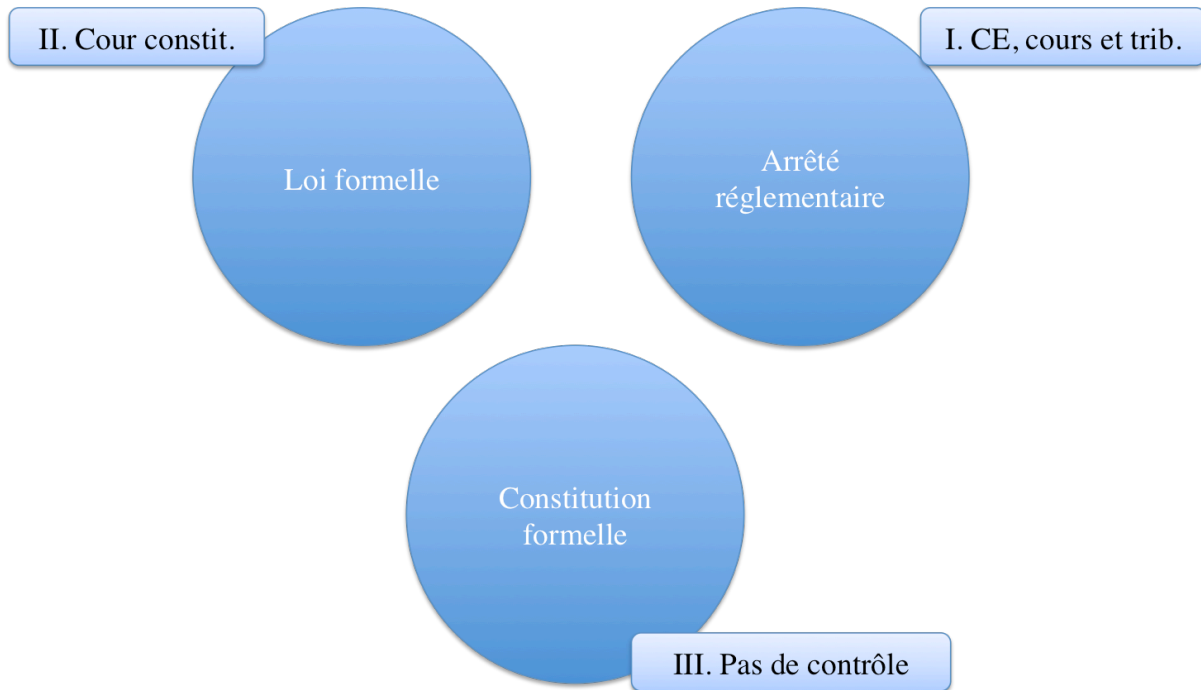
¹⁶ C. BEHRENDT et F. BOUHON, *op. cit.*, 3^{ème} éd., pp. 204 et 205.

¹⁷ H. DUMONT, « La Constitution : la source des sources tantôt renforcée, tantôt débordée », *op. cit.*, p. 105.

¹⁸ Loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, *M.B.*, 15 août 1980.

¹⁹ C. BEHRENDT et F. BOUHON, *op. cit.*, 3^{ème} éd., p. 205.

Figure 1. Les trois cercles du contrôle de constitutionnalité de la loi matérielle



La compétence du Conseil d'Etat, des cours et tribunaux et de la Cour constitutionnelle est par conséquent limitée formellement par l'auteur de l'acte normatif²⁰. Néanmoins, l'étude du système juridique belge révèle certaines anomalies dans ce schéma : il arrive qu'un acte relevant du cercle II semble être absorbé par le cercle III. La loi échappe au contrôle naturel de la Cour constitutionnelle, et ce faisant à tout contrôle. Tel est le cas lorsque le législateur reprend dans une norme législative un choix effectué par le Pouvoir constituant lui-même. La Cour ne s'estime alors « pas compétente pour se prononcer sur une différence de traitement ou sur la limitation d'un droit fondamental qui résulte d'un choix que le Constituant a lui-même opéré »²¹. Ce choix peut formellement résider dans le texte de la Constitution ou dans le texte des travaux préparatoires de révision constitutionnelle. La préférence pour l'un ou l'autre relève d'un choix légistique du Pouvoir constituant.

²⁰ H. SIMONART, « Le contrôle exercé par la Cour d'arbitrage », *La Cour d'arbitrage*, sous la direction de F. Delpérée, Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 124.

²¹ C.C., 19 novembre 2015, n° 161/2015, cons. B.12.

Pour comprendre ce phénomène de réduction apparente de la compétence de la Cour, il convient tout d'abord de délimiter précisément l'objet ainsi que les limites formelles de son contrôle, soit l'ensemble des actes relevant du cercle I. Cette opération nécessite de déterminer les deux autres cercles (TITRE I). Ensuite, l'extension éventuelle de ces limites par la technique du « choix du Constituant » pourra être développée. La jurisprudence de la Cour constitutionnelle montre que ce mouvement s'est opéré par vagues successives. Son impact sur le plan pratique n'est par ailleurs pas à négliger (TITRE II). Enfin, l'on analysera dans quelle mesure des mécanismes alternatifs permettraient de réintroduire un contrôle sur les actes législatifs qui y échappent en l'état actuel de la jurisprudence (TITRE III).

TITRE I. OBJET ET LIMITES FORMELLES DU CONTROLE DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Définir l'objet du contrôle de la Cour constitutionnelle constitue un préalable obligatoire à l'analyse de l'extension des limites de ce dernier par la technique du choix du Constituant. Plus précisément, il convient d'une part d'en délimiter les limites internes (Chapitre I), soit les actes dont la Cour peut connaître ; et d'autre part de déterminer les limites externes, soit les actes qui ne relèvent pas du contrôle de constitutionnalité de la juridiction constitutionnelle belge (Chapitre II).

Chapitre I. La loi, objet du contrôle

Aux termes de l'article 142 de la Constitution, la Cour constitutionnelle exerce un contrôle de constitutionnalité des lois, décrets et ordonnances²². Avant d'analyser l'étendue de ce contrôle (Section 2), il est nécessaire d'identifier avec précision les auteurs de ces actes, soit les différents organes exerçant le Pouvoir législatif (Section 1).

Section 1. Les auteurs de la loi

En droit constitutionnel belge, plusieurs autorités ont reçu par la Constitution ou la jurisprudence le pouvoir d'adopter des actes ayant valeur de loi au sens formel du terme (§1), dont la constitutionnalité est contrôlée par la Cour (voy. section 2). Sur le plan philosophique, ce contrôle n'a toutefois été rendu possible que moyennant un changement de perspective quant au caractère rationnel de ces différents auteurs (§2).

§1. Les législateurs belges

Deux types d'autorités publiques ont reçu de la Constitution le pouvoir d'édicter des actes ayant force de loi : le Pouvoir législatif fédéral, d'une part, et le Pouvoir décretaal et ordonnanciel fédéré, d'autre part. Le premier est exercé collectivement par le Roi, la Chambre et le Sénat²³, tandis que le second est exercé par les différents parlements des régions et

²² Const., art. 142, al. 2.

²³ Const., art. 36.

communautés²⁴⁻²⁵. La jurisprudence de la Cour de cassation a quant à elle reconnu valeur de loi aux arrêtés-lois du temps de guerre, adoptés par le Pouvoir *exécutif* fédéral durant les deux conflits mondiaux (le Roi Albert durant la Première Guerre mondiale²⁶ et le Conseil des ministres durant la Seconde²⁷)²⁸. Le Pouvoir exécutif fédéral apparaît, dans certaines circonstances reconnues par la Cour de cassation, comme la troisième autorité disposant du pouvoir d'adopter une norme législative.

Il se peut également que le Pouvoir législatif – fédéral ou décentralisé²⁹ – confirme un arrêté royal ou de gouvernement « de pouvoirs spéciaux ». Le système des pouvoirs spéciaux permet au Pouvoir exécutif d'adopter des règlements qui ont valeur législative (ils peuvent donc modifier, compléter ou abroger les dispositions légales). Le législateur doit lui conférer cette faculté au moyen d'une loi, dite « de pouvoirs spéciaux »³⁰. Lorsque la Constitution réserve la matière faisant l'objet des pouvoirs spéciaux au législateur, la loi de pouvoirs spéciaux impose que les arrêtés royaux soient confirmés ultérieurement par le Pouvoir législatif³¹, bien que désormais, la plupart des normes législatives de pouvoirs spéciaux imposent la ratification, peu importe la matière³². En cas de ratification, l'arrêté royal devient rétroactivement une loi³³, bien que formellement élaboré par le Pouvoir exécutif.

§2. Le caractère non rationnel des législateurs

Les trois différents législateurs adoptent des lois sujettes à un contrôle de constitutionnalité ultérieur de la Cour constitutionnelle³⁴. Tel n'était toutefois pas le cas au début de l'Etat

²⁴ Const., art. 127, §2, 128, §2, 129, §2, 130, §2, 134, al. 2 et 138, al. 3 ; loi spéciale précitée du 8 août 1980, art. 19, §2.

²⁵ Y. LEJEUNE, *op. cit.*, 3^{ème} éd., pp. 111 et 112. Les ordonnances bruxelloises possèdent un statut particulier pour certains auteurs. Voy. Y. LEJEUNE, *ibidem*, pp. 118 à 120, *contra* M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 110.

²⁶ Arrêtés-lois « du Havre ».

²⁷ Arrêtés-lois « de Londres ».

²⁸ Y. LEJEUNE, *op. cit.*, 3^{ème} éd., pp. 117 et 118 ; Cass., 27 mai 1946, *Pas.*, 1946, I, p. 222 ; Cass., 14 mai 1945, *Pas.*, 1945, I, p.16 ; Cass., 11 décembre 1944, *Pas.*, 1944, I, p. 65 ; Cass., 27 avril 1920, *Pas.*, 1920, I, p. 124 ; Cass., 18 février 1920, *Pas.*, 1920, I, p. 62 ; Cass., 4 juin 1919, *Pas.*, 1919, I, p. 97 ; Cass., 11 février 1919, *Pas.*, 1919, I, p. 9 ; Cass., 30 décembre 1918, *Pas.*, 1919, I, p. 47.

²⁹ M. LEROY, « Les pouvoirs spéciaux en Belgique », *A.P.T.*, 2014, pp. 502 et 503.

³⁰ Y. LEJEUNE, *op. cit.*, 3^{ème} éd., p. 657.

³¹ M. LEROY, *op. cit.*, p. 490.

³² Y. LEJEUNE, *op. cit.*, 3^{ème} éd., p. 666.

³³ D. BATSELE, T. MORTIER et M. SCARCEZ, *Initiation au droit constitutionnel*, 2^{ème} éd., Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 291 ; J. JAUMOTTE et E. THIBAUT, *Le Conseil d'État de Belgique - Volume 1^{er}*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 759.

³⁴ Voy. Section 2.

belge : la naissance de cette juridiction est liée à l'avènement du fédéralisme en Belgique³⁵. Pour cette raison, et comme le précisèrent les accords du Stuyvenberg, elle n'était initialement pas une juridiction constitutionnelle. Elle était une Cour d'arbitrage, destinée à arbitrer les conflits entre l'autorité fédérale et les entités fédérées³⁶. Ce n'est qu'au fil des réformes³⁷ qu'elle est devenue une véritable juridiction constitutionnelle³⁸.

Avant l'avènement du contrôle de constitutionnalité de la loi, les différents législateurs étaient considérés comme rationnels³⁹. Par « rationalité du législateur », F. OST entend « le fait que le législateur est cohérent, prévoyant, équitable, qu'il adapte au mieux les moyens aux fins, qu'il ne fait rien d'inutile »⁴⁰. Plus précisément, l'auteur dégage six attributs essentiels à cette rationalité. Tout d'abord, le législateur ne se contredit pas (1). Ensuite, il respecte la Constitution (2) et il adapte les moyens utilisés aux fins poursuivies (3). Enfin, législateur est également considéré comme ne faisant rien d'inutile (4), comme équitable (5) et comme n'étant pas fondamentalement imprévoyant (6)⁴¹. Ces différents attributs découlent d'un postulat, soit une vérité qu'on ne saurait remettre en doute et dont la légitimité ne peut être contestée⁴².

Ce postulat n'est plus compatible avec le contrôle de constitutionnalité. A titre d'exemple, l'attribut selon lequel le législateur respecte la Constitution contredit le principe-même de ce contrôle, puisqu'il consiste précisément à vérifier si le Pouvoir législatif a respecté les différents articles constitutionnels. De même, l'affirmation selon laquelle ce dernier adapte les moyens utilisés aux fins poursuivies contredit le contrôle de proportionnalité, au terme duquel la Cour vérifie si un rapport raisonnable de proportionnalité unit les moyens employés au but

³⁵ P. MARTENS, « Le métier de juge constitutionnel », *La saisine du juge constitutionnel. Aspects de droit comparé*, sous la direction de F. Delpérée et P. Foucher, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 29.

³⁶ Projet de loi portant l'organisation, la compétence et le fonctionnement de la Cour d'arbitrage, rapport fait au nom de la commission de la révision de la Constitution et de la réforme des institutions par Mme Herman-Michielsens et M. Lallemand, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1981-1982, n° 246/2, pp. 6 à 8 ; A. ALEN, « Twintig jaar grondwettigheidscontrole op wetgevende normen: krachtlijnen van de rechtspraak van het Arbitragehof van 1985 tot en met 2004 », *Twintig jaar Arbitragehof*, sous la direction de A. Alen, Malines, Kluwer, 2005, p. 5.

³⁷ Pour un aperçu rapide des différentes réformes, voyez M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle, op. cit.*, pp. 62 à 73 ; A. ALEN, *ibidem*, pp. 5 à 18.

³⁸ Proposition de révision de l'article 142, alinéa 1er, de la Constitution, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2004-2005, n° 3-1052/1, p. 1.

³⁹ M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle, op. cit.*, p. 60.

⁴⁰ F. OST, « L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur », *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, sous la direction de M. van de Kerchove, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1978, p. 109.

⁴¹ F. OST, *ibidem*, pp. 163 à 175.

⁴² A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 2^{ème} éd., Paris, P.U.F., 2006, p. 447.

visé par le législateur⁴³. Enfin, le postulat selon lequel il est équitable heurte le contrôle opéré par la Cour à l'aune des articles 10 et 11 de la Constitution, selon lequel des personnes dans une situation comparable doivent être traitées de manière semblable⁴⁴. En introduisant un contrôle de constitutionnalité, le Pouvoir législatif fédéral a mis fin au postulat de rationalité des législateurs belges. Mais la fin de ce postulat était également une condition à l'introduction du contrôle : ils ne peuvent être contrôlés qu'une fois qu'ils ne sont plus postulés comme rationnels, puisque l'essence-même d'un postulat est de ne pas être remis en doute⁴⁵. L'idée de rationalité d'un Pouvoir n'a toutefois pas totalement disparue du paysage juridique. On y reviendra.

Section 2. L'autorité de contrôle de la loi

Le contrôle des actes adoptés par les différents législateurs s'opère par la Cour constitutionnelle. En ayant identifié leur auteur, il est à présent possible d'identifier l'ensemble des normes législative soumises au contrôle de la Cour (§1). Ensuite, l'on analysera à l'aune de quelles dispositions constitutionnelles cette juridiction opère son examen de constitutionnalité (§2).

§1. Les normes contrôlées

Tant la Constitution⁴⁶ que la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle⁴⁷ confient à la Cour la mission de contrôler la constitutionnalité des normes législatives. Il découle de la jurisprudence de la Cour que toutes les normes adoptées par les trois législateurs susmentionnés relèvent de sa compétence.

⁴³ M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 128.

⁴⁴ M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, *ibidem*, pp. 126 et 127.

⁴⁵ A. LALANDE, *op. cit.*, p. 447 ; M. VERDUSSEN, *Les douze juges. La légitimité de la Cour constitutionnelle*, Bruxelles, Labor, 2004, pp. 11 à 15. Pour reprendre l'expression du Conseil constitutionnel français, « la loi votée (...) n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution » (C.C. français, 23 août 1985, n° 85-197 D.C., cons. 23). Sur cette question, voy. P. BLACHER, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, Paris, P.U.F., 2001, 246 p.

⁴⁶ Const., art. 142, al. 2.

⁴⁷ Loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, *M.B.*, 7 janvier 1989, art. 1^{er} et 26 (intitulé modifié par la loi spéciale du 21 février 2010 visant à adapter diverses dispositions à la dénomination « Cour constitutionnelle », *M.B.*, 26 février 2010, art. 6).

Quant au Pouvoir législatif fédéral, elle s'estime compétente pour contrôler tant les lois ordinaires que spéciales⁴⁸. Cela signifie que la Cour contrôle la loi spéciale des réformes institutionnelles du 8 août 1980⁴⁹, qui est une partie de la Constitution matérielle⁵⁰. Comme nous le verrons au paragraphe suivant, cette loi est également une norme *de contrôle* de la Cour, puisqu'elle est une des règles répartitrices de compétence entre l'Etat et les entités fédérées⁵¹. Dans un arrêt n° 8/90 du 7 février 1990, la juridiction constitutionnelle a justifié le contrôle de constitutionnalité de ces normes au motif que « si ces lois devaient échapper, en tant que normes de référence, à ce contrôle de constitutionnalité, les lois, décrets et ordonnances qui seraient pris conformément à ces normes y échapperaient également ; le respect par les différents législateurs de leurs compétences constitutionnelles de base ne pourrait être garanti »⁵². Le Pouvoir législatif a également été exercé par le Congrès national, avant la promulgation de la Constitution. Les décrets adoptés par ce dernier en tant que législateur peuvent être contrôlés par la Cour⁵³, tout comme les lois antérieures à l'apparition de la Belgique telles que le Code d'instruction criminelle de 1808⁵⁴.

Quant aux normes législatives du Pouvoir décrets et ordonnances fédérées, l'ensemble des décrets et ordonnances⁵⁵ sont sujettes à contrôle, en ce compris les décrets spéciaux⁵⁶.

Quant aux actes du Pouvoir exécutif faisant œuvre législative en tant de guerre, la Cour s'estime également compétente pour en vérifier la constitutionnalité, de part les effets

⁴⁸ C.A., 27 avril 2005, n° 78/2005 ; C.A., 25 mars 2003, n° 35/2003 ; C.A., 21 juin 2000, n° 78/2000, cons. B.2.2 à B.2.6 et B.3.2 à B.3.3 ; C.A., 17 décembre 1997, n° 78/97, cons. B.4 à B.6 ; C.A., 9 octobre 1990, n° 30/90, cons. B.1.1 à B.1.5 ; C.A., 7 février 1990, n° 8/90, cons. B.2.4.

⁴⁹ Loi spéciale précitée du 8 août 1980. Voy. C.A., 9 octobre 1990, n° 30/90, cons. B.1.1 à B.1.5 ; C.A., 7 février 1990, n° 8/90, cons. B.2.5.

⁵⁰ C. BEHRENDT et F. BOUHON, *op. cit.*, 3^{ème} éd., pp. 205 et 206 ; M. UYTENDAELE, *Précis de droit constitutionnel belge : regards sur un système institutionnel paradoxal*, 3^{ème} éd., Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 50.

⁵¹ Loi spéciale précitée du 6 janvier 1989, art. 1^{er} et 26.

⁵² C.A., 7 février 1990, n° 8/90, cons. B.2.4 *in fine*.

⁵³ C.A., 8 novembre 2006, n° 168/2006, cons. B.1, concernant le décret du 20 juillet 1831 relatif à la presse (décret du 20 juillet 1831 relatif à la presse, *Bulletin officiel n° LXXV*, 1831, p. 529). Précisons bien que la Cour ne peut contrôler les décrets du Congrès national que si ce dernier a agi en tant que Pouvoir législatif et non comme Pouvoir constituant originaire (voy. *infra*). Elle serait donc abstraitement compétente pour connaître des décrets du 20 juillet 1831 concernant le serment à la mise en vigueur de la monarchie constitutionnelle représentative (décret du 20 juillet 1831 concernant le serment à la mise en vigueur de la monarchie constitutionnelle représentative, *Bulletin officiel n° LXXVI*, 1831, p. 866) ainsi que du 21 juillet 1831 portant dissolution du Congrès national et organisant de nouvelles élections (décret du 21 juillet 1831 portant dissolution du Congrès national et organisant de nouvelles élections, *Bulletin officiel n° LXXVI*, 1831, p. 864), pour autant qu'un requérant personne privée puisse tirer un intérêt à agir des dispositions de l'un ou de l'autre, ce qui semble douteux.

⁵⁴ C.A., 9 octobre 1990, n° 29/90.

⁵⁵ C.C., 31 mai 2012, n° 68/2012.

⁵⁶ C.A., 1^{er} juillet 1993, n° 51/93.

législatifs qui leur sont reconnus ainsi que l'absence de garanties démocratiques propres à leur processus d'élaboration⁵⁷.

Pour terminer, la Cour constitutionnelle est compétente pour contrôler la constitutionnalité des *arrêtés de pouvoirs spéciaux* pourvu qu'ils aient été ratifiés par le législateur⁵⁸. Son contrôle s'étend alors tant à la loi de confirmation qu'au règlement lui-même⁵⁹⁻⁶⁰.

§2. Les normes de contrôle

Contrairement à d'autres juridictions constitutionnelles – et singulièrement le Conseil constitutionnel français⁶¹ –, la Cour constitutionnelle de Belgique ne vérifie pas la constitutionnalité des normes législatives par rapport à l'ensemble du texte constitutionnel⁶². Selon l'article 142 de la Constitution, elle contrôle la conformité des lois, décrets et ordonnances aux articles 10, 11 et 24 de la Constitution⁶³. La loi spéciale sur la Cour constitutionnelle y ajoute les règles réparatrices de compétences entre l'Etat, les communautés et les régions – dont la loi spéciale de réformes institutionnelles⁶⁴ –, les articles 143, §1^{er}, 170, 172 et 191 de la Constitution ainsi que l'ensemble du Titre II de cette dernière⁶⁵⁻⁶⁶.

⁵⁷ C.A., 11 octobre 2000, n° 101/2000 ; C.A., 10 novembre 1999, n° 115/99.

⁵⁸ C.A., 18 février 1998, n° 18/98.

⁵⁹ C.A., 8 juin 1988, n° 58, cons. 3.B.3 ; E. CEREXHE et M.-F. RIGAUX, *Tout savoir sur la Cour d'arbitrage*, Diegem, Story-Scientia, 1998, pp. 20 et 21 ; F. DELPEREE et A. RASSON-ROLLAND, *La Cour d'arbitrage*, Bruxelles, Larcier, 1996, pp. 75 et 76.

⁶⁰ Les arrêtés-lois de pouvoirs extraordinaires suscitent une controverse. Ils permettent au Roi, moyennant une loi d'habilitation, de légiférer en cas de situation urgente. Seules deux lois de pouvoirs extraordinaires ont été adoptées dans l'histoire de la Belgique. Il en a découlé 514 arrêtés-lois. Ces derniers ne doivent pas être confirmés *a posteriori* par le Pouvoir législatif. Par conséquent, tant la doctrine que la jurisprudence les considèrent comme des normes réglementaires, de manière pratiquement unanime. Néanmoins, dans un arrêt isolé n° 136/2003, la Cour d'arbitrage s'est estimée compétente pour opérer un contrôle de constitutionnalité du règlement. Selon C. BEHRENDT, cet arrêt a été rendu par erreur. Voy. C. BEHRENDT, « Excursion à l'orée de la chasse gardée du juge constitutionnel : La Cour constitutionnelle et le contrôle de la constitutionnalité des arrêtés-lois de temps de guerre, des arrêtés-lois de pouvoirs extraordinaires et des décrets du Congrès national », *Rev. Dr. ULg*, 2007, pp. 543 à 547 ; C.A., 22 octobre 2003, n° 136/2003. Nous le suivons dans son raisonnement.

⁶¹ Const. fr. du 4 octobre 1958, art. 56 à 63 ; D. ROUSSEAU, P.-Y. GAHDOUN et J. BONNET, *Droit du contentieux constitutionnel*, 11^{ème} éd., Paris, L.G.D.J., 2016, pp. 231 à 246 ; J. ROUX, « Au regard de quelles normes soulever la question prioritaire de constitutionnalité ? », *La question prioritaire de constitutionnalité*, 2^{ème} éd., sous la direction de D. Rousseau, Paris, Lextenso, 2012, p. 67 à 105.

⁶² M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 72 ; sur la question de l'extension des compétences de la Cour à l'ensemble du texte constitutionnel, voy. F. TULKENS, « En route pour une Cour constitutionnelle (à compétence complète ?) », *Liège, Strasbourg, Bruxelles : parcours des droits de l'homme. Liber amicorum Michel Melchior*, Limal, Anthemis, 2010, pp. 215 à 227.

⁶³ Const., art. 142, al. 2. Voy. également Const., art. 10, 11 et 24.

⁶⁴ Loi spéciale précitée du 8 août 1980.

⁶⁵ Loi spéciale précitée du 6 janvier 1989, art. 1^{er} et 26. Voy. également Const., art. 143, §1^{er}, 170, 172 et 191.

⁶⁶ Sur l'ensemble des normes de contrôle de la Cour, voy. B. RENAULD, « La Cour d'arbitrage depuis 2003 : confirmation de compétences, nouveautés de procédure », *La Cour d'arbitrage : un juge comme les autres ?*

En guise de conclusion, les limites internes (ou l'objet) du contrôle de constitutionnalité de la Cour sont formées de l'ensemble des lois adoptées par le Pouvoir législatif, et ce dernier ne s'opère qu'à l'aune de certains articles de la Constitution. Il convient à présent de déterminer l'ensemble des actes dont la Cour ne peut connaître.

Chapitre II. Les autres actes normatifs, limites au contrôle

Nous l'avons précisé en introduction : parmi les autres actes normatifs, l'on retrouve les arrêtés royaux à portée réglementaire (Section 1) ainsi que la Constitution elle-même (Section 2). Tous deux échappent au contrôle de la Cour constitutionnelle, même si certaines zones grises existent. Ces dernières justifient que l'on identifie avec précision quelles sont les limites externes au contrôle de la juridiction constitutionnelle.

Section 1. Les actes réglementaires

Commençons notre analyse par les actes administratifs à portée réglementaire. Ces derniers sont définis par leur auteur : l'autorité administrative (§1). Ils sont contrôlés par la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat et par les cours et tribunaux de l'ordre judiciaire (§2).

§1. L'auteur de l'acte réglementaire

L'auteur de l'acte réglementaire renvoie à la notion d'« autorité administrative »⁶⁷, qui a suscité un important débat en droit public belge, tant pour la jurisprudence que la doctrine⁶⁸. Néanmoins, puisque notre étude se limite aux « actes normatifs » entendus comme lois matérielles à portée générale, les actes réglementaires visés sont ceux qui émanent du Pouvoir exécutif⁶⁹, soit les arrêtés royaux – ou de gouvernement – à portée réglementaire⁷⁰. Ces actes, selon la jurisprudence du Conseil d'Etat, ont pour vocation « de pourvoir, par des dispositions

Actes du colloque organisé par la Faculté de droit à l'Université de Liège et la Conférence libre du Jeune Barreau de Liège le 28 mai 2004, Liège, Editions du Jeune Barreau de Liège, 2004, pp. 29 à 51.

⁶⁷ D. RENDERS *et al.*, *Droit administratif. t. III. Le contrôle de l'administration*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 206 et 207.

⁶⁸ A.-L. DURVIAUX, « La notion d'autorité administrative en débats », obs. sous C.E., arrêt *S.A. Algemene Aannemingen Van Laere*, n° 176.478 du 6 novembre 2007, *C.D.P.K.*, 2009, pp. 84 à 89.

⁶⁹ H. SIMONART, « Article 37 », *La Constitution belge. Lignes et entrelignes*, sous la direction de M. Verdussen, Bruxelles, Le Cri, 2004, pp. 132 et 133.

⁷⁰ P. POPELIER, *op. cit.*, pp. 21 à 23.

générales et abstraites, à l'établissement de normes de conduite pour le présent et pour l'avenir »⁷¹. Leur auteur est aisé à identifier : il s'agit du Roi moyennant le contreseing ministériel⁷², lorsqu'il adopte un arrêté en vertu des articles 37, 105, 107 et 108 de la Constitution⁷³ ; ou des gouvernements régionaux et communautaires, en vertu des articles 20, 78 et 97 de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980⁷⁴. A la différence des arrêtés royaux à portée individuelle, la force normative de ces différents actes est tributaire de leur publication au Moniteur belge, puisqu'ils sont obligatoires à l'égard de l'ensemble des citoyens du Royaume⁷⁵.

§2. L'autorité de contrôle de l'acte réglementaire

A. Le Conseil d'Etat ou les cours et tribunaux

Contrairement à la loi, l'acte réglementaire est contrôlé depuis la naissance de la Belgique par les cours et tribunaux, par le prisme de l'article 159 de la Constitution⁷⁶. Cet article permet au pouvoir judiciaire de refuser d'appliquer un règlement s'il n'est pas conforme aux « lois » au sens large⁷⁷, et donc en ce compris la Constitution⁷⁸. Depuis la création du Conseil d'Etat en 1948, ce dernier est également compétent pour annuler ou suspendre les actes à portée réglementaire, en application des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat⁷⁹. Sont entendus comme « acte à portée réglementaire » les arrêtés royaux de pouvoirs spéciaux non ratifiés par le Pouvoir législatif⁸⁰.

⁷¹ C.E., 10 septembre 1999, *Ville de Bruxelles*, n° 82.213, p. 8.

⁷² Const., art. 106.

⁷³ Const., art. 37, 105, 107 et 108.

⁷⁴ Loi spéciale précitée du 8 août 1980, art. 20, 78 et 97.

⁷⁵ Const., art. 190 ; R. BORN, « Article 190 », *La Constitution belge. Lignes et entrelignes*, sous la direction de M. Verdussen, Bruxelles, Le Cri, 2004, pp. 433 et 434. L'acte administratif à portée individuelle est défini dans la jurisprudence du Conseil d'Etat comme celui qui « se caractérise par sa portée limitée : il concerne des situations concrètes ou a pour destinataires des personnes déterminées, quand bien même leur nombre serait élevé mais pour autant qu'elles puissent être toutes identifiées » (C.E., 10 septembre 1999, *Ville de Bruxelles*, n° 82.213, p. 8).

⁷⁶ Const., art. 159.

⁷⁷ D. RENDERS, « Article 159 », *La Constitution belge. Lignes et entrelignes*, sous la direction de M. Verdussen, Bruxelles, Le Cri, 2004, p. 353.

⁷⁸ D. RENDERS *et al.*, *op. cit.*, p. 403. Sur la portée exacte du contrôle de constitutionnalité des règlements exercé par les juges par le prisme de l'article 159 de la Constitution, voy. M. NIHOUL, *L'article 159 de la Constitution et le contrôle de constitutionnalité incident*, Bruxelles, la Charte, 2010, 494 p.

⁷⁹ Lois coordonnées le 12 janvier 1973 sur le Conseil d'Etat, *M.B.*, 21 mars 1973, art. 14 et 19 ; P. MARTENS, « L'interprétation et la qualification de la norme de contrôle et de la norme contrôlée », *Les rapports entre la Cour d'arbitrage, le Pouvoir judiciaire et le Conseil d'Etat. Actes du symposium du 21 octobre 2005*, sous la direction de A. Arts *et al.*, Bruxelles, La Charte, 2006, pp. 15 et 16.

⁸⁰ M. UYTENDAELE, *Trente leçons de droit constitutionnel*, 1^{ère} éd., Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 482.

Le contrôle de légalité au sens large du juge judiciaire et administratif est équivalent : il porte sur l'ensemble des vices de légalité interne et externe. Contrairement au contrôle de constitutionnalité opéré par la Cour constitutionnelle, celui des cours et tribunaux ainsi que du Conseil d'Etat sur les actes réglementaires s'étend sur l'ensemble du texte constitutionnel. Il apparaît donc comme plus large que celui de la juridiction constitutionnelle⁸¹.

B. Le cas de la reprise par le règlement d'un choix du texte législatif

Le contrôle de constitutionnalité des actes administratifs à portée réglementaire semble simple. Néanmoins, les choses se compliquent lorsque l'inconstitutionnalité de l'acte est en réalité imputable à la loi, dont il reprend et développe le choix. Or, ni le Conseil d'Etat, ni les cours et tribunaux ne peuvent se prononcer quant à la constitutionnalité d'une norme législative⁸². Dans cette situation, la Cour de cassation considère depuis l'arrêt *Waleffe* que « si le règlement heurte une disposition constitutionnelle, c'est qu'il sort des limites que la loi lui a assignées »⁸³. Le juge doit présumer que l'inconstitutionnalité est imputable au seul règlement, et pas à la norme législative. C'est ce que la doctrine appelle « la présomption de constitutionnalité des lois »⁸⁴, qui fait écho au postulat de rationalité du législateur. Or, nous l'avons vu, il a été mis fin à ce postulat par l'avènement du contrôle de constitutionnalité de la loi. Depuis la création de la Cour constitutionnelle, cette présomption est donc réfragable : le juge administratif ou judiciaire doit alors poser une question préjudicielle au juge constitutionnel. Seul ce dernier peut imputer l'inconstitutionnalité à la loi, et ainsi renverser la présomption. Si le juge constitutionnel ne constate pas d'inconstitutionnalité ou n'est pas compétent pour contrôler l'article de la Constitution que la loi semble violer⁸⁵, la présomption demeure. Le postulat de rationalité du législateur rejaillit : la loi est constitutionnelle⁸⁶. L'inconstitutionnalité ne peut être imputable qu'au seul acte réglementaire, qui a mal exécuté

⁸¹ D. RENDERS *et al.*, *op. cit.*, p. 403.

