Strasbourg, le 7 novembre 2008

CDL-JU(2008)032
Or. fr.

CoCoSem 2008 / 011

COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT
(COMMISSION DE VENISE)

en coopération avec
Le Ministère de la Justice de «L'autorité nationale palestinienne»

SEMINAIRE SUR «LES MODELES DE JURIDICTION CONSTITUTIONNELLE»

Ramallah, 25-26 octobre 2008

RAPPORT

«L'introduction d'un contrôle constitutionnel des lois : utilité, objet, modalités»

par

Mme Marie-Françoise RIGAUX
(Référendaire à la Cour constitutionnelle
Professeur de droit public aux
Facultés universitaires Saint-Louis de Bruxelles, Belgique)

Ce document ne sera pas distribué en réunion. Prière de vous munir de cet exemplaire.
www.venice.coe.int

Rapport de la Belgique

1. La création et l'évolution de la Cour constitutionnelle. Aperçu de ses compétences

1. La Cour constitutionnelle belge est un membre relativement jeune au sein de la famille des cours constitutionnelles. Elle est née en 1983 et portait comme nom de baptême, jusqu'au 7 mai 2007, le nom de « Cour d'arbitrage ».

La Cour constitutionnelle est aujourd'hui chargée d'assurer le respect par les normes législatives[1] des règles répartitrices de compétences et des articles de la Constitution garantissant les droits et les libertés des Belges ainsi que des étrangers résidant sur le sol de la Belgique. Ces compétences étendues reconnues à la Cour ainsi que le crédit accordé à sa jurisprudence sont toutefois le fruit d'une lente évolution.

2. Dès la création de la Belgique en 1831, la Constitution fut reconnue comme la règle supérieure dans la hiérarchie des règles de droit ; elle devait donc être respectée par toutes les règles inférieures. Cependant on n'avait jamais songé à l'époque, l'idée n'avait d'ailleurs pas encore fait jour ailleurs, à instaurer un contrôle de la constitutionnalité des lois. Le dogme de la souveraineté du législateur régnait en ce temps là : « Law can do no wrong », la loi ne pouvait mal faire, puisqu'elle avait été adoptée par des représentants élus par le peuple, lesquels bénéficiaient donc d'une légitimité représentative.

3. Formés dans cette conception, les magistrats des cours et tribunaux belges refusèrent pendant des décennies, de manière presqu'unanime, de contrôler la constitutionnalité des lois et même d'envisager de poser la question de son opportunité. Un premier événement vint rompre cette sérénité : l'arrêt rendu par la Cour de cassation, le 27 mai 1971[2] , qui admit que le législateur belge pouvait se tromper et qui posa le principe que le pouvoir judiciaire devait refuser d'appliquer une loi contraire à un traité international ayant force obligatoire en Belgique. L'enseignement de cet arrêt est toujours d'application en Belgique puisqu'il est admis par tous que chaque juge belge, et ce donc, de manière diffuse, peut et même doit contrôler la conventionalité des lois et, le cas échéant, écarter la norme législative qui violerait le traité.

Un second choc fut provoqué par l'arrêt rendu le 3 mai 1974[3], par la Cour de cassation, une fois encore, suivant, une fois encore aussi, les conclusions du Procureur général Ganshof van der Meersch. La Cour de cassation tentait dans cet arrêt de poser les jalons d'un contrôle de la constitutionnalité des lois et de s'approprier ce contrôle, entraînant aussitôt de vives réactions dans le monde politique. Cette tentative va, en effet, échouer ; on enterra la hache de guerre et, avec elle, crut-on, la problématique du contrôle de constitutionnalité.

4. C'était oublier qu'à la même époque, la Belgique s'était engagée dans un processus de fédéralisation. Ce fut lui qui raviva la prise de conscience de la nécessité de créer un contrôle de constitutionnalité des lois. En effet, la transformation de l'Etat unitaire belge en un Etat fédéral avait généré la multiplication des législateurs en Belgique. En créant des entités

[1] Sont visés par cette expression, les *lois* adoptées par l'Etat fédéral, les *décrets* adoptés par la Communauté française, la Communauté flamande, la Communauté germanophone, la Région wallonne, la région flamande, ainsi que les *ordonnances* adoptées par la région de Bruxelles-Capitale.

[2] Arrêt *Leski*, Cass., 27 mai 1971, *Arr.Cass.,* 1971, pp. 959-968, avec les conclusions du Procureur général, Ganshof van der Meersch.

