

Belgique

Francis Delpérée, Anne Rasson-Roland, Marc Verdussen

Citer ce document / Cite this document :

Delpérée Francis, Rasson-Roland Anne, Verdussen Marc. Belgique. In: Annuaire international de justice constitutionnelle, 10-1994, 1995. Révision de la Constitution et justice constitutionnelle - Les droits constitutionnels des étrangers. pp. 35-48;

doi : <https://doi.org/10.3406/aijc.1995.1301>

https://www.persee.fr/doc/aijc_0995-3817_1995_num_10_1994_1301

Fichier pdf généré le 29/11/2018

TABLE RONDE
RÉVISION DE LA CONSTITUTION
ET JUSTICE CONSTITUTIONNELLE

BELGIQUE

*par Francis DELPÉRÉE *, Anne RASSON**
Marc VERDUSSEN ****

La Constitution est l'acte fondateur de l'État.

Elle n'est pas immuable. Elle doit pouvoir être révisée. Elle l'est à l'entremise d'une autorité constituée, qui est qualifiée, pour la circonstance, de constituante. C'est à elle que revient le soin d'arrêter ou de modifier le statut des citoyens ou celui des pouvoirs publics.

La Constitution n'est pas non plus invulnérable. Elle doit être protégée, au besoin contre le législateur. Lorsque ces prescriptions sont méconnues, il revient à une autre autorité constituée – la juridiction constitutionnelle – de censurer, si elle est saisie à cet effet, l'intervention fautive.

Il va sans dire que les opérations de révision et de justice constitutionnelles sont distinctes. Elles présentent néanmoins des traits de convergence. A trois points de vue, au moins.

L'opération de révision peut, en effet, avoir un objet précis : protéger l'institution de justice constitutionnelle. Une juridiction constitutionnelle est mise en place. Sa fonction est déterminée. A l'expérience, son statut et ses attributions peuvent être modifiées. La justice constitutionnelle prend place au cœur de la révision (I).

De son côté, l'exercice de la justice constitutionnelle peut induire le processus de révision de la Constitution. A l'occasion d'un litige, le juge indique les bornes qui sont mises ou qui devraient être mises à l'intervention du législateur. Il interprète la Constitution. Il peut aussi en suggérer la modification, voire la provoquer. La justice constitutionnelle se révèle en amont de la révision (II).

* Professeur ordinaire à l'Université catholique de Louvain. Assesseur au Conseil d'Etat.

** Maître de conférences à l'Université catholique de Louvain. Référendaire à la Cour d'arbitrage.

*** Chargé de cours à l'Université catholique de Louvain. Avocat au barreau de Bruxelles.

L'office du juge constitutionnel peut, enfin, s'inscrire dans le prolongement de la révision de la Constitution. Par la lecture que le juge procure aux textes nouvellement adoptés, il leur donne certaines inflexions, contribuant ainsi à leur ancrage dans la réalité politique et sociale. La justice constitutionnelle s'affirme en aval de la révision (III).

Cette réflexion est menée sous le bénéfice d'une observation préalable. Dans le cadre du système constitutionnel belge, l'interpénétration des processus de révision et de justice constitutionnelles doit se comprendre selon une vision souple de la notion de révision. Celle-ci se rapporte certes à la Constitution elle-même, au sens formel du terme. Mais il y va aussi des lois – et particulièrement des lois spéciales – qui, procurant exécution au texte constitutionnel et prolongeant ainsi l'œuvre du Constituant, ont été intégrées par ce dernier au « bloc de constitutionnalité ».

I. – LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE AU CŒUR DE LA RÉVISION

On le sait. Dans sa version originelle, celle du 7 février 1831, la Constitution belge n'instaure pas le contrôle juridictionnel des lois. Au contraire, même : selon une jurisprudence qu'amorce l'arrêt de la Cour de cassation du 23 juillet 1849, il ne revient pas au juge – quel qu'il soit – de vérifier si une loi est ou non en harmonie avec la Constitution.

La révision constitutionnelle du 29 juillet 1980 bouleverse cette manière de raisonner. Une Cour d'arbitrage est créée. Elle est mise en place le 1^{er} octobre 1984. Dès cet instant, le principe de suprématie de la Constitution – tout au moins de certaines de ses dispositions – sur la loi sort du domaine des affirmations conceptuelles pour entrer dans celui de l'effectivité juridique.