⁸² M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 78.

⁸³ Cass., 20 avril 1950, *Pas.*, 1950, I, p. 560.

⁸⁴ M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 79. Notons que A. VANWELKENHUYZEN préfère le terme « postulat » à « présomption », voy. A. VANWELKENHUYZEN, « La présomption de constitutionnalité de la loi et du décret en droit belge », *Les présomptions et les fictions en droit*, sous la direction de C. Perelman et P. Friers, Bruxelles, Bruylant, 1974, p. 273.

⁸⁵ On l'a dit, la Cour constitutionnelle n'a pas une compétence complète.

⁸⁶ H. DUMONT, « Le contrôle de constitutionnalité de la loi et du décret en Belgique : fonction juridictionnelle ou politique ? », *Fonction de juger et pouvoir judiciaire : transformations et déplacements*, sous la direction de P. Gérard, M. van de Kerchove et F. Ost, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1983, p. 130.

la loi dont il découle. Le juge peut alors annuler ou écarter le règlement, selon⁸⁷. Comme le souligne H. DUMONT, cette présomption de conformité des lois engendre un contrôle de constitutionnalité de la norme législative par les juges judiciaires et administratifs, mais de manière limitée, puisqu'il ne peut aboutir qu'au constat de conformité de la loi à la Constitution⁸⁸.

Les actes normatifs adoptés par le Pouvoir exécutif forment par conséquent la première grande limite formelle au contrôle de la Cour constitutionnelle. Il y en a une seconde.

Section 2. Les actes constitutants

Comme les actes administratifs à portée réglementaire, les actes constitutants échappent au contrôle de la Cour constitutionnelle. Mais à la différence des premiers, ils ne connaissent aucun contrôle de constitutionnalité. Pour identifier les normes constitutantes, il faut à nouveau déterminer leur auteur (§1). L'on se penchera ensuite sur la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, qui se déclare incompétente pour en connaître (§2).

§1. L'auteur des actes constitutants

L'acte constituant est adopté par le Pouvoir constituant. Sous cette notion, l'on désigne deux pouvoirs distincts⁸⁹. L'on a d'une part le Pouvoir constituant *originaire*, soit « celui qui adopte une nouvelle Constitution non reliée aux dispositions de celle qui était, le cas échéant, en vigueur auparavant »⁹⁰. En Belgique, ce pouvoir a adopté la Constitution en 1831 en tant que Congrès national⁹¹, et n'est plus intervenu depuis⁹². D'autre part, le Pouvoir constituant *dérivé* est mis en place par le Pouvoir constituant originare « pour la révision de son œuvre, conformément à certaines conditions de procédure et de fond »⁹³. En Belgique, ce pouvoir est visé par l'article 195 de la Constitution, et est constitué des deux chambres et du Roi. Ces

⁸⁷ P. NIHOUL, « Le contrôle constitutionnel des règlements en Belgique », site de la Cour constitutionnelle de Belgique, disponible sur « <http://www.const-court.be/fr/common/home.html> », consulté le 10 avril 2018.

⁸⁸ H. DUMONT, « Le contrôle de constitutionnalité de la loi et du décret en Belgique : fonction juridictionnelle ou politique ? », *op. cit.*, p. 130.

⁸⁹ A. BAILLEUX et H. DUMONT, *Le pacte constitutionnel européen. t. 1. Fondements du droit institutionnel de l'Union*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 153.

⁹⁰ J. VELU, *op. cit.*, p. 82.

⁹¹ P. WIGNY, *Droit constitutionnel. Principes et droit positif*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1952, p. 181.

⁹² C. BEHRENDT et F. BOUHON, *Introduction à la Théorie générale de l'Etat*, 2^{ème} éd., Bruxelles, Larcier, 2012, p. 166.

⁹³ A. BAILLEUX et H. DUMONT, *op. cit.*, p. 153.

pouvoirs ont adopté deux types d'actes. Les plus classiques sont les articles constitutionnels. Ils sont l'œuvre du Pouvoir constituant originaire s'ils ont été adoptés en 1831, et l'œuvre du Pouvoir constituant dérivé s'ils ont été adoptés ou révisés ultérieurement, au gré des réformes constitutionnelles⁹⁴. Néanmoins, le Pouvoir constituant originaire a également adopté deux décrets : un du 18 novembre 1830 proclamant l'indépendance du peuple belge, et un autre du 24 novembre 1830 excluant à perpétuité les membres de la famille d'Orange-Nassau de tout pouvoir en Belgique⁹⁵. Ces différents actes forment le cercle III.

§2. L'absence de contrôle des actes constitutants

Tout acte adopté par le Pouvoir constituant échappe au contrôle de la Cour constitutionnelle (A). Il est néanmoins certaines lois qui, bien que formellement adoptées par le Pouvoir législatif, y échappent également, parce qu'elle reprennent un choix exprimé dans le texte de la Constitution (B).

A. L'incompétence de la Cour constitutionnelle et ses raisons

Dans son arrêt n° 16/94 du 9 février 1994, la Cour constitutionnelle a considéré que « ni l'article 1^{er} de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage ni une quelconque autre disposition constitutionnelle ou législative ne confèrent à la Cour le pouvoir de vérifier si un

⁹⁴ Const., art. 36 et 195, al. 1^{er} ; J. VELU, *op. cit.*, p. 97.

⁹⁵ Décret du 24 novembre 1830 excluant à perpétuité les membres de la famille d'Orange-Nassau de tout pouvoir en Belgique, *Bulletin officiel n° XLI*, 1830, p. 583 ; décret du 18 novembre 1830 proclamant l'indépendance du peuple belge, *Bulletin officiel n° XLI*, 1830, p. 582. Notons qu'il existe une controverse quant au caractère réformable ou non de ces deux décrets. Dans l'esprit du Congrès national, ces derniers étaient irrévocables (E. HUYTTENS, *Discussions du Congrès national de Belgique 1830-1831*, v. 2, Bruxelles, Société typographique belge, 1844, pp. 590 à 592), mais la doctrine majoritaire actuelle tout comme la section de législation du Conseil d'Etat considèrent que le Pouvoir constituant originaire ne pouvait pas donner à ces décrets une valeur supra-constitutionnelle – donc non réformable – au motif qu'il ne disposait pas d'une autorité supra-constituante, mais uniquement constituante. Voy. proposition de loi abrogeant le décret du 24 novembre 1830, avis du Conseil d'Etat, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1992-1993, n° 1036/2, pp. 1 à 10 ; M. UYTENDAELE, *Précis de droit constitutionnel belge. Regards sur un système institutionnel paradoxal*, *op. cit.*, pp. 122 et 123 ; F. DELPEREE, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 77 et 78 ; *contra* P. WIGNY, *Droit constitutionnel. Principes et droit positif*, *op. cit.*, pp. 216 et 217 et O. ORBAN, *Le droit constitutionnel de la Belgique. t. II. Les pouvoirs de l'Etat*, Liège, Dessain, 1906, p. 731. Nous penchons pour le caractère supra-constitutionnel de ces décrets, bien que cela ne soit pas le cas de la doctrine majoritaire, selon une interprétation originaliste, car tels étaient les vœux du Congrès national. De plus, n'étant pas incorporés dans le texte constitutionnel, l'article 195 ne s'applique pas à ces deux décrets, puisqu'il ne vise que les *dispositions constitutionnelles*, dont ils ne font pas partie (Const., art. 195, al. 1^{er}). Le Pouvoir constituant originaire étant l'instrument du souverain (voy. *infra*), il pouvait souverainement déclarer ces décrets irrévocables. Seule une nouvelle intervention du Pouvoir constituant originaire pourrait, à notre sens, les réviser. Pour une synthèse des différents problèmes que posent les dispositions constitutionnelles irrévocables en général, voy. M.-F. RIGAUX, « Sur l'opportunité d'interdire de modifier la structure fédérale de l'Etat par une clause constitutionnelle irrévocable », *A.P.T.*, 1994, pp. 243 à 246.

article constitutionnel a été adopté dans le respect des conditions fixées à l'article [195] de la Constitution ou de statuer sur un recours en annulation d'un article constitutionnel »⁹⁶. Elle a adopté le même raisonnement dans l'arrêt n° 68/94 du 22 septembre 1994⁹⁷. Ces deux décisions ont été rendues sur recours en annulation au terme de la procédure préliminaire prévue par les articles 70 et suivants de la loi spéciale du 6 janvier 1989⁹⁸, ce qui atteste du caractère manifeste de l'incompétence de la Cour⁹⁹. Cette jurisprudence permet de tirer deux conclusions. D'un point de vue matériel, il n'appartient pas à la juridiction constitutionnelle de contrôler la conformité d'un article de la constitution par rapport à un autre¹⁰⁰. D'un point de vue procédural, elle ne peut vérifier si la procédure imposée par l'article 195 a été respectée par le Pouvoir constituant¹⁰¹.

De nombreuses explications permettent de comprendre cette jurisprudence. Tout d'abord, les compétences de la Cour sont d'attribution, énumérées de manière limitative par la Constitution et la loi spéciale du 6 janvier 1989¹⁰². Aucun texte ne lui octroie la compétence d'opérer un contrôle de constitutionnalité des dispositions constitutionnelles (1). Ensuite, sur le plan de la technique juridique, il est correct qu'une norme juridique déroge à une autre de même valeur, selon l'adage *lex specialis derogat generali*. Un article constitutionnel peut déroger à un autre article à portée plus générale¹⁰³ (2). Pour continuer, il serait paradoxal d'admettre qu'un organe constitué – la Cour – contrôle le Pouvoir constituant dont elle tire son existence. La créature ne peut contrôler son créateur¹⁰⁴ (3). De plus, d'un point de vue philosophique, si le législateur n'est plus considéré comme rationnel, le postulat de rationalité s'est déplacé sur le Pouvoir constituant lui-même. Il est supposé ne jamais se méprendre

⁹⁶ C.A., 9 février 1994, n° 16/94, cons. B.

⁹⁷ C.A., 22 septembre 1994, n° 68/94.

⁹⁸ Loi spéciale précitée du 6 janvier 1989, art. 69 à 73.

⁹⁹ M.-F. RIGAUX et B. RENAULD, *La Cour constitutionnelle*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 278 et 279.

¹⁰⁰ M.-F. RIGAUX et B. RENAULD, *ibidem*, p. 61.

¹⁰¹ Const., art. 195 ; M. Verdussen, *Justice constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 103 ; F. TULKENS, « La Cour d'arbitrage et le pouvoir constituant », *Regards croisés sur la Cour d'arbitrage*, sous la direction de F. Delpérée, A. Rasson-Roland et M. Verdussen, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 31 et 32. Certains auteurs plaident néanmoins pour un élargissement des compétences de notre juridiction constitutionnelle sur ce point. Voy. H. DUMONT, X. DELGRANGE et S. VAN DROOGHENBROECK, « La procédure de révision de la Constitution : suggestions », *La procédure de révision de la Constitution*, sous la direction de F. Delpérée, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 157 et 158 ; X. DELGRANGE et H. DUMONT, « Le rythme des révisions constitutionnelles et l'hypothèse de l'accélération du temps juridique », *A.P.T.*, 1999, p. 232. Pour un point de vue plus nuancé, voy. M.-F. RIGAUX, « La nécessité d'un contrôle global de constitutionnalité : l'extension des compétences de la Cour constitutionnelle », *R.B.D.C.*, 2013, p. 60.

¹⁰² Y. LEJEUNE, *op. cit.*, 3^{ème} éd., p. 178.

¹⁰³ M.-F. RIGAUX et B. RENAULD, *op. cit.*, p. 61.

¹⁰⁴ M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 42. Dans son arrêt *Coleman v. Miller*, la Cour suprême des Etats-Unis a estimé qu'il s'agissait là d'une question politique, par conséquent non justiciable (U.S. Supreme Court, *Coleman v Miller*, 307 U.S. 433 (1939), p. 450).

quant à ses appréciations de constitutionnalité¹⁰⁵. « *Error constitutionis facit jus* »¹⁰⁶. Si ses décisions semblent contredire la jurisprudence de la Cour, c'est à cette dernière de tenter de reconstruire la cohérence, pour sauvegarder le principe de la hiérarchie des normes¹⁰⁷ (4). Enfin, sur le plan politique, les juges constitutionnels ne pourraient se permettre de contrôler la Constitution elle-même sans compromettre la légitimité de leur institution¹⁰⁸. Les juges ne sont en effet pas démocratiquement élus¹⁰⁹ : leur légitimité dépend de multiples facteurs telle que la cohérence, l'efficacité ou encore le discernement de leur action. Ils doivent se garder d'en faire trop¹¹⁰. Un éventuel contrôle de constitutionnalité du texte constitutionnel les exposerait à des accusations de coup d'Etat et le monde politique agiterait le spectre du gouvernement des juges (5)¹¹¹.

B. Le cas de la reprise par la loi d'un choix du texte de la Constitution

L'analyse des développements juridiques récents montre que la Cour constitutionnelle s'estime incompétente pour contrôler la constitutionnalité d'une loi qui reprend un *choix du Constituant*¹¹² qui se trouve dans le texte de la Constitution¹¹³. Il existe plusieurs catégories de lois qui échappent ainsi au contrôle de constitutionnalité de la Cour.

¹⁰⁵ H. DUMONT, « Le malaise au sommet de la hiérarchie des normes », *La sixième réforme de l'Etat : l'art de ne pas choisir ou l'art du compromis ?*, sous la direction de I. Hachez, H. Dumont et M. El Behroumi, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 31.

¹⁰⁶ J.-C. SCHOLSEM, « Les matières réservées par la Constitution à la loi : éléments pour un débat », *A.P.T.*, 2002, p. 171.

¹⁰⁷ J.-C. SCHOLSEM, *ibidem*, pp. 171 et 172.

¹⁰⁸ B. GORS, « L'intérêt à agir au sens de l'article 142 de la Constitution », *R.B.D.C.*, 2006, pp. 161 et 162.

¹⁰⁹ J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot grondwettelijk Hof*, Antwerpen, Maklu, 1990, pp. 30 à 32. Par ailleurs, il ne faut pas se méprendre quant à la légitimité d'une juridiction constitutionnelle : si la légitimité représentative est inhérente aux assemblées parlementaires, elle est étrangère à des juges constitutionnels qui ne représentent personne. C'est pour cela que la légitimité de la juridiction constitutionnelle dépend d'autres facteurs que celui de l'élection (M. VERDUSSEN, *Les douze juges. La légitimité de la Cour constitutionnelle*, *op. cit.*, pp. 51 à 53).

¹¹⁰ M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, *op. cit.*, pp. 394 à 399.

¹¹¹ L. FAVOREU, « L'injusticiabilité des lois constitutionnelles », obs. sous Conseil constitutionnel, décision n° 2003-469 DC du 26 mars 2003, *R.F.D.A.*, 2003, pp. 793 et 794.

¹¹² Pour mémoire, précisons que la Cour n'utilise pas toujours l'expression « choix du Constituant » dans sa jurisprudence (B. GORS, *op. cit.*, p. 158). Tantôt la Cour constitutionnelle évoque un « choix que le Constituant a fait lui-même » (C.A., 10 mars 1998, n° 24/98, cons. B.12) ou un « choix que le Constituant a lui-même opéré » (C.A., 20 octobre 2004, n° 159/2004, cons. B.7.2). Tantôt encore elle se réfère à une « option du Constituant » (C.A., 22 décembre 1994, n° 90/94, cons. B.3.5 ; C.A., 23 mai 1990, n° 18/90, cons. B.14.2) ou au « système voulu par le Constituant » (C.A., 28 mars 2002, n° 62/2002, cons. B.2.5.3), aux « réformes que le Constituant a jugés nécessaires » (C.A., 25 janvier 2001, n° 3/2001, cons. B.67), mais aussi à la « volonté du Constituant » (C.A., 29 mars 2000, n° 34/2000, cons. B.4.2). Tantôt enfin elle renvoie au fait que « le Constituant a lui-même établi une différence de traitement » (C.A., 14 octobre 1997, n° 59/97, cons. B.3.), ou que « la différence de traitement trouve sa justification dans la Constitution elle-même » (C.A., 8 mai 2002, n° 87/2002, cons. B.4 ; C.A., 17 juin 1999, n° 66/99, cons. B.4). Pour B. GORS, il ne s'agit pas nécessairement de synonymes : il distingue l'« option » du « choix ». Il considère que la première serait moins contraignante pour le législateur chargé d'appliquer la volonté du Pouvoir constituant. Par contre, en cas de « choix du Constituant », la marge de manœuvre du législateur serait réduite, pour faire une analogie avec le droit administratif, à une compétence liée,

Tout d'abord, il y a les lois qui reprennent de manière substantielle les choix du texte constitutionnel (1)¹¹⁴. Tel est le cas de la différence de traitement effectuée par l'article 2 de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle¹¹⁵. Cet article distingue deux types de requérants devant la Cour : les privilégiés (soit les autorités publiques), dispensés de la démonstration d'un intérêt à agir, et les ordinaires (soit les particuliers), qui doivent le démontrer. Dans un arrêt du 15 décembre 2004¹¹⁶, la Cour a estimé que cette différence de traitement était imputable à l'article 142, alinéa 3, de la Constitution. Cet article établit que la Cour peut être saisie par « toute autorité que la loi désigne » ou par « toute personne justifiant d'un intérêt »¹¹⁷. La Cour n'a donc pu censurer le régime légal. Tel est également le cas de la distinction de traitement entre les auteurs de délits de presse et les auteurs d'autres délits, qui découle des articles 19, 25 et 150 de la Constitution (les premiers relevant de la cour d'assises, les second du tribunal correctionnel)¹¹⁸.

Ensuite, il y a les normes qui mettent en œuvre une obligation constitutionnelle (2). Par exemple, l'ensemble des textes législatifs tendant à favoriser la présence de personnes de sexe différent au sein de certains organes politiques ne fait qu'exécuter l'obligation de l'article 11 *bis* de la Constitution¹¹⁹. La Cour ne peut alors se pencher sur la distinction de traitement entre les sexes¹²⁰⁻¹²¹.

Par un arrêt récent, la juridiction constitutionnelle semble avoir créé une nouvelle catégorie de normes qui échappent à son contrôle : celles reprenant un choix du Constituant qui découle de l'économie de la Constitution dans son ensemble¹²² (3). Cet arrêt concerne le droit scolaire et

voire nulle (B. GORS, *ibidem*, p. 160.). Ces différentes locutions sont néanmoins utilisées indistinctement dans les pages qui suivent. Terminons par préciser qu'un silence du Constituant ne peut s'assimiler à un choix ou une option de ce dernier (C.A., 25 janvier 2001, n° 3/2001, cons. B.31 ; C.A., 15 mai 1996, n° 31/96, cons. B.1.2 ; M.-F. RIGAUX et B. RENAULD, *op. cit.*, p. 63).

¹¹³ La précision est importante. Comme nous le verrons plus bas, le choix du Constituant peut également résider dans les travaux préparatoires de révision constitutionnelle, ce qui a de grandes implications.

¹¹⁴ Notons que F. BOUHON distingue les normes reprenant en substance les choix de la Constitution et les normes qui reprennent des distinctions de traitement de la Constitution (F. BOUHON « L'immunisation des normes législatives par le choix du constituant », obs. sous C.C., 28 mai 2015, n° 81/2015, *Rev. Dr. ULg*, p. 621). Nous décidons de les englober sous une seule et même catégorie.

¹¹⁵ Loi spéciale précitée du 6 janvier 1989, art. 2.

¹¹⁶ C.A., 15 décembre 2004, n° 201/2004, cons. B.8.3.

¹¹⁷ Const., art. 142, al. 3.

¹¹⁸ C.C., 25 mai 2016, n° 72/2016, cons. B.28.1 ; Const., art. 19, 25 et 150.

¹¹⁹ Const., art. 11 *bis*.

¹²⁰ C.A., 29 novembre 2006, n° 189/2006 ; C.A., 18 juillet 2006, n° 122/2006.

¹²¹ F. BOUHON, « L'immunisation des normes législatives par le choix du constituant », *op. cit.*, pp. 620 à 622.

¹²² C.C., 27 avril 2017, n° 45/2017. Cette catégorie ayant dégagé dans un arrêt récent, et par conséquent isolé, il est difficile d'établir s'il s'agit bien là d'une nouvelle typologie de normes législatives échappant au contrôle de la Cour. L'analyse de la jurisprudence future permettra d'établir si tel est le cas, ou si cet arrêt demeurera isolé.

la liberté de religion. L'article 9 de la loi du 29 mai 1959¹²³ prévoit un régime différent quant à la cessation des fonctions entre les inspecteurs de religion et tous les autres inspecteurs de l'enseignement de la Communauté française. La Cour a considéré que cette distinction découle du principe de séparation de l'Eglise et de l'Etat, qui lui-même est déduit de l'économie générale de la Constitution, en particulier de ses articles 19¹²⁴, 21¹²⁵ et 24¹²⁶. Après avoir précisé que « la Cour n'est pas compétente pour se prononcer sur une différence de traitement ou une limitation d'un droit fondamental découlant d'un choix opéré par le Constituant lui-même. Bien que ce choix doive en principe ressortir du texte de la Constitution, il peut également découler de l'économie de la Constitution dans son ensemble, lorsque la combinaison de plusieurs dispositions constitutionnelles permet de faire la clarté concernant un choix indéniable du Constituant »¹²⁷, elle a finalement considéré que la distinction de traitement ne respectait pas le choix du Constituant. Cela lui a permis de se déclarer compétente pour connaître de la question préjudicielle qui lui était soumise¹²⁸.

Pour le surplus, la jurisprudence de la Cour en matière de choix du texte de la Constitution repris par la loi est particulièrement abondante¹²⁹.

¹²³ Loi du 29 mai 1959 modifiant certaines dispositions de la législation de l'enseignement, *M.B.*, 19 juin 1959, art. 9, al. 4.

¹²⁴ Const., art. 19.

¹²⁵ Const., art. 21.

¹²⁶ Const., art. 24.

¹²⁷ C.C., 27 avril 2017, n° 45/2017, cons. B. 9.1.

¹²⁸ C.C., 27 avril 2017, n° 45/2017, cons. B.9.4. Pour Y. LEJEUNE, « la Cour se reconnaît à bon droit le pouvoir d'apprécier si la disposition constitutionnelle sensée exprimer un choix effectué par le Constituant permet de faire échapper complètement l'acte législatif contesté au contrôle constitutionnel de non-discrimination » (Y. LEJEUNE, *op. cit.*, 3^{ème} éd., p. 191).

¹²⁹ Il est notamment renvoyé aux arrêts suivants : C.C., 30 novembre 2017, n° 135/2017, cons. B.8 ; C.C., 27 avril 2017, n° 45/2017, cons. B.9.1. à B.9.4 ; C.C., 23 février 2017, n° 29/2017, cons. B.4.3 à B.4.4 ; C.C., 25 mai 2016, n° 72/2016, cons. B.28.1 ; C.C., 19 novembre 2015, n° 161/2015, cons. B.7 ; C.C., 28 mai 2015, n° 81/2015, cons. B.11 à B.13, C.C., 30 juin 2014, n° 96/2014, cons. B.20 à B.22 ; C.C., 8 mai 2014, n° 72/2014, cons. B.12 à B.15 ; C.C., 3 avril 2014, n° 58/2014, cons. B.5 à B.7 ; C.C., 3 avril 2014, n° 57/2014, cons. B.5 à B.7 ; C.C., 20 octobre 2011, n° 161/2011, cons. B.6.1 et B.6.2 ; C.C., 30 mars 2011, n° 44/2011, cons. B.14 à B.16 ; C.C., 15 janvier 2009, n° 10/2009, cons. B.4.2 ; C.C., 27 novembre 2008, n° 169/2008, cons. B.18.3 à B.21 ; C.C., 1^{er} septembre 2008, n° 122/2008, cons. B.6.1 et B.6.2 ; C.A., 29 novembre 2006, n° 189/2006, cons. 4 ; C.A., 22 novembre 2006, n° 177/2006, cons. B.5.1 à B.5.3 ; C.A., 28 juillet 2006, n° 124/2006, cons. B.8 à B.10.3 ; C.A., 18 juillet 2006, n° 122/2006, cons. 4 ; C.A., 7 juin 2006, n° 91/2006, cons. B.17 ; C.A., 22 mars 2006, n° 47/2006, cons. B.6 à B.8 ; C.A., 18 janvier 2006, n° 11/2006, cons. 4 ; C.A., 15 décembre 2004, n° 201/2004, cons. B.8.3 ; C.A., 20 octobre 2004, n° 159/2004, cons. B.7.2 ; C.A., 8 mai 2002, n° 87/2002, cons. B.4 ; C.A., 28 mars 2002, n° 63/2002, cons. B.9 ; C.A., 11 octobre 2000, n° 103/2000, cons. B.5 ; C.A., 4 octobre 2000, n° 100/2000, cons. B.21 ; C.A., 21 juin 2000, n° 81/2000, cons. B.6 ; C.A., 29 mars 2000, n° 34/2000, cons. B.5.6 ; C.A., 15 septembre 1999, n° 97/99, cons. B.12 ; C.A., 17 juin 1999, n° 66/99, cons. B.4 ; C.A., 26 mai 1999, n° 55/99, cons. B.6.2 ; C.A., 14 octobre 1997, n° 59/97, cons. B.3 ; C.A., 15 mai 1996, n° 31/96, cons. B.1.2, al. 3 ; C.A., 22 décembre 1994, n° 90/94, cons. B.3.4 et B.3.5 ; C.A., 23 mai 1990, n° 18/90, cons. B.14.

La reprise du législateur d'un choix du texte constitutionnel ne consiste pas en une extension des limites formelles du contrôle de la Cour. Cette hypothèse est très semblable à celle par laquelle le juge judiciaire ou administratif ne peut dénoncer l'inconstitutionnalité du règlement lorsque cette dernière est imputable à la loi. Reprenons nos trois cercles : tant dans le cas du règlement reprenant un choix législatif inconstitutionnel que dans celui de la loi reprenant un choix constitutionnel *apparemment* inconstitutionnel¹³⁰, il y a un acte qui appartient à un cercle qui reprend un choix opéré par un acte d'un autre cercle, qui lui est supérieur dans la hiérarchie des normes. Il est alors conforme à la pyramide normative que l'autorité de contrôle de l'acte supérieur prime sur celle de l'acte inférieur, qui en reprend le choix. Ainsi, seule la Cour constitutionnelle peut sanctionner l'inconstitutionnalité du règlement qui est imputable à la loi¹³¹. Au niveau de la loi, personne ne peut en sanctionner l'inconstitutionnalité apparente si cette dernière découle d'un choix du Constituant, puisque le Constituant n'est contrôlé par personne. A ce stade du raisonnement, les cercles n'interagissent toujours pas. Il existe tout au plus un jeu de miroirs entre eux.

Dans ce TITRE I, nous avons vu que le contrôle de constitutionnalité de la Cour constitutionnelle a pour l'objet l'ensemble des actes normatifs émanant formellement du Pouvoir législatif (cercle II). Il importe peu que la loi soit constitutionnelle au sens matériel du terme : par exemple, la Cour s'estime compétente pour vérifier la constitutionnalité de la loi spéciale de réformes institutionnelles¹³². Les actes du Pouvoir exécutif (cercle I) et du Pouvoir constituant (cercle II) constituent les limites formelles à son contrôle. Il existe une série de « zones grises », principalement lorsque un acte de l'Exécutif reprend un choix du Législatif, mais aussi lorsqu'une loi reprend un choix de la Constitution. A ce stade du raisonnement, c'est toujours la nature de l'auteur qui détermine la compétence de la Cour : dès que la norme émane formellement du Pouvoir législatif, la Cour peut en connaître. Peu importe qu'elle soit un décret adopté par le Congrès national ou qu'elle ait un contenu matériellement constitutionnel. Si la loi reprend une option prise par le Pouvoir constituant, le

¹³⁰ Puisque comme précisé *supra*, la Constitution ne peut violer la Constitution, de sorte qu'il n'y a en réalité pas d'inconstitutionnalité dans ce cas, ce pourquoi la Cour s'estime incompétente.

¹³¹ Nous avons néanmoins vu que la jurisprudence *Waleffe* autorise le juge judiciaire ou administratif à déclarer la loi conforme à la Constitution (voy. *supra*).

¹³² Loi spéciale précitée du 8 août 1980. Puisque cette dernière est également « une règle répartitrice de compétences entre l'Etat, les communautés et les régions » (loi spéciale précitée du 6 janvier 1989, art. 1^{er} et 26), cette loi apparaît tant comme une norme contrôlée qu'une norme de contrôle (M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, *op. cit.*, pp. 104 et 105).

choix qu'elle pose est formellement pris par le Constituant, de sorte que l'auteur formel de l'acte est ce Pouvoir. Il échappe logiquement à la compétence de la Cour. Pour la suite des développements, il faut partir du postulat qu'il n'y a pas là une extension des limites formelles du contrôle de la Cour¹³³. Cette extension n'apparaît que lorsqu'on ne trouve nulle trace du choix dans le texte-même de la Constitution, mais que la volonté du Constituant se cache dans les travaux préparatoires.

¹³³ Pour la cohérence de la suite des développements, il faut donc partir de l'idée que la reprise d'un choix de la Constitution par la loi – et l'incompétence de la Cour qui en découle – n'est qu'une application de la théorie des cercles que nous développons ici, et que le contrôle des arrêtés-lois de pouvoirs extraordinaires est une erreur de la Cour constitutionnelle.

TITRE II. L'EXTENSION DES LIMITES FORMELLES DU CONTROLE DE LA COUR ET SON IMPLICATION

Dans le TITRE I, nous avons posé qu'il n'y a pas extension des limites formelles au contrôle de la Cour lorsque le contenu du texte de la Constitution est repris dans la loi. Il y a par contre extension – au sens où on l'entend – lorsque les juges constitutionnels considèrent que la loi reprend le contenu des travaux préparatoires de révision constitutionnelle.

L'analyse de cette extension nécessite tout d'abord que l'on analyse la technique de constitutionnalisation de la loi (Chapitre I). Ensuite, l'on verra que cette technique ne peut être expliquée que d'un point de vue politique, et non juridique (Chapitre II). Enfin, l'on examinera quel est l'impact pratique de cette dernière (Chapitre III).

Chapitre I. La technique de constitutionnalisation de la loi

La technique de constitutionnalisation de la loi par les travaux préparatoires de révision constitutionnelle a été élaborée par la Cour constitutionnelle au fil de sa jurisprudence (Section 1). Elle a débouché sur une loi au statut normatif particulier, formellement législative mais matériellement constitutionnelle. Ce statut permet de comprendre la portée exacte de l'extension des limites formelles au contrôle de la Cour (Section 2).

Section 1. La naissance et l'évolution de la technique¹³⁴

Dans son arrêt n° 18/90 du 23 mai 1990, la Cour constitutionnelle a pour la première fois refusé d'analyser la constitutionnalité d'une loi parce qu'elle exprime un choix des travaux préparatoires de révision constitutionnelle (§1). Après avoir marqué un temps d'hésitation (§2), la Cour a affiné sa jurisprudence dans le cadre de la VI^{ème} réforme de l'Etat. Elle a dégagé certains critères permettant de détecter le choix du Constituant (§3).

¹³⁴ Voy. en annexe le relevé de l'ensemble des lois immunisées du contrôle de la Cour par l'effet du choix du Constituant mentionné dans les travaux préparatoires.

§1. L'arrêt n° 18/90 du 23 mai 1990

Les faits relatifs à l'arrêt n° 18/90¹³⁵ sont les suivants. L'article 21 de la loi du 9 août 1988¹³⁶ permet aux électeurs de Fourons et de Comines-Warneton de voter à Aubel et Heuvelland, communes situées dans une autre circonscription électorale¹³⁷. La Cour est saisie d'un recours en annulation de cet aspect de la loi. Il lui est demandé de contrôler la constitutionnalité d'un acte émanant formellement du Pouvoir législatif. *A priori*, rien ne s'oppose à ce qu'elle y exerce son contrôle¹³⁸.

Néanmoins, la Cour va se déclarer incompétente pour analyser la constitutionnalité de la loi. Tout d'abord, elle note que cette norme législative a été adoptée suite à la révision des articles 47 et 48 de la Constitution¹³⁹. L'article 48 établit en son alinéa premier que « la constitution des collèges électoraux est réglée par la loi »¹⁴⁰. Le texte n'en dit pas plus. Mais avant le 7 juillet 1988, il renvoyait aux « collèges électoraux de chaque province »¹⁴¹. La Cour cherche dans les travaux préparatoires l'origine de la suppression à la référence aux provinces. Après analyse, elle en conclut que « la révision qui a été réalisée le 7 juillet 1988 des articles 47 et 48 de la Constitution visait au premier chef à permettre que la faculté puisse être accordée aux électeurs de Comines-Warneton et de Fourons de voter lors des élections législatives respectivement dans l'arrondissement d'Ypres et de Verviers. Tel était en particulier l'objet de la suppression des termes « pour chaque province » dans le libellé de la première phrase de l'article 48 de la Constitution »¹⁴². Puisque la loi spéciale susmentionnée de 1988 exécute cette révision, elle en déduit que « la portée de la requête est de demander à la Cour de se prononcer sur une option que le Constituant a consacrée, ce qui ne relève pas de la compétence de la Cour »¹⁴³. Les travaux préparatoires de révision constitutionnelle viennent pour la première fois limiter formellement le contrôle de la Cour constitutionnelle.