[3] Arrêt *Lecompte*, Cass., 3 mai 1974, *Pas.,* 1974, I, pp. 910 et suiv.

fédérées pouvant adopter des normes équipollentes à la loi, on ouvrait par là-même la possibilité de conflits entre les normes législatives. Aucun des législateurs nouvellement institués (dans les Communautés et les Régions) ou anciennement institués (députés et sénateurs fédéraux) ne voulait voir un « concurrent » empiéter sur ses compétences, qu'elles soient matérielles ou territoriales. Ainsi, curieusement, mais de manière tout à fait logique, on vit se former une alliance objective entre eux tous : le Constituant n'avait d'autre choix que de renoncer au principe de l'infaillibilité du législateur et de créer une cour constitutionnelle qu'il dénomma « Cour d'arbitrage » car sa mission devrait se limiter à arbitrer les conflits de compétences.

En 1980, l'article 107*ter* (devenu l'article 142) de la Constitution créait sur papier une Cour d'arbitrage et la loi ordinaire du 28 juin 1983 « portant l'organisation, la compétence et le fonctionnement de la Cour d'arbitrage » était adoptée. C'est le 1er octobre 1984 que la Cour fut officiellement intronisée. Elle rendit ses premiers arrêts en avril 1985.

5. En 1988, le texte de l'article 142 de la Constitution est profondément remanié. Désormais, c'est une loi *spéciale* qui doit régler la composition, la compétence et le fonctionnement de la Cour constitutionnelle, c'est-à-dire une loi adoptée en respectant des conditions strictes de quorum et de suffrages[4]. Cette garantie d'un accord ample entre les deux grandes communautés linguistiques est importante à relever car elle implique que le statut de la Cour est en quelque sorte « bétonné » et qu'aucune modification ne saurait intervenir qui n'emporterait pas l'adhésion d'un large groupe d'élus. C'est la loi spéciale du 6 janvier 1989 qui organise actuellement la Cour constitutionnelle. Elle a été modifiée par la loi spéciale du 9 mars 2003.

6. Bien que le contrôle exercé par la Cour constitutionnelle reste un contrôle « spécialisé » (il ne porte pas, en effet, sur l'ensemble des règles de la Constitution), ce contrôle a été étendu de manière considérable en 1988, puis par la loi spéciale du 9 mars 2003. Dorénavant, la Cour contrôle non seulement le respect par les différents législateurs des règles répartitrices de compétence mais encore le respect de l'ensemble du titre II de la Constitution (celui qui traite des droits fondamentaux) ainsi que des articles 170, 172 et 191 de la Constitution (égalité devant l'impôt, légalité de l'impôt et droits des étrangers).

La Cour est incompétente pour examiner un recours mettant directement en cause la violation d'une norme de droit international. En revanche, elle estime qu'elle doit intégrer dans son contrôle les dispositions du droit international conventionnel applicables en Belgique qui ont le même objet que les dispositions constitutionnelles pour lesquelles elle est directement compétente. De même, elle ne peut exercer un contrôle direct sur le respect du droit de l'Union européenne, mais elle peut, comme elle le fait pour les autres dispositions du droit international, les inclure dans son contrôle au contentieux des droits et des libertés en les combinant avec des articles de la Constitution. Lorsqu'elle est, dans le cadre de ce contrôle, confrontée à une difficulté d'interprétation de la norme de droit européen, elle n'hésite pas à interroger la Cour de Justice des Communautés européennes.

7. La Cour constitutionnelle peut être saisie de deux façons : soit de manière « directe », par un recours en annulation introduit dans un délai de six mois à partir de la publication de la norme dans le journal officiel de la Belgique, *le Moniteur belge* ; soit de manière « incidente » par une question préjudicielle qui doit en principe être posée par tout juge lorsqu'elle est soulevée devant lui, dans le cadre d'un litige particulier, lorsqu'une question porte sur la conformité d'une norme législative au regard des règles dont la Cour constitutionnelle assure le respect. Dans ce dernier cas, aucun délai au regard de la publication de la norme contrôlée n'est prévu. Au

[4] Une loi spéciale ne peut être adoptée que si 2/3 des membres des deux assemblées fédérales (la Chambre des représentants et le Sénat) sont présents et pour autant qu'elle emporte 2/3 des suffrages dans chacune des assemblées et la majorité dans chacun des groupes linguistiques. (article 4 de la Constitution).

contentieux préjudiciel, le contrôle exercé par la Cour peut donc porter sur des normes très anciennes[5].

La Cour peut être saisie d'un recours en annulation introduit non seulement par l'Etat, les communautés et les régions agissant par le biais de leur gouvernement respectif ainsi que par le président des assemblées législatives fédérales et fédérées à la demande des 2/3 des membres, mais également par toute personne physique ou morale justifiant d'un intérêt, qu'elle soit belge ou étrangère résidant en Belgique. Pas de recours populaire donc, puisqu'il faut justifier d'un intérêt à agir mais un recours ouvert à tous les citoyens.

