

COLLOQUE

LA NÉCESSITÉ D'UN CONTRÔLE GLOBAL DE CONSTITUTIONNALITÉ : L'EXTENSION DES COMPÉTENCES DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE (*)

PAR

MARIE-FRANÇOISE RIGAUX (**)

INTRODUCTION

La déclaration de révision de la Constitution du 7 mai 2010 inclut, comme celles de 2003 et de 2007, l'article 142 dans la liste des dispositions à réviser. Elle ne précise toutefois pas les raisons de cette inscription, raisons qui ne sont guère explicitées dans les travaux préparatoires. Ceux-ci révèlent de manière laconique que le Conseil des ministres a envisagé « une extension des compétences de la Cour constitutionnelle »(1). Laconisme à la mesure de l'histoire de la juridiction constitutionnelle belge dont l'existence et la survie sont faites de réticences voire d'oppositions et même de refus obstinés.

L'institution d'une cour constitutionnelle en Belgique, en effet, n'est pas l'aboutissement d'une volonté politique longuement mûrie. On peut même affirmer que la naissance de la Cour d'arbitrage, rebaptisée le 7 mai 2007 du nom de Cour constitutionnelle, est purement accidentelle. Elle serait même, selon un de ses anciens présidents, le juge Paul Martens, un enfant non désiré(2) du fédéralisme pour lequel la Belgique a dû, bon gré mal gré, opter... pour préserver son unité. Contrairement, en effet, aux Etats-Unis d'Amérique, à la République fédérale d'Allemagne ou à la Suisse, ce n'est pas un mouvement centripète qui présida à l'instauration du fédéralisme en Belgique mais une démarche centrifuge de désintégration de l'Etat unitaire des origines.

(*) Texte d'une contribution à un colloque organisé le 8 octobre 2010, à la Maison des Parlementaires, par le Centre d'études Jacques Georgin, sur le thème : « Quel avenir pour la Cour constitutionnelle ? ». Ce texte n'a pas été mis à jour sous réserve du passage relatif à la modulation dans le temps des effets des arrêts rendus au contentieux préjudiciel.

(**) Marie-Françoise Rigaux est référendaire à la Cour constitutionnelle et professeur à l'Université Saint-Louis Bruxelles.

(1) *Doc. parl.*, Sénat, 2002-2003, n° 2-897, pp. 191, 201 et 203.

(2) L'expression est empruntée à Paul Martens (« Le rôle de la Cour d'arbitrage dans l'édification du fédéralisme en Belgique », *R.B.D.C.*, 2003, p. 4.

Ajoutons encore qu'au moment de son institution en 1980(3) par l'article 107ter de la Constitution (aujourd'hui art. 142), la Cour d'arbitrage n'avait pas davantage pour vocation ni pour mission d'ailleurs de renforcer la protection des droits fondamentaux, contrairement par exemple aux juridictions européennes issues des régimes nazi (RFA) ou fasciste (Italie), et, plus tard, des dictatures franquiste (Espagne) ou salazariste (Portugal), voire, plus récemment, dans les pays d'Europe centrale ou orientale après la chute de l'URSS.

En réalité, c'est plutôt le pragmatisme propre à beaucoup des réformes institutionnelles de notre Etat(4) qui explique la création d'une juridiction chargée d'arbitrer les conflits de compétence qui pouvaient surgir en raison de la décision du Constituant d'attribuer des compétences législatives à l'ensemble des entités de l'Etat devenu fédéral. La souveraineté du législateur national était émuée par l'effet de la souveraineté reconnue aux législateurs communautaires et régionaux qui pourraient adopter des décrets ou des ordonnances de nature équipollente aux lois désormais qualifiées de fédérales. Il fallait donc que chacun des nouveaux partenaires respecte le pacte constitutionnel profondément révisé et qu'aucune des autorités législatrices n'empiète sur les compétences des autres.

Un arbitre était nécessaire : le jeune Etat fédéral accoucha, non sans douleurs, d'une juridiction constitutionnelle spécialisée, au sens juridique du terme, certes, mais aussi, comme on vient de le rappeler, en un sens politique.

I. L'ÉTAT DES LIEUX

D'emblée, la Cour d'arbitrage remplit sérieusement mais avec une autorité discrète et réelle la mission que l'on venait de lui confier, celle de faire respecter les règles du jeu fédéral. Elle participa même à la consolidation du fédéralisme.

A. La consolidation du fédéralisme

Dès ses premiers arrêts, la Cour d'arbitrage affirme clairement que les compétences tant matérielles que territoriales et *rationae loci* de l'Etat fédéral, des communautés et des régions doivent s'entendre comme des compétences exclusives. Ni la constitution ni la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 ne s'étaient prononcées explicitement sur ce caractère, contrairement à d'autres constitutions fédérales qui dis-

(3) La Cour d'arbitrage ne fut cependant concrètement mise en place que par la loi du 28 juin 1983 et installée le 1^{er} octobre 1984, les douze premiers juges ayant été nommés par le Roi, le 24 septembre 1984.