¹³⁵ C.A., 23 mai 1990, n° 18/90.

¹³⁶ Loi du 9 août 1988 portant modification de la loi communale, de la loi électorale communale, de la loi organique des centres publics d'aide sociale, de la loi provinciale, du Code électoral, de la loi organique des élections provinciales et de la loi organisant l'élection simultanée pour les chambres législatives et les conseils provinciaux, *M.B.*, 13 août 1988, art. 21.

¹³⁷ F. BOUHON, « L'immunisation des normes législatives par le choix du constituant », *op. cit.*, p. 624.

¹³⁸ Voy. *supra*.

¹³⁹ C.A., 23 mai 1990, n° 18/90, cons. B.14.2.

¹⁴⁰ Const., art. 48, al. 1^{er} ancien (actuel article 62).

¹⁴¹ Const., art. 48, al. 1^{er} ancien, avant la révision du 7 juillet 1988.

¹⁴² C.A., 23 mai 1990, n° 18/90, cons. B.14.2 ; voy. dans les travaux préparatoires de la Chambre : proposition du Gouvernement relative à la révision de l'article 48, alinéa 1^{er}, de la Constitution, note explicative, *Doc. parl.*, Ch., sess. extr. 1988, n° 419/1, pp. 1 et 2.

¹⁴³ C.A., 23 mai 1990, n° 18/90, cons. B.14.2.

§2. L'arrêt n° 3/2001 du 25 janvier 2001

La Cour constitutionnelle semble revenir sur l'enseignement de l'arrêt n° 18/90 par un arrêt n° 3/2001 du 25 janvier 2001¹⁴⁴. Ce dernier porte notamment sur un recours en annulation de l'article 45 de la loi du 22 décembre 1998, qui établit une incompatibilité entre la fonction de juge suppléant et de membre du Conseil supérieur de la justice¹⁴⁵.

Pour défendre la loi, le Gouvernement fédéral compte appliquer le raisonnement de l'arrêt n° 18/90 : la loi précitée de 1998 porte exécution de l'article 151 de la Constitution. Or, ses travaux préparatoires attesteraient du fait « que le Constituant a marqué son accord sur la manière dont le législateur avait l'intention d'exécuter cette nouvelle disposition constitutionnelle »¹⁴⁶. Les travaux préparatoires de révision constitutionnelle semblent confirmer cette affirmation : ils précisent que « la loi prévoit certaines incompatibilités. Sont ainsi incompatibles avec le mandat de membre du Conseil supérieur : un mandat public conféré par élection, une fonction publique d'ordre politique, un mandat de chef de corps ou un mandat spécifique »¹⁴⁷.

La Cour n'a pas suivi cette logique : contrairement à l'arrêt n° 18/90, elle considère que « l'incompatibilité de la qualité de membre du Conseil avec celle de juge suppléant n'est pas raisonnablement justifiée. La seule circonstance que le Constituant avait fait référence, dans les travaux préparatoires de l'article 151, aux incompatibilités prévues par le législateur (Doc. parl., Chambre, 1997-1998, n° 1675/1, p. 6) et que l'incompatibilité critiquée figurait déjà dans la version initiale de la disposition entreprise ne suffit pas à justifier que la personne nommée par le Sénat qui serait en outre juge suppléant soit obligée de démissionner de cette fonction pour pouvoir siéger au Conseil supérieur de la justice »¹⁴⁸. Après analyse de la constitutionnalité de la loi, elle décide d'annuler l'article 45 de la loi du 22 décembre 1998¹⁴⁹.

¹⁴⁴ C.A., 25 janvier 2001, n° 3/2001.

¹⁴⁵ Loi du 22 décembre 1998 modifiant certaines dispositions de la deuxième partie du Code judiciaire concernant le Conseil supérieur de la justice, la nomination et la désignation de magistrats et instaurant un système d'évaluation pour les magistrats, *M.B.*, 2 février 1999, art. 45.

¹⁴⁶ C.A., 25 janvier 2001, n° 3/2001, cons. A.5.

¹⁴⁷ Proposition de révision de l'article 151 de la Constitution, développements, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1997-1998, n° 1675-1, p. 6.

¹⁴⁸ C.A., 25 janvier 2001, n° 3/2001, B.12.

¹⁴⁹ C.A., 25 janvier 2001, n° 3/2001, B.13.

§3. Les arrêts de 2014 et de 2015

La Cour paraît opérer un nouveau revirement jurisprudentiel dans le cadre de la VI^{ème} réforme de l'Etat. Elle se déclare incompétente en raison d'un choix du Constituant inscrit dans les travaux préparatoires de révision constitutionnelle – et repris dans la loi – dans les arrêts n° 57/2014¹⁵⁰ et 58/2014¹⁵¹ concernant la nomination des bourgmestres en périphérie bruxelloise ainsi que le contentieux administratif qui s'y rattache. Il en va de même dans l'arrêt n° 72/2014¹⁵² à propos la modalité spéciale de l'article 89 *ter* du Code électoral¹⁵³. Cet article permet aux électeurs des six communes à facilités bruxelloises de voter, à l'occasion des élections législatives, soit pour les candidats de leur circonscription (en l'occurrence, celle du Brabant flamand), soit pour les candidats de la circonscription de Bruxelles-Capitale. Elle réitère sa jurisprudence dans l'arrêt n° 96/2014¹⁵⁴ concernant la réforme de l'arrondissement judiciaire bruxellois ainsi que dans l'arrêt n° 81/2015 concernant la répartition des sièges des sénateurs cooptés entre partis¹⁵⁵. Ces différents arrêts concernent des sujets politiques sensibles tels que la scission de BHV ou l'élection des bourgmestres dans les communes de la périphérie bruxelloise.

Le dernier arrêt par lequel la Cour s'estime incompétente en raison d'un choix des travaux préparatoires est rendu le 19 novembre 2015. Il concerne un recours en annulation introduit par le Parti du Travail de Belgique à l'encontre de l'article 21 de la loi du 6 janvier 2014. Cet article insère un article 210 *decies* dans le Code électoral suite à la réforme du Sénat. Pour obtenir un élu dans la Chambre Haute, un parti doit désormais obtenir 5% des suffrages tant au groupe linguistique français du parlement bruxellois qu'au parlement de la Communauté française¹⁵⁶. Le PTB n'obtient pas ce double seuil et allègue que cette exigence est inconstitutionnelle, notamment en ce qu'elle viole l'article 68 de la Constitution¹⁵⁷. Dans son analyse de constitutionnalité, la Cour se réfère aux travaux préparatoires de révision de l'article 68 et à ceux de la proposition de loi devenue la loi du 6 janvier 2014, pour estimer

¹⁵⁰ C.C., 3 avril 2014, n° 57/2014, cons. B.7.2.

¹⁵¹ C.C., 3 avril 2014, n° 58/2014, cons. B.6.2 à B.7.1.

¹⁵² C.C., 8 mai 2014, n° 72/2014, cons. B.13.1 à B.13.4.

¹⁵³ Code électoral, art. 89 *ter*, inséré par la loi du 19 juillet 2012, *M.B.*, 22 août 2012.

¹⁵⁴ C.C., 30 juin 2014, n° 96/2014, cons. B.22.1.

¹⁵⁵ C.C., 28 mai 2015, n° 81/2015, cons. B.11.2 et B.12. Quant à cet arrêt, nous renvoyons à l'excellent commentaire de F. BOUHON précité (F. BOUHON, « L'immunisation des normes législatives par le choix du constituant », *op. cit.*, pp. 618 à 637).

¹⁵⁶ Code électoral, art. 210 *decies*, inséré par la loi du 6 janvier 2014, *M.B.*, 31 janvier 2014.

¹⁵⁷ C.C., 19 novembre 2015, n° 161/2015, cons. A.3.1 à A.3.3.

que ces deux propositions doivent être combinées¹⁵⁸. Les travaux préparatoires de la loi modifiant la législation électorale précisent que « la présente proposition de loi doit donc être lue conjointement avec les propositions suivantes soumises concomitamment au Parlement : (...) Les propositions de révision de la Constitution, en particulier les propositions de révision des articles 67 et 68 de la Constitution (Doc. Sénat, n° 5-1724/1; 5-1725/1) ; (...) »¹⁵⁹, tandis que la proposition de révision constitutionnelle établit qu'elle « doit donc être lue conjointement avec la proposition de loi spéciale portant modification du Code électoral, déposée simultanément au Parlement avec la présente proposition de révision de la Constitution (Doc. Sénat, no 5-1745/1). Ces deux propositions révèlent une unité d'intention certaine et non équivoque entre la présente démarche du Constituant, d'une part, et la proposition de loi spéciale modifiant le Code électoral soumise concomitamment au Parlement d'autre part »¹⁶⁰. La Cour se considère comme incompétente pour analyser la constitutionnalité de l'article 21 de la loi du 6 janvier 2014¹⁶¹.

Ces différents arrêts constituent-ils en un revirement de jurisprudence par rapport à l'arrêt n° 3/2001 ? Une réponse nuancée s'impose. Dans l'arrêt de 2001, la Cour précise que « la seule¹⁶² circonstance que le Constituant avait fait référence, dans les travaux préparatoires de l'article 151, aux incompatibilités prévues par le législateur » n'est pas suffisante pour en conclure à son incompétence¹⁶³. Dans les arrêts de 2014 et 2015, la Cour constitutionnelle a en réalité précisé les critères nécessaires à sa non-compétence. Tout d'abord, il faut qu'il ressorte « indéniablement » des travaux de révision que le Constituant ait connaissance des futures règles législatives (1). Ensuite, que le Constituant se soit approprié le contenu de la norme (2). Enfin, que ces deux éléments ne se contredisent pas (3)¹⁶⁴. Le critère le plus important est le second : le premier en est le présupposé, tandis que le troisième renforce l'idée d'une appropriation certaine¹⁶⁵. Les différents travaux préparatoires doivent témoigner de l'« unité d'intention du Constituant et du législateur »¹⁶⁶. La Cour prend également soin de

¹⁵⁸ C.C., 19 novembre 2015, n° 161/2015, cons. B.8 à B.9.3.

¹⁵⁹ Proposition de loi modifiant le Code électoral suite à la réforme du Sénat, développements, *Doc. parl., Sén.*, sess. ord. 2011-2012, n° 5-1744/1, p.1.

¹⁶⁰ Proposition de révision de l'article 68 de la Constitution, développements, *Doc. parl., Sén.*, sess. ord. 2011-2012, n° 5-1725/1, p. 3.

¹⁶¹ C.C., 19 novembre 2015, n° 161/2015, cons. B.11.2 et B.12.

¹⁶² Souligné par nous.

¹⁶³ C.A., 25 janvier 2001, n° 3/2001, cons. B.12.

¹⁶⁴ C.C., 19 novembre 2015, n° 161/2015, cons. B.11.2.

¹⁶⁵ F. BOUHON, « L'immunisation des normes législatives par le choix du constituant », *op. cit.*, p. 627.

¹⁶⁶ B. BLERO, « La réforme de l'arrondissement judiciaire de Bruxelles », *C.H. CRISP*, 2015, n° 2282-2283, pp. 9 et 10.

préciser qu'elle peut « contrôler si un choix posé par le constituant était correctement mis en œuvre par le législateur »¹⁶⁷, de sorte qu'elle se ménage une certaine marge d'appréciation. Dans certains arrêts¹⁶⁸, la Cour précise que « le Constituant n'a, de cette manière, pas ajouté une règle au texte de la Constitution, ce qui ne peut se faire qu'au moyen de la procédure prescrite par l'article 195 de la Constitution. Il s'exprime seulement sur la compatibilité de la modalité précitée avec la Constitution elle-même »¹⁶⁹. Est-ce un quatrième critère ? A notre sens, non. Une telle exigence serait vide de contenu : comme nous l'avons précisé, la Cour n'est pas compétente pour vérifier si le Constituant a respecté la procédure de révision de l'article 195 de la Constitution¹⁷⁰.

Section 2. Les effets de la technique

Au TITRE I, nous avons vu que l'objet du contrôle de constitutionnalité de la Cour est délimité par l'auteur de l'acte. La reprise par la loi d'un choix du texte de la Constitution ne déroge pas à ce principe. Le contrôle de la Constitution matérielle – comme la loi spéciale des réformes institutionnelles¹⁷¹ mais aussi de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle¹⁷² – atteste de cette délimitation. Pour estimer s'il y a extension des limites formelles du contrôle de la Cour par la technique de constitutionnalisation de la loi, il nous faut vérifier si les mentions dans les travaux préparatoires sont l'œuvre du Pouvoir constituant ou non. Dans l'affirmative, il n'y a pas extension au sens où nous l'entendons.

Une révision constitutionnelle est le fruit d'un processus complexe, au cours de laquelle les organes concourants à son élaboration ont pu exprimer des opinions divergentes¹⁷³. A ce titre, les travaux préparatoires de révision expriment avant tout les opinions personnelles de

¹⁶⁷ B. BLERO, *op. cit.*, p. 11. Voy. C.C., 30 juin 2014, n° 96/2014, cons. B.65.2.

¹⁶⁸ C.C., 28 mai 2015, n° 81/2015, cons. B.11.2 ; C.C., 30 juin 2014, n° 96/2014, cons. B.22.1 ; C.C., 8 mai 2014, n° 72/2014, cons. B.13.4.

¹⁶⁹ C.C., 8 mai 2014, n° 72/2014, cons. B.13.4 *in fine*.

¹⁷⁰ C.A., 22 décembre 1994, n° 90/94 ; C.A., 22 septembre 1994, n° 68/94.

¹⁷¹ Loi spéciale précitée du 8 août 1980. Voy. C.A., n° 30/90, 9 octobre 1990, cons. B.1.1 à B.1.5 ; C.A., n° 8/90, 7 février 1990, cons. B.2.5.

¹⁷² Loi spéciale précitée du 6 janvier 1989 ; C. BEHRENDT et F. BOUHON, *op. cit.*, 3^{ème} éd., p. 207. Voy. not. C.C., 24 février 2011, n° 32/2011, cons. B.2 ; C.A., 28 mars 2007, n° 56/2007, cons. B.5 ; C.A., 29 novembre 2006, n° 188/2006, cons. B.5 ; C.A., 28 juin 2006, n° 115/2006, cons. B.2.3 ; C.A., 28 mars 2002, n° 62/2002, cons. B.2.5.1 à B.2.5.3 ; C.A., 19 janvier 2000, n° 1/2000, cons. B.2 ; C.A., 26 mai 1999, n° 55/99, cons. B.6.1 et B.6.2 ; C.A., 18 novembre 1998, n° 118/98, cons. 2 à 4 ; C.A., 8 juillet 1993, n° 56/93, cons. B.2.4.

¹⁷³ C. AUBRY et C. RAU, *Droit civil français*, t. I, 7^{ème} éd., Paris, Librairies techniques, 1964, p. 309.

certaines parlementaires¹⁷⁴, qui ne peuvent être assimilées à la volonté du Pouvoir constituant lui-même¹⁷⁵. Le recours à ces derniers doit par conséquent être utilisé avec prudence. Il se peut même qu'ils contredisent le texte de la Loi fondamentale qui en découle, chaque parti invoquant les arguments qui sont en sa faveur¹⁷⁶. Seul le texte final, voté dans le respect de l'article 195 de la Constitution, peut être imputé au Constituant¹⁷⁷. Cette affirmation ressort clairement de la lecture des travaux du Congrès national¹⁷⁸. Par ailleurs, les justiciables ne sont tenus que de respecter le texte constitutionnel, pas ses travaux préparatoires. Il en découle que seul ce texte possède une portée normative. A ce titre, il est une loi au sens matériel. Au contraire, les travaux préparatoires ne prescrivent pas une norme de comportement. Ils n'appartiennent à aucun cercle délimité en introduction¹⁷⁹. Ces derniers sont bien évidemment utiles aux juges constitutionnels pour dégager le sens du texte, lorsqu'ils doivent l'appliquer. Mais il s'agit là d'une méthode d'interprétation de la loi au sens large, au même titre que le recours à la doctrine et la jurisprudence¹⁸⁰. On ne peut considérer qu'ils ont la même valeur que le texte constitutionnel, ni qu'ils émanent formellement du Pouvoir constituant¹⁸¹. D'un point de vue strictement formel, la loi qui reprend un choix des travaux préparatoires de révision demeure législative. Son contenu normatif est adopté par le Législateur, et lui seul.

Les juges constitutionnels, en déclinant leur compétence, opèrent par conséquent un changement de perspective : ce n'est plus l'auteur formel de l'acte constituant qui limite l'objet de leur contrôle, mais le contenu de la norme. Elle est considérée par les juges comme

¹⁷⁴ H. CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil*, 5^{ème} éd, Paris, A. Pedone, 1929, p. 100. Voy. ce que dit P. DE VISSCHER quant au recours aux travaux préparatoires dans l'interprétation constitutionnelle : « il n'est pas de travail plus lassant que de passer en revue les débats qu'au cours des années écoulées les Chambres constituantes ont consacrés à l'élaboration des textes nouveaux. Ce sont des centaines et des centaines de pages qu'il faut parcourir dans l'espoir d'y découvrir, au-delà des diatribes partisans et des discours électoraux, la phrase ou le mot qui éclairera sous l'angle proprement juridique, la portée des nouveaux termes » (P. DE VISSCHER, « Avant-propos », *La Constitution belge révisée*, *Ann. dr. Louvain*, 1972, p. 88).

¹⁷⁵ H. CAPITANT, « L'interprétation des lois d'après les travaux préparatoires », *Chr. Dalloz*, 1935, pp. 78 et 79.

¹⁷⁶ F. DELPEREE, « La Constitution et son interprétation », *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, sous la direction de M. van de Kerchove, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1978, p. 203 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. I, 3^{ème} éd., Bruxelles, Bruylant, 1878, n° 275, pp. 348 à 350.

¹⁷⁷ Y. LEJEUNE, *op. cit.*, 3^{ème} éd., p. 190 ; C. AUBRY et C. RAU, *op. cit.*, p. 309.

¹⁷⁸ Le Pouvoir constituant originaire exigeait que les deux chambres se prononcent pour pouvoir pourvoir à révision. Dans le cas contraire, la Constitution serait « ou enfreinte, ou méprisée » (I. VAN OVERLOOP, *Exposés des motifs de la Constitution belge*, Bruxelles, Goemare, 1864, p. 43).

¹⁷⁹ Voy. *infra*.

¹⁸⁰ P. GERARD, « Le recours aux travaux préparatoires et la volonté du législateur », *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, sous la direction de M. van de Kerchove, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1978, pp. 80 à 84 ; F. OST, *op. cit.*, p. 161 ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Traité de droit civil*, t. I, Paris, Dalloz, 1957, pp. 241 et 242.

¹⁸¹ P. GERARD, *ibidem*, pp. 83 et 84.

constitutionnelle au sens matériel du terme¹⁸², au même titre que la loi spéciale de réformes institutionnelles¹⁸³. Au contraire de cette dernière, la loi se retrouve *immunisée* du contrôle de la Cour¹⁸⁴, bien qu'elle émane formellement du même auteur. C'est en cela que la technique de constitutionnalisation opère une extension des limites formelles du contrôle de la Cour constitutionnelle.

Enfin, la loi constitutionnalisée possède un statut normatif complexe du point de vue de sa position dans la hiérarchie normative. Matériellement constitutionnelle, elle ne possède toutefois pas un rang équivalent à la Constitution formelle¹⁸⁵. Une modification ultérieure de la loi par le Pouvoir législatif ne bénéficierait plus du « sceau du constituant » sans une préalable et nouvelle mention dans les travaux parlementaires de révision constitutionnelle¹⁸⁶. C'est donc le contenu de la loi, et non la loi elle-même, qui échappe au contrôle¹⁸⁷. L'immunisation par le Pouvoir constituant n'est que temporaire : par une modification ultérieure, le Pouvoir législatif se réapproprierait son contenu, bien que son statut de loi constitutionnelle au sens matériel demeurerait. Notons toutefois que la juridiction constitutionnelle n'a jamais eu à se prononcer sur une loi modifiée qu'elle avait précédemment refusé de contrôler pour cause de choix du Constituant.

Chapitre II. L'explication politique de la technique de constitutionnalisation

Selon F. BOUHON et P. MARTENS, la technique de constitutionnalisation de la loi a été initiée par la Cour pour des motifs politiques¹⁸⁸. Cela expliquerait la différence entre l'arrêt n° 18/90 et l'arrêt n° 3/2001 : le premier porterait sur une loi ayant permis de sortir d'une crise politique, tandis que le second ne concernerait pas des points sensibles d'un point de vue

¹⁸² F. BOUHON, « L'immunisation des normes législatives par le choix du constituant », *op. cit.*, p. 631. Voy. *infra*.

¹⁸³ Voy. *supra*.

¹⁸⁴ D. BIJNENS, P. SCHOLLEN et J. THEUNIS, « Behoorlijk wetgeving in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof (2013-2014) », *T.V.W.*, 2015, p. 103. Voy. aussi J. VELAERS, « De zesde staatshervorming, eerste fase : BHV, de randgemeenten, Brussel en de democratie - Deel I », *R.W.*, 2013, p. 1022, qui évoque le terme « consolidering ».

¹⁸⁵ F. BOUHON, « Nomination des bourgmestres et contentieux linguistique en périphérie bruxelloise après la sixième réforme de l'Etat : l'aval de la Cour constitutionnelle et la contribution active du Conseil d'Etat », *A.P.T.*, 2015, p. 9.

¹⁸⁶ F. BOUHON, « L'immunisation des normes législatives par le choix du constituant », *op. cit.*, p. 626.

¹⁸⁷ X. MINY, « Les compétences et les modes de saisine de la Cour constitutionnelle : état des lieux au lendemain de la sixième réforme de l'Etat », *La Cour constitutionnelle. De l'art de modeler le droit pour préserver l'égalité*, sous la direction de S. Boufflette, Limal, Anthemis, 2016, p. 28.

¹⁸⁸ F. BOUHON, « L'immunisation des normes législatives par le choix du constituant », *op. cit.*, p. 625 ; voy. la réponse 1) de l'échange de mails avec P. MARTENS en annexe.

communautaire¹⁸⁹. Cette explication permettrait également de comprendre l'extension des limites du contrôle de la Cour, et pourquoi elle refuse de contrôler un acte adopté formellement par le Pouvoir législatif. Pour vérifier cette proposition d'explication, il faut analyser l'étendue du rôle politique des juges constitutionnels (Section 2). Puisque leur mission consiste à analyser la constitutionnalité des lois, il est nécessaire d'opérer un détour par le rôle politique du Pouvoir législatif lui-même (Section 1). Par politique, l'on entend tout ce qui « a trait au gouvernement de la cité, à l'exercice du pouvoir dans l'Etat »¹⁹⁰, tandis que le pouvoir politique renvoie au « Pouvoir suprême dirigeant toute la vie de la société et pour l'exercice duquel sont institués les pouvoirs publics constitutionnels »¹⁹¹.

Section 1. La fonction politique de la loi

Pour comprendre le rôle politique des juges, il faut comprendre la fonction de la loi qu'on leur demande d'interpréter. L'Etat moderne est caractérisé par un légicentrisme : la loi est l'instrument par lequel l'Etat affirme son pouvoir¹⁹². La fonction politique de la loi dépend donc de celle de l'Etat. La plupart des théories modernes de l'Etat présente ce dernier comme la personnification juridique de la Nation¹⁹³. Il est classiquement présenté comme libéré de ses contingences partisans¹⁹⁴. Dans cette optique, il exercerait son pouvoir suprême par la loi, qui elle-même – mais elle seule – aurait éventuellement une portée politique. L. DUGUIT pose néanmoins que l'Etat lui-même ne serait que le résultat d'un coup de force brute, d'une majorité qui imposerait sa force de contrainte au reste de la population¹⁹⁵. L'Etat-nation en tant que personne juridique apparaîtrait comme une fiction¹⁹⁶. A la source de l'Etat, il n'y aurait que des individus qui imposent aux autres leur volonté au moyen de la contrainte matérielle. Dans cette optique, n'y a pas d'Etat sans une majorité politique¹⁹⁷.

L'objet de cette section n'est pas d'analyser de manière détaillée la pensée de DUGUIT en comparaison avec les théories de l'Etat traditionnelles. Il faut uniquement garder à l'esprit que

¹⁸⁹ F. BOUHON, « L'immunisation des normes législatives par le choix du constituant », *op. cit.*, p. 625.

¹⁹⁰ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, v° Politique, 10^{ème} éd., Paris, P.U.F., 2014, p. 772.

¹⁹¹ G. CORNU, *ibidem*, v° Pouvoir politique, p. 772.

¹⁹² R. BEAUTHIER et P.-O. DE BROUX, *op. cit.*, pp. 736 à 740.

¹⁹³ L. DUGUIT, *L'Etat. t. I. Le droit objectif et la loi positive*, Paris, Abert Fontemoing, 1901, pp. 1 à 7.

¹⁹⁴ M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, 1^{ère} éd., Paris, Maspero, 1976, pp. 125 à 154.

¹⁹⁵ L. DUGUIT, *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat. Conférences faites à l'Ecole des hautes études sociales*, 3^{ème} éd., Paris, Félix Alcan, 1922, pp. 44 et 45.

¹⁹⁶ L. DUGUIT, « De la situation des particuliers à l'égard des services publics », *Rev. dr. pub.*, 1907, pp. 422 et 423.

¹⁹⁷ L. DUGUIT, *L'Etat. t. I. Le droit objectif et la loi positive*, *op. cit.*, p. 8.

le politique est intimement lié à la notion-même d'Etat. Si les juges ont une fonction politique, c'est parce que la loi qu'ils doivent interpréter possède un rôle semblable. Mais également parce qu'il y a toujours du politique dans l'Etat. Cela permet de comprendre pourquoi le rôle politique des juges n'apparaît ou ne disparaît pas en fonction de la portée politique de la loi qu'on leur demande d'appliquer. Les juges constitutionnels exercent un rôle politique tant dans l'arrêt n° 18/90 que l'arrêt n° 3/2001, parce que la loi qu'on leur demande d'interpréter est l'expression d'une majorité qui détient le pouvoir, et pas l'expression de la volonté générale¹⁹⁸. Ce constat est amplifié par le fait qu'en Belgique, les partis occupent une place centrale au parlement, dans le gouvernement et l'administration, au point que notre pays peut être qualifié de partitocratie¹⁹⁹.

Section 2. Le rôle politique des juges constitutionnels

Il n'est possible de percevoir le rôle politique des juges qu'en comprenant certaines notions développées par R. A. POSNER (§1). L'on peut ensuite expliquer concrètement l'évolution jurisprudentielle de la technique de constitutionnalisation de la loi (§2).

§1. Du self-restraint au judicial pragmatism

Les juges constitutionnels ont un rôle politique : ils appliquent une loi qui incarne toujours une volonté politique particulière, et pas la volonté générale. A la différence des juges ordinaires, les juges constitutionnels possèdent également le pouvoir d'annuler l'œuvre du législateur. C'est la théorie du législateur négatif kelsénien. Ils exercent par ailleurs une fonction positive sur la loi en constatant des lacunes dans la législation ou en maintenant dans les temps les effets d'une législation annulée. Le juge constitutionnel apparaît, pour reprendre le terme de C. BEHRENDT, comme un « législateur-cadre positif » pouvant prescrire l'adoption d'une norme²⁰⁰. La Cour possède une fonction législative, donc politique.

De plus, puisqu'elle détient son pouvoir de la loi elle-même, la Cour constitutionnelle doit être consciente des contraintes politiques qui existent sur son pouvoir et des conséquences

¹⁹⁸ L. DUGUIT, *L'Etat. t. I. Le droit objectif et la loi positive*, op. cit., pp. 1 à 7.

¹⁹⁹ P. POPELIER et K. LEMMENS, *The Constitution of Belgium. A Contextual Analysis*, Oxford, Hart, 2015, p. 108 ; P. WIGNY, *La troisième révision de la Constitution*, Bruylant, 1972, p. 18.

²⁰⁰ M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, op. cit., p. 35 ; 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. 431 à 451.

politiques de ses arrêts. C'est ce que R. A. POSNER appelle le *prudential self-restraint*²⁰¹. Une des manières de le pratiquer est d'opérer un *constitutionnal self-restraint*²⁰². Cette notion renvoie au procédé par lequel un juge refuse de déclarer une loi inconstitutionnelle si l'inconstitutionnalité ne ressort pas de l'évidence²⁰³. Néanmoins, R.A. POSNER considère que cette figure a désormais été remplacée par celle du *judicial pragmatism*. Le juge prend en compte l'ensemble des conséquences de sa décision, tant pour les parties au litige que pour la société dans son ensemble. Ce faisant, il évite les décisions aux conséquences désastreuses sur le plan politique²⁰⁴.

§2. Application à la jurisprudence de la Cour

Le *judicial pragmatism* se retrouve dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle. Certaines normes législatives qui font l'objet d'un recours en annulation sont le fruit de compromis politiques complexes. En les annulant, la Cour risque de produire des conséquences énormes sur le monde politique. Elle doit par conséquent œuvrer avec prudence²⁰⁵. C'est pour cela que la Cour a refusé d'analyser la constitutionnalité de la loi dans l'arrêt n° 18/90 en invoquant un choix du Constituant. La réforme électorale qu'elle devait analyser poursuivait un objectif de pacification communautaire. Elle a préféré ne pas y toucher²⁰⁶. Les juges ont également fait preuve de *judicial pragmatism* dans l'arrêt n° 3/2001. Les incompatibilités prévues pour siéger au Conseil Supérieur de la Justice étaient reconnues dans les travaux préparatoires de révision constitutionnelle. Mais la matière n'était pas sensible d'un point de vue communautaire. La Cour a alors opéré un contrôle de constitutionnalité, et a annulé la loi²⁰⁷.

Les arrêts de 2014 et de 2015 attestent d'un changement de méthode. Certains d'entre eux concernent la scission de BHV²⁰⁸. Le *judicial pragmatism* explique le souci de la Cour constitutionnelle de ne pas toucher à la loi. L'arrêt n° 161/2015 portait quant à lui sur le

²⁰¹ R. A. POSNER, « The Meaning of Judicial Self-Restraint », *Indiana Law Journal*, 1983, vol. 59, p. 10.

²⁰² R. A. POSNER, « The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint », *California Law Review*, 2012, vol. 100, p. 523.

²⁰³ « A statute should be invalidated only if its unconstitutionality is “so clear that it is not open to rational question” » (R. A. POSNER, « The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint », *ibidem*, p. 522).

²⁰⁴ R. A. POSNER, « The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint », *ibidem*, pp. 532 à 542.

²⁰⁵ M. VERDUSSEN, « La Cour constitutionnelle de Belgique : une juridiction politique ? », *Les juges, décideurs politiques ? Essais sur le pouvoir politique des juges dans l'exercice de leur fonction*, sous la direction de G. Grandjean et J. Wildemeersch, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 335 et 336.

²⁰⁶ Voy. la réponse 1) de l'échange de mails avec P. MARTENS en annexe.

²⁰⁷ C.A., 25 janvier 2001, n° 3/2001.

²⁰⁸ C.C., 30 juin 2014, n° 96/2014 ; C.C., 8 mai 2014, n° 72/2014.

double seuil électoral à atteindre pour siéger au Sénat. Ce pan du droit électoral n'est pas sensible d'un point de vue politique. Il ne peut s'expliquer par cette théorie. La Cour aurait-elle pu opérer un contrôle de constitutionnalité comme dans l'arrêt n° 3/2001, ou était-elle tenue par le précédent jurisprudentiel créé par les arrêts n° 57/2014²⁰⁹, 58/2014²¹⁰, 72/2014²¹¹, 96/2014²¹² et 81/2015²¹³ ? Il n'existe pas de règle du *stare decisis* en droit belge. La Cour considère qu'elle n'est pas liée par ses arrêts antérieurs²¹⁴. Par conséquent, sur le plan juridique, rien ne s'opposait à un contrôle de constitutionnalité de l'article 210 *decies* du Code électoral.

Pour comprendre la retenue dont fait preuve la Cour, il faut se référer à sa jurisprudence antérieure. Entre l'arrêt n° 3/2001 ainsi que les différents arrêts de 2014 et de 2015, la Cour rend un arrêt le 26 mai 2003²¹⁵ sur l'arrondissement judiciaire de Bruxelles-Hal-Vilvorde. Dénué de tout conséquentialisme politique, cet arrêt plonge la Belgique dans une grave crise²¹⁶. Il est extrêmement critiqué par la doctrine et les acteurs du monde politique²¹⁷. En

²⁰⁹ C.C., 3 avril 2014, n° 57/2014.

²¹⁰ C.C., 3 avril 2014, n° 58/2014.

²¹¹ C.C., 8 mai 2014, n° 72/2014.