Bien qu'elle ne ressortisse pas au pouvoir judiciaire[6], la Cour constitutionnelle exerce une fonction juridictionnelle, avec toutes les garanties liées à l'exercice de pareille mission.

Les contestations, qui sont nécessairement de nature juridique, sont tranchées par une décision qui a autorité de chose jugée, dans le respect de garanties formelles, telles l'indépendance et l'impartialité des juges, le respect des droits de défense, le principe du contradictoire, la publicité des audiences et des arrêts ainsi que l'obligation de motivation des arrêts. Ces garanties sont inscrites dans la loi organique de la Cour et la lient, que les contestations portent sur le non-respect des règles de compétences ou des droits fondamentaux. Les décisions de la Cour s'imposent à tous, particuliers et institutions publiques, lorsqu'elle statue au contentieux de l'annulation ; elles s'imposent de manière plus limitée lorsque la Cour répond à une question préjudicielle.

Il faut observer encore qu'en tant que juridiction constitutionnelle, la Cour ne juge pas des personnes ; elle ne tranche pas des litiges relatifs à des droits subjectifs. La Cour « juge » des lois ou des normes équivalentes à des lois en contrôlant leur conformité aux règles constitutionnelles dont la « garde » lui a été confiée. Ce faisant, elle préserve l'harmonie de l'Etat dans toutes ses composantes et garantit le respect par l'ensemble des assemblées législatives, des règles organisant la fédération et de celles qui consacrent les droits fondamentaux et les libertés individuelles et collectives.

2. <u>Un contrôle de constitutionnalité concentré. Les raisons d'un choix et ses modalités</u>

8. Entre le modèle américain de contrôle de constitutionnalité, qui repose sur l'idée fondamentale que le contrôle de constitutionnalité est inhérent à la fonction de juger et qui, partant, le confie en partage à toutes les juridictions, sous l'autorité de la Cour suprême qui veille à l'unité de la jurisprudence et le modèle appliqué dans la plupart des Etats européens, qui réserve le contrôle de constitutionnalité à une juridiction indépendante, spécialement crée à cet effet, la Belgique a très clairement opté pour le second modèle.

Lorsque la Belgique s'est décidée à instaurer un contrôle de constitutionnalité en 1980, les deux solutions s'offraient à elle. La question fit donc l'objet de débats ardus, surtout dans les milieux universitaires. C'est de toute évidence l'émergence concomitante du fédéralisme qui a convaincu de la nécessité d'instaurer une juridiction spécifique, composée sur un mode linguistiquement partiaire[7]. Il faut rappeler que le fédéralisme en Belgique s'est opéré par l'effet

[5] C'est pour éviter précisément que l'on ne puisse remettre en cause, longtemps après qu'ait été pris l'engagement international, que l'article 26, §1er*bis* de la loi spéciale sur la Cour exclut de la compétence de la Cour les questions préjudicielles relatives aux lois, décrets ou ordonnances par lesquels un traité constituant de l'Union européenne ou la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme ou des libertés fondamentales ou un Protocole additionnel à cette Convention reçoit l'assentiment.

[6] *Infra,* n°11 et 14.

[7] *Infra,* n° 17.

d'un mécanisme de dissociation et non, comme aux Etats-Unis, par un processus d'union, fédéralisme qui trouve son origine dans la confrontation entre deux grandes communautés sociolinguistiques.

Sans entrer dans une discussion sur les mérites respectifs des deux modèles, le modèle choisi par la Belgique présente un atout majeur : il préserve en effet l'idée que la fonction de juger, comme toute fonction exercée dans un Etat démocratique, est une fonction qui doit être partagée. Opter pour le modèle américain aurait, en Belgique, placé la Cour de cassation dans une position semblable à celle de la Cour suprême des Etats-Unis dont les pouvoirs exorbitants s'accommodent mal d'une démocratie représentative qui, plus est, en Belgique, doit sans cesse composer entre des forces pluralistes, qu'elles soient linguistiques idéologiques, philosophiques ou religieuses.

9. La volonté du Constituant de réserver à une seule juridiction le contrôle de constitutionnalité, tant au contentieux de l'annulation qu'au contentieux préjudiciel avait pour corollaire que l'on aménage l'indépendance de cette juridiction par rapport aux autres pouvoirs constitués (section 1.) tout en réglant aussi les relations du juge constitutionnel avec les autres juridictions (section 2).