(4) Comme d'ailleurs, et las, de beaucoup de réformes juridiques adoptées en Belgique.

tinguent nettement des domaines de compétence exclusive, concurrente, voire subsidiaire. Ainsi, la Cour affirmera que la Constitution a organisé un système de répartition exclusive de compétence territoriale « de sorte que toute relation et toute situation concrètes soient réglées par un seul législateur » (arrêt n° 17). Un décret peut, dans les matières qui lui sont attribuées, modifier une loi nationale (arrêt n° 47) et il peut exécuter un traité auquel la Belgique a donné son assentiment (arrêt n° 70). La Cour rappellera aussi que si les Belges sont égaux devant la loi, une différence de traitement entre les citoyens dans les matières attribuées aux entités fédérées est un effet logique du fédéralisme et qu'elle ne pourrait donc être considérée comme violant le principe d'égalité (arrêts n°s 25/91 et 33/91, et de nombreux autres ensuite).

Dans le même esprit, la Cour d'arbitrage s'attellera encore à faire la toilette des textes quand, par exemple, elle fait lire « Exécutif » et non plus « Roi » là où il est renvoyé à des compétences communautaires ou régionales ou encore quand, pour le même motif, elle substitue au mot « loi » celui de « décret ».

Pour donner une dernière illustration, la Cour donnera des domaines « implicites » de compétence autorisée par l'article 10 de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, une interprétation restrictive, pour éviter précisément qu'il ne soit fait trop d'entorses au principe de l'exclusivité par ailleurs affirmé.

B. La révision constitutionnelle du 15 juillet 1988

La révision constitutionnelle du 15 juillet 1988 permet l'extension des compétences de la Cour d'arbitrage au contrôle des articles 10, 11 et 24 de la Constitution. La loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage⁽⁵⁾ qui lui fait suite ouvre, quant à elle, le droit pour les particuliers d'introduire un recours en annulation contre les dispositions de nature législative qui contreviendraient à l'une des normes dont la Cour doit désormais assurer le respect.

Pas plus que la première, cette réforme institutionnelle ne procède de la volonté de renforcer le contrôle sur les droits fondamentaux. Elle s'explique par le contrôle dorénavant reconnu de l'article 24 de la Constitution en raison de la communautarisation effective et quasi complète de la matière de l'enseignement. A la suite de cette dernière et parce que les équilibres idéologiques entre catholiques et laïcs ne répondaient pas aux mêmes paramètres au Nord et au Sud du pays, il fut décidé que, dans la fonction arbitrale qui était la sienne, la Cour deviendrait aussi la gardienne du Pacte scolaire.

Quant à l'attribution du contrôle des articles 10 et 11 de la Constitution, elle participe, en partie du moins, de la même logique, l'article 24 de la

(5) Aujourd'hui, loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle.

Constitution garantissant explicitement et de manière très large dans son paragraphe 4, le principe d'égalité à tous les « acteurs », parents, élèves, membres du personnel et établissements d'enseignement.

On doit faire observer qu'André Alen⁽⁶⁾ a soutenu l'idée que cette attribution nouvelle serait le résultat d'un compromis qui permettrait d'assurer aussi, via les articles 10 et 11 de la Constitution, le respect du principe de l'emploi des langues garanti par l'article 30.

C. *L'extension jurisprudentielle*

Quels que soient les motifs réels ou incertains de la réforme, la Cour d'arbitrage, qui avait pris de l'assurance et dont l'autorité semblait mieux assurée, les détourna pour donner à ses nouvelles attributions une effectivité maximale.

S'appuyant sur les nombreux recours introduits par les particuliers autorisés à la saisir, elle élargit le contrôle des articles 10 et 11 de la Constitution au respect de l'ensemble des droits fondamentaux contenus dans le titre II de la Constitution pour autant que soit invoquée et démontrée une rupture du principe d'égalité dans l'exercice de l'un ou l'autre de ces droits. On peut en ce sens parler d'une véritable extension jurisprudentielle par la Cour d'arbitrage de ses attributions.

Dès le premier arrêt qu'elle rendit au contentieux de l'égalité, le 13 octobre 1989 (arrêt n° 23/89), la Cour combinera la règle de l'égalité avec la liberté d'association dont la requérante, le laboratoire pharmaceutique « Biorim », s'estimait privée de manière discriminatoire par la loi programme du 30 décembre 1988 qui imposait aux laboratoires non hospitaliers des conditions différentes au regard des laboratoires hospitaliers. Bien avant l'entrée en vigueur de la loi spéciale du 9 mars 2003⁽⁷⁾, la Cour a reconnu aux étrangers le bénéfice de la protection des droits reconnus aux Belges, reliant elle-même l'article 191 de la Constitution aux articles 10 et 11 (arrêt n° 25/90)⁽⁸⁾. Par son arrêt du 23 mai 1990 (arrêt n° 18/90), elle étendra cette démarche aux droits et libertés résultant de dispositions conventionnelles directement applicables. Il en ira ensuite aussi des principes généraux du droit, du principe de la non-rétroactivité, de la sécurité juridique ou du droit à la protection d'un juge, toute espèce de discrimination étant prohibée⁽⁹⁾.