²¹² C.C., 30 juin 2014, n° 96/2014.

²¹³ C.C., 28 mai 2015, n° 81/2015.

²¹⁴ Voy. la réponse 4) de l'échange de mails avec P. MARTENS en annexe.

²¹⁵ C.A., 26 mai 2003, n° 73/2003.

²¹⁶ T. GIET et G. ROSOUX, « Du rôle intrinsèquement politique du juge constitutionnel belge. Brèves réflexions sur un lieu commun », *Les juges, décideurs politiques ? Essais sur le pouvoir politique des juges dans l'exercice de leur fonction*, sous la direction de G. Grandjean et J. Wildemeersch, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 303 et 304.

²¹⁷ M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle, op. cit.*, pp. 278 et 279 ; M. UYTENDAELE, *Trente leçons de droit constitutionnel, op. cit.*, pp. 199 à 203. L'on se permet de reproduire ici les objections émises par M. VERDUSSEN en la matière : « À aucun moment, la Cour ne dit pour droit que la différence de traitement dénoncée est discriminatoire et, partant, inconstitutionnelle. La meilleure preuve en est qu'elle considère devoir rejeter le grief et, dans le dispositif, rejeter sur ce point le recours en annulation. Elle va même jusqu'à souligner que « la mesure procède du souci (...) de recherche globale d'un indispensable équilibre entre les intérêts des différentes communautés et régions au sein de l'État belge ». Cependant, la Cour ne s'arrête pas en si bon chemin. Elle ajoute que « les conditions de cet équilibre ne sont pas immuables », mais qu'elle « substituerait son appréciation à celle du législateur si elle décidait qu'il doit être mis fin, dès à présent, à une situation qui a jusqu'ici emporté l'adhésion du législateur, alors qu'elle n'a pas la maîtrise de l'ensemble des problèmes auxquels il doit faire face pour maintenir la paix communautaire ». Mieux encore, elle va même jusqu'à prodiguer des conseils au législateur : « En cas de maintien des circonscriptions électorales provinciales pour l'élection de la Chambre des représentants, une nouvelle composition des circonscriptions électorales de l'ancienne province de Brabant peut être accompagnée de modalités spéciales qui peuvent différer de celles qui valent pour les autres circonscriptions électorales afin de garantir les intérêts légitimes des néerlandophones et des francophones dans cette ancienne province », étant entendu que « c'est au législateur et non à la Cour qu'il appartient d'arrêter ces modalités ». « Pour ces raisons, termine la Cour, "il peut être admis que la répartition en circonscriptions électorales opérée par la loi entreprise soit maintenue pendant le délai de quatre ans prévu par l'article 65 de la Constitution prenant cours au moment déterminé par l'article 105 du Code électoral". En clair – si c'est possible –, la Cour maintient dans le futur, pour un délai qu'elle détermine, les effets d'une norme législative qu'elle n'annule pas et elle ordonne au législateur de supprimer une inconstitutionnalité qu'elle ne constate pas. Par là, elle s'octroie une prérogative que ni le Constituant ni le législateur spécial ne lui ont attribuée. Rappelons, à cet égard, que

2012, la VI^{ème} réforme de l'Etat scinde BHV par la loi du 19 juillet 2012²¹⁸ tout en recourant à la technique du choix du constituant dans les travaux préparatoires. Elle étend cette technique à d'autres normes législatives, dont le nouvel article 210 *decies* du Code électoral²¹⁹. La Cour décide alors de se déclarer incompétente pour l'ensemble des législations reprenant un choix des travaux préparatoires. Dans le doute, le juge refuse d'analyser la constitutionnalité de la loi (incarnant un compromis politique sensible ou non), comme traumatisé par l'arrêt BHV²²⁰. Cela n'atteste pas du *judicial pragmatism*, mais bien d'une forme de *constitutional self-restraint*²²¹. Sur le plan juridique, cette décision a en effet les mêmes effets que l'opération consistant à déclarer la loi constitutionnelle à défaut d'inconstitutionnalité apparente, puisque dans les deux cas, la loi subsiste et n'est pas sanctionnée²²². Pour H. VUYE et G. CLEMER, l'objectif initial de la technique – soit assurer la pacification communautaire – n'est alors plus atteint. A leur sens, la pacification ne s'obtient que par le consensus, et pas par la constitutionnalisation d'une loi qui apparaît désormais comme inattaquable²²³.

A ce stade du raisonnement, il est possible de comprendre l'extension des limites formelles du contrôle de la Cour. Initialement, la constitutionnalisation de la loi par la technique des travaux préparatoires est un procédé par lequel le juge constitutionnel fait œuvre de *judicial pragmatism*. Cela explique tant l'arrêt n° 18/90 que l'arrêt n° 3/2001. Survient ensuite l'arrêt BHV de 2003, qui a valu à la Cour de nombreuses critiques. Par mouvement de balancier, le législateur s'empare de la technique et constitutionnalise de nombreux aspects de la VI^{ème} réforme de l'Etat. Le juge constitutionnel avalise le procédé législatif : il décide de décliner sa

l'application de l'article 8, alinéa 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989, auquel les juges ne se réfèrent d'ailleurs pas, suppose une décision d'annulation. L'arrêt du 13 décembre 2003 pourrait être rangé dans le rayon des décisions de justice les plus cocasses s'il n'avait contribué, de manière significative, à la plus grave crise politique qu'a connue la Belgique. Il peut désormais être rangé dans le rayon des décisions de justice historiques, puisque la circonscription électorale de Bruxelles-Hal-Vilvorde a été scindée par une loi du 19 juillet 2012, entrée en vigueur le jour de sa publication au Moniteur belge ».

²¹⁸ Loi du 19 juillet 2012 portant réforme de l'arrondissement judiciaire de Bruxelles, *M.B.*, 22 août 2012. Pour une belle vue d'ensemble du contexte politique belge entre l'arrêt n° 73/2003 et la scission de BHV, voy. A. MEYNEN et E. WITTE, « Conjonction de crises de légitimité sur les plans économiques et institutionnels (1974-2016) », *Histoire politique de la Belgique de 1830 à nos jours*, E. Witte, A. Meynen et D. Luyten, Bruxelles, Samsa, 2016, pp. 513 à 522.

²¹⁹ Loi du 6 janvier 2014 réformant le Code électoral suite à la réforme du Sénat, *M.B.*, 31 janvier 2014 ; H. DUMONT, « Le malaise au sommet de la hiérarchie des normes », *op. cit.*, pp. 32 et 33 ; F. TULKENS, « La Belgique appartient-elle à l'avenir ou au passé ? », *La sixième réforme de l'Etat 2012-2013. Tournant historique ou soubresaut ordinaire ? Hommage à Philippe Lauvaux, Philippe Quertainmont, Michel Leroy et Rusen Ergeç*, sous la direction de J. Sautois et M. Uyttendaele, Limal, Anthemis, 2014, p. 556.

²²⁰ F. TULKENS, « La Belgique appartient-elle à l'avenir ou au passé ? », *ibidem*, p. 556

²²¹ R. A. POSNER, « The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint », *op. cit.*, p. 522.

²²² R. A. POSNER, « The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint », *ibidem*, pp. 522 à 525.

²²³ H. VUYE et G. CLEMER, *De zesde staats hervorming (eerste fase). Het BHV-akkoord of de ultieme vergrendeling*, Anvers - Cambridge, Intersentia, 2013, pp. 301 à 305.

compétence dès qu'il identifie un choix du constituant dans les travaux préparatoires, de manière automatique. Il fait alors œuvre d'une sorte de *constitutional self-restraint*.

Chapitre III. L'impact pratique de la constitutionnalisation

La constitutionnalisation de la loi par les travaux préparatoires atteste d'une extension des limites au contrôle de la Cour, et peut s'expliquer par des considérations politiques. Il nous reste à analyser quel est son impact sur le plan juridique. Affecte-t-elle la situation de certains individus ? Fondamentalement, la technique de constitutionnalisation est susceptible d'impacter tant le parlementaire (Section 1) que le citoyen (Section 2). Nous allons voir en quoi leur situation juridique peut se retrouver altérée par cette jurisprudence.

Section 1. Sur le parlementaire

Le principal effet de la technique de constitutionnalisation sur le parlementaire est l'évitement de la procédure de révision constitutionnelle (§1). Ce dernier engendre deux conséquences sur la fonction du parlementaire (§2).

§1. L'évitement de la procédure de révision constitutionnelle

La constitutionnalisation de la loi ordinaire est rendue possible par une « concertation » entre le Pouvoir constituant et législatif (A.). Le cas des lois spéciales est néanmoins plus complexe (B.).

A. Par l'adoption d'une loi ordinaire²²⁴

De manière synthétique, le procédé de constitutionnalisation de la loi par les travaux parlementaires peut être résumé comme suit. A l'occasion d'une révision constitutionnelle, les acteurs politiques évoquent certaines volontés dans les travaux préparatoires d'un article en voie d'être révisé. Le cas échéant, ils considèrent que cet article témoigne d'une unité d'intention avec telle loi. Le texte de l'article en lui-même ne comporte pas ces volontés.

²²⁴ Les arrêts suivants concernent une loi ordinaire immunisée par choix du Constituant inscrit dans les travaux préparatoires : C.C., 19 novembre 2015, n° 161/2015 ; C.C., 30 juin 2014, n° 96/2014 ; C.C., 8 mai 2014, n° 72/2014 ; C.A., 23 mai 1990, n° 18/90.

Ensuite, la loi désignée dans les travaux parlementaires reprend le choix opéré par les acteurs. En cas de recours ultérieur, la Cour constitutionnelle considère qu'elle ne peut en analyser la constitutionnalité. En apparence, ce procédé nécessite une concertation entre Pouvoir constituant et législatif, un peu comme si les deux pouvoirs se répondaient mutuellement.

La réalité est plus subtile. En introduction, nous avons vu que nous entendons le mot « Pouvoir » au sens organique du terme. Pour comprendre la concertation, il nous faut analyser quels organes composent l'un et l'autre pouvoir. Limitons-nous au Pouvoir législatif fédéral, puisque seules des lois fédérales sont constitutionnalisées. Selon l'article 36 de la Constitution, « le pouvoir législatif fédéral s'exerce collectivement par le Roi, la Chambre des représentants et le Sénat »²²⁵. Quant au Pouvoir constituant, l'article 195 de la Constitution établit que « le pouvoir législatif fédéral a le droit de déclarer qu'il y a lieu à la révision de telle disposition constitutionnelle qu'il désigne. Après cette déclaration, les deux Chambres sont dissoutes de plein droit. Il en sera convoqué deux nouvelles, conformément à l'article 46. Ces Chambres statuent, d'un commun accord avec le Roi, sur les points soumis à la révision »²²⁶. Les organes qui composent les pouvoirs législatif et constituant sont identiques : il s'agit des assemblées parlementaires et du Roi²²⁷. La différence entre les deux pouvoirs réside dans la fonction exercée par l'un et l'autre : le législateur est chargé d'adopter et modifier les lois, tandis que le Constituant a la mission d'adopter et de réviser les articles constitutionnels²²⁸. Pour éviter que la Constitution ne soit modifiée au gré des majorités de partis, la révision exige une majorité exceptionnelle de deux tiers des suffrages exprimés et moyennant la présence de deux tiers des membres de chaque chambre²²⁹.

Il n'y a pas tant une *concertation* entre Législatif et Constituant dans le cas des lois constitutionnalisées par les travaux préparatoires, mais bien une *confusion* organique entre eux. Les parlementaires de la majorité gouvernementale expriment d'une part une volonté qu'ils mentionnent dans les travaux préparatoires de révision. Cette prise de position ne

²²⁵ Const., art. 36. Notons que la Constitution adopte une conception organique du Pouvoir législatif.

²²⁶ Const., art. 195. A nouveau, on a là une conception organique du Pouvoir constituant.

²²⁷ H. VAN IMPE, *Le régime parlementaire en Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 1968, pp. 16 et 17. Voy. ce qu'en dit O. ORBAN : « le pouvoir législatif joue le grand rôle dans les révisions constitutionnelles, au point que dans presque tous les pays, le pouvoir constituant n'est rien d'autre que le pouvoir législatif, placé dans une situation particulière et fonctionnant dans des conditions spéciales. Il se fait ainsi qu'en étudiant le pouvoir législatif, nous avons étudié le pouvoir constituant (...) » (O. ORBAN, *Le droit constitutionnel de la Belgique. t. II. Les pouvoirs de l'Etat, op. cit.*, p. 696).

²²⁸ O. ORBAN, *Le droit constitutionnel de la Belgique. t. II. Les pouvoirs de l'Etat, op. cit.*, pp. 718 à 722.

²²⁹ Const., art. 195, al. 5 ; P. ERRERA, *Traité de droit public belge*, 1^{ère} éd., Paris, Giard et Brière, 1909, p. 20.

nécessite pas de vote à majorité exceptionnelle, puisqu'on ne vote pas sur le contenu des travaux préparatoires. Ensuite, ils adoptent à majorité simple une loi ordinaire qui reprend l'opinion exprimée dans les travaux de révision. Grâce à la jurisprudence de la Cour, l'effet sur la loi est identique à celui des choix du texte de la Constitution : la Cour ne peut en analyser la constitutionnalité en cas de recours²³⁰. La procédure de révision constitutionnelle est alors évitée, et la technique a exactement les mêmes effets sur la norme législative que dans le cas où elle eût été respectée. A ce titre, la technique présente un avantage indéniable pour la majorité au pouvoir, puisque la majorité des deux tiers ne doit pas être atteinte.

B. Par l'adoption d'une loi spéciale²³¹

Le cas des lois adoptées à majorité spéciale est plus complexe. En effet, les majorités exigées pour adopter une loi spéciale en droit belge sont plus difficiles à obtenir que celles nécessaires pour réviser la Constitution²³². L'adoption de la loi spéciale nécessite une majorité des deux tiers, comme la Constitution, mais également une majorité des suffrages dans les différents groupes linguistiques de chaque chambre, à la différence de la révision constitutionnelle²³³. La majorité parlementaire évite alors une procédure constitutionnelle au profit d'une procédure plus rigide. Il lui serait plus simple d'inscrire directement le choix dans la Constitution elle-même. Comment expliquer le recours aux travaux préparatoires ? Il est possible d'apporter deux explications à cette technique.

Une première explication serait celle des constitutionnalistes belges du XX^{ème} siècle. Pour eux, une Constitution se doit d'être courte. A défaut, elle devrait être révisée trop fréquemment, ce qui s'oppose au caractère rigide de sa procédure de révision²³⁴. Elle possède un caractère très général parce qu'elle se limite à consacrer de manière très sommaire des principes politiques durables, tandis que les lois, davantage précises, sont plus éphémères

²³⁰ « Il suffit, selon le mot du doyen Vedel, que l'État paraisse en majesté, c'est-à-dire en tant que constituant, pour briser [les] arrêts et reconquérir la souveraineté qu'il tient du peuple » (P. MARTENS, « Sur le juge constitutionnel (discours prononcé à l'occasion de la XII^e Conférence des Cours constitutionnelles européennes en juin 2002) », *R.F.D.C.*, 2003, p. 4). « Si les juges ne gouvernent pas, c'est parce que, à tout moment, le souverain, à condition de paraître en majesté comme Constituant peut, dans une sorte de lit de justice, briser leurs arrêts » (G. VEDEL, « Schengen et Maastricht », *R.F.D.A.*, 1992, p. 180).

²³¹ Les arrêts suivants concernent une loi spéciale immunisée par choix du Constituant inscrit dans les travaux préparatoires : C.C., 28 mai 2015, n° 81/2015 ; C.C., 3 avril 2014, n° 58/2014 ; C.C., 3 avril 2014, n° 57/2014.

²³² M. UYTENDAELE, *Trente leçons de droit constitutionnel*, op. cit., p. 512.

²³³ Const., art. 4, al. 3. Cette procédure originale de vote, qui la distingue d'une loi ordinaire, vise à garantir l'adhésion des deux grands pôles linguistiques de notre Royaume (S. WEERTS, « Article 4 », *La Constitution belge. Lignes & entrelignes*, sous la direction de M. Verdussen, Bruxelles, Le Cri, 2004, p. 34.).

²³⁴ P. WIGNY, *Droit constitutionnel. Principes et droit positif*, op. cit., pp. 63 et 70.

dans le temps²³⁵. Selon cette explication, les choix exprimés dans les travaux préparatoires de révision seraient trop précis et détaillés que pour être inscrits dans le texte constitutionnel. Ainsi, en ce qui concerne l'arrêt n° 161/2015²³⁶, la disposition attaquée devant la Cour (soit l'article 210 *decies* du Code électoral) règle la répartition des sièges des sénateurs désignés par le Parlement wallon, le Parlement de la Communauté française et le groupe linguistique français du Parlement de la Région de Bruxelles-Capitale²³⁷ de manière très précise, selon des modalités qui ne rencontreraient pas le degré de généralité dont doit être pourvu une disposition constitutionnelle.

Il est néanmoins possible d'apporter une seconde explication puisqu'à l'heure actuelle, la Constitution belge n'est plus courte²³⁸. Elle s'est allongée au gré des réformes de l'Etat²³⁹, pour devenir très précise sur certains points²⁴⁰. Les choix des travaux préparatoires auraient pu se trouver dans le texte constitutionnel. S'ils ne s'y trouvent pas, c'est par choix légistique des acteurs politiques. Or, la révision de la Constitution nécessite une dissolution des chambres²⁴¹. L'avantage de la constitutionnalisation de la loi spéciale réside dans l'absence de dissolution du parlement pour modifier cette loi. En reprenant un choix des travaux préparatoires de révision, le parlement immunise la norme législative de tout contrôle de constitutionnalité. Sur ce point, le statut de la loi est identique à celui du texte constitutionnel. Mais en inscrivant ce choix dans une loi et pas dans la Constitution, les assemblées parlementaires se ménagent la possibilité de modifier ultérieurement la loi sans dissolution, c'est-à-dire sans passer par des élections, aux résultats bien souvent aléatoires²⁴². Sous cet aspect, la loi présente un avantage pour la majorité par rapport à un article constitutionnel.

²³⁵ M. FATIN-ROUGE STEFANINI, « La Constitution doit-elle être efficace? », *L'efficacité de la norme juridique : un nouveau vecteur de légitimité ?*, sous la direction de M. Fatin-Rouge Stéfanini, L. Gay et A. Vidal-Naquet, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 215 ; F. DELPEREE, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, *op. cit.*, p. 58 ; O. ORBAN, *Le droit constitutionnel de la Belgique. t. I. Introduction et théories fondamentales*, Liège, Dessain, 1906, pp. 322 et 336.

²³⁶ C.C., 19 novembre 2015, n° 161/2015.

²³⁷ Code électoral, art. 210 *decies*.

²³⁸ M. UYTENDAELE, *Les institutions de la Belgique*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 14.

²³⁹ M. UYTENDAELE, *Précis de droit constitutionnel belge : regards sur un système institutionnel paradoxal*, *op. cit.*, pp. 115 à 120 ; C.-E. LAGASSE et B. REMICHE, *Une constitution inachevée*, Bruxelles, La Renaissance du Livre, 1973, pp. 141 et 142.

²⁴⁰ Voy. not. l'article 68 de la Constitution tel que révisé en 2014, qui règle en détail la répartition des sièges au Sénat (Const., art. 68).

²⁴¹ Const., art. 195, al. 2.

²⁴² F. DELPEREE, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, *op. cit.*, p. 84 ; O. ORBAN, *Le droit constitutionnel de la Belgique. t. II. Les pouvoirs de l'Etat*, *op. cit.*, p. 724.

§2. Les conséquences de l'évitement pour le parlementaire

L'impact pratique de la technique de constitutionnalisation porte sur deux aspects de la fonction parlementaire. D'une part, une partie du parlement se retrouve privée de sa fonction constituante (A.). D'autre part, le risque de mise en cause de la responsabilité internationale de l'Etat augmente (B.).

A. Sur sa fonction constituante

La norme législative constitutionnalisée par les travaux préparatoires échappe au contrôle de la Cour, exactement comme si elle reprenait un choix du texte de la Constitution. Mais dans le premier cas, la loi échappe au contrôle de constitutionnalité sans passer par la procédure imposée par l'article 195 de la Constitution²⁴³. L'évitement de la procédure imposée par cet article de la Constitution pose deux problèmes sur le plan juridique.

D'une part, la doctrine considère qu'à l'occasion d'une révision constitutionnelle, le Pouvoir constituant ne peut réviser que les points soumis à révision²⁴⁴. Il en découle que les parlementaires faisant œuvre constituante peuvent se prononcer sur la conformité de certaines lois avec les articles soumis à révision. Néanmoins, ils ne peuvent constater la constitutionnalité d'une norme législative par rapport aux autres articles²⁴⁵. Pourtant, dans son arrêt n° 58/2014²⁴⁶, la Cour constitutionnelle considère que la loi dont elle est saisie respecte l'ensemble des articles de la Constitution²⁴⁷. Elle se réfère aux travaux préparatoires de révision, selon lesquels « le texte constitutionnel proposé a pour effet que le constituant marque son accord au regard des options prises par le législateur et que donc *les autres principes constitutionnels*²⁴⁸ ne font pas obstacle à ces options »²⁴⁹. *D'autre part*, la technique de constitutionnalisation de la norme législative par les travaux préparatoires ne peut consister

²⁴³ Const., art. 195.

²⁴⁴ Y. LEJEUNE, *op. cit.*, 3^{ème} éd., p. 86 ; F. DELPEREE, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, *op. cit.*, pp. 80 et 81.

²⁴⁵ F. BOUHON, « L'immunisation des normes législatives par le choix du constituant », *op. cit.*, pp. 632 et 633 ; F. BOUHON, « Nomination des bourgmestres et contentieux linguistique en périphérie bruxelloise après la sixième réforme de l'Etat : l'aval de la Cour constitutionnelle et la contribution active du Conseil d'Etat », *op. cit.*, p. 10.

²⁴⁶ C.C., 3 avril 2014, n° 58/2014.

²⁴⁷ C.C., 3 avril 2014, n° 58/2014, cons. B.10.2.

²⁴⁸ Souligné par nous.

²⁴⁹ Proposition de révision de l'article 160 de la Constitution, développements, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2011-2012, n° 5-1564/1, p. 2.

en une interprétation authentique de la Constitution. Ce procédé exige le respect de la procédure de révision constitutionnelle, puisqu'interpréter officiellement une norme participe à son élaboration. Cela revient à expliciter la règle et s'identifiant et s'incorporant à cette dernière²⁵⁰. Cette procédure est précisément évitée.

Il ressort de ce qui précède que la procédure de révision s'impose pour constitutionnaliser une loi. Le procédé viole l'article 195 de la Constitution²⁵¹. En cas de loi ordinaire, une majorité simple contourne la procédure de révision, tout en disposant de l'ensemble du texte constitutionnel. Une majorité des deux tiers n'est pas nécessaire pour empêcher un contrôle de constitutionnalité de la loi. Les députés et sénateurs supplémentaires qui auraient été nécessaires pour aboutir à cette majorité sont privés de leur fonction constituante. En cas de loi spéciale, le phénomène inverse se produit : en plus de la majorité des deux tiers exigée, chaque groupe linguistique dispose d'un droit de veto sur l'adoption de la loi. Une révision constitutionnelle peut quant à elle être adoptée malgré une minorité de voix au sein d'un groupe linguistique²⁵². Un nombre supplémentaire de parlementaires disposent d'un veto législatif aux effets comparables à un veto constituant quant à l'absence de contrôle. Or, la Constitution ne leur octroie pas ce pouvoir. Corrélativement, la majorité des deux tiers est potentiellement privée de sa fonction constituante par ce veto.

B. Sur la responsabilité internationale de l'Etat

La production législative ou constitutionnelle peut entraîner la responsabilité internationale d'un Etat en cas de violation du droit international. Cette responsabilité découle du principe de primauté du droit international, dégagé tant par la Cour européenne des droits de l'homme²⁵³ que par la Cour de justice de l'Union européenne²⁵⁴. Une loi constitutionnalisée

²⁵⁰ Const., art. 195 ; Y. LEJEUNE, *op. cit.*, 3^{ème} éd., pp. 83, 84 et 190 ; F. DELPEREE, « La Constitution et son interprétation », *op. cit.*, pp. 191 et 192.

²⁵¹ Const., art. 195.

²⁵² H. DUMONT, X. DELGRANGE et S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, pp. 139, 147 et 148.

²⁵³ Cette primauté découle de l'article 1^{er} de la Convention (CEDH, art. 1^{er}), voy. Cour eur. D.H., arrêt *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, 30 janvier 1998, §29 : « aux termes de l'article 1, les Etats parties « reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au Titre I de la présente Convention » (...). Or elle ne fait aucune distinction quant au type de normes ou de mesures en cause et ne soustrait aucune partie de la « juridiction » des Etats membres à l'empire de la Convention. C'est donc par l'ensemble de leur « juridiction » – laquelle, souvent, s'exerce d'abord à travers la Constitution – que lesdits Etats répondent de leur respect de la Convention ». Voy aussi Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Sedjic et Finci c. Bosnie-Herzégovine*, 22 décembre 2009, §29 ; Cour eur. D.H., arrêt *Rekvényi c. Hongrie*, 20 mai 1999 ; F. KRENC et S. VAN DROOGHENBROECK, « L'affaire des « minarets suisses » devant la Cour européenne des droits de l'homme », obs. sous CEDH (2^e sect.), 28 juin 2011 (seconde espèce), *J.T.*, 2012, p. 180.

peut violer la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou une norme de droit européen primaire ou dérivée, en ce compris la Charte des droits fondamentaux de l'Union²⁵⁵. Concentrons-nous sur les instruments de droit international produits par l'Union européenne et le Conseil de l'Europe qui consacrent des droits fondamentaux. Deux mécanismes existent en droit belge pour éviter au possible leur violation.

Premièrement, une norme législative qui viole les droits fondamentaux européens reconnus peut faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité de la Cour constitutionnelle *a posteriori*. Pour éviter une condamnation internationale²⁵⁶, la Cour a développé une série de méthodes qui lui permettent d'effectuer un contrôle indirect de la loi belge par rapport au droit international. Elles sont qualifiées par M. VERDUSSEN de « conciliatoire » et « combinatoire »²⁵⁷. Lorsque la Cour contrôle la constitutionnalité d'une norme législative par rapport à un article constitutionnel, la méthode conciliatoire lui permet de contrôler la conformité de la loi par rapport aux dispositions de droit international qui ont une portée analogue à l'article constitutionnel qu'elle contrôle²⁵⁸. La méthode combinatoire consiste à

²⁵⁴ C.J.U.E. (gde ch.), arrêt *Winner Wetten GmbH contre Bürgermeisterin der Stadt Bergheim*, 8 septembre 2010, C-409/06, EU:C:2010:503, point 61 : « Il ne saurait en effet être admis que des règles de droit national, fussent-elles d'ordre constitutionnel, portent atteinte à l'unité et à l'efficacité du droit de l'Union ». Voy. aussi C.J.C.E., *Internationale Handelsgesellschaft*, 17 décembre 1970, C-11/70, EU:C:1970:114, point 3 ; O. BLIN, *Droit institutionnel, matériel et contentieux de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 134 à 137. Notons que la primauté du droit international n'est pas reconnue par la Cour constitutionnelle. Depuis 1991, lorsqu'elle examine les normes législatives d'assentiment à un traité international, elle ne limite pas son contrôle à la loi portant assentiment (un tel contrôle est en effet vide de contenu), mais l'étend à la norme internationale elle-même. Ce faisant, la Cour se positionne en faveur de la thèse de la primauté de la Constitution sur le droit international, dont la Convention européenne des droits de l'homme (M. Verdussen, *Justice constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 117. Voy. notamment C.C., 8 juillet 2010, n° 87/2010, cons. B.6 ; C.A., 3 février 1994, n° 12/94, cons. B.4 ; C.A., 16 octobre 1991, n° 26/91, cons. B.4). Ce faisant, la Cour se départit tant de la jurisprudence de la Cour de cassation que du Conseil d'Etat, toutes deux reconnaissant la primauté du droit international conventionnel, moyennant d'importantes nuances (Y. LEJEUNE, *Droit constitutionnel belge : fondements et institutions*, 2^{ème} éd., Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 216 à 219 ; E. SLAUTSKY, « De la hiérarchie entre Constitution et droit international », *A.P.T.*, 2009, pp. 227 à 242). Concernant le droit de l'Union européenne, la Cour considère qu'il a une valeur constitutionnelle, en vertu de l'article 34 de la Constitution (C.C., 31 mai 2011, n° 97/2011, cons. B.9.4 ; C.C., 18 novembre 2010, n° 130/2010, cons. B.5).

²⁵⁵ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 51, §1^{er}. Cette Charte a la même valeur juridique que les traités (Traité UE, art. 6, §1^{er}).

²⁵⁶ T. BOMBOIS, « La restriction des compétences de la Cour d'arbitrage à l'égard des traités internationaux », *La Cour d'arbitrage vingt ans après - Analyse des dernières réformes*, sous la direction de A. Rasson-Roland, D. Renders et M. Verdussen, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 183.

²⁵⁷ M. VERDUSSEN, « Un droit constitutionnel métamorphosé », *Ann. dr. Louvain*, 2015, pp. 306 et 307. Ces techniques renvoient à une application auxiliaire du droit international, la Cour n'étant pas compétente pour contrôler de manière autonome, directe, la conformité des normes législatives au droit international. Sur cette question, voy. M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, *op. cit.*, pp. 125 et 126.

²⁵⁸ C.A., 22 juillet 2004, n° 136/2004, cons. B.5.3. ; M. VERDUSSEN et N. BONBLED, « La hiérarchie des droits fondamentaux dans l'ordre juridique interne », *Annuaire international des droits de l'homme*, 2009, p. 92.

combiner les articles 10²⁵⁹ et 11²⁶⁰ de la Constitution avec une disposition de droit international²⁶¹. De ces deux manières, la loi contraire au droit conventionnel peut être annulée.

En second lieu, un contrôle de constitutionnalité est impossible en cas de révision constitutionnelle. L'absence de contrôle *a posteriori* de la Cour est compensé par la procédure de révision, *a priori*. L'une des fonctions de l'article 195²⁶² de la Constitution est de faire prendre conscience aux parlementaires de l'importance de leur charge, mais aussi de s'assurer que la révision a fait l'objet d'un examen plus approfondi qu'une loi²⁶³. Lors de cet examen, la conformité de la révision à l'ensemble du droit international a l'occasion d'être vérifiée²⁶⁴.

Revenons à la loi constitutionnalisée par l'effet des travaux préparatoires. D'une part, la procédure de révision et son examen approfondi sont évités. La loi ne bénéficie pas des mêmes garanties de conformité au droit international que la Constitution. D'autre part, puisque la loi ne peut faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité, la violation du droit conventionnel ne peut être sanctionnée par la Cour. La responsabilité qui pèse sur le parlementaire est alors énorme. Il doit adopter une loi qui respecte le droit international lors d'une procédure moins approfondie que celle de révision, et sans bénéficier de l'« aide » ultérieure de la Cour. Ces deux facteurs entraînent un risque plus grand de condamnation internationale, imputable aux élus de la Nation.

²⁵⁹ Const., art. 10.

²⁶⁰ Const., art. 11.

²⁶¹ Et ce depuis les arrêts n° 23/89 du 13 octobre 1989 (C.A., 13 octobre 1989, n° 23/89) et n° 18/90 du 23 mai 1990 (C.A., 23 mai 1990, n° 18/90), voy. M. Verdussen, *Justice constitutionnelle, op. cit.*, pp. 98 et 128.

²⁶² Const., art. 195.

²⁶³ F. DELPEREE, « Le processus de modification de la Constitution belge », *Rev. parl. canadienne*, 1991/3, pp. 20 et 22 ; J.-J. THONISSEN, *La Constitution belge annotée, offrant, sous chaque article, l'état de la doctrine, de la jurisprudence et de la législation*, Hasselt, Milis, 1844, p. 339.

²⁶⁴ Par exemple, la révision de l'article 8 de la Constitution, par laquelle le droit de vote aux étrangers aux élections communales a été consacré constitutionnellement, a été précédée d'un examen approfondi des exigences de droit international en la matière (F. DELPEREE, « Article 8 », *La Constitution belge. Lignes et entrelignes*, sous la direction de M. Verdussen, Bruxelles, Le Cri, 2004, pp. 39 à 45). Voy. Const., art. 8 ; proposition de révision de l'article 8 de la Constitution, rapport fait au nom de la commission des affaires institutionnelles par M. Nothomb, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1998-1999, n° 1-1131/1 ; proposition de révision de l'article 8 de la Constitution, rapport fait au nom de la commission de la révision de la Constitution et de la réforme des institutions par M. Patrick Dewael, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1996-1997, n° 354/5.

Section 2. Sur le justiciable

Outre le parlementaire, le justiciable voit sa situation juridique également affectée par la technique de constitutionnalisation législative. Il se retrouve dans l'impossibilité de défendre ses droits fondamentaux devant la Cour constitutionnelle (§1). L'impact de la technique sur le citoyen ne peut parfaitement se comprendre qu'en analysant le rôle de la juridiction constitutionnelle dans une société démocratique (§2).