Section 1. L'indépendance de la Cour constitutionnelle

a) L'indépendance institutionnelle

10. L'indépendance de la Cour constitutionnelle est tout d'abord consacrée par son fondement constitutionnel. C'est l'article 142 qui la crée, dans un chapitre distinct de la Constitution intitulé « De la Cour constitutionnelle, de la prévention et du règlement des conflits ». Si l'on voulait supprimer la Cour ou en modifier profondément les compétences, il faudrait nécessairement passer par une révision de la Constitution qui, selon le droit belge, implique une lourde et longue procédure.

Par ailleurs, le Constituant a renforcé l'indépendance institutionnelle de la Cour en exigeant que ce soit une loi spéciale[8] qui fixe l'organisation, les compétences et la procédure de la Cour.

11. La Cour est indépendante par rapport aux trois autres pouvoirs constitués classique : elle ne relève, en effet, ni du pouvoir législatif ni du pouvoir exécutif ni du pouvoir judiciaire.

12. La Cour contrôle l'activité des différents pouvoirs de nature législative existant en Belgique. Elle ne contrôle pas les législateurs comme tels. Elle ne peut non plus interférer directement dans l'activité législative. Son interférence se manifeste par son pouvoir d'annulation des normes inconstitutionnelles c'est-à-dire de manière négative. La qualifier de « législateur négatif » rend cependant mal compte d'une activité qui se matérialise dans un arrêt, de nature juridictionnelle rendu au terme d'une procédure de nature juridictionnelle totalement étrangère à la procédure d'adoption d'une loi ou de son abrogation par le législateur.

Parallèlement, les différents législateurs ne peuvent intervenir dans le fonctionnement de la Cour. S'ils participent à la désignation individuelle des juges, ils ne peuvent jamais intervenir, ni par voie de recommandation, ni par voie d'avis, ni par un contrôle de nature politique.

13. La Cour est également indépendante par rapport au pouvoir exécutif. Si ce n'est la compétence de nomination des juges constitutionnels (comme les fonctionnaires et les juges fédéraux) du Roi, dans les mains duquel les présidents et les juges prêtent serment, les

[8] *Supra,* n° 5 et note 4.

gouvernements fédéral, communautaires et régionaux ne disposent d'aucune compétence particulière à l'égard de la Cour constitutionnelle.

14. Enfin, la Cour est indépendante des autres titulaires d'une fonction juridictionnelle en Belgique : les juridictions relevant du pouvoir judicaire et les juridictions administratives.

Le paysage juridictionnel belge se compose ainsi de trois ordres de juridiction : les juridictions judiciaires, cours et tribunaux, avec à leur tête la Cour de cassation ; les juridictions administratives, chapeautées par le Conseil d'Etat, compétentes notamment pour annuler les actes du pouvoir exécutif et, enfin la juridiction constitutionnelle, la Cour constitutionnelle.

b) L'autonomie organisationnelle et financière

15. Il faut encore relever, sans entrer dans les détails, que la Cour constitutionnelle dispose d'une autonomie organisationnelle et financière structurellement garantie par la Constitution et la loi spéciale.

16. C'est la Cour qui désigne ses présidents et qui établit le cadre organique et les cadres linguistiques de son personnel administratif. Elle arrête elle-même son règlement d'ordre intérieur. Enfin, le régime disciplinaire des juges constitutionnels relève de la Cour elle-même et d'aucune autre autorité extérieure. Les juges sont nommés à vie et ne peuvent être démis de leurs fonctions que par une décision disciplinaire prise par la Cour selon une procédure laissée à son appréciation.

16. Les crédits nécessaires au fonctionnement de la Cour sont inscrits au budget des Dotations. Cela signifie que c'est la Cour elle-même qui détermine l'affectation des montants qui lui sont alloués sans qu'aucune ventilation ne soit prévue par la loi budgétaire qui les lui consent. La Cour approuve elle-même ses comptes.

c) L'indépendance des juges constitutionnels

17. La Cour constitutionnelle est composée selon un système de double parité. Elle est d'abord linguistiquement paritaire : il y a six juges francophones et six juges néerlandophones. Par ailleurs, la Cour est également paritaire en ce qui concerne l'origine des douze juges : pour moitié des juristes (professeurs, juges judiciaires, conseillers d'Etat ou référendaires) et pour moitiés des anciens parlementaires qui doivent avoir été pendant cinq ans au moins membres de la Chambre, du Sénat ou d'un parlement d'une communauté ou d'une région. Ce quota d'anciens parlementaires a été une condition *sine qua non* de l'instauration d'un contrôle de constitutionnalité : on désirait que ce contrôle ne fut pas purement « juridique », réservé à des techniciens du droit qui n'auraient eu aucune connaissance de la réalité de la vie politique ni du processus législatif.