Dans un autre registre, la Cour admettra d'emblée que les étrangers, personnes physiques ou personnes morales puissent la saisir, pour autant qu'ils

(6) A. ALEN, « Benaming Arbitragehof wordt best vervangen door Grondwettelijk Hof », *Juristenkrant*, 12 mars 2003, n° 65, p. 8.

(7) *Infra*, D.

(8) Pour d'autres références, M.-Fr. RIGAUX et B. RENAULD, *La Cour constitutionnelle*, Bruxelles, Bruylant, 2009, n° 124.

(9) Pour des références, M.-Fr. RIGAUX et B. RENAULD, *op. cit.*, n° 99 à 104.

remplissent les conditions relatives à l'intérêt pour agir (arrêt n° 25/90). De même, la Cour a reconnu le droit et la capacité d'agir devant elle aux ordres professionnels(10), aux unions professionnelles(11), aux associations sans but lucratif(12), ou aux associations de fait(13) lorsqu'ils agissent dans des matières pour lesquelles ils sont légalement institués ou reconnus.

Dernier exemple relevé, c'est en le combinant avec les articles 10 et 11 de la Constitution que la Cour a, dans le fameux arrêt *BHV* du 26 mai 2003 (arrêt n° 73/2003) dénoncé une violation de l'article 63, alinéa 2, et sanctionné dans ce même arrêt et par le même raisonnement une violation de l'article 49(14) par une disposition de la loi qui prévoyait que l'on puisse être à la fois candidat à la Chambre et au Sénat, la Cour considérant que pareille disposition « était de nature à tromper l'électeur » et « avantageait sans justification raisonnable les candidats qui peuvent bénéficier de la double candidature »(15).

D. La loi spéciale du 9 mars 2003

La loi spéciale du 9 mars 2003 modifia l'article 1^{er}, 2°, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 et conféra à la Cour le contrôle de tout le titre II de la Constitution ainsi que de ses articles 170, 172 et 191. L'article 26, § 1^{er}, 3°, fut adapté en ce qui concerne les questions préjudicielles. Le législateur préféra à la technique de l'énumération exhaustive des droits celle du renvoi à tout le titre II ; ceci permettrait, en effet, au cas où un droit nouveau serait reconnu, de ne pas devoir procéder à une révision de la Constitution.

Même si la Cour avait, on l'a montré, usé de la réforme précédente pour étendre son contrôle, la loi nouvelle permit une véritable ouverture, évitant d'abord aux requérants des contorsions intellectuelles éprouvantes pour relier les droits fondamentaux au principe d'égalité et de non-discrimination, d'une part et, d'autre part, parce que le respect de certains droits fondamentaux ne s'accommode pas exclusivement du respect de l'égalité. Ainsi la Cour put-elle reconnaître l'effet de l'obligation de *standstill* pour nombre de droits garantis par l'article 23 de la Constitution parmi lesquels et entre autres le droit à l'aide sociale (arrêts n°s 169/2002 et 5/2004), le droit à un environnement sain (arrêts n° 135/2006), le droit à l'aide juridique (arrêts n° 182/2008)(16). Le contrôle du droit au respect de la propriété privée permit d'être renforcé et affiné par la faculté pour la Cour de se référer directement à l'article 16 de la Constitution. On pourrait encore citer l'article 25 de la Constitution relatif à la liberté de la presse.

(10) M.-Fr. RIGAUX et B. RENAULD, *op. cit.*, n° 168.

(11) *Ibid.*, n° 170.

(12) *Ibid.*, n°s 171 et s.

(13) *Ibid.*, n°s 175-176.

(14) L'article 49 de la Constitution interdit d'être à la fois membre des deux Chambres.

(15) Arrêt n° 73/2003, B.16.3.

(16) M.-Fr. RIGAUX et B. RENAULD, *op. cit.*, n° 117.

II. UNE NÉCESSITÉ : LE CONTRÔLE GÉNÉRAL DE CONSTITUTIONNALITÉ

Je vais tenter dans la partie de cet exposé de convaincre de la nécessité d'organiser en Belgique un contrôle général de la constitutionnalité des normes législatives. Je propose une démarche empirique, c'est-à-dire de présenter de manière concrète mais non exhaustive quelques domaines jusqu'ici refusés au contrôle de la Cour constitutionnelle et pourquoi il faudrait qu'elle puisse être la gardienne du respect de ceux-ci.