§1. L'absence de protection juridictionnelle

Les normes législatives constitutionnalisées peuvent violer des droits fondamentaux reconnus aux justiciables tant par la Constitution que par le droit international. En application de la jurisprudence actuelle de la Cour quant aux choix du Constituant, les citoyens ne peuvent en invoquer la protection devant la Cour constitutionnelle. Cela leur est bien évidemment préjudiciable puisqu'en cas de recours en annulation, la Cour se déclare incompétente pour protéger leurs droits. La solution est *a priori* la même en cas de question préjudicielle. Dans les deux cas, la Cour pourrait toutefois opérer un changement de jurisprudence et contrôler la constitutionnalité de la loi. Rien ne l'y empêche en droit²⁶⁵. Le mécanisme de renvoi préjudiciel tel qu'organisé par la loi spéciale du 6 janvier 1989²⁶⁶ comporte néanmoins un risque. En principe, le juge *a quo* est tenu de poser une question préjudicielle à la Cour si une partie le lui demande²⁶⁷. Mais l'article 26, §2, alinéa 2 et 3 de cette loi spéciale tel qu'interprété par la doctrine²⁶⁸ autorise le juge de fond à refuser de poser la question si la juridiction constitutionnelle est incontestablement incompétente²⁶⁹. Tel est le cas si la question porte sur une norme réglementaire (cercle I) ou constitutionnelle (cercle III)²⁷⁰. Pour

²⁶⁵ Voy. *supra*.

²⁶⁶ Loi spéciale précitée du 6 janvier 1989.

²⁶⁷ Loi spéciale précitée du 6 janvier 1989, art. 26, §2, al. 1^{er}.

²⁶⁸ Loi spéciale précitée du 6 janvier 1989, art. 26, §2, al. 2 et 3.

²⁶⁹ Sur les autres exceptions à l'obligation de renvoi, voy. C. HOREVOETS et P. BOUCQUEY, *Les questions préjudicielles à la Cour d'arbitrage. Aspects théoriques et pratiques*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 38 à 48.

²⁷⁰ M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle, op. cit.*, pp. 217 à 219 ; L. HUYBRECHTS et M. TRAEST, « De weigering door het Hof van Cassatie om aan het Arbitragehof een prejudiciële vraag te stellen », *Les rapports entre la Cour d'arbitrage, le Pouvoir judiciaire et le Conseil d'Etat. Actes du symposium du 21 octobre 2005*, sous la direction de A. Arts *et al.*, Bruxelles, La Charte, 2006, pp. 198 et 199 ; P. BOUCQUEY, « La jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de questions préjudicielles à la Cour d'arbitrage », *Les rapports entre la Cour d'arbitrage, le Pouvoir judiciaire et le Conseil d'Etat. Actes du symposium du 21 octobre 2005*, sous la direction de A. Arts *et al.*, Bruxelles, La Charte, 2006, pp. 209 et 210.

ce motif, le Conseil d'Etat²⁷¹ et la Cour de cassation²⁷² ont été amenés à refuser la demande de renvoi préjudiciel qui leur était soumise²⁷³.

Un recours en annulation contre une loi peut être introduit à la Cour dans un délai de six mois²⁷⁴. Passé ce délai, seule une question préjudicielle demeure possible pour la déclarer inconstitutionnelle²⁷⁵. Le risque introduit par la jurisprudence de la Cour est que les juges de fond refusent de poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle au motif qu'elle est incompétente pour contrôler les lois constitutionnalisées. Sur recours en annulation, la Cour pourrait opérer un revirement jurisprudentiel, mais une telle opération apparaîtrait comme impossible passé le délai de six mois. La Cour serait alors dans l'incapacité matérielle d'opérer le revirement que nous encourageons.

§2. Le rôle de la juridiction constitutionnelle

La situation du justiciable apparaît comme problématique : toute tentative de recours à l'encontre d'une loi constitutionnalisée lui est impossible. Sa protection est amoindrie pour un motif d'ordre démocratique, soit la pérennisation des compromis politiques. D'une certaine façon, le peuple actuel – législateur – l'emporte sur le peuple perpétuel – Pouvoir Constituant –²⁷⁶. La technique de constitutionnalisation est incompatible avec les travaux de la Commission de Venise. Dans son avis à propos de la nouvelle constitution hongroise, cette dernière a considéré qu'est « incompatible avec la règle de la majorité, telle qu'elle est pratiquée d'habitude en régime démocratique, le fait que la majorité parlementaire d'un moment puisse protéger pour l'avenir ses choix politiques sociaux, fiscaux et financiers dans la Constitution ou des lois organiques derrière le verrou d'une majorité des deux tiers »²⁷⁷.

²⁷¹ C.E., 30 mars 1994, *Bouhout*, n° 46.795 ; C.E., 20 avril 1993, *de Nicolay*, n° 42.615.

²⁷² Cass., 6 février 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 172 (affaire *Inusop*). Cette affaire fut abondamment commentée en doctrine, la Cour de cassation refusant de poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle au motif que la distinction de traitement alléguée devant elle découlait du texte de la Constitution elle-même, ce qui semblait néanmoins discutable. Voy. not. R. ERGEC, « L'affaire Inusop : du refus de renvoi préjudiciel à la Cour d'arbitrage », *R.B.D.C.*, 1996, pp. 439 à 447 ; M. NIHOUL, « La Cour de cassation a-t-elle commis un « déni de renvoi préjudiciel » dans l'affaire Inusop ? », *R. cass.*, 1996, pp. 205 à 230.

²⁷³ M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, *op. cit.*, pp. 218 et 219.

²⁷⁴ Loi spéciale précitée du 6 janvier 1989, art. 3, §1^{er}.

²⁷⁵ Ces dernières ne connaissent pas de délai : voy. loi spéciale précitée du 6 janvier 1989, art. 26 à 30.

²⁷⁶ F. BOUHON, « Décider ensemble ou vivre ensemble ? Quelques pas de danse sur un air de tango », *Rev. Dr. ULg*, 2017, pp. 226 et 227.

²⁷⁷ Avis de la Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise) sur la nouvelle Constitution de la Hongrie, 17-18 juin 2011, n° 621/2011, §24, www.venise.coe.int. Voy également H. DUMONT, « Le malaise au sommet de la hiérarchie des normes », *op. cit.*, p. 35. En France, P. BLACHER n'hésite pas à évoquer un véritable « déni de justice constitutionnelle » pour caractériser la jurisprudence du Conseil

Comme l'a souligné la section de législation du Conseil d'Etat, les travaux de la Commission n'ont pas, en tant que tels, de caractère contraignant. Ils font toutefois autorité et obligent les États membres à en tenir compte pour mener leur politique. Il n'est également pas rare qu'ils soient utilisés par la Cour européenne des droits de l'homme pour interpréter la Convention européenne des droits de l'homme²⁷⁸.

Cette technique heurte par conséquent le rôle de contre-pouvoir traditionnellement attaché à la juridiction constitutionnelle : la Cour doit écouter et protéger les parties minoritaires et marginalisées de la société, qui n'ont pas pu faire entendre leur voix au moment du vote de la loi. Ce faisant, elle protège les droits plus faibles²⁷⁹. Par la constitutionnalisation de la loi, la juridiction constitutionnelle ne peut plus exercer son rôle fondamental de protection des plus marginalisés des citoyens²⁸⁰.

Ce TITRE II nous a permis de comprendre quelle était la portée de l'extension des limites formelles du contrôle de la Cour ainsi que ses nombreuses implications. Il convient de retenir les trois points suivants. Tout d'abord, la loi constitutionnalisée n'est pas l'œuvre du Constituant. Ce pouvoir ne s'exprime que par le texte adopté en vertu de l'article 195 de la Constitution, et pas dans les travaux préparatoires (1). Ensuite, cette technique a une explication politique. Initialement avalisée par la Cour en application du *judicial pragmatism*, elle a été systématisée par elle en application d'un *constitutionnal self-restraint* (2). Enfin, elle remet en question le rôle du parlementaire ainsi que la protection dont devrait jouir tout justiciable (3). Pour cette raison, la réintroduction d'un contrôle sur la loi constitutionnalisée est nécessaire (voy. TITRE III).

constitutionnel consistant à refuser d'opérer un contrôle de constitutionnalité à l'égard des lois référendaires, justifiée par la manifestation de souveraineté populaire qu'elles incarnent (P. BLACHER, « Le Conseil Constitutionnel en fait-il trop ? », *Pouvoirs*, 2003, n° 105, pp. 17 à 28).

²⁷⁸ Proposition de décret spécial visant à assurer la constitutionnalité du scrutin régional et à répondre à l'arrêt 149/2007 de la Cour constitutionnelle, avis du Conseil d'Etat, *Doc. parl.*, Parl. wal., sess. ord. 2008-2009, n° 943/2, p. 3.

²⁷⁹ M. VERDUSSEN, « Le secteur associatif devant la Cour constitutionnelle », *D'urbanisme et d'environnement - Liber amicorum Francis Haumont*, sous la direction de C.-H. Born et F. Jongen, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 936.

²⁸⁰ P. MARTENS, « Du danger pour un juriste de lire un sociologue », *Penser la négociation - Mélanges en hommage à Olgierd Kutny*, Bruxelles, De Boeck, 2008, p. 155.

TITRE III. LES MECANISMES ALTERNATIFS A LA LIMITATION FORMELLE DU CONTROLE DE LA COUR

Le TITRE II a montré que la jurisprudence constitutionnelle soulève de nombreux problèmes, tant pour le parlementaire que pour le justiciable. Un mécanisme alternatif de contrôle est souhaitable. Il doit être une expression du *judicial pragmatism* et tenir compte des conséquences du contrôle sur la société dans son ensemble, pour éviter l'adage « *fiat justitia, et pereat mundus* »²⁸¹. Un contrôle de constitutionnalité ordinaire et automatique est à rejeter. Nous envisageons dans les développements qui suivent deux mécanismes. L'un fait appel au juge civil (Chapitre I), l'autre au juge constitutionnel (Chapitre II).

Chapitre I. Le recours au juge civil

Tout d'abord, envisageons l'hypothèse selon laquelle la Cour constitutionnelle n'opère pas de revirement jurisprudentiel. La Cour continue à considérer la loi constitutionnalisée comme un acte constituant. Il existe un recours envisageable, à notre connaissance totalement ignoré par la doctrine. Il s'agit d'une action en responsabilité civile contre l'Etat non pas pour la faute imputable au Pouvoir exécutif (dégagée par le célèbre arrêt du 5 novembre 1920 *La Flandria* de la Cour de cassation²⁸²), ni pour la faute commise par le Pouvoir judiciaire (reconnue par l'arrêt *Anca* du 19 décembre 1991²⁸³), ni encore pour la faute perpétrée par le Législateur (soulignée dans l'arrêt *Ferrara* du 28 septembre 2006 et précisée par un arrêt du 10 septembre

²⁸¹ « Que justice soit faite, et que le monde se détruise ». Comme nous l'a précisé P. MARTENS, « La pratique consistant à déceler des « choix du constituant » n'est qu'un des procédés par lesquels la Cour manifeste son souci du self restraint et son « conséquentialisme ». Quand, dans un délibéré, on s'acheminait vers une solution qui, en droit pur, était inattaquable, mais aurait eu des conséquences déraisonnables, un président, aujourd'hui décédé, nous demandait de ne pas céder à l'adage, qu'il déformait quelque peu, « Fiat lex (ou fiat justitia) pereat mundus ». Car des juges, qui détiennent le pouvoir de désavouer le législateur, doivent s'interroger sur les dégâts que peuvent causer leurs jugements, fussent-ils d'une parfaite rationalité juridique. C'est aussi une application de la nécessité de préférer le raisonnable au rationnel » (voy. la réponse 1) de l'échange de mails avec P. MARTENS en annexe). La même idée se retrouve chez R. A. POSNER « *Fiat justitia, ruat caelum*, is not a workable slogan for judges » (R. A. POSNER, « The Meaning of Judicial Self-Restraint », *op. cit.*, p 25).

²⁸² Cass., 5 novembre 1920, *Pas.*, 1920, I, p. 193. Pour un bel aperçu de l'impact de cet arrêt dans le paysage juridique belge ainsi que les différentes possibilités de mise en cause sur le plan civil de l'Etat pour le fait de réglementer, voy. D. RENDERS *et. al.*, *op. cit.*, pp. 180 à 204. Voy. également P. LEWALLE, « Responsabilité des pouvoirs publics », *Droit de la responsabilité*, Liège, Éditions formation permanentes C.U.P., 1996, pp. 59 à 113.

²⁸³ Cass., 19 décembre 1991, *Pas.*, 1991, I, p. 365. Voy. également R. O. DALCQ, « La responsabilité de l'État du fait des magistrats. À propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 19 décembre 1991 », obs. sous cass., 19 décembre 1991, *J.T.*, 1992, pp. 449 à 453.

2010²⁸⁴), mais pour la faute commise par le Pouvoir constituant lui-même. Après avoir rappelé les différents critères de mise en cause de la responsabilité civile de l'Etat pour le fait du Pouvoir législatif (section 1), l'on tentera d'appliquer ces derniers aux lois exprimant les vœux du Constituant (section 2).

Section 1. Les critères de mise en cause de la responsabilité aquilienne du législateur

A la suite d'un phénomène que F. BOUHON qualifie de « désacralisation de la loi et du renforcement de l'Etat de droit »²⁸⁵, la Cour de cassation a considéré que la responsabilité civile de l'Etat belge pouvait être retenue pour une faute commise par le Pouvoir législatif lui-même²⁸⁶.

Les deux arrêts susmentionnés de 2006 et 2010 ont permis de dégager les hypothèses dans lesquelles la responsabilité aquilienne de l'Etat est retenue. Premièrement, tel est le cas où le Pouvoir législatif a, par une loi, violé le droit de l'Union européenne. L'Etat est tenu pour civilement responsable de la violation, moyennant les conditions du droit commun de la responsabilité extracontractuelle (soit la faute²⁸⁷, qui se confond ici avec la violation du droit communautaire, le dommage et le lien causal), sous réserve d'une cause d'exonération. En second lieu, l'Etat peut également être tenu pour responsable – moyennant les mêmes conditions – en cas de violation d'une disposition d'un traité directement applicable en Belgique. Il faut néanmoins que la disposition impose un comportement suffisamment déterminé. Au contraire, si la norme de droit international laisse à l'Etat une marge d'appréciation, ce dernier ne sera tenu pour civilement responsable que s'il n'a pas adopté les moyens idoines pour la respecter. Enfin, en cas de violation par la loi de la Constitution elle-même, une responsabilité étatique ne peut découler que d'un arrêt de la Cour constitutionnelle, seule autorisée à pouvoir déclarer une norme inconstitutionnelle²⁸⁸, sans

²⁸⁴ Cass., 10 septembre 2010, *J.T.*, 2011, pp. 811 et s. ; Cass., 28 septembre 2006, *J.T.*, 2006, pp. 594 et s. Voy également P. VAN OMMESLAGHE, « La responsabilité extracontractuelle de l'Etat appliquée au pouvoir législatif », *A.P.T.*, 2012, p. 1 et s. ; B. DUBUISSON et S. VAN DROOGHENBROECK, « Responsabilité de l'Etat-législateur, la dernière pièce du puzzle ? », *J.T.*, 2011, pp. 801 à 808.

²⁸⁵ F. BOUHON, « Arrêt d'espèce ou arrêt de principe ? Réflexions de synthèse autour de la décision de la Cour de cassation du 28 septembre 2006 », *R.B.D.C.*, 2007, p. 396.

²⁸⁶ P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 12.

²⁸⁷ Notons que le fait de considérer que la loi puisse être fautive est une idée récente. En 1973, R. ANDERSEN écrivait que « la responsabilité du fait des lois ne peut être qu'une responsabilité sans faute ou n'être pas » (R. ANDERSEN, « Quelques réflexions sur la responsabilité du fait des lois », *Actualité du contrôle juridictionnel des lois. Travaux des Sixièmes Journées d'études juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Larcier, 1973, p. 397).

²⁸⁸ P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, pp. 15 à 19.

qu'il y ait égalité entre faute civile et inconstitutionnalité. Le demandeur doit démontrer que la disposition constitutionnelle imposait au législateur un comportement ou une abstention déterminée²⁸⁹. A défaut, il n'y aura faute dans le chef du Pouvoir législatif que s'il ne s'est pas comporté comme un législateur normalement prudent et diligent²⁹⁰.

Section 2. Le caractère envisageable de l'application de la responsabilité aquilienne aux choix du Constituant

Une fois les critères de la responsabilité aquilienne du législateur dégagés, il est possible de les appliquer aux choix du Constituant. Puisque la Cour persiste à considérer la loi constitutionnalisée comme un acte constituant, l'on envisage tant la responsabilité pour faute imputable au texte de la Constitution que celle qui découle des travaux préparatoires. Cette responsabilité comporte un avantage (§1), mais heurte un important obstacle (§2). Précisons qu'un article constitutionnel peut déroger à un autre. Nous n'envisagerons par conséquent que l'hypothèse selon laquelle cet acte viole le droit communautaire ou international conventionnel. La question de la violation par l'acte constituant de la Constitution ne se pose pas.

§1. Les avantages pour le justiciable et le parlementaire

Une action en responsabilité civile contre les actes constituants présente de nombreux avantages tant pour le justiciable que le parlementaire.

Tout d'abord, le justiciable a droit à une protection juridictionnelle, dont la jurisprudence actuelle le prive. Sous l'angle de la réparation, il peut être dédommagé du préjudice subi par l'acte constituant. Cela constitue une forme de protection de ses droits fondamentaux consacrés internationalement. Doit-on regretter que la violation des droits fondamentaux constitutionnels par l'acte constituant ne puisse être réparée, puisque la responsabilité du Pouvoir constituant pour violation de la Constitution ne peut se concevoir? Pas nécessairement. Le catalogue des droits fondamentaux du Titre II de notre loi fondamentale

²⁸⁹ M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle, op. cit.*, p. 370.

²⁹⁰ P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, pp. 25 et 26.

est obsolète²⁹¹. Le Constituant semble incapable de se pencher sur une refonte complète de la matière, son intervention demeurant pointilliste et trop occasionnelle²⁹². Dès lors, les juges constitutionnels eux-mêmes négligent le texte constitutionnel et privilégient les textes internationaux, dont la Convention européenne des droits de l'Homme ou la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne²⁹³. Cela amène P. MARTENS à écrire que la Cour « se considère comme un organe déconcentré de l'autorité européenne et elle assume ce rôle avec d'autant plus d'enthousiasme que c'est l'Europe qui nous a hissé vers toujours plus de liberté et de démocratie »²⁹⁴. La question des droits fondamentaux est indissociable du droit international conventionnel. Par conséquent, la limitation de la réparation civile à la violation des droits internationalement reconnus est suffisante pour offrir au justiciable une protection acceptable.

Ensuite, le mécanisme offre au parlementaire une deuxième chance de conformer la Constitution au droit international. En constatant la portée fautive de l'acte constituant, le juge judiciaire incite l'ensemble des parlementaires exerçant leur fonction constituante à revoir la Constitution et éviter d'autres condamnations. Le juge civil ne peut toutefois pas obliger le Constituant à modifier son acte. La séparation des pouvoirs s'y oppose²⁹⁵.

§2. *Le principe de séparation des pouvoirs comme obstacle*

²⁹¹ Révision du titre II de la Constitution, en vue d'y insérer un article nouveau relatif au droit des femmes et des hommes à l'égalité, rapport fait au nom de la commission des réformes institutionnelles par Mmes Van Riet et de t' Serclaes, exposé de M. M. Verdussen, professeur à l'UCL, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2000-2001, n° 4-465/4, p. 52.

²⁹² S. VAN DROOGHENBROECK, « Pour une mise à jour du droit constitutionnel belge des libertés publiques et des droits de l'homme. Réflexion au départ de l'article 22bis de la Constitution garantissant le droit des enfants à l'intégrité physique, morale, psychique et sexuelle », *A.P.T.*, 2011, pp. 142 à 153 ; M. VERDUSSEN, « Les droits constitutionnels subséquents », *Les droits constitutionnels en Belgique. Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*, v. 1, sous la direction de M. Verdussen et N. Bonbled, Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 89 ; H. DUMONT et F. TULKENS « Le droit constitutionnel », *J.T.*, 2000, p. 5.

²⁹³ N. BONBLED et M. VERDUSSEN, « Conclusion », *Les droits constitutionnels en Belgique. Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*, v. 2., sous la direction de M. Verdussen et N. Bonbled, Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 1836. Cette idée se retrouve dans la jurisprudence de la Cour lorsqu'elle affirme que « lorsqu'une disposition conventionnelle liant la Belgique a une portée analogue à une ou plusieurs des dispositions constitutionnelles précitées, les garanties consacrées par cette disposition conventionnelle constituent un ensemble indissociable avec les garanties inscrites dans les dispositions constitutionnelles en cause » (C.A., 25 septembre 2004, n°136/2004, cons. B.5.3).

²⁹⁴ P. MARTENS, « Les enjeux d'une théorie générale », *Les droits constitutionnels en Belgique. Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*, v. 1, sous la direction de M. Verdussen et N. Bonbled, Bruylant, Bruxelles, 2011, pp. 17 et 18. Voy. aussi M. VERDUSSEN, « Les droits constitutionnels subséquents », *op. cit.*, pp. 17 et 18.

²⁹⁵ Y. LEJEUNE, *op. cit.*, 3^{ème} éd., p. 281.

Le principe de séparation des pouvoirs était considéré comme l'obstacle majeur à la mise en cause de la responsabilité de l'Etat pour le fait de légiférer²⁹⁶. Dans l'arrêt *Ferrara*, la Cour fait sauter cet obstacle au moyen des considérants suivants : « le principe de la séparation des pouvoirs, qui tend à réaliser un équilibre entre les différents pouvoirs de l'Etat, n'implique pas que celui-ci serait, de manière générale, soustrait à l'obligation de réparer le dommage causé à autrui par sa faute ou celle de ses organes dans l'exercice de la fonction législative (...). En appréciant le caractère fautif du comportement dommageable du pouvoir législatif, ce tribunal ne s'immisce pas dans la fonction législative et dans le processus politique de l'élaboration des lois mais se conforme à la mission du pouvoir judiciaire de protéger les droits civils »²⁹⁷. Ce faisant, la Cour se départit de sa jurisprudence historique, au terme de laquelle « le fait de la loi ne peut donner ouverture à l'action dommage-intérêts »²⁹⁸.

Le principe de séparation des pouvoirs s'oppose-t-il à la mise en cause de la responsabilité de l'Etat pour l'action du Pouvoir constituant ? Par ses considérants, la Cour de cassation autorise qu'un pouvoir *constitué* et institué par la Constitution puisse sanctionner l'action d'un autre pouvoir constitué et pareillement institué. Les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire – qui sont les pouvoirs constitués – se contrôlent mutuellement. Ils sont sur un pied d'égalité. Un acte adopté par le Pouvoir *constituant* originaire ne pourrait être sanctionné par le juge civil. Ce pouvoir est un instrument du souverain qu'est la Nation²⁹⁹. Il est inconditionné et absolu dans son action³⁰⁰. Les lois constitutionnalisées sont considérées par

²⁹⁶ F. BOUHON, « Arrêt d'espèce ou arrêt de principe ? Réflexions de synthèse autour de la décision de la Cour de cassation du 28 septembre 2006 », *op. cit.*, p. 390.

²⁹⁷ Cass., 28 septembre 2006, *J.T.*, 2006, pp. 594 et s.

²⁹⁸ Cass., 27 juin 1845, *Pas.*, 1845, I, p. 409. Voy. les conclusions conformes du procureur général M. LECLERQ : « l'art. 1382, C. civ., suppose, nous en avons fait la remarque, une faute, une négligence ou une imprudence, un délit ou un quasi-délit dans ceux que régit sa disposition. C'est ce qui résulte clairement des termes de cet article, comme de ceux des articles suivants et de l'intitulé du chapitre de la loi, dont il fait partie ; or d'où vient le dommage dans l'espèce, si dommage il y a ? Il vient de la loi (...). Cette observation dispense de tout développement; elle démontre que l'art. 1382, C.civ., est étranger à ce cas. L'y appliquer ce serait prétendre que la loi peut commettre une faute ou une imprudence, un délit ou un quasi délit. Ce serait prétendre que la loi se serait frappée elle-même, car l'art. 1382 c'est la loi. Nous n'en dirons pas davantage sur ce point, ce serait abuser de vos moments » (Pr. gén. M. LECLERQ, concl. préc. Cass., 27 juin 1845, *Pas.*, 1845, I, p. 404). Sur cet arrêt, voy. S. VAN DROOGHENBROECK, « Arrière judiciaire et responsabilité de l'Etat législateur : dissimuler les malentendus et les faux espoirs », obs. sous cass., 28 septembre 2006, *R.C.J.B.*, 2007, p. 376.

²⁹⁹ Pr. gén. W. GANSHOF VAN DER MEERSCH, concl. préc. Cass., 9 novembre 1972, *Pas.*, 1973, I, pp. 237 à 239.

³⁰⁰ O. BEAUD, *La puissance de l'Etat*, Paris, P.U.F., 1994, p. 314. Ce Pouvoir ne surgit pas pour autant du néant, voy. H. ROLIN, *De la hiérarchie des pouvoirs. Extrait des Bull. de l'Acad. royale de Belgique (Classe des Lettres, etc.). Séance du 2 mars 1936*, Bruxelles, Académie Royale de Belgique, 1936, pp. 66 à 72. Ainsi, la Constitution belge de 1831, adoptée par le Pouvoir constituant originaire, a directement été influencée par les anciennes constitutions françaises et bataves. Sur cette question, voyez A. WIJFFELS, « The French-Dutch Heritage of the Belgian Constitution of 1830 », *Giornale di storia costituzionale*, 2010, n° 19, pp. 125 à 140.

la Cour constitutionnelle comme des actes adoptés par le Pouvoir constituant *dérivé*. Ce dernier n'est pas souverain. Il est organisé par la Constitution. Cependant, il constitue les différents pouvoirs constitués (législatif, exécutif et judiciaire)³⁰¹. Le Pouvoir constituant dérivé possède un statut quelque peu hybride. Il apparaît, pour reprendre les termes de A. MAST, comme un « *geïnstitueerde grondwetgevende macht* »³⁰².

Deux solutions sont possibles. Soit la Cour de cassation considère que le Pouvoir constituant dérivé est un pouvoir avant tout constitué, au même titre que les trois autres pouvoirs. Dès lors, elle pourrait réparer civilement son action. Soit elle considère qu'il ne lui appartient pas d'en contrôler l'action, au motif qu'il constitue les autres pouvoirs. Toute réparation apparaîtrait alors comme impossible. Nous penchons en faveur de la seconde solution, en appliquant par analogie le raisonnement selon lequel la Cour constitutionnelle ne peut contrôler le Constituant dérivé. La juridiction constitutionnelle est en effet une créature de la Constitution : elle est consacrée par l'article 142³⁰³ de cette dernière, adopté par le Pouvoir constituant dérivé. Elle ne peut contrôler son créateur³⁰⁴. De même, la Cour de cassation est consacrée par l'article 147 de la Constitution³⁰⁵, et les cours et tribunaux de l'ordre judiciaire par l'article 144³⁰⁶. Par analogie, l'ordre judiciaire ne pourrait contrôler l'action du Constituant dérivé. Notons que la position inverse se défend également. Pour reprendre le considérant de l'arrêt *Ferrara*, les juridictions judiciaires ont pour mission de protéger les droits civils³⁰⁷. Cette tâche découle également de l'article 144 de la Constitution³⁰⁸. En conclusion, la Cour de cassation – et l'ordre judiciaire en général – devra trancher entre deux conceptions de la responsabilité aquilienne. L'une est fondée sur l'auteur de la faute, selon laquelle elle ne peut sanctionner l'action de son créateur. L'autre est fondée sur les effets de la faute, selon laquelle elle doit protéger les droits de nature civile. Comme le montrent ces développements, la matière est marquée par de nombreuses incertitudes³⁰⁹.

³⁰¹ O. BEAUD, *op. cit.*, pp. 319 à 325 ; A. MAST, *Overzicht van het Belgisch grondwettelijk recht*, 4^{ème} éd., Gent-Leuven, Story-Scientia, 1973, p. 368.

³⁰² A. MAST, *ibidem*, p. 368.

³⁰³ Const., art. 142.

³⁰⁴ M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle, op. cit.*, p. 42.

³⁰⁵ Const., art. 147.

³⁰⁶ Const., art. 144.

³⁰⁷ Cass., 28 septembre 2006, *J.T.*, 1996, pp. 594 et s.

³⁰⁸ Const., art. 144.

³⁰⁹ M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle, op. cit.*, p. 371.

Chapitre II. Le développement de la technique du contrôle marginal

Au chapitre précédent, nous avons envisagé l'hypothèse selon laquelle la Cour constitutionnelle ne change pas sa jurisprudence. Nous abordons ici une seconde hypothèse, qui nécessiterait un revirement jurisprudentiel : l'introduction d'un contrôle marginal sur les choix du Constituant. Après avoir précisé les contours de cette notion ainsi que son application en droit belge (section 1), l'on envisage le caractère envisageable de son application aux choix du Pouvoir constituant (section 2).

Section 1. La notion de contrôle marginal en droit belge

La technique du contrôle marginal pourrait-elle constituer en une application du *judicial pragmatism* de R. A. POSNER ? Pour répondre à cette question, il convient tout d'abord de définir la technique (§1), puis analyser en quoi elle se manifeste tant dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle (§2) que dans celle du Conseil d'Etat (§3).

§1. Le contrôle marginal : une application du judicial pragmatism

Le contrôle marginal est un contrôle de légalité par lequel le juge administratif ou judiciaire ne censure que les erreurs manifestes d'appréciation de l'action administrative³¹⁰. L'erreur manifeste d'appréciation est celle que n'aurait pas commise une personne censée³¹¹. Appliquée au législateur ou à l'administration, elle est celle, incompréhensible, que n'aurait pas commise tout législateur ou autorité administrative placée dans les mêmes circonstances³¹². Cette technique permet au juge de vérifier l'opportunité des décisions des autorités publiques lorsqu'elles exercent un pouvoir discrétionnaire. Le principe de séparation des pouvoirs n'autorise le juge qu'à contrôler la conformité de l'acte avec l'ensemble des règles de droit. Pour s'engager sur le terrain de l'opportunité, le juge consacre un nouveau principe général de droit : celui du raisonnable. Il en découle que l'autorité qui adopte un acte

³¹⁰ P. GOFFAUX, *Dictionnaire de droit administratif*, 2^{ème} éd, v° Contrôle de légalité, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 177 et 178.

³¹¹ R. ROUQUETTE, *Dictionnaire de droit administratif*, v° Erreur - manifeste d'appréciation, Paris, Le Moniteur, 2002, p. 313.

³¹² C.E., 29 mai 2012, *Carruba*, n° 219.532, p. 11.

de manière déraisonnable – c’est-à-dire un acte que n’aurait pas adopté une personne censée – viole ce principe et commet une illégalité, que le juge peut sanctionner³¹³.

Le contrôle du juge se limite aux erreurs « manifestes ». Il s’engage sur le terrain de l’opportunité, mais ne sanctionne pas toutes les erreurs qu’il pourrait remarquer. Ce faisant, le pouvoir discrétionnaire de l’autorité peut faire l’objet d’un certain contrôle, ce qui est avantageux pour le requérant. Il ne fait pas l’objet d’un contrôle ordinaire, de sorte que le juge évite de saccager à outrance les politiques publiques³¹⁴. De la sorte, il apparaît également comme avantageux pour l’autorité. Cette technique permet de tenir compte des conséquences de l’arrêt pour la société dans son ensemble, tant du point de vue des gouvernants que des gouvernés. A ce titre, elle est une illustration du *judicial pragmatism*.

§2. Dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle

La technique du contrôle marginal trouve sa source dans le contentieux administratif, mais a été reprise par les juges constitutionnels³¹⁵, dont les juges belges. La jurisprudence actuelle de la Cour constitutionnelle en matière d’erreur manifeste d’appréciation est développée au travers de deux branches de droit : le droit de la sécurité sociale, d’une part, et le droit répressif en général³¹⁶, d’autre part.

En ce qui concerne le droit de la sécurité sociale, la Cour considère qu’il ne lui appartient pas « d’apprécier si un système de sécurité sociale est ou non équitable »³¹⁷, de sorte qu’elle ne sanctionne que l’éventuelle erreur manifeste d’appréciation du législateur³¹⁸. *En matière répressive*, elle juge que « lorsque le législateur estime que certains comportements doivent faire l’objet d’une répression, il relève de son pouvoir d’appréciation de décider s’il est

³¹³ E. CEREXHE et M.-F. RIGAUX, *op. cit.*, p. 80 ; P. GOFFAUX, *op. cit.*, v° Erreur manifeste d’appréciation, pp. 262 à 265.

³¹⁴ O. DUHAMEL et Y. MENY, *Dictionnaire constitutionnel*, v° Erreur manifeste d’appréciation, Paris, P.U.F., 1992, p. 404.

³¹⁵ O. DUHAMEL et Y. MENY, *ibidem*, v° Erreur manifeste d’appréciation, p. 403.

³¹⁶ Tant d’un point de vue pénal que des sanctions scolaires, par exemple.