De la sorte, l'institution de justice constitutionnelle trouve son assise dans la Constitution, ce qui lui confère une indiscutable légitimité démocratique¹. C'est la Constitution qui définit, au moins dans leurs grandes lignes, son statut, ses responsabilités, les modalités de sa saisine et la portée de ses arrêts. L'article 107ter, puis l'article 142, de la Constitution remplissent cet office. Une loi adoptée à la majorité ordinaire, celle du 28 juin 1983, puis, à la majorité spéciale, celle du 6 janvier 1989, confortent cette assise constitutionnelle.

A n'en pas douter, ces fondations sont solides. Elles restent, cependant, à la merci d'une révision de la Constitution, voire d'un changement de la loi spéciale (A). Elles peuvent également être affectées par l'interprétation que l'institution de justice constitutionnelle donne de ces dispositions organiques (B).

A - La révision formalisée

Le phénomène aurait pu paraître inquiétant. Moins de cinq ans après son entrée en fonction, la Cour d'arbitrage voit modifier sa procédure et ses responsabilités, et cela sur des points essentiels. Moins de cinq ans plus tard

1 « Faut-il rappeler que la légitimité d'une institution inscrite dans la Constitution ne procède pas du mode de désignation de ses membres, mais de la volonté du Constituant, le peuple souverain qui a voté la Constitution » (R. BADINTER, « Le pouvoir et le contre-pouvoir », *Le Monde*, 23 novembre 1993).

encore, quelques retouches sont apportées au statut des juges ², puis à celui des greffiers ³. Bref, deux changements institutionnels en moins de dix ans. Une question ne peut manquer ici d'apparaître. Le pouvoir constituant et le législateur auraient-ils été à ce point imprévoyants ? Leurs interventions successives ne témoignent-elles pas de la volonté de rappeler à l'ordre l'institution de justice constitutionnelle, voire de raboter, de manière significative, ses responsabilités ?

Ce diagnostic, s'il devait être formulé, manquerait singulièrement de pertinence. Car les changements qui interviennent en 1988-1989 et en 1993-1994 s'inscrivent dans une perspective qui est celle d'une confiance accrue dans la Cour d'arbitrage. Elargissement des modes de saisine, organisation du recours des particuliers, démultiplication des normes de référence... Autant de phénomènes qui témoignent du souci d'étendre concrètement les responsabilités de la Cour.

L'évolution ne devrait pas s'arrêter là. Prenant la parole, le 6 mai 1993, à l'issue du colloque sur *La Constitution fédérale du 5 mai 1993*, le Premier ministre Dehaene le soulignait sans détours : « la Cour d'arbitrage évoluera vers une Cour constitutionnelle à part entière » ⁴.

L'extension des compétences de la Cour d'arbitrage à l'ensemble des dispositions constitutionnelles est non seulement réclamée par la doctrine mais aussi proposée régulièrement au pouvoir législatif, qui peut la décider à la condition de statuer à la majorité spéciale ⁵. Cette évolution est incontestablement souhaitable, pour autant qu'elle ne conduise pas à confier à la Cour des fonctions étrangères au contrôle de constitutionnalité des lois. La mission de la Cour doit rester exclusivement une fonction juridictionnelle ⁶. Le nom d'« arbitrage » ne peut être un prétexte pour transformer l'institution de justice constitutionnelle en conseiller du pouvoir législatif ou même du pouvoir constituant ⁷.

B. La révision silencieuse

La Cour d'arbitrage elle-même a été amenée à interpréter extensivement les dispositions constitutionnelles déterminant sa compétence.

En matière de droits et libertés, son intervention est limitée au contrôle des lois, décrets et ordonnances au regard des règles constitutionnelles relatives à l'égalité (article 10), la non-discrimination (article 11) et les libertés de l'enseignement (article 24). Le principe d'égalité apparaît souvent en droit comparé comme une norme de référence permettant la reconnaissance de droits nouveaux qui s'inscrivent dans son sillage ⁸. En Belgique, le principe

2 Art. 125 et 126 de la loi spéciale du 16 juillet 1993 qui modifient la loi spéciale du 6 janvier 1989. Voy. A. RASSON-ROLAND, « Les autorités de justice », in *La Belgique fédérale* (dir. F. Delpérée), Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 194-195.

3 Loi spéciale du 27 juin 1994, qui modifie la loi spéciale du 6 janvier 1989.

4 *La Constitution fédérale du 5 mai 1993*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 239.

5 Voy. M. VERDUSSEN et A. NOËL, « Les droits fondamentaux et la réforme constitutionnelle de 1993 », *Administration publique*, 1994, p. 139 ; A. RASSON-ROLAND, « Les autorités de justice », *op. cit.*, p. 195.

6 Voy., à ce sujet, F. DELPÉRÉE, « La Constitution, pour quoi faire ? », *Revue belge de droit constitutionnel*, 1994, p. 17.