A. Les droits fondamentaux inscrits dans d'autres titres de la Constitution

Il faut en convenir, pour avoir des mérites, la technique du renvoi au seul titre II(17) de la Constitution n'est pas satisfaisante. Ce titre, en effet, n'épuise pas le patrimoine des droits garantis par la constitution fédérale, ce qui a pour conséquence que des droits fondamentaux qui font partie des règles essentielles à respecter par toutes les entités fédérales et fédérées échappent au contrôle de la juridiction constitutionnelle. On songe, par exemple, au chapitre consacré au « pouvoir judiciaire »(18), qui est au fondement d'une série impressionnante de droits fondamentaux dont certains, mais pas tous, sont consacrés aussi par la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales et dont la violation est sanctionnée par la Cour européenne des droits de l'homme. Ainsi, le droit à un juge compétent en matière de droits civils (art. 144), l'interdiction de créer des tribunaux extraordinaires (art. 146), le principe de la publicité des audiences (art. 148), l'obligation de motiver les jugements de les prononcer en audience publique (art. 149), l'intervention du jury pour les délits politiques et de presse (art. 150), l'inamovibilité (art. 152) et l'indépendance des juges de même que l'indépendance du ministère public dans l'exercice des recherches et poursuites individuelles (art. 151).

On peut encore citer les articles 62, alinéa 3, et 67, § 2 la Constitution qui garantissent le caractère obligatoire et secret du vote. Dans le même ordre d'idées, il ne serait pas possible que la Cour contrôle directement au regard de ces dispositions la validité des lois établissant le vote électronique ou les modalités de son application. La Cour s'est déclarée incompétente pour connaître d'un recours contre une loi portant sur l'effet dévolutif de la case de tête pour les élections des conseils provinciaux et communaux et du Parlement européen au motif que les articles 61, 34, 67, 116 et 162 de la Constitution n'entraient pas dans ses attributions(19).

(17) Sous réserve du renvoi, qui n'est pas insignifiant en cette matière, aux articles 170, 172 et 191 de la Constitution.

(18) Chapitre VI du titre III.

(19) Arrêt n° 25/2002.

B. Les dispositions prescrivant la procédure législative

La Constitution règle les principes communs relatifs à l'organisation et au déroulement des élections. La Cour n'est pas compétente pour les contrôler. Elle n'est pas davantage compétente pour apprécier le processus d'élaboration des lois et des décrets (arrêts n^{os} 24/96 ou 97/99) ; pas plus que la régularité de la composition des chambres législatives. Ainsi la Cour s'est déclarée incompétente pour apprécier si des lois spéciales qui avaient été déferées à sa censure avaient été adoptées par un Sénat régulièrement composé, c'est-à-dire conformément à l'article 67, § 1^{er}, 1^o, 3^o, et 6^o de la Constitution(20). A de nombreuses reprises elle s'est déclarée incompétente pour se prononcer sur l'absence de consultation de la section de législation du Conseil d'Etat(21), sur les règles relatives à la prévention des conflits d'intérêts, tels les articles 143, § 2 de la Constitution et 32, § 1^{er}, de la loi ordinaire du 9 août 1980 de réformes institutionnelles(22)ou encore les formalités prescrites par le Traité instituant l'union européenne en matière d'aides d'Etats(23). La Cour n'a pas davantage accepté d'examiner si une loi avait été valablement sanctionnée et promulguée par le Roi alors que, les Chambres étant dissoutes, le requérant soutenait que la matière faisant l'objet de la loi aurait été le champ des affaires courantes. Et le requérant de soutenir qu'il y aurait eu violation des articles 10, 11 et 172 de la Constitution combinés à ses articles 33, 171 et 173(24).

Ce dernier exemple est l'occasion de faire observer que la Cour a toujours refusé de contrôler ces règles même lorsqu'elles sont combinées avec les articles 10 et 11 de la Constitution. Elle considère en effet que le contrôle des principes d'égalité et de non-discrimination suppose un contrôle du contenu des normes et non celui des formalités prescrites pour leur adoption(25).

*C. La répartition verticale des compétences
entre les autorités d'une même collectivité politique*

La Cour n'est en principe(26) pas compétente pour contrôler le respect, par les différents législateurs, des règles qui ont pour objet de répartir les

(20) Les requérants invoquaient à l'appui de leur recours le fait qu'un sénateur flamand faisait défaut parce que, le jour de son élection, il avait son domicile dans la région de Bruxelles-Capitale (arrêt n^o 35/2003).

(21) Arrêts n^{os} 66 du 30 juin 1988, 73/95, 97/2000 et 103/2000).

(22) Arrêt n^o 22/98.

(23) Arrêt n^o 20/97.

(24) Arrêt n^o 6/2009.

(25) Pour des références et un commentaire, M.-Fr. RIGAUX et B. RENAULD, *op. cit.*, n^o 126.