³¹⁷ C.A., 30 avril 2003, n° 54/2003, cons. B.5 ; C.A., 26 juin 2002, n° 110/2002, cons. B.6 ; C.A., 13 juillet 2001, n° 99/2001, cons. B.5 (en ce qui concerne les allocations familiales). Dans le même sens, voy. C.A., 21 décembre 2000, n° 136/2000, cons. B.30.3 (en ce qui concerne la différence entre médecins conventionnés et non-conventionnés).

³¹⁸ C.A., 21 décembre 2000, n° 136/2000, cons. B.29 (en ce qui concerne la différence entre médecins conventionnés et non-conventionnés) ; C.A., 30 avril 2003, n° 54/2003, cons. B.6 ; C.A., 26 juin 2002, n° 110/2002, cons. B.7 ; C.A., 13 juillet 2001, n° 99/2001, cons. B.6 (en ce qui concerne les allocations familiales) ; C.A., 13 novembre 2002, n° 166/2002, cons. B.6 (en ce qui concerne la rémunération des travailleurs).

opportun d'opter pour des sanctions pénales et de déterminer la hauteur de celles-ci. L'appréciation du caractère plus ou moins grave d'une infraction et de la sévérité avec laquelle cette infraction peut être punie relève du jugement d'opportunité qui appartient au législateur. La Cour empiéterait sur le domaine réservé au législateur si, en s'interrogeant sur la justification de la proportionnalité des sanctions pénales instaurées, elle émettait elle-même une appréciation sur la base d'un jugement de valeur concernant le caractère répréhensible des faits en cause. S'agissant de l'échelle des peines et des conséquences civiles de celle-ci, l'appréciation de la Cour doit se limiter aux cas dans lesquels le choix du législateur contient une incohérence telle qu'elle aboutit à traiter de manière manifestement déraisonnable des infractions comparables ou entraîne des effets disproportionnés, vu les objectifs poursuivis par le législateur »³¹⁹.

Dans l'une et l'autre matière, la Cour ne précise néanmoins pas quelle est l'étendue précise de son contrôle. Ses arguments relèvent de la rhétorique et du domaine hyperbolique³²⁰. L'analyse de la jurisprudence montre également que la Cour ne sanctionne que rarement l'action du législateur sur la base de l'erreur manifeste d'appréciation. Elle n'a sanctionné qu'à une seule reprise l'action législative sur cette base sur dix arrêts rendus en matière répressive ou sociale³²¹.

§3. Dans la jurisprudence du Conseil d'Etat

La jurisprudence du Conseil d'Etat en matière d'erreur manifeste d'appréciation porte sur l'ensemble des branches du droit et est plus développée que celle de la Cour constitutionnelle belge.

Tout d'abord, si le critère de l'erreur manifeste se retrouve principalement dans sa jurisprudence en matière d'aménagement du territoire³²², il se retrouve également dans des

³¹⁹ C.C., 7 novembre 2013, n° 146/2013, cons. B.19.10.3. Voy. aussi C.C., 6 juillet 2017, n° 85/2017, cons. B.14 ; C.C., 19 février 2016, n° 25/2016, cons. B.20.1 ; C.C., 11 juin 2015, n° 86/2015, cons. B.21.2 ; C.A., 25 janvier 2001, n° 5/2001, cons. B.6.4.2.

³²⁰ P. MARTENS, « Le métier de juge constitutionnel », *op. cit.*, p. 36.

³²¹ Dans l'arrêt n° 5/2001, cons. B.6.4.2 et B.6.4.3 (C.A., 25 janvier 2001, n° 5/2001).

³²² Voy. not. C.E., 1^{er} juillet 2016, *Lejeune et SPRL ELJ Consulting*, n° 235.321 ; C.E., 21 juin 2016, *Davreux et csts*, n° 235.155 ; C.E., 19 mai 2014, *Commune de Sambreville*, n° 227.458 ; C.E., 8 juillet 2013, *Caminiti*, n° 224.291 ; C.E., 29 mai 2012, *Carruba*, n° 219.532 ; C.E., 22 mars 2012, *de Broux et csts*, n° 218.579 ; C.E., 5 mai 2011, *Sprl C & C Delferrière*, n° 212.990 ; C.E., 22 décembre 2010, *Van der Bracht et csts*, n° 210.045 ; C.E., 16 décembre 2004, *S.A. Immobilière de Bertrix*, n° 138.586.

matières telles que l'enseignement³²³, le droit des saisies³²⁴, le droit fiscal³²⁵ ou encore la fonction publique³²⁶. *Ensuite*, la juridiction administrative est également plus précise que la juridiction constitutionnelle lorsqu'elle opère son contrôle. Elle considère que l'erreur manifeste susmentionnée est « celle qui, dans les circonstances concrètes, est inadmissible pour tout homme raisonnable, l'erreur qui est incompréhensible et qu'aucune autre autorité administrative placée dans les mêmes circonstances n'aurait commise, peut être sanctionnée par le Conseil d'Etat »³²⁷, ou encore « celle que ne commettrait pas une autorité normalement prudente et diligente »³²⁸, avant d'opérer une analyse très précise des faits³²⁹.

Ce n'est que très rarement que le Conseil d'Etat considère que le moyen pris de l'erreur manifeste est fondé³³⁰. Enfin, notons qu'il ne peut être invoqué devant cette juridiction lorsqu'elle statue en cassation administrative, puisqu'elle ne peut alors substituer son appréciation à celle du juge de fond quant aux faits³³¹.

Section 2. Le caractère envisageable de l'application du contrôle marginal aux choix du Constituant

Appliquer le contrôle marginal aux choix du Constituant nécessiterait un revirement de jurisprudence de la Cour, qui serait avantageux tant pour le parlementaire que le justiciable (§1). Ce revirement heurte un important obstacle : la pression politique exercée sur les juges (§2).

³²³ Voy. par exemple C.E., 1^{er} juillet 2003, *Maison Haute*, n° 121.164.

³²⁴ Voy. par exemple C.E., 29 juin 2017, *Lenoble-Varlet*, n° 238.728.

³²⁵ Voy. par exemple C.E., 21 mars 2018, *ASBL Interprovinciale des fédérations d'hôteliers restaurants, cafetiers et entreprises assimilées de Wallonie*, n° 241.065.

³²⁶ C.E., 5 mai 2011, *Malungu Mawala*, n° 232.818.

³²⁷ C.E., 29 mai 2012, *Carruba*, n° 219.532, p. 11.

³²⁸ C.E., 22 mars 2012, *de Broux et csts*, n° 218.579, p. 9.

³²⁹ Voy. par exemple C.E., 16 décembre 2004, *S.A. Immobilière de Bertrix*, n° 138.586.

³³⁰ Pour des exemples d'erreurs manifestes d'appréciation reconnues par le Conseil d'Etat, voy. C.E., 8 mai 2017, *Ahn*, n° 238.116 ; C.E., 6 juin 2016, *Baudoux*, n° 234.932 ; C.E., 22 décembre 2010, *Van der Bracht et csts*, n° 210.045 ; C.E., 16 décembre 2004, *S.A. Immobilière de Bertrix*, n° 138.586 ; C.E., 22 juillet 2003, *Plus et consorts*, n° 121.829, en matière d'aménagement du territoire ; C.E., 8 juin 2012, *Van Wezemaal*, n° 219.685 ; C.E., 8 octobre 2003, *Ville de Binche*, n° 124.006, en matière de fonction publique.

³³¹ C.E., 8 mars 2012, *arrêt X.*, n° 218.380, p. 5. Sur cette question, voy. D. RENDERS *et al.*, *op. cit.*, pp. 358 et 377.

§1. Les avantages pour le justiciable et le parlementaire

Pour que la Cour exerce un contrôle marginal sur les lois constitutionnalisées, elle doit considérer ces actes comme des lois au sens formel du terme (soit des actes relevant du cercle II), et plus comme des actes constituants (cercle III). Ce n'est qu'à cette condition qu'elle pourrait les contrôler. Une fois ce revirement opéré, la situation du parlementaire et du justiciable s'en retrouverait améliorée. Le premier ne serait plus privé de sa fonction constituante, puisque la loi constitutionnalisée redeviendrait une loi, et sa responsabilité vis-à-vis de la violation du droit international serait amoindrie de par le contrôle *a posteriori* de la Cour. Le justiciable retrouverait quant à lui une protection juridictionnelle.

Ce faisant, la juridiction constitutionnelle ferait œuvre de *judicial pragmatism*, prenant en considération les conséquences de son arrêt pour la société dans son ensemble. Le sort du parlementaire et du justiciable est amélioré par la réintroduction d'un contrôle, et par la nature marginale du contrôle, la Cour éviterait également de saccager les politiques gouvernementales, ce qui constitue l'objectif de sa jurisprudence actuelle³³². Pour ce faire, elle pourrait s'inspirer de la jurisprudence du Conseil d'Etat, en utilisant le critère du législateur normalement prudent et diligent. Ce critère pourrait être mesuré à l'aune de différents éléments, tels que le fait que l'opposition ait mis en évidence une inconstitutionnalité latente, ou le fait que la section de législation du Conseil d'Etat ait souligné, le cas échéant à plusieurs reprises, une violation de la Constitution. Tout en se déclarant compétente pour analyser la constitutionnalité de la loi, la Cour se limiterait aux inconstitutionnalités manifestes. Elle pourrait considérer que le législateur a été raisonnable eu égard des circonstances de l'espèce, comme par exemple la nécessité de sortir d'une crise politique, pour le cas échéant rejeter le recours. Ce système présente le grand avantage d'offrir au requérant une motivation quant au rejet, ce dont il est privé en l'état actuel de la jurisprudence³³³. Corrélativement, la légitimité du juge constitutionnel s'en retrouverait grandie : lui qui n'est pas élu démocratiquement, il puise son caractère légitime dans la motivation de ses arrêts, par la clarté, la précision et la pédagogie³³⁴.

³³² Voy. la réponse 1) de l'échange de mails avec P. MARTENS en annexe.

³³³ Voy. la réponse 3) de l'échange de mails avec P. MARTENS en annexe.

³³⁴ M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle, op. cit.*, p. 395 ; F. DELPEREE, *La Constitution de 1830 à nos jours, et même au-delà*, Bruxelles, Racine, 2006, p. 141 ; M. VERDUSSEN, *Les douze juges. La légitimité de la Cour constitutionnelle, op. cit.*, pp. 51 à 53.

§2. La pression politique comme obstacle

Si l'application de la technique du contrôle marginal semble souhaitable, elle heurte un obstacle majeur : celui de la pression politique qui s'exerce sur les juges constitutionnels. La majorité politique utilise le mécanisme du choix du Constituant pour éviter le contrôle de constitutionnalité sur les lois qu'elle adopte. Elle verrait d'un mauvais œil un revirement jurisprudentiel. Le risque est que le monde politique fasse pression sur les juges pour éviter le changement de jurisprudence. Sont-ils immunisés contre ce risque ? Pour répondre à cette question, il est nécessaire de déterminer si les juges ont une couleur politique.

En vertu de l'article 32 de la loi spéciale du 6 janvier 1989, les juges constitutionnels sont nommés par le Roi, par un arrêté royal délibéré en conseil des ministres, sur la base des candidats présentés par le parlement³³⁵. La moitié des juges doivent être d'anciens parlementaires³³⁶, soit des personnalités attachées à un parti politique. De plus, en vertu d'une règle non écrite, l'ensemble des sièges est réparti entre partis politiques, en fonction des résultats des élections législatives fédérales. Par conséquent, tous les juges sont choisis par les partis politiques³³⁷. Ces derniers exercent-ils une pression sur les magistrats au moment du délibéré ?

Une réponse nuancée s'impose. D'une part, une fois nommé, les juges n'ont plus de compte à rendre aux partis. Ils sont nommés à vie, de manière irrévocable et inamovible³³⁸, sous réserve d'une sanction disciplinaire pour cause de manquement à la dignité de leur fonction ou à leurs devoirs. Ils peuvent à ce titre être suspendus ou destitués, mais une telle sanction ne peut être prononcée que par la Cour elle-même³³⁹, ce qui garantit son indépendance vis-à-vis du monde politique³⁴⁰. De plus, l'histoire de la justice constitutionnelle montre que les juges ont su faire preuve d'une grande indépendance face aux sollicitations politiques. Par exemple, le président américain EISENHOWER, fervent républicain, nomma E. WARREN comme *Chief Justice* de la Cour suprême des Etats-Unis. Ce dernier fut l'un des juges les plus libéraux de l'histoire

³³⁵ Loi spéciale précitée du 6 janvier 1989, art. 32.

³³⁶ Loi spéciale précitée du 6 janvier 1989, art. 34, §1^{er}, 2^o.

³³⁷ M. VERDUSSEN, « La Cour constitutionnelle de Belgique : une juridiction politique ? », *op. cit.*, pp. 329 et 330 ; T. GIET et G. ROSOUX, *op. cit.*, pp. 288 à 291 ; H. SIMONART, *La Cour d'arbitrage*, Bruxelles, Story-Scientia, 1988, pp. 137 à 145.

³³⁸ Loi spéciale précitée du 6 janvier 1989, art. 32 ; M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, *op. cit.*, pp. 152 et 153.

³³⁹ Loi spéciale précitée du 6 janvier 1989, art. 49.

³⁴⁰ M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, *op. cit.*, pp. 153 et 154.

américaine, aux antipodes des idées du président³⁴¹. D'autre part et toutefois, si un juge a été choisi par un parti, c'est parce qu'il partage avec lui certaines idées et valeurs. Il ne faut pas croire qu'un juge puisse se départir absolument de ses opinions politiques et adopter une position d'une neutralité axiologique en toute circonstance³⁴².

Le risque d'une pression politique est par conséquent toujours à craindre, d'autant plus lorsque l'on touche à des matières aussi sensibles sur le plan communautaire que les réformes de l'Etat. Le revirement de jurisprudence que nous encourageons devra surmonter cet obstacle. Nous doutons que la Cour y parvienne.

La réintroduction d'un contrôle de constitutionnalité sur les lois constitutionnalisées peut se faire de deux manières. Il est tout d'abord possible de recourir au juge civil, au travers de la responsabilité pour le fait de constituer. Cette formule présente des avantages tant pour le parlementaire que le justiciable, mais heurte le principe de la séparation des pouvoirs. L'application du mécanisme de la responsabilité aquilienne au Pouvoir constituant est très incertaine. Le recours aux juges constitutionnels par l'utilisation d'un contrôle marginal semble davantage envisageable. Cette seconde solution présente l'avantage de tenir compte des conséquences des arrêts des juges pour la société dans son ensemble. A ce titre, elle constitue une application du *judicial pragmatism*. Ce mécanisme nécessiterait toutefois un revirement jurisprudentiel auquel la pression politique pourrait s'opposer.

³⁴¹ Ce qui amena EISENHOWER a déclarer que sa nomination était « the biggest damn-fool mistake [he] ever made » (R. L. PACELLE Jr, B. W. CURRY et B. W. MARSHALL, *Decision making by the modern Supreme Court*, Cambridge University Press, New York, 2011, p. 19 ; M. I. UROFSKY, *The Warren Court : justices, rulings and legacy*, Santa Barbara, ABC-CLIO, 2001, p. 264).

³⁴² M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, op. cit., p. 150.

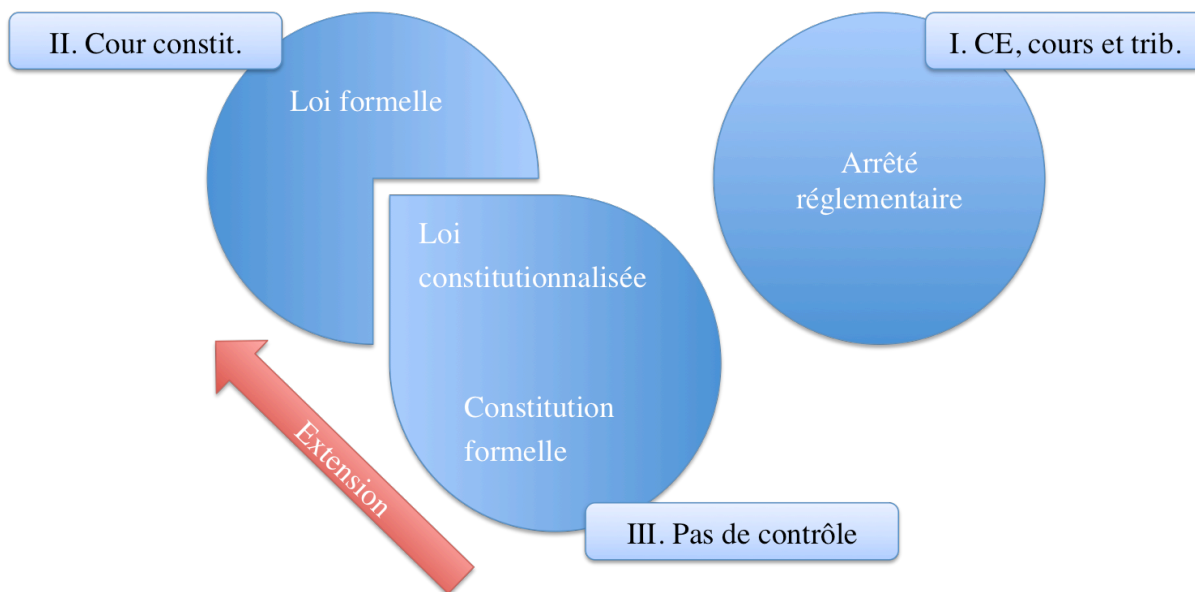
CONCLUSION

Il est temps de conclure. Au travers de nos trois titres, nous avons vu que la compétence de la Cour constitutionnelle est, en principe, délimitée formellement par l'auteur de l'acte qu'elle contrôle, soit le Pouvoir législatif. Les actes adoptés par le Pouvoir constituant et le Pouvoir exécutif lui échappent. Le cas des pouvoirs spéciaux et les décrets du Congrès national permettent de mettre en évidence les limites formelles au contrôle de cette juridiction. Lorsque l'arrêté de pouvoirs spéciaux est confirmé par le législateur, la Cour peut en contrôler la constitutionnalité. A défaut de ratification, l'acte demeure réglementaire, et seul le Conseil d'Etat peut en connaître. Le raisonnement est identique pour les décrets du Congrès national. Si ce dernier a adopté un acte en tant que Pouvoir législatif, la Cour constitutionnelle est compétente. Si l'acte a été adopté en tant que Pouvoir constituant, il échappe à tout contrôle.

Les lois constitutionnalisées émanent du législateur, puisque le Constituant ne peut valablement s'exprimer dans les travaux préparatoires. La Cour constitutionnelle considère néanmoins qu'elle ne peut les contrôler. Les limites formelles de son contrôle s'étendent. Une partie de la constitution matérielle – mais formellement législative – lui échappe. Cette jurisprudence est incohérente d'un point de vue juridique, parce que d'autres actes matériellement constitutionnels demeurent sous son contrôle. Tel est le cas de la loi spéciale du 8 août 1980. Au contraire, il n'y a pas extension lorsque la loi reprend un choix du texte de la Constitution puisque dans cette hypothèse, le Pouvoir constituant s'est valablement exprimé, en respectant l'article 195 de la Constitution.

Revenons à nos trois cercles de départ. L'analyse du système juridique belge montre qu'il existe des interactions entre eux. Plus précisément, le troisième empiète sur le second.

Figure 2. Les trois cercles du contrôle de constitutionnalité suite à l'extension



L'extension opérée par les lois constitutionnalisées ne s'explique pas en droit, mais par des considérations politiques. L'effet sur la norme est identique en cas de choix des travaux préparatoires qu'en cas de choix du texte de la Constitution : formellement, la norme échappe à tout contrôle. Le choix pour l'une ou l'autre option relève d'un choix légistique de majorité politique. A ce titre, les travaux préparatoires comportent de nombreux avantages. En cas de loi ordinaire comme en cas de loi spéciale, le procédé permet d'éviter la lourde procédure de révision constitutionnelle. La Cour a donné son blanc-seing à ce procédé. Cela atteste d'un passage du *judicial pragmatism* au *constitutional self-restraint*, imputable à l'arrêt BHV.

La situation du parlementaire et du citoyen est affectée. Le premier peut se retrouver privé de sa fonction constituante, et supporte une grande part de responsabilité en cas de violation du droit international. Le second est privé d'une protection juridictionnelle. Pour ces différentes raisons, une réintroduction de contrôle est souhaitable, soit par le juge civil, soit par le juge constitutionnel.

La première possibilité renvoie à la responsabilité du fait de constituer. Nous n'avons pu qu'esquisser les grandes lignes de ce mécanisme, qui mériterait assurément de plus amples développements. Plusieurs questions demeurent sans réponse. Le principe de séparation des pouvoirs s'oppose-t-il à cette technique ? Le postulat de rationalité du Constituant, dégagé au TITRE I, y est-il compatible ? Dans l'affirmative, la notion de faute est-elle la même qu'en cas

de responsabilité du législateur, ou recouvre-t-elle une portée différente ? Cette responsabilité existe-t-elle dans d'autre Etat et, le cas échéant, dans quelle mesure la Belgique pourrait-elle s'en inspirer ? Est-elle imposée par le droit international ? Ce ne sont là que des pistes de réflexion. Mais nous gageons que cette question se posera tôt ou tard devant la Cour de cassation. En effet, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice de l'Union européenne ne distingue pas la violation du droit international imputable à la loi ou à la Constitution. La responsabilité de l'Etat est engagée dans les deux cas. Et c'est précisément la violation du droit international qui est à la source de l'arrêt *Ferrara de 2006*³⁴³.

Il est également possible de réintroduire un véritable contrôle de constitutionnalité sur les lois constitutionnalisées, via la technique du contrôle marginal. Cette opération nécessiterait un revirement de jurisprudence constitutionnelle. La situation du justiciable, du parlementaire mais aussi la légitimité du juge constitutionnel s'en retrouveraient améliorés. La pression politique qui pèse sur les juges constitutionnels pourrait toutefois s'y opposer.

Il est une hypothèse que nous n'avons pas abordée dans le Titre concernant les mécanismes alternatifs de contrôle, et il convient d'y consacrer quelques lignes en vue de conclure nos propos. Il se peut que le législateur adopte des lois constitutionnalisées profondément liberticides. Pour prendre un exemple extrême, la majorité politique au pouvoir pourrait ainsi adopter une loi interdisant l'accès aux personnes de confession juive à certaines professions. Elle pourrait également inscrire cette interdiction dans la Constitution³⁴⁴. En l'état actuel de la jurisprudence de la Cour, les effets des deux techniques sont identiques. Face à une

³⁴³ En l'occurrence, la violation du droit à être jugé dans un délai raisonnable garanti par l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Voy. Cass., 28 septembre 2006, *J.T.*, 1996, pp. 594 et s.

³⁴⁴ Comme nous l'avons précisé *supra*, rien n'empêche qu'un article constitutionnel déroge à un autre. Néanmoins, notre Constitution est marquée d'un profond humanisme, veillant à l'épanouissement et au respect de la dignité de l'individu (M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle, op. cit.*, p. 96). Une disposition interdisant l'accès aux personnes d'une confession religieuse particulière à certaines professions heurterait de nombreux articles de notre Loi fondamentale, notamment ceux qui établissent le principe d'égalité et de non-discrimination ainsi que la liberté de religion. L'« esprit » de la Constitution aura été tourné mais le prescrit de l'article 195 respecté, un peu comme dans un cas de fraude à la loi en droit privé. C'est ce que G. LIET-VEAUX appelle une « fraude à la Constitution » (G. LIET-VEAUX, « La 'fraude à la Constitution' », *Rev. dr. pub.*, 1943, pp. 141 à 145). Notons que cet auteur avait une réputation quelque peu sulfureuse, bien qu'il soit souvent cité en doctrine française. En effet, il traite dans son article de la question de la légitimité du régime de Vichy, instauré selon lui par fraude à la Constitution. Il ne le condamne toutefois pas, de sorte qu'il ne peut en aucun cas être qualifié d'auteur résistant : selon lui, la révision constitutionnelle française de 1940 était certes illégitime, mais cela engendra le fait que le Maréchal PETAIN était devenu détenteur du Pouvoir constituant *originaire*, et non plus *dérivé*. Pour M. TROPER, l'écrit de LIET-VEAUX a surtout légitimé le régime en place (C. KLEIN, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, Paris, P.U.F., 1996, pp. 153 à 158).

Constituant dérivé liberticide, il existe deux solutions potentielles pour rétablir la liberté de tout individu.

Tout d'abord, il est possible que la Cour constitutionnelle accepte de contrôler la Constitution elle-même à l'aune de la Convention européenne des droits de l'homme ou des pactes onusiens, ce qui nécessiterait un revirement jurisprudentiel. Ce dernier heurte deux obstacles : d'une part, il faudrait que les juges constitutionnels, nommés par la majorité politique, ne soient pas eux-mêmes devenus liberticides ; et, d'autre part, un Constituant qui dispose d'une majorité des deux tiers pour réduire à néant les libertés dispose des moyens pour réduire la compétence de la Cour ou la supprimer³⁴⁵.

Tous nos espoirs résideraient-ils dans la Cour ? En réalité, il est possible d'envisager une solution radicale face au Pouvoir constituant dérivé liberticide : c'est l'hypothèse de l'intervention du Pouvoir constituant originaire. En effet, ce Pouvoir ne disparaît pas une fois la Constitution établie. Il subsiste dans son activité déconstituante et insurrectionnelle. Par la révolution juridique, le Pouvoir constituant originaire – qui appartient à la Nation – peut abolir la Constitution et créer un ordre juridique nouveau, donc une nouvelle Constitution³⁴⁶. La légitimité de la révolution ainsi que sa capacité à créer un ordre juridique valide et nouveau dépendra toutefois de l'effectivité et de la réussite du soulèvement populaire. On ne saura qu'*a posteriori* si les révolutionnaires détenaient le Pouvoir constituant originaire ou non. Les faits rattrapent ici le droit : si la révolution est matée et que le coup d'Etat ne prend pas, l'ancienne Constitution demeurera en vigueur. Le Constituant originaire sera considéré comme n'ayant pas agi³⁴⁷. Nous n'avons pas envisagé la possibilité de la révolution dans nos développements car elle suppose un nouvel ordre juridique et témoigne d'un climat politique très instable. C'est là une solution profondément radicale.

Revenons à nos propos initiaux. Un changement de jurisprudence nous semble nécessaire. En son état actuel, la position de la juridiction constitutionnelle quant aux lois constitutionnalisées risque de constituer un précédent pour les réformes de l'Etat à venir. Le législateur sera encouragé à former avec le Pouvoir constituant une sorte de créature à deux têtes, en utilisant simultanément la procédure de révision constitutionnelle et d'adoption de loi

³⁴⁵ Voy. la réponse 7) de l'échange de mails avec P. MARTENS en annexe.

³⁴⁶ F. DELPEREE, *op. cit.*, p. 69 ; O. BEAUD, *op. cit.*, p. 319 ; M.-F. RIGAUX, *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, Bruxelles, Larcier, 1985, pp. 239 à 243.

³⁴⁷ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, pp. 278 à 283.

spéciale³⁴⁸. Peut-on réellement le blâmer ? Ce procédé a été avalisé par la Cour. C'est à elle, et à elle seule, qu'il appartient de prendre ses responsabilités. Elle doit revenir au *judicial pragmatism*, tandis qu'aujourd'hui, elle est à la botte de la majorité politique. Comme l'écrit P. MARTENS, « être attentif à ne pas perturber l'ordre juridique existant, c'est peut-être aussi éviter de déplaire au Prince : c'est une justice de courtisan que celle qui ne va que jusqu'où le souverain tolère qu'elle s'exerce »³⁴⁹.

Plus encore, il y a lieu de s'interroger sur le point suivant. Seul le Pouvoir législatif fédéral dispose du « privilège » de pouvoir immuniser ses lois, puisque le Pouvoir décrétoal et ordonnanciel fédéré n'est pas visé par l'article 195 de la Constitution³⁵⁰. Or, notre Etat fédéral est caractérisé par une égalité entre le niveau fédéral et fédéré³⁵¹. Nous doutons que la jurisprudence actuelle de la Cour constitutionnelle soit compatible avec ce principe d'égalité. Plus fondamentalement, cette question renvoie à la participation des entités fédérées à l'exercice de la fonction constituante. En l'état actuel du droit institutionnel belge, ces dernières n'y participe qu'au travers du Sénat, de manière très marginale. Nous gageons que ces questions se poseront avec acuité à l'avenir.

La problématique des lois incarnant un choix du Constituant nous a permis d'appréhender de multiples pans du droit constitutionnel belge. Elle met en évidence de nombreuses zones d'ombres du droit public, telles que la différence entre Pouvoir constituant originaire et dérivé, la responsabilité des pouvoirs publics, mais également la nature-même du contrôle de constitutionnalité. Plus fondamentalement, l'ensemble de nos propos pourrait être résumé en une question : qu'est-ce qu'une Constitution ? Est-elle à entendre au sens formel ou matériel ? Nous avons vu que la Cour constitutionnelle oscille entre les deux conceptions pour des considérations politiques. Notre juridiction constitutionnelle s'est accaparé de la notion et a réduit le Pouvoir constituant tel qu'envisagé par le Congrès national au silence. La démocratie ne s'en retrouve pas grandie. « Gardons-nous que la Créature - la Constitution - n'échappe à son créateur - le pouvoir constituant - et que l'exaltation de l'une ne s'accompagne de la mise en cage de l'autre », écrit si bien G. VEDEL³⁵². Tout est dit.

³⁴⁸ F. BOUHON, « L'immunisation des normes législatives par le choix du constituant », *op. cit.*, p. 637.

³⁴⁹ P. MARTENS, « Le métier de juge constitutionnel », *op. cit.*, p. 38.

³⁵⁰ Const., art. 195, al. 1^{er}.

³⁵¹ M. Verdussen, *Justice constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 87.

³⁵² G. VEDEL, *op. cit.*, p. 180.

BIBLIOGRAPHIE

I. Législation et travaux parlementaires

1. Législation internationale

- Traité UE, art. 6, §1^{er}.
- Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 51, §1^{er}.
- CEDH, art. 1^{er}.

2. Législation et travaux parlementaires belges

- Décret du 24 novembre 1830 excluant à perpétuité les membres de la famille d'Orange-Nassau de tout pouvoir en Belgique, *Bulletin officiel n° XLI*, 1830, p. 583.
- Décret du 18 novembre 1830 proclamant l'indépendance du peuple belge, *Bulletin officiel n° XLI*, 1830, p. 582³⁵³.
- Const., art. 4, al. 3, 8, 10, 11, 11 *bis*, 19, 21, 24, 25, 34, 36, 37, 62, 68, 105, 106, 107, 108, 127, §2, 128, §2, 129, §2, 130, §2, 134, al. 2, 138, al. 3, 142, al. 2, 143, §1^{er}, 144, 147, 150, 159, 170, 172, 190, 191 et 195.
- Loi spéciale du 21 février 2010 visant à adapter diverses dispositions à la dénomination « Cour constitutionnelle », *M.B.*, 26 février 2010, art. 6.
- Loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, *M.B.*, 7 janvier 1989, art. 1^{er}, 2, 3, 26 à 30, 32, 34, 49, et 69 à 73.
- Loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, *M.B.*, 15 août 1980, art. 19, §2, 20, 78 et 97.
- Code électoral, art. 89 *ter* et 210 *decies*.
- Loi du 6 janvier 2014 réformant le Code électoral suite à la réforme du Sénat, *M.B.*, 31 janvier 2014.
- Loi du 19 juillet 2012 portant réforme de l'arrondissement judiciaire de Bruxelles, *M.B.*, 22 août 2012.

³⁵³ Nous considérons ces deux décrets comme supra-constitutionnels, d'où leur position dans cette bibliographie, bien que cela ne soit pas le cas de la doctrine majoritaire (voy. *supra*).

- Loi du 22 décembre 1998 modifiant certaines dispositions de la deuxième partie du Code judiciaire concernant le Conseil supérieur de la justice, la nomination et la désignation de magistrats et instaurant un système d'évaluation pour les magistrats, *M.B.*, 2 février 1999, art. 45.
- Loi du 9 août 1988 portant modification de la loi communale, de la loi électorale communale, de la loi organique des centres publics d'aide sociale, de la loi provinciale, du Code électoral, de la loi organique des élections provinciales et de la loi organisant l'élection simultanée pour les chambres législatives et les conseils provinciaux, *M.B.*, 13 août 1988, art. 21.
- Lois coordonnées le 12 janvier 1973 sur le Conseil d'Etat, *M.B.*, 21 mars 1973, art. 14 et 19.
- Loi du 29 mai 1959 modifiant certaines dispositions de la législation de l'enseignement, *M.B.*, 19 juin 1959, art. 9, al. 4.
- Décret du 21 juillet 1831 portant dissolution du Congrès national et organisant de nouvelles élections, *Bulletin officiel n° LXXVI*, 1831, p. 864.
- Décret du 20 juillet 1831 concernant le serment à la mise en vigueur de la monarchie constitutionnelle représentative, *Bulletin officiel n° LXXVI*, 1831, p. 866.
- Décret du 20 juillet 1831 relatif à la presse, *Bulletin officiel n° LXXV*, 1831, p. 529.
- Proposition de révision de l'article 68 de la Constitution, développements, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2011-2012, n° 5-1725/1.
- Proposition de révision de l'article 160 de la Constitution, développements, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2011-2012, n° 5-1564/1.
- Proposition de révision de l'article 142, alinéa 1^{er}, de la Constitution, développements, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2004-2005, n° 3-1052/1.
- Proposition de révision de l'article 8 de la Constitution, rapport fait au nom de la commission des affaires institutionnelles par M. Nothomb, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1998-1999, n° 1-1131/1.
- Révision du titre II de la Constitution, en vue d'y insérer un article nouveau relatif au droit des femmes et des hommes à l'égalité, rapport fait au nom de la commission des réformes institutionnelles par Mmes Van Riet et de t' Serclaes, exposé de M. M. Verdussen, professeur à l'UCL, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2000-2001, n° 4-465/4.
- Proposition de révision de l'article 151 de la Constitution, développements, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1997-1998, n° 1675-1.