7 *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1992-1993, n° 1016/1.

8 Voy., à propos de la jurisprudence du Conseil constitutionnel et de la Cour constitutionnelle italienne, M.-C. PONTTHOREAU, *La reconnaissance des droits non-écrits par les*

de non-discrimination doit retenir plus particulièrement l'attention. L'article 11 de la Constitution précise que « la jouissance des droits et libertés reconnus aux Belges doit être assurée sans discrimination ». L'expression « droits et libertés reconnus » fait l'objet d'une interprétation large. La Cour d'arbitrage considère qu'elle comprend, non seulement les droits formellement inscrits dans la Constitution, mais aussi ceux qui sont garantis par une disposition conventionnelle internationale – pour autant qu'elle ait un effet direct dans l'ordre interne –⁹, ou encore les droits qui résultent d'un principe général de droit¹⁰. La Cour se réfère ainsi, notamment, à des droits et libertés inscrits dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, dans le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, dans la Charte sociale européenne ou dans les traités instituant la Communauté européenne. Le contrôle de la Cour n'est toutefois pas un contrôle direct au regard du droit international ; il transite nécessairement par les articles 10 et 11 de la Constitution¹¹. C'est donc un contrôle médiat.

Ne pouvant opérer dans le cadre de ce rapport une synthèse de la jurisprudence de la Cour d'arbitrage à ce propos¹², on illustrera le propos par un arrêt récent de la Cour, l'arrêt n° 51/94 du 29 juin 1994, qui concerne les droits des étrangers. Dans cet arrêt, la Cour a été amenée à combiner les articles 10 et 11 de la Constitution avec l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et l'article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui, tous deux, prohibent la torture et les peines ou traitements inhumains et dégradants, ainsi qu'avec l'article 11.1 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels qui consacre le droit à un niveau de vie suffisant et avec l'article 13 de la Charte sociale européenne qui reconnaît un droit à l'assistance sociale et médicale.

II. LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE EN AMONT DE LA RÉVISION

L'appellation de juridiction constitutionnelle renvoie à une réalité multiforme. La juridiction est constitutionnelle parce qu'elle est créée par la Constitution – qui en détermine le statut et les responsabilités –. La juridiction est constitutionnelle aussi parce qu'elle rend la justice au nom de la Constitution – qui fixe notamment ses normes de référence –. La juridiction est constitutionnelle encore, parce qu'elle a pour tâche de protéger la

Cours constitutionnelles italienne et française – Essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel, Paris, Economica, 1994, pp. 140 et sv.

9 Voy. not. les arrêts n° 22/94 du 8 mars 1994 (B.1.), *Rec. C.A.*, 1994, p. 330 ; n° 37/94 du 10 mai 1994 (B.1.), *ibid.*, p. 495 ; n° 51/94 du 29 juin 1994 (B.5.2.), *ibid.*, p. 665.

10 Par exemple, les droits de la défense : arrêts n° 6/94 du 20 janvier 1994 (B.4.1.), *Rec. C.A.*, p. 165 et n° 27/94 du 22 mars 1994 (4.1.), *ibid.*, 1994, p. 382.

11 Voy. cependant à ce propos les observations formulées par B. RENAULD, « Nécessité et proportionnalité des restrictions législatives aux libertés publiques », *J.T.*, 1993, p. 825.

12 Voy. à cet égard M. VERDUSSEN, « La Convention européenne des droits de l'homme et le juge constitutionnel », in *La mise en oeuvre interne de la Convention européenne des droits de l'homme*, Actes de la journée d'études du 20 janvier 1994, Editions du Jeune Barreau de Bruxelles, 1994, spéc. pp. 52-58 et, du même auteur, « La Cour d'arbitrage belge et l'application de la Convention européenne des droits de l'homme », *Revue française de droit constitutionnel*, 1994/18, pp. 433 à 438.

Constitution contre les entreprises d'autorités constituées qui seraient tentées d'en méconnaître la lettre ou l'esprit.

Mais la Cour d'arbitrage est une autorité constituée, comme les autres. Si elle inscrit son action dans l'orbite des autorités constituantes, il ne lui revient pas de faire œuvre constitutionnelle. Tout au plus lui sera-t-il permis d'indiquer, à la faveur de ses arrêts, les voies d'une révision qui pourrait paraître souhaitable, sinon nécessaire.