(26) La Cour, en effet, a considéré qu'en « indiquant lui-même dans quelles matières la compétence attribuée aux communautés et aux régions par l'alinéa 1^{er} de l'article 9 [de la loi spéciale du 8 août 1980] ne peut être exercée que par décret, c'est-à-dire en réservant certaines compétences aux autorités législatives des communautés et des régions, le législateur spécial a exprimé une exigence qui doit être considérée comme une règle répartitrice de compétences » dont elle doit

compétences entre les pouvoirs au sein des collectivités politiques. Ainsi en est-il des articles 146 et 154 qui règlent les compétences entre le législateur fédéral et le pouvoir exécutif(27). Dans la plus récente des deux affaires citées, la Cour a aussi refusé de prendre comme norme constitutionnelle de référence l'article 155 et, partant, de se prononcer sur la constitutionnalité de la loi qui permet que les professeurs d'université, qui exercent une fonction rémunérée par l'Etat ou par une communauté soient nommés conseillers suppléants, alors que la disposition susdite interdit qu'un juge exerce une quelconque fonction salariée par un gouvernement.

D. *La révision de la Constitution*

La Cour rejette de manière constante les recours dirigés contre une disposition constitutionnelle ou législative, basés sur une prétendue violation de la procédure de révision de la Constitution telle qu'elle est réglée par l'article 195(28). D'un point de vue logique, il paraît difficile de concevoir qu'une juridiction constitutionnelle puisse contrôler, au regard des règles constitutionnelles anciennes, les règles nouvelles adoptées par le constituant, sous peine en effet, d'empêcher toute révision de la Constitution. En revanche, on peut se demander s'il n'est pas dangereux d'admettre que le pouvoir constituant dérivé puisse, sans aucun contrôle, modifier la Constitution, en ne respectant pas le prescrit de l'article 195. L'observation vaut même dans l'hypothèse d'une révision de l'article 195 lui-même : le constituant ne pourrait l'opérer sans respecter la procédure ancienne qu'il souhaiterait revoir. Enfin, il n'est pas douteux qu'il faut regretter que la Cour ne puisse contrôler le respect de l'article 195 de la Constitution lorsqu'est invoquée devant elle la violation par une norme législative de cette disposition. C'est en raison de cette limitation que la Cour a refusé de contrôler un moyen dirigé contre un décret d'assentiment du Traité de Lisbonne, moyen fondé sur une violation de l'article 195 de la Constitution en ce que l'adoption dudit Traité aurait nécessité une révision constitutionnelle préalable(29).

E. *Les relations internationales*

Cette dernière illustration choisie permet de donner un ultime exemple de l'importance qu'il y aurait d'élargir le contrôle de la Cour. On évoque ici les dispositions constitutionnelles du titre IV qui organisent et attribuent les compétences respectives des autorités fédérales, communautaires

contrôler le respect (arrêt n° 24/98). Pour d'autres références, M.-Fr. RIGAUX et B. RENAULD, *op. cit.*, n° 90.

(27) Arrêts n°s 12/92 et 29/99.

(28) Arrêts n°s 90/94, 29/95, 56/95, 71/95, 71/96, 33/97, 66/98, 29/99, 28/200, 100/2000, 3/2001, 72/2000, 35/2003, 44/2003, 88/2004, 105/2005, 58/2009.

(29) Arrêt n° 58/2009.

et régionales en matière de relations internationales. D'aucunes ont sans conteste un caractère « répartiteur de compétences », s'agissant par exemple de l'article 167, § 3, qui attribue aux gouvernements des communautés et des régions la compétence de conclure des traités dans les matières qui concernent leur collectivité politique respective. La Cour constitutionnelle est d'emblée compétente pour en connaître. En revanche, s'agissant des compétences respectives entre les autorités législatives et les autorités exécutives, on l'a dit, la Cour ne saurait intervenir dans l'état actuel du droit. Par ailleurs, les règles constitutionnelles ont fait l'objet, dans la matière des relations internationales, de pratiques curieuses dont la constitutionnalité est douteuse et qu'il aurait peut-être été plus correct de pouvoir contrôler.

On songe en particulier aux lois d'assentiment des traités conclus par l'Union européenne(30). Si l'article 167, § 2, de la Constitution donne sans conteste aux chambres fédérales le pouvoir de porter assentiment aux traités conclus par le Roi, il est muet sur le pouvoir qu'elles détiendraient d'approuver des traités conclus par le Conseil de l'Union européenne. Or, une pratique s'est développée par laquelle les chambres fédérales ont porté assentiment à des traités signés par le Conseil et, qui plus est, dans des matières sensibles(31). L'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, le 1^{er} décembre 2009, modifie profondément le mode de conclusion et d'approbation des traités conclus au nom de l'Union(32) et, dans de nombreuses matières, ne subordonne plus à l'assentiment des Etats le caractère exécutoire des traités conclus par l'Union. La question d'un contrôle par la Cour constitutionnelle belge non seulement des lois d'assentiment ici évoquées mais, de manière plus générale, de toutes les lois, des décrets et des ordonnances portant assentiment, voire de la compatibilité des traités au regard du droit constitutionnel interne mérite d'être sérieusement débattue et discutée. On sait, en effet, que certaines cours constitutionnelles européennes, à qui ce contrôle est confié, ont sanctionné certaines normes du droit communautaire en raison de leur contrariété au regard du droit interne(33).