18. Les juges de la Cour sont nommés par le Roi, sur la base d'une liste double présentée alternativement par la Chambre et le Sénat et adoptée à la majorité renforcée des deux tiers des suffrages des membres présents. La nomination est à vie : les juges exercent leurs fonctions jusqu'à l'âge de 70 ans. Ce principe d'une nomination à vie, assez rare pour une cour constitutionnelle, est de nature à assouvir les ambitions professionnelles et à éviter les pressions liées à l'exercice de mandats successifs. Elle est, elle aussi, une garantie de l'indépendance des magistrats constitutionnels.

19. Le traitement des juges constitutionnels est fixé par la loi de même que les incompatibilités qui sont strictement réglementées, les magistrats constitutionnels ne pouvant plus exercer aucune activité de nature législative, exécutive ou liée à une autre fonction juridictionnelle que celle de juge constitutionnel. La carrière de juge constitutionnel entraîne une rupture par rapport

à la carrière précédente et, notamment par rapport à l'exercice d'un mandat public, celui-ci non rémunéré serait-il même non rémunéré.

Section 2. Les rapports entre la Cour constitutionnelle et les autres juridictions de l'Etat

20. A titre préalable, mais il est bon de le préciser, aucune hiérarchie n'existe et n'a d'ailleurs été voulue entre la Cour constitutionnelle et les deux juridictions supérieures qui chapeautent respectivement les juridictions judiciaires et administratives, à savoir la Cour de cassation et le Conseil d'Etat

21. Le double système de contrôle de constitutionnalité qui s'effectue en Belgique (contrôle direct par le biais du recours en annulation et recours indirect via le mécanisme des questions préjudicielles[9]) est le résultat d'une évolution historique. On a rappelé que depuis l'arrêt rendu le 27 mai 1971 par la Cour de cassation[10], tous les juges belges, y compris le Conseil d'Etat, refusent d'appliquer les normes de droit interne incompatibles avec une norme du droit international. A côté de ce contrôle disséminé effectué par toutes les juridictions au regard des dispositions conventionnelles internationales, le Constituant et le législateur ont mis en place un contrôle concentré au regard des dispositions constitutionnelles qui opèrent le partage des compétences entre l'Etat fédéral et les entités fédérées mais également au regard des droits fondamentaux garantis par la Constitution. Ils ont toujours voulu réserver ce contrôle à une juridiction spécialisée, distincte du pouvoir judiciaire et des juridictions administratives, juridiction qu'ils créaient donc à cette fin : la Cour d'arbitrage, aujourd'hui Cour constitutionnelle. En effet, la tentative de la Cour de cassation de s'approprier ce contrôle, dans son arrêt du 3 mai 1974[11], avait avorté et avait été très nettement rejetée, d'abord par le monde politique, ensuite par le Constituant et le législateur spécial.

22. Il reste que le concours d'un système de contrôle diffus et d'un système de contrôle concentré soulève des difficultés particulières en cas de concours de droits fondamentaux, c'est-à-dire quand des droits fondamentaux sont garantis en Belgique tant par la Constitution que par des conventions internationales. En outre, le mécanisme des questions préjudicielles auxquelles la Cour constitutionnelle doit répondre, à la demande des juges, a, elle aussi nécessité des aménagements institutionnels que l'on va brièvement décrire à présent. Un lien organique (section 1), un lien procédural (section 2) et un lien fonctionnel ont ainsi été organisés entre les trois ordres juridictionnels existant en Belgique.

Sous-section 1. Le lien organique

23. L'exercice d'une fonction juridictionnelle, qu'elle soit judiciaire, administrative ou constitutionnelle, implique une maîtrise des techniques de jugement, de la rédaction d'arrêt, de la procédure et d'une pratique des bons offices entres les différents parties à un procès. Ceci explique pourquoi, en Belgique, au moins un juge de la Cour constitutionnelle doit avoir exercé, pendant une période minimale de cinq ans, une fonction de magistrat à la Cour de cassation ou au Conseil d'Etat[12]. Une fois nommé à la Cour, l'ancien magistrat abandonne, cela va de soi, toutes les fonctions qu'il exerçait jusque là dans sa juridiction d'origine. Aucune intervention des différents ordres de juridictions n'est prévue en Belgique pour la désignation de leurs membres respectifs.

---

[9] *Supra*, n° 7.

[10] *Supra,* n° 3 et note 2.

[11] *Supra,* n° 3 et note 3.

[12] Aujourd'hui, parmi les six magistrats professionnels de la Cour, deux sont issus de la magistrature, trois ont été professeurs de droit dans une université et un juge a exercé la fonction de référendaire à la Cour constitutionnelle.