- Proposition de révision de l'article 8 de la Constitution, rapport fait au nom de la commission de la révision de la Constitution et de la réforme des institutions par M. Patrick Dewael, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1996-1997, n° 354/5.
- Proposition du Gouvernement relative à la révision de l'article 48, alinéa 1^{er}, de la Constitution, note explicative, *Doc. parl.*, Ch., sess. extr. 1988, n° 419/1.
- Proposition de loi modifiant le Code électoral suite à la réforme du Sénat, développements, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2011-2012, n° 5-1744/1.
- Proposition de loi abrogeant le décret du 24 novembre 1830, avis du Conseil d'Etat, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1992-1993, n° 1036/2.
- Projet de loi portant l'organisation, la compétence et le fonctionnement de la Cour d'arbitrage, rapport fait au nom de la commission de la révision de la Constitution et de la réforme des institutions par Mme Herman-Michielsens et M. Lallemand, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1981-1982, n° 246/2.
- Proposition de décret spécial visant à assurer la constitutionnalité du scrutin régional et à répondre à l'arrêt 149/2007 de la Cour constitutionnelle, avis du Conseil d'Etat, *Doc. parl.*, Parl. wal., sess. ord. 2008-2009, n° 943/2.

3. Législation étrangère

- Const. fr. du 4 octobre 1958, art. 56 à 63.

4. Soft law

- Avis de la Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise) sur la nouvelle Constitution de la Hongrie, 17-18 juin 2011, n° 621/2011, www.venise.coe.int.

II. Doctrine et ouvrages

1. Doctrine belge

- ALEN (A.), « Twintig jaar grondwettigheidstoezicht op wetgevende normen: krachtlijnen van de rechtspraak van het Arbitragehof van 1985 tot en met 2004 », *Twintig jaar Arbitragehof*, sous la direction de A. Alen, Malines, Kluwer, 2005, pp. 5 à 18.
- ANDERSEN (R.), « Quelques réflexions sur la responsabilité du fait des lois », *Actualité du contrôle juridictionnel des lois. Travaux des Sixièmes Journées d'études juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Larcier, 1973, pp. 391 à 441.
- BAILLEUX (A.) et DUMONT (H.), *Le pacte constitutionnel européen. t. 1. Fondements du droit institutionnel de l'Union*, Bruxelles, Bruylant, 2015, 562 p.
- BATSELE (D.), MORTIER (T.) et SCARCEZ (M.), *Initiation au droit constitutionnel*, 2^{ème} éd., Bruxelles, Bruylant, 2014, 669 p.
- BEAUTHIER (R.) et DE BROUX (P.-O.), « Le regard des historiens sur les sources du droit : sources du droit, sources du pouvoir ? », *Les sources du droit revisitées*, v. 4, sous la direction de I. Hachez, Y. Cartuyvels, H. Dumont, F. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2012, pp. 715 à 753.
- BEHRENDT (C.), « Excursion à l'orée de la chasse gardée du juge constitutionnel : La Cour constitutionnelle et le contrôle de la constitutionnalité des arrêtés-lois de temps de guerre, des arrêtés-lois de pouvoirs extraordinaires et des décrets du Congrès national », *Rev. Dr. ULg*, 2007, pp. 529 à 550.
- BEHRENDT (C.), *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Une analyse comparative en droit français, belge et allemand*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2006, 537 p.
- BEHRENDT (C.) et BOUHON (F.), *Introduction à la théorie générale de l'Etat*, 3^{ème} éd., Bruxelles, Larcier, 2014, 649 p.
- BEHRENDT (C.) et BOUHON (F.), *Introduction à la Théorie générale de l'Etat*, 2^{ème} éd., Bruxelles, Larcier, 2012, 645 p.
- BIJNENS (D.), SCHOLLEN (P.) et THEUNIS (J.), « Behoorlijk wetgeving in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof (2013-2014) », *T.V.W.*, 2015, pp. 76 à 108.

- BLERO (B.), « La réforme de l'arrondissement judiciaire de Bruxelles », *C.H. CRISP*, 2015, n° 2282-2283, pp. 1 à 70.
- BLIN (O.), *Droit institutionnel, matériel et contentieux de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2014, 390 p.
- BOMBOIS (T.), « La restriction des compétences de la Cour d'arbitrage à l'égard des traités internationaux », *La Cour d'arbitrage vingt ans après - Analyse des dernières réformes*, sous la direction de A. Rasson-Roland, D. Renders et M. Verdussen, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 129 à 195.
- BONBLED (N.) et VERDUSSEN (M.), « Conclusion », *Les droits constitutionnels en Belgique. Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*, v. 2, sous la direction de M. Verdussen et N. Bonbled, Bruylant, Bruxelles, 2011, pp. 1821 à 1840.
- BORN (R.), « Article 190 », *La Constitution belge. Lignes et entrelignes*, sous la direction de M. Verdussen, Bruxelles, Le Cri, 2004, pp. 433 à 434.
- BOUCQUEY (P.), « La jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de questions préjudicielles à la Cour d'arbitrage », *Les rapports entre la Cour d'arbitrage, le Pouvoir judiciaire et le Conseil d'Etat. Actes du symposium du 21 octobre 2005*, sous la direction de A. Arts, I. Verougstraete, R. Andersen, G. Suetens-Bourgeois, M.-F. Rigaux, R. Ryckeboer et A. De Wolf, Bruxelles, La Charte, 2006, pp. 205 à 211.
- BOUHON (F.), « Décider ensemble ou vivre ensemble ? Quelques pas de danse sur un air de tango », *Rev. Dr. ULg*, 2017, pp. 219 à 228.
- BOUHON (F.) « L'immunisation des normes législatives par le choix du constituant », obs. sous C.C., 28 mai 2015, n° 81/2015, *Rev. Dr. ULg*, pp. 618 à 637.
- BOUHON (F.), « Nomination des bourgmestres et contentieux linguistique en périphérie bruxelloise après la sixième réforme de l'Etat : l'aval de la Cour constitutionnelle et la contribution active du Conseil d'Etat », *A.P.T.*, 2015, pp. 1 à 16.
- BOUHON (F.), « Arrêt d'espèce ou arrêt de principe ? Réflexions de synthèse autour de la décision de la Cour de cassation du 28 septembre 2006 », *R.B.D.C.*, 2007, pp. 387 à 421.
- CEREXHE (E.) et RIGAUX (M.-F.), *Tout savoir sur la Cour d'arbitrage*, Diegem, Story-Scientia, 1998, 88 p.

- DALCQ (R. O.), « La responsabilité de l'État du fait des magistrats. À propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 19 décembre 1991 », obs. sous cass., 19 décembre 1991, *J.T.*, 1992, pp. 449 à 453.
- DE VISSCHER (P.), « Avant-propos », *La Constitution belge révisée, Ann. dr. Louvain*, 1972, pp. 87 à 90.
- DELGRANGE (X.) et DUMONT (H.), « Le rythme des révisions constitutionnelles et l'hypothèse de l'accélération du temps juridique », *A.P.T.*, 1999, pp. 210 à 235.
- DELPEREE (F.), *La Constitution de 1830 à nos jours, et même au-delà*, Bruxelles, Racine, 2006, 234 p.
- DELPEREE (F.), « Article 8 », *La Constitution belge. Lignes et entrelignes*, sous la direction de M. Verdussen, Bruxelles, Le Cri, 2004, pp. 39 à 45.
- DELPEREE (F.), *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 2000, 1048 p.
- DELPEREE (F.), « Le processus de modification de la Constitution belge », *Rev. parl. canadienne*, 1991/3, pp. 20 à 25.
- DELPEREE (F.), « La Constitution et son interprétation », *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, sous la direction de M. van de Kerchove, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1978, pp. 187 à 210.
- DELPEREE (F.) et RASSON-ROLLAND (A.), *La Cour d'arbitrage*, Bruxelles, Larcier, 1996, 165 p.
- DELPEREE (F.) et TULKENS (F.), « La création de la Cour d'arbitrage », *La Cour d'arbitrage*, sous la direction de F. Delpérée, Bruxelles, Bruylant, 1988, pp. 15 à 59.
- DUBUISSON (B.) et VAN DROOGHENBROECK (S.), « Responsabilité de l'Etat-législateur, la dernière pièce du puzzle ? », *J.T.*, 2011, pp. 801 à 808.
- DUMONT (H.), « Le malaise au sommet de la hiérarchie des normes », *La sixième réforme de l'Etat : l'art de ne pas choisir ou l'art du compromis ?*, sous la direction de I. Hachez, H. Dumont et M. El Behroumi, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 23 à 39.
- DUMONT (H.), « La Constitution : la source des sources tantôt renforcée, tantôt débordée », *Les sources du droit revisitées*, v. 4, sous la direction de I. Hachez, Y. Cartuyvels, H. Dumont, F. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2012, pp. 101 à 189.

- DUMONT (H.), « Le contrôle de constitutionnalité de la loi et du décret en Belgique : fonction juridictionnelle ou politique ? », *Fonction de juger et pouvoir judiciaire : transformations et déplacements*, sous la direction de P. Gérard, M. van de Kerchove et F. Ost, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1983, pp. 71 à 174.
- DUMONT (H.), DELGRANGE (X.) et VAN DROOGHENBROECK (S.), « La procédure de révision de la Constitution : suggestions », *La procédure de révision de la Constitution*, sous la direction de F. Delpérée, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 137 à 163.
- DUMONT (H.) et TULKENS (F.), « Le droit constitutionnel », *J.T.*, 2000, pp. 5 à 6.
- DURVIAUX (A.-L.), « La notion d'autorité administrative en débats », obs. sous C.E., arrêt *S.A. Algemene Aannemingen Van Laere*, n° 176.478 du 6 novembre 2007, *C.D.P.K.*, 2009, pp. 84 à 89.
- ERGEC (R.), « L'affaire Inusop : du refus de renvoi préjudiciel à la Cour d'arbitrage », *R.B.D.C.*, 1996, pp. 439 à 447.
- ERRERA (P.), *Traité de droit public belge*, 1^{ère} éd., Paris, Giard et Brière, 1909, 512 p.
- FATIN-ROUGE STEFANINI (M.), « La Constitution doit-elle être efficace ? », *L'efficacité de la norme juridique : nouveau vecteur de légitimité ?*, sous la direction de M. Fatin-Rouge Stéfanini, L. Gay et A. Vidal-Naquet, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 209 à 231.
- GERARD (P.), « Le recours aux travaux préparatoires et la volonté du législateur », *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, sous la direction de M. van de Kerchove, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1978, pp. 51 à 95.
- GIET (T.) et ROSOUX (G.), « Du rôle intrinsèquement politique du juge constitutionnel belge. Brèves réflexions sur un lieu commun », *Les juges, décideurs politiques ? Essais sur le pouvoir politique des juges dans l'exercice de leur fonction*, sous la direction de G. Grandjean et J. Wildemeersch, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 277 à 308.
- GOFFAUX (P.), *Dictionnaire de droit administratif*, 2^{ème} éd, Bruxelles, Bruylant, 2016, 718 p.
- GORS (B.), « L'intérêt à agir au sens de l'article 142 de la Constitution », *R.B.D.C.*, 2006, pp. 135 à 165.

- HOREVOETS (C.) et BOUCQUEY (P.), *Les questions préjudicielles à la Cour d'arbitrage. Aspects théoriques et pratiques*, Bruxelles, Bruylant, 2001, 367 p.
- HUYBRECHTS (L.) et TRAEST (M.), « De weigering door het Hof van Cassatie om aan het Arbitragehof een prejudiciële vraag te stellen », *Les rapports entre la Cour d'arbitrage, le Pouvoir judiciaire et le Conseil d'Etat. Actes du symposium du 21 octobre 2005*, sous la direction de A. Arts, I. Verougstraete, R. Andersen, G. Suetens-Bourgeois, M.-F. Rigaux, R. Ryckeboer et A. De Wolf, Bruxelles, La Charte, 2006, pp. 195 à 203.
- HUYTENS (E.), *Discussions du Congrès national de Belgique 1830-1831*, v. 2, Bruxelles, Société typographique belge, 1844, 690 p.
- JAUMOTTE (J.) et THIBAUT (E.), *Le Conseil d'État de Belgique - Volume 1^{er}*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 1290 p.
- KRENC (F.) et VAN DROOGHENBROECK (S.), « L'affaire des « minarets suisses » devant la Cour européenne des droits de l'homme », obs. sous CEDH (2^e sect.), 28 juin 2011 (seconde espèce), *J.T.*, 2012, pp. 177 à 181.
- Pr. gén. GANSHOF VAN DER MEERSCH (W.), concl. préc. Cass., 9 novembre 1972, *Pas.*, 1973, I, pp. 237 à 239.
- LAGASSE (C.-E.) et REMICHE (B.), *Une constitution inachevée*, Bruxelles, La Renaissance du Livre, 1973, 174 p.
- LAURENT (F.), *Principes de droit civil français*, t. I, 3^{ème} éd., Bruxelles, Bruylant, 1878, 590 p.
- Pr. gén. LECLERQ (M.), concl. préc. Cass., 27 juin 1845, *Pas.*, 1845, I, pp. 392 à 409.
- LEJEUNE (Y.), *Droit constitutionnel belge : fondements et institutions*, 3^{ème} éd., Bruxelles, Larcier, 2017, 998 p.
- LEJEUNE (Y.), *Droit constitutionnel belge : fondements et institutions*, 2^{ème} éd., Bruxelles, Larcier, 2014, 858 p.
- LEROY (M.), « Les pouvoirs spéciaux en Belgique », *A.P.T.*, 2014, pp. 483 à 504.
- LEWALLE (P.), « Responsabilité des pouvoirs publics », *Droit de la responsabilité*, Liège, Éditions formation permanentes C.U.P., 1996, pp. 59 à 113.
- MARTENS (P.), « Les enjeux d'une théorie générale », *Les droits constitutionnels en Belgique. Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*, v. 1, sous la direction de M. Verdussen et N. Bonbled, Bruylant, Bruxelles, 2011, pp. 11 à 22.

- MARTENS (P.), « L'interprétation et la qualification de la norme de contrôle et de la norme contrôlée », *Les rapports entre la Cour d'arbitrage, le Pouvoir judiciaire et le Conseil d'Etat. Actes du symposium du 21 octobre 2005*, sous la direction de A. Arts, I. Verougstraete, R. Andersen, G. Suetens-Bourgeois, M.-F. Rigaux, R. Ryckeboer et A. De Wolf, Bruxelles, La Charte, 2006, pp. 3 à 51.
- MARTENS (P.), « Du danger pour un juriste de lire un sociologue », *Penser la négociation - Mélanges en hommage à Olgierd Kutry*, Bruxelles, De Boeck, 2008, pp. 153 à 159.
- MARTENS (P.), « Sur le juge constitutionnel (discours prononcé à l'occasion de la XII^e Conférence des Cours constitutionnelles européennes en juin 2002) », *R.F.D.C.*, 2003, pp. 3 à 16.
- MARTENS (P.), « Le métier de juge constitutionnel », *La saisine du juge constitutionnel. Aspects de droit comparé*, sous la direction de F. Delpérée et P. Foucher, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 25 à 42.
- MAST (A.), *Overzicht van het Belgisch grondwettelijk recht*, 4^{ème} éd., Gent-Leuven, Story-Scientia, 1973, 462 p.
- MEYNEN (A.) et WITTE (E.), « Conjonction de crises de légitimité sur les plans économiques et institutionnels (1974-2016) », *Histoire politique de la Belgique de 1830 à nos jours*, E. Witte, A. Meynen et D. Luyten, Bruxelles, Samsa, 2016, pp. 397 à 532.
- MINY (X.), « Les compétences et les modes de saisine de la Cour constitutionnelle : état des lieux au lendemain de la sixième réforme de l'Etat », *La Cour constitutionnelle. De l'art de modeler le droit pour préserver l'égalité*, sous la direction de S. Boufflette, Limal, Anthemis, 2016, pp. 15 à 73.
- NIHOUL (M.), *L'article 159 de la Constitution et le contrôle de constitutionnalité incident*, Bruxelles, la Charte, 2010, 494 p.
- NIHOUL (M.), « La Cour de cassation a-t-elle commis un « déni de renvoi préjudiciel » dans l'affaire Inusop ? », *R. cass.*, 1996, pp. 205 à 230.
- NIHOUL (P.), « Le contrôle constitutionnel des règlements en Belgique », site de la Cour constitutionnelle de Belgique, disponible sur « <http://www.const-court.be/fr/common/home.html> », consulté le 10 avril 2018.
- ORBAN (O.), *Le droit constitutionnel de la Belgique. t. II. Les pouvoirs de l'Etat*, Liège, Dessain, 1906, 744 p.

- ORBAN (O.), *Le droit constitutionnel de la Belgique. t. I. Introduction et théories fondamentales*, Liège, Dessain, 1906, 474 p.
- OST (F.), « L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur », *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, sous la direction de M. van de Kerchove, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1978, pp. 97 à 184.
- POPELIER (P.), « La loi aujourd'hui (le principe de légalité) », *Les sources du droit revisitées*, v. 2, sous la direction de I. Hachez, Y. Cartuyvels, H. Dumont, F. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2012, pp. 17 à 54.
- POPELIER (P.) et LEMMENS (K.), *The Constitution of Belgium. A Contextual Analysis*, Oxford, Hart, 2015, 280 p.
- RENAULD (B.), « La Cour d'arbitrage depuis 2003 : confirmation de compétences, nouveautés de procédure », *La Cour d'arbitrage : un juge comme les autres ? Actes du colloque organisé par la Faculté de droit à l'Université de Liège et la Conférence libre du Jeune Barreau de Liège le 28 mai 2004*, Liège, Editions du Jeune Barreau de Liège, 2004, pp. 29 à 51.
- RENDERS (D.), « Article 159 », *La Constitution belge. Lignes et entrelignes*, sous la direction de M. Verdussen, Bruxelles, Le Cri, 2004, pp. 353 à 354.
- RENDERS (D.), BOMBOIS (T.), GORS (B.), THIEBAUT (C.) et VANSNICK (L.), *Droit administratif. t. III. Le contrôle de l'administration*, Bruxelles, Larcier, 2010, 528 p.
- RIGAUX (M.-F.), « La nécessité d'un contrôle global de constitutionnalité : l'extension des compétences de la Cour constitutionnelle », *R.B.D.C.*, 2013, pp. 53 à 66.
- RIGAUX (M.-F.), « Sur l'opportunité d'interdire de modifier la structure fédérale de l'Etat par une clause constitutionnelle irréfondable », *A.P.T.*, 1994, pp. 243 à 246.
- RIGAUX (M.-F.), *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, Bruxelles, Larcier, 1985, 335 p.
- ROLIN (H.), *De la hiérarchie des pouvoirs. Extrait des Bull. de l'Acad. royale de Belgique (Classe des Lettres, etc.). Séance du 2 mars 1936*, Bruxelles, Académie Royale de Belgique, 1936, 21 p.
- SCHOLSEM (J.-C.), « Les matières réservées par la Constitution à la loi : éléments pour un débat », *A.P.T.*, 2002, pp. 161 à 172.

- SIMONART (H.), « Article 37 », *La Constitution belge. Lignes et entrelignes*, sous la direction de M. Verdussen, Bruxelles, Le Cri, 2004, pp. 132 à 133.
- SIMONART (H.), *La Cour d'arbitrage*, Bruxelles, Story-Scientia, 1988, 304 p.
- SIMONART (H.), « Le contrôle exercé par la Cour d'arbitrage », *La Cour d'arbitrage*, sous la direction de F. Delpérée, Bruxelles, Bruylant, 1988, pp. 121 à 210.
- SLAUTSKY (E.), « De la hiérarchie entre Constitution et droit international », *A.P.T.*, 2009, pp. 227 à 242.
- THONISSEN (J.), *La Constitution belge annotée, offrant, sous chaque article, l'état de la doctrine, de la jurisprudence et de la législation*, Hasselt, Milis, 1844, 349 p.
- TULKENS (F.), « La Belgique appartient-elle à l'avenir ou au passé ? », *La sixième réforme de l'Etat 2012-2013. Tournant historique ou soubresaut ordinaire ? Hommage à Philippe Lauvaux, Philippe Quertainmont, Michel Leroy et Rusen Ergec*, sous la direction de J. Sautois et M. Uyttendaele, Limal, Anthemis, 2014, pp. 551 à 557.
- TULKENS (F.), « En route pour une Cour constitutionnelle (à compétence complète ?) », *Liège, Strasbourg, Bruxelles : parcours des droits de l'homme. Liber amicorum Michel Melchior*, Limal, Anthemis, 2010, pp. 215 à 227.
- TULKENS (F.), « La Cour d'arbitrage et le pouvoir constituant », *Regards croisés sur la Cour d'arbitrage*, sous la direction de F. Delpérée, A. Rasson-Roland et M. Verdussen, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 25 à 35.
- UYTTENDAELE (M.), *Les institutions de la Belgique*, Bruxelles, Larcier, 2014, 259 p.
- UYTTENDAELE (M.), *Trente leçons de droit constitutionnel*, 1^{ère} éd., Bruxelles, Bruylant, 2011, 882 p.
- UYTTENDAELE (M.), *Précis de droit constitutionnel belge : regards sur un système institutionnel paradoxal*, 3^{ème} éd., Bruxelles, Bruylant, 2005, 1196 p.
- VAN DROOGHENBROECK (S.), « Pour une mise à jour du droit constitutionnel belge des libertés publiques et des droits de l'homme. Réflexion au départ de l'article 22bis de la Constitution garantissant le droit des enfants à l'intégrité physique, morale, psychique et sexuelle », *A.P.T.*, 2011, pp. 130 à 153.
- VAN DROOGHENBROECK (S.), « Arriéré judiciaire et responsabilité de l'Etat législateur : dissimuler les malentendus et les faux espoirs », obs. sous cass., 28 septembre 2006, *R.C.J.B.*, 2007, pp. 367 à 431.

- VAN IMPE (H.), *Le régime parlementaire en Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 1968, 270 p.
- VAN OMMESLAGHE (P.), « La responsabilité extracontractuelle de l'Etat appliquée au pouvoir législatif », *A.P.T.*, 2012, pp. 1 à 26.
- VAN OVERLOOP (I.), *Exposés des motifs de la Constitution belge*, Bruxelles, Goemare, 1864, 694 p.
- VANWELKENHUYZEN (A.), « La présomption de constitutionnalité de la loi et du décret en droit belge », *Les présomptions et les fictions en droit*, sous la direction de C. Perelman et P. Foriers, Bruxelles, Bruylant, 1974, pp. 259 à 277.
- VELAERS (J.), « De zesde staatshervorming, eerste fase : BHV, de randgemeenten, Brussel en de democratie - Deel I », *R.W.*, 2013, pp. 1002 à 1030.
- VELAERS (J.), *Van Arbitragehof tot grondwettelijk Hof*, Antwerpen, Maklu, 1990, 578 p.
- VELU (J.), *Notes de droit public*, v. 2, Bruxelles, Presses universitaires de Bruxelles, 1981, 1007 p.
- VERDUSSEN (M.), « La Cour constitutionnelle de Belgique : une juridiction politique ? », *Les juges, décideurs politiques ? Essais sur le pouvoir politique des juges dans l'exercice de leur fonction*, sous la direction de G. Grandjean et J. Wildemeersch, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 325 à 345.
- VERDUSSEN (M.), « Le secteur associatif devant la Cour constitutionnelle », *D'urbanisme et d'environnement - Liber amicorum Francis Haumont*, sous la direction de C.-H. Born et F. Jongen, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 935 à 944.
- VERDUSSEN (M.), « Un droit constitutionnel métamorphosé », *Ann. dr. Louvain*, 2015, pp. 291 à 321.
- VERDUSSEN (M.), *Justice constitutionnelle*, Bruxelles, Larcier, 2012, 436 p.
- VERDUSSEN (M.), « Les droits constitutionnels subséquents », *Les droits constitutionnels en Belgique. Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*, v. 1, sous la direction de M. Verdussen et N. Bonbled, Bruylant, Bruxelles, 2011, pp. 78 à 90.
- VERDUSSEN (M.), *Les douze juges. La légitimité de la Cour constitutionnelle*, Bruxelles, Labor, 2004, 95 p.

- VERDUSSEN (M.) et BONBLED (N.), « La hiérarchie des droits fondamentaux dans l'ordre juridique interne », *Annuaire international des droits de l'homme*, 2009, pp. 71 à 93.
- VUYE (H.) et CLEMER (G.), *De zesde staatshervorming (eerste fase). Het BHV-akkoord of de ultieme vergrendeling*, Anvers - Cambridge, Intersentia, 2013, 309 p.
- WEERTS (S.), « Article 4 », *La Constitution belge. Lignes & entrelignes*, sous la direction de M. Verdussen, Bruxelles, Le Cri, 2004, pp. 32 à 35.
- WIGNY (P.), *La troisième révision de la Constitution*, Bruxelles, Bruylant, 1972, 444 p.
- WIGNY (P.), *Droit constitutionnel. Principes et droit positif*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1952, 459 p.
- WIJFFELS (A.), « The French-Dutch Heritage of the Belgian Constitution of 1830 », *Giornale di storia costituzionale*, 2010, n° 19, pp. 125 à 140.

2. Doctrine et ouvrages étrangers

- AUBRY (C.) et RAU (C.), *Droit civil français*, t. I, 7^{ème} éd., Paris, Librairies techniques, 1964, 1046 p.
- BEAUD (O.), *La puissance de l'Etat*, Paris, P.U.F., 1994, 512 p.
- BLACHER (P.), « Le Conseil Constitutionnel en fait-il trop ? », *Pouvoirs*, 2003, n° 105, pp. 17 à 28.
- BLACHER (P.), *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, Paris, P.U.F., 2001, 246 p.
- CAPITANT (H.), « L'interprétation des lois d'après les travaux préparatoires », *Chr. Dalloz*, 1935, n° 35, pp. 77 à 80.
- CAPITANT (H.), *Introduction à l'étude du droit civil*, 5^{ème} éd., Paris, A. Pedone, 1929, 423 p.
- COLIN (A.) et CAPITANT (H.), *Traité de droit civil*, t. I, Paris, Dalloz, 1957, 1072 p.
- CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, 10^{ème} éd., Paris, P.U.F., 2014, 1100 p.
- DUGUIT (L.), *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat. Conférences faites à l'Ecole des hautes études sociales*, 3^{ème} éd., Paris, Félix Alcan, 1922, 160 p.

- DUGUIT (L.), « De la situation des particuliers à l'égard des services publics », *Rev. dr. pub.*, 1907, pp. 411 à 429.
- DUGUIT (L.), *L'Etat. t. I. Le droit objectif et la loi positive*, Paris, Abert Fontemoing, 1901, 623 p.
- DUHAMEL (O.) et MENY (Y.), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, P.U.F., 1992, 1112 p.
- FAVOREU (L.), « L'injusticiabilité des lois constitutionnelles », obs. sous Conseil constitutionnel, décision n° 2003-469 DC du 26 mars 2003, *R.F.D.A.*, 2003, pp. 792 à 795.
- HAMILTON (A.), « N° 78 : The Judiciary Department », *The Federalist Papers*, A. Hamilton, J. Madison, J. Jay, New York, Signet classic, 2003, pp. 463 à 471.
- KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, 496 p.
- KELSEN (H.), « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle) », *Rev. dr. pub.*, 1928, pp. 197 à 257.
- KLEIN (C.), *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, Paris, P.U.F., 1996, 217 p.
- LALANDE (A.), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 2^{ème} éd., Paris, P.U.F., 2006, 1323 p.
- LIET-VEAUX (G.), « La 'fraude à la Constitution' », *Rev. dr. pub.*, 1943, pp. 116 à 150.
- MIAILLE (M.), *Une introduction critique au droit*, 1^{ère} éd., Paris, Maspero, 1976, 388 p.
- PACELLE Jr (R. L.), CURRY (B. W.) et MARSHALL (B. W.), *Decision making by the modern Supreme Court*, Cambridge University Press, New York, 2011, 278 p.
- POSNER (R. A.), « The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint », *California Law Review*, 2012, vol. 100, pp. 519 à 556.
- POSNER (R. A.), « The Meaning of Judicial Self-Restraint », *Indiana Law Journal*, 1983, vol. 59, pp. 1 à 24.
- ROUQUETTE (R.), *Dictionnaire de droit administratif*, Paris, Le Moniteur, 2002, 891 p.
- ROUSSEAU (D.), GAHDOUN (P.-Y.) et BONNET (J.), *Droit du contentieux constitutionnel*, 11^{ème} éd., Paris, L.G.D.J., 2016, 870 p.
- ROUSSEAU (J.-J.), *Du contrat social*, 15^{ème} éd., Paris, Le Livre de Poche, 2012, 319 p.
- ROUX (J.), « Au regard de quelles normes soulever la question prioritaire de constitutionnalité ? », *La question prioritaire de constitutionnalité*, 2^{ème} éd., sous la direction de D. Rousseau, Paris, Lextenso, 2012, p. 67 à 103.

- UROFSKY (M. I.), *The Warren Court : justices, rulings and legacy*, Santa Barbara, ABC-CLIO, 2001, 356 p.
- VEDEL (G.), « Schengen et Maastricht », *R.F.D.A.*, 1992, pp. 173 à 184.

III. Jurisprudence

1. Jurisprudence internationale

- C.J.U.E. (gde ch.), arrêt *Winner Wetten GmbH contre Bürgermeisterin der Stadt Bergheim*, 8 septembre 2010, C-409/06, EU:C:2010:503.
- C.J.C.E., *Internationale Handelsgesellschaft*, 17 décembre 1970, C-11/70, EU:C:1970:114.
- Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Sedjic et Finci c. Bosnie-Herzégovine*, 22 décembre 2009.
- Cour eur. D.H., arrêt *Rekvény c. Hongrie*, 20 mai 1999.
- Cour eur. D.H., arrêt *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, 30 janvier 1998.

2. Jurisprudence belge

A. Jurisprudence constitutionnelle

- C.C., 30 novembre 2017, n° 135/2017.
- C.C., 6 juillet 2017, n° 85/2017.
- C.C., 27 avril 2017, n° 45/2017.
- C.C., 23 février 2017, n° 29/2017.
- C.C., 25 mai 2016, n° 72/2016.
- C.C., 19 février 2016, n° 25/2016.
- C.C., 19 novembre 2015, n° 161/2015.
- C.C., 11 juin 2015, n° 86/2015.
- C.C., 28 mai 2015, n° 81/2015.
- C.C., 30 juin 2014, n° 96/2014.
- C.C., 8 mai 2014, n° 72/2014.

- C.C., 3 avril 2014, n° 58/2014.
- C.C., 3 avril 2014, n° 57/2014.
- C.C., 7 novembre 2013, n° 146/2013.
- C.C., 31 mai 2012, n° 68/2012.
- C.C., 20 octobre 2011, n° 161/2011.
- C.C., 31 mai 2011, n° 97/2011.
- C.C., 30 mars 2011, n° 44/2011.
- C.C., 24 février 2011, n° 32/2011.
- C.C., 18 novembre 2010, n° 130/2010.
- C.C., 8 juillet 2010, n° 87/2010.
- C.C., 15 janvier 2009, n° 10/2009.
- C.C., 27 novembre 2008, n° 169/2008.
- C.C., 1^{er} septembre 2008, n° 122/2008.
- C.A., 28 mars 2007, n° 56/2007.
- C.A., 29 novembre 2006, n° 189/2006.
- C.A., 29 novembre 2006, n° 188/2006.
- C.A., 22 novembre 2006, n° 177/2006.
- C.A., 8 novembre 2006, n° 168/2006.
- C.A., 28 juillet 2006, n° 124/2006.
- C.A., 18 juillet 2006, n° 122/2006.
- C.A., 28 juin 2006, n° 115/2006.
- C.A., 7 juin 2006, n° 91/2006.
- C.A., 22 mars 2006, n° 47/2006.
- C.A., 18 janvier 2006, n° 11/2006.
- C.A., 27 avril 2005, n° 78/2005.
- C.A., 15 décembre 2004, n° 201/2004.
- C.A., 20 octobre 2004, n° 159/2004.
- C.A., 22 juillet 2004, n° 136/2004.
- C.A., 22 octobre 2003, n° 136/2003.
- C.A., 26 mai 2003, n° 73/2003.
- C.A., 30 avril 2003, n° 54/2003.
- C.A., 25 mars 2003, n° 35/2003.