(30) Sur cette question, F. DOPAGNE, « Assentiment parlementaire et traités conclus par l'Union européenne », *J.T.*, 6 mars 2010, pp. 153 et s.

(31) Ainsi, la loi du 30 novembre 2009 portant assentiment à l'Accord entre l'Union européenne et les Etats-Unis d'Amérique sur le traitement et le transfert de données des dossiers passagers (données PNR) par les transporteurs aériens au Ministère américain de la Sécurité intérieure (DHS) (Accord PNR 2007) (*M.B.*, 29 décembre 2009). Voy. aussi les lois du 30 juin 2009 portant respectivement assentiment à l'accord entre l'Union européenne et les Etats-Unis sur l'entraide judiciaire (*M.B.*, 8 mars 2010) et l'autre sur l'extradition (*Moniteur belge*, 9 mars 2010).

(32) C'est dorénavant le Parlement européen qui porte assentiment des accords conclus par le Conseil (art. 218 du T.F.U.E.), sans qu'il n'y ait plus dorénavant approbation des parlements nationaux. L'approbation du Parlement européen n'est toutefois pas requise dans certaines matières, celles relatives à la politique étrangère commune et à la sécurité (art. 218, § 6, al. 2, T.F.U.E.). Sur ceci, l'avis critique de F. DOPAGNE, *op. cit.*, p. 156.

(33) On songe à l'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande du 30 juin 2009 sur le traité de Lisbonne. Pour un commentaire de cet arrêt et des références, H. DUMONT, « La traduction,

III. LA MISE EN ŒUVRE DE L'EXTENSION DES COMPÉTENCES DE LA COUR

J'ai rappelé au début de mon exposé l'accouchement qu'il a fallu presque pratiquer aux forceps pour faire naître une juridiction constitutionnelle en Belgique. Je n'ignore pas non plus les réticences persistantes, dans le chef de certains parlementaires, fédéraux, communautaires et régionaux, de faire de la Cour constitutionnelle une juridiction ayant une compétence générale, à l'instar pourtant, est-il besoin de le rappeler, de la plupart des Etats d'Europe continentale. La crainte que la Cour s'impose comme un gouvernement des juges est la plus fréquemment exprimée qui, pour être légitime⁽³⁴⁾, relève plus, compte tenu du mode de fonctionnement de la Cour, de l'ordre du fantasme que d'un danger réel. Je rappellerai en deux mots que la Cour est saisie sur recours et que ce sont les requérants et les parties devant les juridictions de renvoi qui développent les moyens ou les arguments de droit auxquels la Cour doit répondre, dans un arrêt motivé. Lorsqu'elle soulève un moyen d'office, ce que la Cour fait rarement, ce moyen est soumis au principe du contradictoire. La Cour s'abstient, en principe, d'exercer un contrôle en opportunité⁽³⁵⁾. Elle est soucieuse aussi d'organiser et de préserver un dialogue entre les juges, ceux de l'ordre juridique belge mais aussi de l'ordre international, lorsqu'elle se réfère aux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme ou à ceux de la Cour de justice de l'Union européenne voire quand elle pose des questions préjudicielles à cette dernière⁽³⁶⁾.

Il reste que l'instauration d'un contrôle généralisé de constitutionnalité pose une difficulté que le professeur François Tulkens a, dans un article à paraître⁽³⁷⁾ qualifiée de problème de droit transitoire. Sans discuter ici de la pertinence de cette qualification, le problème posé mérite de retenir l'attention au terme de cet exposé.

A priori aucune difficulté du type de celle relevée par François Tulkens ne se pose s'agissant d'étendre les compétences de la Cour au contentieux de l'annulation. On sait, en effet, que c'est au plus tard dans un délai de six mois après la publication de la norme législative contestée qu'un recours en annulation peut être introduit. L'extension du champ de constitutionnalité au regard duquel la Cour apprécierait la norme en cause, n'aura pas d'autre

ciment du "Pacte constitutionnel européen" », *R.B.D.C.*, 2010, pp. 15 et s. et spéc. pp. 45 et s.

(34) Sur la question de la légitimité de la Cour, M.-Fr. RIGAUX et B. RENAULD, *op. cit.*, n^{os} 394-395 ainsi que, M. VERDUSSEN, *Les douze juges*, Bruxelles, Labor, 2004.

(35) M.-Fr. RIGAUX, « Le contrôle d'opportunité exercé par la Cour d'arbitrage et le pouvoir discrétionnaire du législateur », in *Mélanges offerts à J. van Compernelle*, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 591 et s.