La jurisprudence que la Cour d'arbitrage élabore depuis dix ans révèle un double phénomène¹³. L'un, c'est celui de la dénonciation des défauts du système constitutionnel. L'on y voit une invitation non déguisée à amender la Constitution ou les lois intégrées au bloc de constitutionnalité. Il s'ensuit une révision correctrice (A). L'autre, c'est celui de la mise à jour des principes fondateurs, et souvent non écrits, de ce même système. L'on y voit une invitation à rédiger de manière plus explicite les textes constitutionnels. La révision qui s'ensuit est essentiellement clarificatrice (B).

Une troisième forme de révision doit être évoquée. Elle procède de la volonté d'annihiler les effets d'une décision de l'autorité de justice constitutionnelle. C'est la révision neutralisante (C).

Reste une dernière hypothèse : la nécessité d'une révision peut être rendue indispensable, voire impérieuse, par le fait même du juge constitutionnel. C'est la révision forcée (D).

A. - La révision correctrice

L'institution de justice constitutionnelle peut dénoncer les vices qui affectent la confection de la loi. C'est là le rôle qui lui est imparti. Mais cette entreprise de contrôle peut aussi l'amener à constater d'autres vices, à savoir les défauts et les imperfections qui caractérisent la rédaction de la Constitution. Le pouvoir constituant n'est pas infallible. Il a été négligent, inattentif ou incohérent. La Cour d'arbitrage relève ces malformations constitutionnelles. Si l'auteur de la Constitution se montre aussi attentif à la motivation et notamment aux *obiter dicta* qu'au dispositif des arrêts de la Cour, il sera enclin à suivre les indications prudentielles qui leur sont fournies. Inscrivant son action dans le sillage du juge constitutionnel, il corrigera les défauts et imperfections du texte constitutionnel. Le cas échéant, les autres normes de référence – on pense surtout aux lois spéciales – subiront un sort identique.

On trouve dans la récente réforme de l'État un exemple particulièrement éclairant de révision correctrice. Il concerne les compétences des communautés et des régions dans le domaine pénal, telles qu'elles sont définies par l'article 11 de la loi spéciale de réformes institutionnelles¹⁴.

Depuis 1980, les Communautés et les Régions peuvent, par décret ou par ordonnance – donc par une norme équipollente à la loi –, ériger en

13 Voy. égal. F. TUKENS, « La Cour d'arbitrage et le pouvoir constituant », in *Regards croisés sur la Cour d'arbitrage* (dir. F. Delpérée, A. Rasson-Roland et M. Verdussen), Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 25 à 35.

14 Pris en exécution des art. 127 à 129 et 134 de la Constitution. Sur cette question, voy. M. VERDUSSEN, « La répression pénale », in *La Belgique fédérale, op. cit.*, pp. 302-312. Du même auteur, voy. égal. *Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 197-246.

infractions les manquements aux dispositions adoptées dans le cadre de leurs attributions.

Cependant, jusqu'en 1993, cette compétence d'incrimination était assortie de trois limites. Tout d'abord, les législateurs communautaires et régionaux ne pouvaient recourir aux peines criminelles fixées à l'article 7 du Code pénal, devant se rabattre sur les peines correctionnelles et de police. Ensuite, ils ne pouvaient en aucun cas déroger aux dispositions générales du livre Ier du Code pénal. Enfin, ils ne pouvaient régler la forme des poursuites, la procédure pénale demeurant du ressort exclusif de l'autorité fédérale.

A plusieurs reprises, la Cour d'arbitrage fut saisie de recours en annulation et de questions préjudicielles dirigés contre des dispositions pénales adoptées tantôt par le législateur d'une Communauté, tantôt par le législateur d'une Région, qui manifestement dépassaient les limites rappelées ci-dessus. Ces dispositions ont dès lors été invalidées par le juge constitutionnel.

La fréquence des invalidations prononcées par la Cour et les circonstances dans lesquelles elles sont intervenues ont permis de mettre en évidence le caractère partiellement inadéquat du démembrement opéré par la loi spéciale en matière pénale. Des inconvénients majeurs se sont ainsi révélés. L'interdiction de toucher au livre I^{er} du Code pénal, par exemple, rendait impossible l'instauration par les Communautés et les Régions d'une responsabilité pénale des personnes morales, jusqu'ici non prévue par le livre I^{er} ; or, une politique régionale efficace dans des secteurs comme la protection de l'environnement rend indispensable la création de sanctions adaptées aux entreprises (telle que l'interdiction de l'accès à certains marchés publics).