- C.A., 13 novembre 2002, n° 166/2002.
- C.A., 26 juin 2002, n° 110/2002.
- C.A., 8 mai 2002, n° 87/2002.
- C.A., 28 mars 2002, n° 63/2002.
- C.A., 28 mars 2002, n° 62/2002.
- C.A., 13 juillet 2001, n° 99/2001.
- C.A., 25 janvier 2001, n° 5/2001.
- C.A., 25 janvier 2001, n° 3/2001.
- C.A., 21 décembre 2000, n° 136/2000.
- C.A., 11 octobre 2000, n° 103/2000.
- C.A., 11 octobre 2000, n° 101/2000.
- C.A., 4 octobre 2000, n° 100/2000.
- C.A., 21 juin 2000, n° 81/2000.
- C.A., 21 juin 2000, n° 78/2000.
- C.A., 29 mars 2000, n° 34/2000.
- C.A., 19 janvier 2000, n° 1/2000.
- C.A., 10 novembre 1999, n° 115/99.
- C.A., 15 septembre 1999, n° 97/99.
- C.A., 17 juin 1999, n° 66/99.
- C.A., 26 mai 1999, n° 55/99.
- C.A., 18 novembre 1998, n° 118/98.
- C.A., 10 mars 1998, n° 24/98.
- C.A., 18 février 1998, n° 18/98.
- C.A., 17 décembre 1997, n° 78/97.
- C.A., 14 octobre 1997, n° 59/97.
- C.A., 15 mai 1996, n° 31/96.
- C.A., 22 décembre 1994, n° 90/94.
- C.A., 22 septembre 1994, n° 68/94.
- C.A., 9 février 1994, n° 16/94.
- C.A., 3 février 1994, n° 12/94.
- C.A., 8 juillet 1993, n° 56/93.
- C.A., 1^{er} juillet 1993, n° 51/93.

- C.A., 16 octobre 1991, n° 26/91.
- C.A., 9 octobre 1990, n° 30/90.
- C.A., 9 octobre 1990, n° 29/90.
- C.A., 23 mai 1990, n° 18/90.
- C.A., 7 février 1990, n° 8/90.
- C.A., 13 octobre 1989, n° 23/89.
- C.A., 8 juin 1988, n° 58.

B. Jurisprudence administrative

- C.E., 21 mars 2018, *ASBL Interprovinciale des fédérations d'hôteliers restaurants, cafetiers et entreprises assimilées de Wallonie*, n° 241.065.
- C.E., 29 juin 2017, *Lenoble-Varlet*, n° 238.728.
- C.E., 8 mai 2017, *Ahn*, n° 238.116.
- C.E., 1^{er} juillet 2016, *Lejeune et SPRL ELJ Consulting*, n° 235.321.
- C.E., 21 juin 2016, *Davreux et csts*, n° 235.155.
- C.E., 6 juin 2016, *Baudoux*, n° 234.932.
- C.E., 19 mai 2014, *Commune de Sambreville*, n° 227.458.
- C.E., 8 juillet 2013, *Caminiti*, n° 224.291.
- C.E., 8 juin 2012, *Van Wezemaal*, n° 219.685.
- C.E., 29 mai 2012, *Carruba*, n° 219.532.
- C.E., 22 mars 2012, *de Broux et csts*, n° 218.579.
- C.E., 8 mars 2012, *arrêt X*, n° 218.380.
- C.E., 5 mai 2011, *Malungu Mawala*, n° 232.818.
- C.E., 5 mai 2011, *sprl C & C Delferrière*, n° 212.990.
- C.E., 22 décembre 2010, *Van der Bracht et csts*, n° 210.045.
- C.E., 16 décembre 2004, *S.A. Immobilière de Bertrix*, n° 138.586.
- C.E., 8 octobre 2003, *Ville de Binche*, n° 124.006.
- C.E., 1^{er} juillet 2003, *Maison Haute*, n° 121.164.
- C.E., 10 septembre 1999, *Ville de Bruxelles*, n° 82.213.
- C.E., 30 mars 1994, *Bouhout*, n° 46.795.
- C.E., 20 avril 1993, *de Nicolay*, n° 42.615.

C. Jurisprudence judiciaire

- Cass., 10 septembre 2010, *J.T.*, 2011, p. 811.
- Cass., 28 septembre 2006, *J.T.*, 2006, p. 594.
- Cass., 6 février 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 172.
- Cass., 19 décembre 1991, *Pas.*, 1991, I, p. 365.
- Cass., 20 avril 1950, *Pas.*, 1950, I, p. 560.
- Cass., 27 mai 1946, *Pas.*, 1946, I, p. 222.
- Cass., 14 mai 1945, *Pas.*, 1945, I, p.16.
- Cass., 11 décembre 1944, *Pas.*, 1944, I, p. 65.
- Cass., 5 novembre 1920, *Pas.*, 1920, I, p. 193.
- Cass., 27 avril 1920, *Pas.*, 1920, I, p. 124.
- Cass., 18 février 1920, *Pas.*, 1920, I, p. 62.
- Cass., 4 juin 1919, *Pas.*, 1919, I, p. 97.
- Cass., 30 décembre 1918, *Pas.*, 1919, I, p. 47.
- Cass., 11 février 1919, *Pas.*, I, p. 9.
- Cass., 27 juin 1845, *Pas.*, 1845, I, p. 409.

D. Jurisprudence étrangère

- France : C.C. français, 23 août 1985, n° 85-197 D.C.
- Etats-Unis d'Amérique : U.S. Supreme Court, *Coleman v Miller*, 307 U.S. 433 (1939).

INDEX

A

Arrêté-loi du temps de guerre : p. 7.

B

BHV : pp. 26, 34 et 35.

C

Choix :

- du Constituant :
 - du texte de la Constitution : pp. 18 à 21.
 - des travaux préparatoires : pp. 23 à 28.
- du législateur repris par le règlement : pp. 14 et 15.

Congrès national :

- décrets constitutants : pp. 15 et 16.
- décrets législatifs : p. 10.

Constitution :

- articles³⁵⁴ :
 - 10 et 11 : p. 9.
 - 142 : pp. 6 et 11.
 - 159 : pp. 13 et 14.
 - 195 : pp. 15 et 16 ; 28 à 30, 36 à 41, 43.
- formelle : p. 3.
- matérielle : pp. 3, 10 et 29.

Constitutional self-restraint : pp. 33 et 36.

Contrôle de constitutionnalité

- cercles : pp. 4 et 61 ; annexe n° 2.
- du Conseil d'Etat
 - normes de contrôle : pp. 13 et 14.
 - objet du contrôle : pp. 12 et 13.
- de la Cour constitutionnelle
 - normes de contrôle : pp. 11 et 12.
 - objet du contrôle : pp. 9 à 11.
- des cours et tribunaux de l'ordre judiciaire
 - normes de contrôle : pp. 13 et 14.
 - objet du contrôle : pp. 12 et 13.

Contrôle marginal :

- dans la jurisprudence du Conseil d'Etat : pp. 55 et 56.
- dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle : pp. 54 et 55.
- notion : pp. 53 et 54.

Cour constitutionnelle :

- composition : p. 58.
- contrôle de constitutionnalité de la Constitution : pp. 16 à 18.
- contrôle de constitutionnalité de la loi (*voir. v° contrôle de constitutionnalité*).
- légitimité : pp. 18 et 17.
- rôle : pp. 45 et 46.

I

Interprétation de la loi :

- en référence au droit international :
 - méthode combinatoire : pp. 42 et 43.
 - méthode conciliatoire : p. 42.
- par les travaux préparatoires : p. 29.

J

Judicial pragmatism : pp. 32 à 36, 57.

L

Loi :

- formelle : p. 1.
- matérielle : p. 2.
- spéciale : p. 10.

Loi spéciale de réforme institutionnelle : pp. 10, 11, 29 et 30.

P

Politique :

- fonction politique de l'Etat : p. 31.
- fonction politique de la loi : pp. 31 et 32.
- pression politique sur les juges constitutionnels : pp. 58 et 59.

³⁵⁴ Seuls les articles développés dans le texte sont repris ici, les articles uniquement cités ne le sont pas.

- rôle politique des juges constitutionnels : pp. 32 et 33.

Pouvoir :

- conception :
 - fonctionnelle : p. 2.
 - organique : p. 2.
- constituant :
 - dérivé : pp. 15 et 52.
 - originaire : pp. 15, 51 et 63.
- exécutif : pp. 12 et 13.
- législatif : pp. 6 à 9.

Pouvoirs extraordinaires : p. 11 (note n° 60).

Pouvoirs spéciaux :

- acte réglementaire de pouvoirs spéciaux : pp. 7 et 13.
- loi de pouvoirs spéciaux : p. 7.

Primauté :

- du droit du Conseil de l'Europe : pp. 41 et 42.
- du droit de l'Union européenne : pp. 41 et 42.

R

Rationalité :

- postulat de rationalité du législateur : pp. 7 à 9.
- postulat de rationalité du Pouvoir constituant : pp. 17 et 18.

Responsabilité de l'Etat :

- aquilienne :
 - pour l'action du Constituant : pp. 49 à 52.
 - pour l'action du législateur : pp. 48, 49, 60 et 62.
- internationale : pp. 41 à 43.

Règlement : pp. 12 et 13.

Révolution : p. 63.

S

Séparation des pouvoirs : pp. 51 et 52.

T

Travaux préparatoires : pp. 28 à 30.

ANNEXE N° I. RECENSEMENT EXHAUSTIF DES LOIS IMMUNISEES PAR LA COUR
 CONSTITUTIONNELLE POUR CAUSE DE CHOIX DU CONSTITUANT MENTIONNE DANS
 LES TRAVAUX PREPARATOIRES³⁵⁵

<i>Loi</i>	<i>Arrêt de la Cour constitutionnelle</i>	<i>Référence aux travaux préparatoires</i>	<i>Disposition constitutionnelle à laquelle se rapportent les travaux préparatoires</i>
Loi du 9 août 1988 portant modification de la loi communale, de la loi électorale communale, de la loi organique des centres publics d'aide sociale, de la loi provinciale, du Code électoral, de la loi organique des élections provinciales et de la loi organisant l'élection simultanée pour les chambres législatives et les conseils provinciaux, <i>M.B.</i> , 13 août 1988, art. 21.	C.A., 23 mai 1990, n° 8/90, cons. B.14.2.	Proposition du Gouvernement relative à la révision de l'article 48, alinéa 1 ^{er} , de la Constitution, note explicative, <i>Doc. parl.</i> , Ch., sess. extr. 1988, n° 419/1, pp. 1 et 2.	Const., art. 48.
Loi spéciale portant modification de la loi du 9 août 1988 portant modification de la loi communale, de la loi électorale communale, de la loi organique des centres publics d'aide sociale, de la loi provinciale, du Code électoral, de la loi organique des élections provinciales et de la loi organisant	C.C., 3 avril 2014, n° 57/2014, cons. B.7.2.	Proposition de révision de l'article 160 de la Constitution, développements, <i>Doc. parl.</i> , Sén., sess. ord. 2011-2012, n° 5/1564-1, pp. 1 et 2.	Const., art. 160.

³⁵⁵ Liste arrêtée au 1^{er} mai 2018.

<p>l'élection simultanée pour les chambres législatives et les conseils provinciaux (dite « de pacification communautaire ») et de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, concernant la nomination des bourgmestres des communes périphériques (1), <i>M.B.</i>, 22 août 2012.</p>			
<p>Loi spéciale portant modification de la loi du 9 août 1988 portant modification de la loi communale, de la loi électorale communale, de la loi organique des centres publics d'aide sociale, de la loi provinciale, du Code électoral, de la loi organique des élections provinciales et de la loi organisant l'élection simultanée pour les chambres législatives et les conseils provinciaux (dite " de pacification communautaire ") et de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, concernant la nomination des bourgmestres des communes périphériques, <i>M.B.</i>, 22 août 2012, art. 4.</p>	<p>C.C., 3 avril 2014, n° 58/2014, cons. B.6.2 à B.7.1.</p>	<p>Proposition de révision de l'article 160 de la Constitution, développements, <i>Doc. parl.</i>, Sén., sess. ord. 2011-2012, n° 5/1564-1, pp. 1 et 2.</p>	<p>Const., art. 160.</p>
<p>Loi du 19 juillet 2012 portant diverses modifications du Code électoral, des lois coordonnées du 18 juillet 1966 sur l'emploi des langues en matière administrative, de la loi du 3 juillet 1971 relative à la répartition des membres des</p>	<p>C.C., 8 mai 2014, n° 72/2014, cons. B.13.1 à B.13.4.</p>	<p>Proposition de révision de l'article 63 de la Constitution, développements, <i>Doc. parl.</i>, Sén., sess. ord. 2011-2012, n° 1/1561-1, pp. 3 à 5.</p>	<p>Const., art. 63.</p>

<p>Chambres législatives en groupes linguistiques et portant diverses dispositions relatives aux conseils culturels pour la communauté culturelle française et pour la communauté culturelle néerlandaise et de la loi du 23 mars 1989 relative à l'élection du Parlement européen, <i>M.B.</i>, 22 août 2012.</p>			
<p>Loi du 19 juillet 2012 portant réforme de l'arrondissement judiciaire de Bruxelles, <i>M.B.</i>, 22 août 2012.</p>	<p>C.C., 30 juin 2014, n° 96/2014, cons. B.22.1.</p>	<p>Proposition d'insertion d'un article 157 <i>bis</i> dans la Constitution, développements, <i>Doc. parl.</i>, Ch., sess. ord. 2011-2013, n° 53-2041/001, p. 4.</p>	<p>Const., art. 157 <i>bis</i>.</p>
<p>Loi spéciale du 6 janvier 2014 insérant un article 217quater et un article 217quinquies dans le Code électoral, <i>M.B.</i>, 31 janvier 2014, art. 2 et 3.</p>	<p>C.C., 28 mai 2015, n° 81/2015, cons. B.11.2 et B.12.</p>	<p>Proposition de révision de l'article 68 de la Constitution, développements, <i>Doc. parl.</i>, Sén., sess. ord. 2011-2012, n° 5-1725/1, pp. 2 à 3.</p>	<p>Const., art. 68.</p>
<p>Loi du 6 janvier 2014 modifiant le Code électoral suite à la réforme du Sénat, <i>M.B.</i>, 31 janvier 2014, art. 21.</p>	<p>C.C., 19 novembre 2015, n° 161/2015, cons. B.11.2 et B.12.</p>	<p>Proposition de révision de l'article 68 de la Constitution, développements, <i>Doc. parl.</i>, Sén., sess. ord. 2011-2012, n° 5-1725/1, pp. 2 à 3.</p>	<p>Const., art. 68.</p>

ANNEXE N° II. REPRISE DES FIGURES N° 1 ET 2 DEVELOPPEES DANS LE TRAVAIL

Figure 1. Les trois cercles du contrôle de constitutionnalité de la loi matérielle

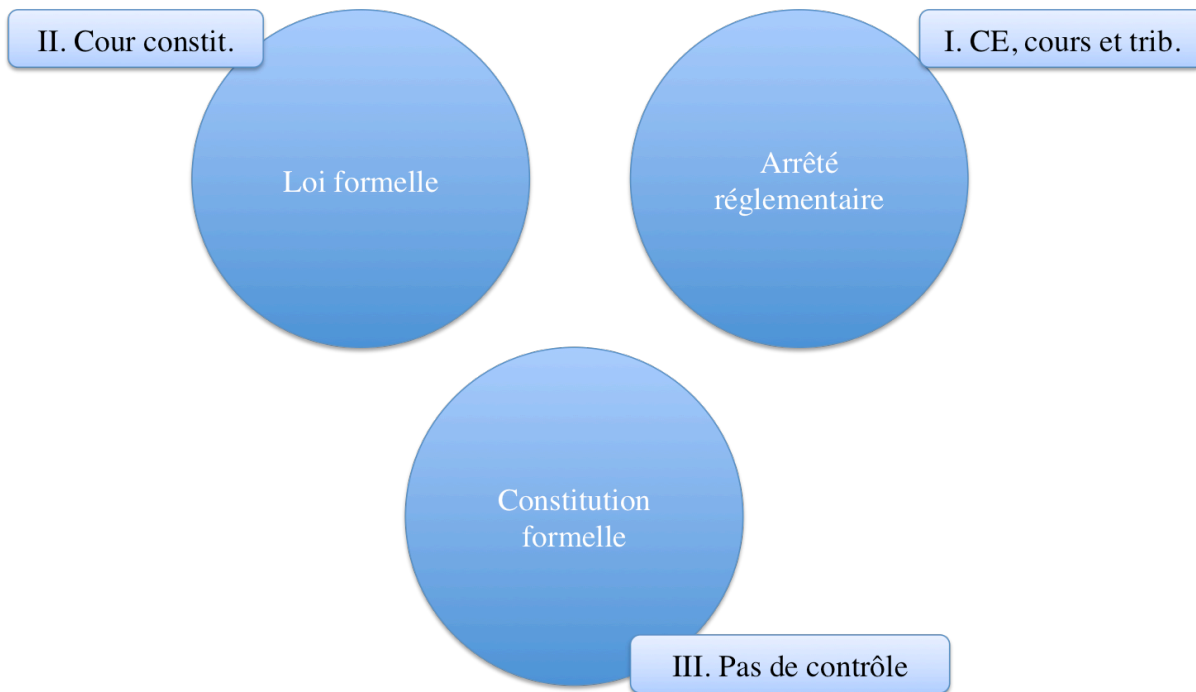
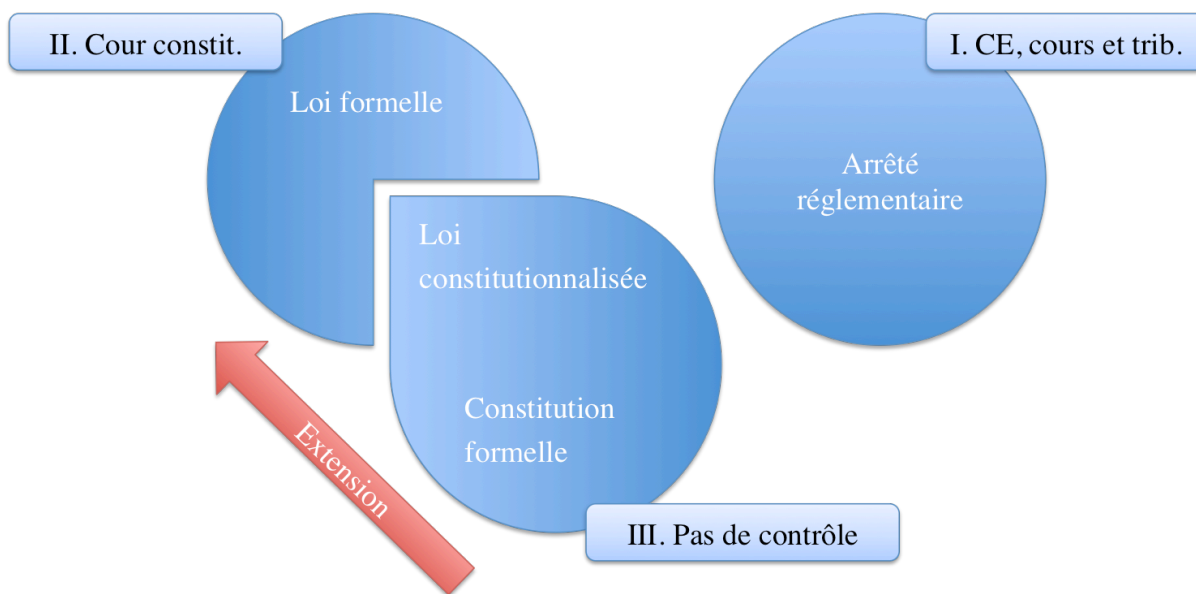


Figure 2. Les trois cercles du contrôle de constitutionnalité suite à l'extension



ANNEXE N° III. ECHANGE DE MAILS AVEC MR P. MARTENS, PRESIDENT EMERITE DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE

I. Questions posées (mail du 27 novembre 2017)

Note : les différentes questions portent toutes sur la technique consistant à déceler le choix du Constituant dans les travaux préparatoires de révision constitutionnelle, lorsque le Pouvoir constituant dérivé s'approprie le contenu d'une norme législative.

1) Selon F. BOUHON, la pratique consistant à déceler un choix du Constituant dans les travaux préparatoires de révisions constitutionnelles date de l'arrêt 18/90 traitant de la problématique des communes de Comines et Fourons, pour « sauver » le compromis dégagé par les acteurs politiques. La Cour, dans cet arrêt, a-t-elle eu la conviction de créer un « précédent », un arrêt qui serait transposable à d'autres compromis politiques concernant des sujets sensibles, ou n'a-t-elle, au contraire pas du tout pensé à sa jurisprudence future ?

2) Toujours selon F. BOUHON, la Cour a refusé de déceler un choix du Constituant dans les travaux préparatoires de révision dans l'arrêt 3/2001, car l'affaire ne portait précisément pas sur un sujet politique sensible, avant que la Cour ne décèle à nouveau ce choix dans lesdits travaux lors des recours mus contre les lois issues de la VIème réforme de l'Etat (qui transposaient de nouveaux des compromis sensibles).

Dès lors, dans l'esprit de la Cour, cette technique est-elle intimement liée à la nature sensible de la matière sur laquelle porte la loi, ou au contraire est-elle transposable à toute loi ?

3) Envisageons la situation purement hypothétique dans laquelle des partis liberticides obtiendraient une large majorité aux Chambres et pourraient agir comme Pouvoir constituant à la suite d'une déclaration de révision précédant les élections. Si, dans cette situation, le choix du Constituant reflétait un choix profondément contraire aux autres libertés constitutionnelles, un choix profondément discriminatoire (semblable aux lois adoptées sous le régime national-socialiste en Allemagne dans les années 30 et 40), la Cour ne devrait-elle pas revoir sa jurisprudence afin de se déclarer compétente pour le cas échéant sanctionner la loi exprimant le choix, dans l'hypothèse profondément discriminatoire et non proportionné, du Constituant ?

4) Quelques auteurs ont critiqué le fait que le gouvernement a usé de la technique du « choix du Constituant » dans les travaux préparatoires de révisions constitutionnelles pour immuniser les lois adoptées par lui. Ne serait-il pas plus opportun que la Cour se déclare compétente pour connaître des lois reflétant ces choix pour y exercer un contrôle marginal, dès lors que ces lois sont bien souvent des lois spéciales, à assise démocratique renforcée, pour le cas échéant déclarer les moyens portés contre ces lois infondés ? La critique d'« instrumentalisation », de « sentiment de malaise » émise par certains auteurs ne serait-elle dès lors pas contrecarrée ?

5) Dès lors qu'une loi exprime un choix du Constituant, une loi modifiant cette première norme serait-elle également « immunisée » de tout recours auprès la Cour ?

6) Certains auteurs ont critiqué le fait que lorsqu'il est décelé dans les travaux préparatoires de révision, le choix du Constituant ne faisait alors pas l'objet d'un vote parlementaire. Dès lors, ne peut-on pas regretter que dans ce cadre, ce choix n'est bien souvent exprimé par un seul organe du Pouvoir constituant (par exemple, uniquement le Sénat dans les arrêts 161/2015 et 81/2015). La Cour ne pourrait-elle pas exiger, de sorte que le choix revête une légitimité démocratique renforcée, que l'autre organe (la Chambre dans l'exemple susmentionné) se réapproprie ce choix ? Car dans l'état actuel des choses, ce choix n'est d'une part pas soumis à un vote, et d'autre part bien souvent exprimé par une seule branche du Pouvoir constituant.

7) La technique d'immunisation des lois par le biais du choix du Constituant exprimé dans les travaux préparatoires de révision est rendue possible par le fait que les pouvoirs législatif et constituant sont pratiquement composés des mêmes organes en Belgique, en dépit de certaines différences formelles (de vote, de quorum, etc.). Et le pouvoir législatif utilise le pouvoir Constituant pour empêcher des recours ultérieurs contre les lois adoptées par lui. Mais dès lors, n'arrive-t-on on pas à une situation où le Pouvoir constituant est soumis au pouvoir législatif, instrumentalisé par ce dernier, alors que c'eût dû être l'inverse ? Fondamentalement, n'en arrive-t-on pas à la situation où le Pouvoir législatif, lorsqu'il agit comme législateur, adopte des lois dont la Cour peut connaître les recours mus contre elles, alors que lorsqu'il met sa « casquette » de Pouvoir constituant, adopte des lois contre

lesquelles aucun recours n'est possible (alors que le cas échéant, ce sont les mêmes acteurs qui agissent en tant que législateur et Pouvoir constituant) ?

II. Réponses de Mr P. MARTENS (mail du 12 décembre 2017)³⁵⁶

1) La pratique consistant à déceler des « choix du constituant » n'est qu'un des procédés par lesquels la Cour manifeste son souci du self restraint et son « conséquentialisme ». Quand, dans un délibéré, on s'acheminait vers une solution qui, en droit pur, était inattaquable, mais aurait eu des conséquences déraisonnables, un président, aujourd'hui décédé, nous demandait de ne pas céder à l'adage, qu'il déformait quelque peu, « Fiat lex (ou fiat justitia) pereat mundus ». Car des juges, qui détiennent le pouvoir de désavouer le législateur, doivent s'interroger sur les dégâts que peuvent causer leurs jugements, fussent-ils d'une parfaite rationalité juridique. C'est aussi une application de la nécessité de préférer le raisonnable au rationnel.

L'arrêt 18/90 illustre bien mon propos : c'est au sujet d'une question plutôt technique que la Cour se dispense de l'examiner en invoquant les choix du constituant. Mais dans un autre passage de l'arrêt elle va également abdiquer son contrôle d'égalité en évoquant l'objectif supérieur exprimé dans l'intitulé de la loi « de pacification ».

Il est vrai que cette réserve juridictionnelle se manifeste surtout quand la Cour doit examiner une loi qui est le produit d'un compromis communautaire. Et on rencontre les deux techniques décrites ci-avant dans le premier arrêt BHV (90/94). Au B.3.5., on retrouve le choix du constituant à propos d'une question mineure. Mais pour la question la plus importante et la plus délicate, la Cour justifie le procédé surréaliste de la présomption irréfragable de connaissance de la langue par les élus communaux directs, en relevant qu'il « procède d'un choix dicté par le souci d'un compromis global indispensable... »(B.5.8.). Ici, c'est le choix du législateur que l'on sacralise et comme on n'a pas le paravent d'un choix du constituant, c'est par une sorte de motivation transcendantale qu'on fait de la paix des Belges un objectif supra-constitutionnel puisqu'il justifie de ne pas exercer le contrôle au regard des articles 10 et 11.

Dans le deuxième arrêt BHV (73/2003), la Cour invente une solution insolite puisque, plutôt que de « couvrir », comme elle l'a fait en 1994, ou d'annuler BHV, elle lui permet de vivre quatre ans encore, en soulignant qu'elle ne veut pas substituer son appréciation à celle du

³⁵⁶ Mr MARTENS n'a pas répondu aux questions dans l'ordre, d'où le décalage entre le numéro de la question mentionné au point précédent et sa réponse au présent point.

législateur « alors qu'elle n'a pas la maîtrise de l'ensemble des problèmes auxquels il doit faire face pour maintenir la paix communautaire ».

En résumé, je ne crois pas que la Cour ait consacré, en 1990, une règle qui deviendrait une obligation pour elle de l'appliquer chaque fois qu'elle décèle un « choix du constituant » dans les travaux préparatoires. C'est plutôt une sorte d'échappatoire qu'elle utilise quand elle s'aperçoit que le cartésianisme juridique risque de lui faire condamner une solution de compromis dont la destruction plongerait la Belgique dans le chaos. Mais il est vrai qu'elle l'a aussi utilisé dans des matières moins sensibles, telles que celle qui concerne la procédure devant le Conseil d'Etat où, là aussi, mais de manière acrobatique, elle a invoqué un choix du constituant.

2) Il y a d'autres procédés plutôt rhétoriques dont use la Cour pour ne pas saccager une politique gouvernementale. Je pense ici à la mort lente du principe de standstill : après l'avoir consacré, la Cour en a fait une norme casuistique en n'en faisant application qu'en cas de « recul significatif » par rapport à un régime précédent. Mais aujourd'hui – dans un arrêt d'il y a quelques jours – elle a estimé inutile d'examiner si ce recul est vraiment significatif, dès lors qu'il est justifié par des motifs impérieux d'intérêt général. C'est ce qui permet à la Cour de ne pas se compromettre dans des choix tels que celui du blocage d'index et d'autres mesures en matière de pension, par exemple.

Autrement dit, quand la Cour « sent » qu'elle ne peut pas annuler une norme constitutionnelle sans causer de dégâts excessifs, ou bien, si elle le trouve dans les travaux préparatoires, elle s'abrite derrière le choix du constituant, ou bien elle invoque le choix du législateur auquel elle donne, en l'espèce, une puissance supérieure, ou bien en agitant la mesure impérieuse d'intérêt général qui pourrait devenir, selon un mot de Rivero, une grosse éponge capable de laver les lois de toute inconstitutionnalité.

Ceci n'est pas une critique : le contrôle de constitutionnalité peut prendre des tonalités différentes selon les époques.

3) En ce qui concerne les lois spéciales citées au point 4, il serait certainement plus satisfaisant de leur réserver un contrôle marginal. Le recours au choix du constituant est une solution de facilité d'autant plus discutable qu'elle prive le lecteur d'une motivation. Mais c'est peut-être parce que quelquefois cette motivation est malaisée, ou parce qu'elle se heurte à des oppositions au sein de la Cour, que la préférence est donnée à la formule de « moins disant » du choix du constituant.

4) Concernant la loi de modification mentionnée au point 5, la question, me semble-t-il, ne se pose pas. La Cour a toujours considéré qu'elle n'est pas liée par la chose qu'elle a elle-même jugée. Elle sera donc libre, soit de reproduire le raisonnement de l'arrêt précédent, soit de le nuancer, voire l'abandonner. Si, vraiment elle souhaite annuler, j'imagine sans peine la motivation par laquelle elle dira que le choix du constituant, qu'elle ne remet pas en cause, ne peut aller jusqu'à « blanchir » la modification attaquée.

5) Concernant le point 6, je ne vois pas comment, dans l'état actuel des textes, la Cour pourrait exiger un vote bi-caméral pour la raison qu'elle a toujours refusé de contrôler la manière dont une loi est votée. C'est, notamment, ce qui lui a permis, en 1991, de ne pas se pencher sur le refus du Roi concernant l'IVG. Seule une modification des articles décrivant la compétence de la Cour pourrait, me semble-t-il, permettre d'abandonner cette jurisprudence.

6) Au sujet du point 7, il est vrai que le constituant n'est jamais que le législateur « siégeant en majesté » (Rivero encore) et cette fiction est d'autant plus artificielle en Belgique que les « verrous » d'une loi spéciale sont plus serrés que ceux d'une loi constitutionnelle. Mais je n'aperçois pas la possibilité de dépasser cette fiction par la voie jurisprudentielle.

7) Cette question prend des proportions inquiétantes dans l'hypothèse où le constituant lui-même violerait sa loi fondamentale. Il faudrait alors imaginer que la Cour trouve dans la Convention européenne des droits de l'homme ou dans les pactes ONU la norme supérieure que le constituant a violée. La Cour devrait certainement se demander si elle ne doit pas abandonner sa réserve à l'égard du contrôle de la Constitution elle-même, au profit d'un monisme qui est en germe dans sa jurisprudence : de toutes les cours constitutionnelles européennes, la Belge est celle qui manifeste la plus grande docilité par rapport à Strasbourg. Mais il faudrait que les juges strasbourgeois n'aient pas pris eux-mêmes un virage liberticide et, puis, surtout, cette audace risque de rester sans lendemain : un pouvoir constituant qui trouve une majorité des deux tiers pour assassiner les libertés pourra, avec la même majorité, rétrécir la compétence de la Cour, voire la supprimer ou bien, plus simplement, revoir le mode de nomination des ses membres. On n'est pas très loin d'une telle évolution dans des pays d'Europe centrale.

Enfin quand l'Etat près de sa ruine ne subsiste plus que par une forme illusoire et vaine, que le lien social est rompu dans tous les cœurs, que le plus vil intérêt se pare effrontément du nom sacré du bien public, alors la volonté générale devient muette ; tous guidés par des motifs secrets n'opinent pas plus comme citoyens que si l'Etat n'eût jamais existé ; et l'on fait passer faussement sous le nom de lois des décrets iniques qui n'ont pour but que l'intérêt particulier.

S'ensuit-il de là que la volonté générale soit anéantie ou corrompue ? Non, elle est toujours constante, inaltérable et pure ; mais elle est subordonnée à d'autres qui l'emportent sur elle. Chacun, détachant son intérêt de l'intérêt commun, voit bien qu'il ne peut l'en séparer tout à fait, mais sa part du mal public ne lui paraît rien auprès du bien exclusif qu'il prétend s'approprier (...). La faute qu'il commet est de changer l'état de la question et de répondre autre chose que ce qu'on lui demande ; en sorte qu'au lieu de dire par son suffrage, « il est avantageux pour l'Etat », il dit, « il est avantageux à tel homme ou à tel parti que tel ou tel avis passe ».

J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, livre IV, chapitre I.

Place Montesquieu, 2 bte L2.07.01, 1348 Louvain-la-Neuve, Belgique www.uclouvain.be/drt