(36) La Cour constitutionnelle a interrogé, à la date du 16 mai 2013, la Cour de justice de l'Union européenne à 21 reprises.

(37) F. TULKENS, « En route pour une Cour constitutionnelle (à compétence complète) », in *Liège, Strasbourg, Bruxelles. Parcours des droits de l'homme. Liber amicorum Michel Melchior*, Anthémis, pp. 215 et s.

incidence sur la sécurité juridique que celle qu'a toujours eu le recours en annulation *a posteriori*, tel qu'il a été institué en droit belge. Soucieux de cela, le législateur spécial a permis d'atténuer les effets d'une annulation, d'abord en permettant à la Cour de « moduler » l'effet des arrêts d'annulation dans le temps (art. 8, al. 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989), ensuite en organisant un recours en rétractation des décisions judiciaires passées en force jugée et des décisions administratives, lorsqu'elles sont fondées sur une norme ou une partie de norme annulée par la Cour (art. 10 à 18).

En revanche, s'agissant du contentieux préjudiciel, les juridictions peuvent et même doivent saisir la Cour de toute question de constitutionnalité relative à une norme législative, sans qu'il ne soit prévu de délai relatif au moment d'entrée en vigueur de la norme(38). La Cour constitutionnelle a ainsi, à de nombreuses reprises, constaté la violation par des normes anciennes, voire très anciennes, des règles constitutionnelles dont elle doit assurer le respect(39). La question se pose de savoir si, en élargissant les compétences de la Cour, on ne risque pas, au contentieux préjudiciel, d'engendrer de graves perturbations touchant à la sécurité juridique.

Ainsi, le jour où la Cour pourra examiner si une norme législative respecte la procédure d'adoption prescrite par la Constitution (en ce compris si cette norme a été adoptée par une assemblée valablement composée ou dans une période « politiquement » non suspecte(40)), comment aménager techniquement le fait que la Cour puisse, sur question préjudicielle, être amenée à invalider une norme qui aurait produit, dans ce contexte particulier d'adoption, des effets juridiques déjà anciens(41), ou dont la déclaration d'inconstitutionnalité risquerait de rompre des équilibres « acquis de manière irrévocable » à la manière dont les juristes parlent des « droits acquis » ?

Je parle bien d'un aménagement technique car une autre solution envisageable me paraît devoir être écartée, celle de ne pas prévoir l'extension des compétences de la Cour aux questions préjudicielles. On voit mal, en effet, comment justifier ce régime distinct qui heurterait de plein fouet le principe d'égalité dans la protection juridictionnelle reconnue aux citoyens à partir du moment où il serait admis que le respect de toute la Constitution pourrait être garanti via les recours en annulation. Une autre solution n'est pas plus heureuse : celle de faire une distinction, toujours au contentieux

(38) Sous réserve de l'article 26, § 1^{er}*bis* de la loi spéciale du 6 janvier 1989 qui exclut du champ d'application de cette obligation les normes législatives portant assentiment d'un traité constituant de l'Union européenne ou de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

(39) M.-Fr. RIGAUD et B. RENAULD, *op. cit.*, n° 235.

(40) On pense, par exemple, au temps où ce serait un gouvernement démissionnaire, chargé de l'expédition des affaires courantes.

(41) Ainsi, des personnes poursuivies pénalement sur la base de la loi dépénalisant partielle l'avortement pourraient-elles contester la constitutionnalité de cette loi dont il ne faut pas rappeler les circonstances particulières d'adoption.

préjudiciel, selon les normes constitutionnelles contrôlées, en fonction d'un paramètre temporel tiré du moment où les normes à contrôler auraient été adoptées, soit avant soit après l'extension des compétences. Non seulement on n'échappe pas à l'objection soulevée à propos de la première solution évoquée, mais en outre on opérerait une sorte de hiérarchie tacite entre les normes constitutionnelles, comme si le respect de certaines s'imposait davantage que d'autres, les unes pouvant, comme avant la réforme, servir de normes de référence, les autres pas, pour la période antérieure à l'extension des compétences.