Sous-section 2. Le lien procédural

24. Le lien procédural entre les différentes juridictions se concrétise d'abord en Belgique par ceci que lorsqu'une question préjudicielle est posée par un juge, la procédure engagée devant lui est suspendue jusqu'à ce que la Cour constitutionnelle donne sa réponse. Ceci paraît une conséquence logique du mécanisme des questions préjudicielles. C'est pour ce même motif que la loi spéciale dispense les juges siégeant en référé ou appelés à statuer sur une détention préventive de l'obligation de principe de poser une question préjudicielle, sauf si cette question devait porter sur une norme relative au référé ou à la détention préventive.

25. Les relations procédurales ont également trait au dialogue qui peut s'instaurer entre le juge qui a posé la question et le juge constitutionnel qui est amené à y répondre. Il faut admettre que la Belgique n'a pas institutionnalisé ce dialogue. Cette absence est, en pratique, souvent regrettée. Le juge de renvoi ayant la maîtrise de la formulation de la question préjudicielle, il est dommage, parfois, que la Cour constitutionnelle ne puisse pas, dans certains cas lui demander de préciser l'objet ou les contours de celle-ci. Le seul mécanisme prévu, mais qui est un peu brutal et qui est loin de pouvoir être appliqué dans tous les cas est la possibilité qu'a la Cour de clore la procédure si la question est manifestement irrecevable, qu'elle est manifestement non fondée ou qu'elle n'entre manifestement pas dans ses compétences.

Sous-section 3. Le lien fonctionnel

a) Le recours en annulation

26. L'arrêt par lequel la Cour annule une disposition législative a autorité absolue de chose jugée à dater du jour de sa publication au *Moniteur belge*. Il s'impose à tous : aux parties qui ont initié le recours mais aussi à toutes les personnes physiques ou morales, de droit privé et de droit public. L'annulation opère avec effet rétroactif. La norme annulée disparaît donc de l'arsenal des règles de droit depuis le jour où elle-même a été publiée.

Deux mécanismes sont prévus pour tempérer cette règle. D'abord, la Cour constitutionnelle peut, dans son arrêt d'annulation, et par voie de disposition générale, maintenir les effets ou certains effets de la norme annulée pour un délai qu'elle détermine dans ce même arrêt. Cette faculté laissée à la Cour constitutionnelle permet, le cas échéant, de ne pas porter atteinte à la sécurité juridique de situations acquises en un temps où une norme n'était pas contestée.

Un second mécanisme a été institué qui, par le biais d'un recours extraordinaire, le recours en *rétractation* autorise de remettre en cause, devant la juridiction qui l'a prononcée toutes les décisions, judiciaires ou administratives, qui auraient été prononcées en application d'une norme annulée par la Cour constitutionnelle. Le recours doit être introduit dans un délai de six mois après le prononcé de l'arrêt d'annulation.

27. L'arrêt par lequel la Cour rejette un recours en annulation n'a qu'une autorité relative de chose jugée dans la mesure où il ne lie les personnes privées ou publiques, et, partant, les juridictions, qu'en ce qui concerne les points de droit tranchés par la Cour.

b) Le renvoi préjudiciel

28. En droit belge, toutes les juridictions peuvent et même doivent, sous réserve de certaines exceptions, saisir la Cour constitutionnelle d'une question préjudicielle. La Cour constitutionnelle donne une interprétation large à la notion de juridiction puisqu'outre les juridictions judiciaires et administratives, elle a reçu des questions posées par la Commission pour l'aide aux victimes d'actes intentionnels de violence, par le Conseil de la concurrence ou par diverses commissions siégeant en matière de sécurité sociale.

29. Le plus souvent, la question préjudicielle est posée à l'initiative des parties devant le juge de renvoi. Il arrive cependant que ce soit le juge qui, d'office, la soulève dans la mesure om on considère que le contentieux de la constitutionnalité est d'ordre public. En matière pénale, le Ministère public peut, lui aussi demander au juge de poser une question à la Cour.

30. En principe, et en raison de la volonté manifestée par le Constituant d'instituer en Belgique un contrôle de constitutionnalité concentré, les juges sont tenus d'interroger la Cour. Aucune juridiction cependant n'est tenue d'interroger la Cour si elle n'est pas compétente pour connaître de l'affaire dont elle a été saisie ou si l'affaire est irrecevable pour des motifs de procédure. De même, elle n'est pas tenue d'interroger la Cour si cette dernière a déjà répondu à une question ayant le même objet. Dans ce cas, la juridiction doit se conformer à l'arrêt rendu précédemment. Si elle ne veut pas s'y conformer, elle doit poser la question, quitte à ce que la Cour constitutionnelle, lui réponde par un arrêt dit de *réponse immédiate* par lequel elle rappelle sa jurisprudence antérieure. Enfin, les juridictions statuant en référé ou statuant sur le maintien de la détention préventive ne sont tenues d'interroger la Cour que si la question de constitutionnalité porte sur une disposition relative à ces matières.