L'aménagement technique je propose est simple à exposer : il s'agirait de permettre à la Cour, comme elle peut déjà le faire au contentieux de l'annulation, de moduler dans le temps les effets d'un arrêt rendu au contentieux préjudiciel. Cette solution a déjà été débattue, dans un autre contexte toutefois, et rejetée, dans ce contexte, par le législateur spécial lorsqu'il a procédé à la révision de la loi spéciale sur la Cour qui allait conduire à la loi du 9 mars 2003(42). En donnant à la Cour le pouvoir de limiter éventuellement dans le temps les effets d'une déclaration d'inconstitutionnalité, l'on permettrait d'assurer un équilibre entre le respect de la légalité, ou plus exactement de la « constitutionnalité » de l'ordre juridique, d'une part et, d'autre part, l'impératif de la sécurité juridique. Pour rencontrer une objection parfois émise, selon laquelle cette faculté déjà donnée à la Cour au contentieux de l'annulation, lui donne un pouvoir considérable, on pourrait prévoir dans la loi spéciale, que les parties devant la Cour, et, de manière systématique, dans les deux contentieux, développent dans leurs mémoires leur point de vue, dans chaque affaire, quant à l'application éventuelle et aux modalités de cette application de ce pouvoir. Ceci aurait le mérite de soumettre le pouvoir de la Cour au débat contradictoire et obligerait, partant celle-ci, à motiver son arrêt en tenant compte des éléments portés devant elle. Tant il est vrai que lorsque la Cour fait aujourd'hui usage de l'article 8, alinéa 2, c'est souvent, ce qui est autorisé par la loi, de sa propre initiative. Certes, la Cour justifie toujours dans son arrêt pourquoi et comment elle module les effets de son arrêt d'annulation dans le temps. Cependant, sauf dans les cas où les parties l'ont suggéré dans leurs écrits de procédure, cette motivation ne rencontre pas les arguments des parties, à défaut pour elles d'avoir pensé à développer leur point de vue à ce sujet.

Depuis que cet exposé a été rédigé, la Cour, de manière prétorienne, a limité dans le temps les effets d'un arrêt qui, se prononçant au contentieux préjudiciel, constatait deux inconstitutionnalités dans la législation sur le droit du travail : la divergence entre le délai de préavis selon que l'on est ouvrier ou employé, d'une part, et le maintien d'un jour de carence qui est

(42) *Doc. parl.*, Sénat, n° 2897/6, 2002-2003, p. 218.

compté pour les seuls ouvriers, en cas de maladie ou d'accident qui ne sont pas d'origine professionnelle, d'autre part (43).

Sans revenir sur les antécédents de cet arrêt, on retiendra que la Cour, qui avait pour la première fois, dix-huit ans auparavant, jugé la première différence de traitement discriminatoire, décide en réalité cette fois non seulement de déroger au caractère déclaratoire dont sont revêtus les arrêts prononcés au contentieux préjudiciel mais encore de limiter dans le temps les effets de ce constat, en l'occurrence jusqu'au 8 juillet 2013. La Cour donnait ainsi une injonction au législateur afin qu'il modifie la législation en cause. Toutefois, mesurant l'insécurité juridique et les difficultés financières qui pourraient résulter de l'application immédiate de l'inconstitutionnalité constatée, la Cour a laissé au législateur un délai pour harmoniser le statut respectif des ouvriers et des employés.

Une dernière observation : les projets de révision de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle qui devraient être soumis aux chambres prochainement ne prévoient aucune modification sur cette question. Alors que, comme je viens de le rappeler, cette possibilité avait été évoquée et rejetée lors de la révision de 2003, on peut penser que le gouvernement n'estime pas utile, ce qui est peut-être critiquable, de modifier la loi, considérant que la solution prétorienne de la Cour dans l'arrêt précité suffira à titre de précédent.

CONCLUSION

Vous l'aurez compris et même si j'encours le risque d'être suspectée de prêcher pour ma chapelle, je ne me sens pas l'âme d'une prédicatrice et c'est une conviction profonde qui me fait conclure, sans ambages, à la nécessité d'élargir les compétences de la Cour constitutionnelle au contrôle de l'ensemble du texte juridique qui fonde l'Etat en droit. L'Etat fédéral : j'ai rappelé à cet égard la nécessité particulière, dans ce type d'Etat, que soit garanti le respect par toutes les composantes, de la règle commune. L'Etat de droit dans la mesure où il garantit le respect des droits fondamentaux, de tous les droits fondamentaux. L'Etat de droit, dans la mesure où sa Constitution assure la séparation des pouvoirs, leur indépendance et le droit fondamental reconnu à tous les citoyens de pouvoir directement contrôler le respect de ces garanties.

Aucune juridiction constitutionnelle n'a le pouvoir du dernier mot. Si ce pouvoir devait revenir à une institution, il faudrait le reconnaître au pouvoir constituant. Ne serait-il cependant pas plus fécond de défendre

(43) C.C., arrêt n° 125/2011, du 7 juillet 2011. Pour un commentaire de cet arrêt, voy. M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 288-289 et les références citées à la note 1, p. 288.

l'idée et de mettre en pratique le principe selon lequel un Etat de droit doit mettre en œuvre un véritable « dialogue constitutionnel » entre tous les partenaires institutionnels, à tous les niveaux de pouvoir, législatif, exécutif et juridictionnel et que ce dialogue compte aussi parmi ces partenaires, les citoyens qui, dans le cadre de recours organisés doivent pouvoir aussi exercer un contrôle sur les institutions de l'Etat ? Par la voix que les citoyens peuvent faire entendre devant la juridiction constitutionnelle, entre autres, de manière individuelle ou collective, mais dans le respect de règles strictes de recevabilité et 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 d'un droit de vote périodique.