31. A l'exception de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat, qui sont deux juridictions qui statuent en dernier ressort, les autres juridictions, celles dont les décisions sont susceptibles d'un recours, sont dispensées d'interroger la Cour constitutionnelle si la norme en cause ne viole manifestement pas la Constitution ou si la réponse n'est pas indispensable à la solution du litige. Cette disposition a parfois irrité les deux juridictions supérieures de l'ordre judicaire et administratif belge qui ont tenté de contourner l'obligation qui leur était faite[13]

32. La Cour constitutionnelle, elle aussi, est tenue de respecter certaines règles : s'il lui est permis de reformuler une question (ce qu'elle fait, assez rarement il est vrai, uniquement lorsqu'elle estime qu'une question doit être interprétée pour faire apparaître le contenu de la demande d'une manière qui soit utile pour identifier la vraie question de constitutionnalité), il ne lui est pas permis en revanche, et ce n'est d'ailleurs pas sa mission, d'intervenir dans les éléments de fait ou les autres éléments de droit qui concernent l'affaire examinée par le juge de renvoi. Il ne lui appartient pas davantage de se prononcer sur la pertinence de la question qui lui est posée. Elle ne peut pas non plus modifier (étendre ou restreindre) l'étendue de sa saisine. Tous ces aspects relèvent de la compétence exclusive des décisions des juges du fond, qui, le cas échéant pourront faire l'objet d'un recours en cassation judiciaire ou administrative.

33. Une question délicate est celle de savoir qui peut interpréter la norme contrôlée. Qu'il s'agisse, en effet, de la juridiction de renvoi ou de la Cour constitutionnelle, l'une et l'autre, mais avec des objectifs différents ne sauraient exercer leur mission sans interpréter la norme contrôlée. Cependant, la portée de l'interprétation de la norme par le juge du fond est tout autre que celle de la Cour : il s'agit pour lui de voir si et à quelles conditions la norme en cause s'applique au litige dont il est saisi. La Cour constitutionnelle, en revanche, n'est pas concernée par cela. Il s'agit pour elle de vérifier si la norme que le juge du fond pourrait devoir appliquer résiste à l'examen de constitutionnalité. L'interprétation de la norme par la Cour constitutionnelle se limite donc à en examiner la conformité à la Constitution. Il faut dire, qu'à la différence de la Cour de Justice des Communautés européennes, la Cour constitutionnelle belge n'a pas reçu la compétence de répondre par voie préjudicielle à des questions liées à des conflits portant sur l'interprétation des normes législatives. Par ailleurs, en l'absence de toute hiérarchie entre la Cour constitutionnelle, la Cour de cassation et le Conseil d'Etat, le risque de voir s'opposer les interprétations à propos des mêmes normes est réel, ce qui ne s'avère pas seulement être un problème d'ordre « psychologique » de préséance entre les trois juridictions supérieures mais apparaît extrêmement périlleux pour la sécurité juridique des justiciables.

[13] *Infra* n° 33 et 34.

34. Le risque de conflits prend encore une autre dimension quand il s'agit d'interpréter les normes par rapport aux normes de références, qu'il s'agisse de la Constitution ou des traités internationaux. Il faut admettre que c'est à la Cour constitutionnelle d'imposer, puisqu'elle a été instituée pour cela, son interprétation de la Constitution. Même si c'est au corps défendant de la Cour de cassation ou du Conseil d'Etat, il serait contraire au vœu du Constituant d'admettre de faire prévaloir leurs interprétations de la Constitution sur celle de la Cour constitutionnelle.

35. En ce qui concerne l'interprétation des traités internationaux, la question est plus délicate dans la mesure où nul ne conteste le pouvoir des juridictions belges de refuser d'appliquer les normes législatives contraires au droit international. S'il est vrai que la Cour constitutionnelle n'exerce pas un contrôle direct des normes législatives au regard des conventions internationales, l'élargissement de ses compétences, en mars 2003, au contrôle de tout le Titre II de la Constitution a multiplié le risque de conflits en tous cas par rapport aux dispositions du droit international qui protègent les droits fondamentaux.

A l'occasion d'un symposium réunissant, peu de temps après cette extension de compétences, la Cour constitutionnelle, la Cour de cassation et le Conseil d'Etat, l'idée fut émise de régler par la voir parlementaire cette question. Une proposition de loi spéciale est en cours de discussion qui établirait le principe selon lequel les juridictions seraient tenues de renvoyer à la Cour constitutionnelle les questions relatives à une norme législative dont la conformité est mise en cause conjointement avec une disposition du Titre II de la Constitution et avec une norme de droit international ayant le même objet. Cette proposition a été adoptée par le Sénat ; elle doit encore l'être par la Chambre des représentants.

3. Considérations finales. La légitimité de la Cour constitutionnelle

36. J'ai tenté, le plus honnêtement possible et sans taire les difficultés liées au modèle de juridiction constitutionnelle choisi par la Belgique, de donner un aperçu de ses compétences et, surtout, des raisons qui expliquent le choix de ce modèle, les aménagements institutionnels qu'il impliquait en particulier dans l'ordre des rapports avec les juridictions judiciaires et administratives.

En soi, aucun modèle n'est parfait et par conséquent personne ne saurait prétendre que le modèle pratiqué dans son ordre juridique devrait s'imposer à d'autres. En revanche, l'échange d'expériences est toujours intéressant et, à cet égard, les expériences institutionnelles de la Belgique méritent d'être mieux connues comme source éventuelle d'inspiration ou, au contraire, de refus.

37. J'aimerais terminer par une dernière réflexion, plus générale. Quel que soit le modèle choisi de juridiction constitutionnelle, une question ne peut pas être éludée : celle de sa légitimité. C'est une question complexe mais essentielle.

La légitimité d'une cour constitutionnelle n'est pas une question de représentativité. Aucune juridiction ne représente personne. La souveraineté populaire est nécessairement partagée entre toutes les institutions de l'Etat. Elle n'appartient pas de manière exclusive au législateur, c'est admis aujourd'hui. Mais elle ne saurait être dévolue non plus à l'organe chargé de contrôler l'activité législative. Toute conception, en ce sens théocratique, d'une institution, quelle qu'elle soit, même quand on pense au Constituant ne rend pas compte de la réalité d'une souveraineté qui, à tous les niveaux de l'exercice du pouvoir doit être limitée. C'est l'abus de pouvoir qui, en toutes circonstances constitue une menace pour la démocratie. De ce point de vue, il ne me paraît pas que les revendications « populaires » qui se manifestent parfois violemment dans les lieux publics (dans la rue, à travers les medias,…) méritent plus que d'autres expressions démocratiquement affirmées, d'être relayées dans le système juridique. Cette tentation qui guette parfois les femmes et les hommes politiques mus par des

considérations démagogiques pervertit aussi le sens qu'il faut donner à la souveraineté populaire.

Aucune juridiction constitutionnelle n'a le pouvoir du dernier mot. Si, en cette matière quelqu'un devait le détenir, ce serait le Constituant. Ne serait-il pas plus fécond cependant de parler et surtout d'instaurer un dialogue constitutionnel véritable, entre tous les partenaires institutionnels qui doivent, à tous les niveaux de pouvoir veiller au respect de la Constitution ? Dans cette perspective, la Cour constitutionnelle n'est pas seule concernée ; le sont aussi l'ensemble des législateurs, des titulaires de la fonction gouvernementale et de toutes les autres juridictions. Il ne paraît pas négligeable non plus d'associer à ce dialogue, et ils y sont associés en Belgique, les citoyens qui, par le biais des recours en annulation qu'ils peuvent introduire ou des questions préjudicielles dont ils prennent l'initiative participent aussi au souci de préserver l'ordre constitutionnel. Par la voix qu'ils font entendre devant la juridiction constitutionnelle, de manière individuelle ou collective (telles les associations) mais dans le respect de règles de procédure, ils témoignent de ce que l'exercice de la souveraineté populaire ne s'arrête pas, en ce qui les concerne, à l'exercice du droit de vote.

******

Bibliographie sélective

ALEN, A., « Les relations entre les Cours constitutionnelles et les autres juridictions nationales, y compris l'interférence en cette matière de l'action des juridictions européennes », *Rapport général,* Partie I, XIIème congrès C.E.E., 14-16 mai 2002, Bruges, Vanden Broele, 2005.

ARTS, A., *Les rapports entre la Cour d'arbitrage, le pouvoir judiciaire et le Conseil d'Etat. Actes du colloque du 22 octobre 2005,* Bruges, La Charte, 2006.

HOREVOETS, CH. ET BOUCQUEY, P., *Les questions préjudicielles à la Cour d'arbitrage,* Bruxelles, Bruylant, 2001.

RIGAUX, M.F., ET RENAULD, B., « La Cour constitutionnelle », in *Répertoire pratique du droit belge,* X, Bruxelles, Bruylant, 2007.

VERDUSSEN, M., *Les douze juges – La légitimité de la Cour constitutionnelle,* Bruxelles, Labor, 2004.