En 1993, le législateur spécial a entendu tirer les leçons des enseignements de la Cour d'arbitrage. Les travaux préparatoires en attestent à suffisance. En substance, les modifications apportées à l'article 11 de la loi spéciale de réformes institutionnelles sont de trois types. *Primo* : la limite relative aux peines criminelles est purement et simplement supprimée. *Secundo* : les dérogations au livre I^{er} du Code pénal sont désormais autorisées, sauf à obtenir l'avis conforme du Conseil des ministres lorsqu'il s'agit de créer une nouvelle peine. *Tertio* : certaines attributions sont reconnues aux Communautés et aux Régions sur le terrain de la procédure pénale (détermination de la qualité d'officier de police judiciaire, réglementation de la force probante des procès-verbaux, fixation des cas de perquisition domiciliaire).

C'est assurément sur ce dernier point que l'influence de la jurisprudence constitutionnelle a été la plus déterminante. Le législateur spécial n'a d'ailleurs pas hésité à s'inspirer étroitement des expressions et des termes utilisés dans les arrêts mêmes de la Cour d'arbitrage.

B. – La révision clarificatrice

Le juge constitutionnel exerce parfois une fonction prophétique. Il crée la règle juridique dans une décision que l'on peut qualifier de prémonitoire. Cette règle sera ensuite reprise, par le Constituant ou le législateur, qui la confirme et lui prête son autorité.

Un arrêt déjà ancien de la Cour d'arbitrage illustre le propos¹⁵. La Cour est saisie d'un décret de la Région wallonne établissant une taxe sur l'eau captée en Région wallonne et transférée en dehors de cette région. Le décret est annulé. La Cour estime que la Région, dans l'exercice de sa compétence fiscale, ne peut porter atteinte « aux limites qui sont inhérentes à la conception globale de l'État qui se dégage des révisions constitutionnelles [...] et des lois [...] de réformes institutionnelles », et notamment au principe de l'union économique et monétaire sur lequel repose la nouvelle structure de l'État. Or, la taxe contestée « constitue un véritable droit de douane intérieur ». Ce qui surprend dans la décision de la Cour, c'est le fait qu'elle reprenne à son compte un concept – qu'elle fait certes dériver de dispositions établies par la Constitution ou en vertu de celle-ci – qui ne figure dans aucun texte juridique, mais qui a été développé au sein du Centre d'études pour la réforme de l'État et dans certains milieux universitaires. Peu de temps après cet arrêt, la loi spéciale de réformes institutionnelles est modifiée¹⁶ : le législateur reprend à son compte le concept de l'union économique et monétaire.

L'exercice d'une telle fonction prémonitoire présente néanmoins certains écueils¹⁷. L'œuvre juridictionnelle ne s'inscrit-elle pas dans un contexte particulier, distinct des conditions qui président au travail législatif ?

C. - La révision neutralisante

La révision correctrice et la révision clarificatrice sont des révisions souhaitées par le juge constitutionnel. Ce sont des révisions d'entérinement, qui prolongent, en quelque sorte, l'office du juge constitutionnel.

A l'inverse, on peut imaginer qu'une révision constitutionnelle intervienne, non plus dans le prolongement, mais en réaction à la jurisprudence de la Cour d'arbitrage. Il ne s'agit plus de tirer profit ou de consolider les solutions dégagées par le juge constitutionnel, mais bien de les annihiler. C'est l'hypothèse des révisions neutralisantes, parfois appelées « dérogatoires ». Elles consistent rien moins qu'à constitutionnaliser la norme censurée.

Dans l'état actuel des choses, aucune révision de la Constitution belge, ni même des lois spéciales, ne s'est inscrite dans cette perspective. Aussi théorique soit-elle aujourd'hui, l'hypothèse n'en est pas pour autant incongrue.

Si les arrêts de la Cour d'arbitrage ne sont susceptibles d'aucun recours, en tout cas dans l'ordre juridique interne, l'autorité constituante n'en conserve pas moins le pouvoir du dernier mot. C'est au Constituant, et à lui seul, qu'il revient d'apprécier la pertinence des interprétations procurées par la Cour d'arbitrage. C'est à lui seul qu'il appartient, le cas échéant, de paralyser ces interprétations, par le truchement d'une révision de la Constitution¹⁸.

15 Arrêt n° 47 du 25 février 1988, *Rec. C.A.*, 1988, vol. I, p. 33 (spéc. pp. 47-48).

16 Loi spéciale du 8 août 1988 modifiant l'article 6, § 1er, VI, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980. Selon L. DE GREVE, président de la Cour d'arbitrage, « il n'est sans doute pas exagéré de dire que la Cour a joué un rôle de précurseur dans les évolutions du fédéralisme belge » (« Dix années d'existence de la Cour d'arbitrage », *Revue belge de droit constitutionnel*, 1995, p. 57).

17 Voy. F. DELPÉRÉE, « Crise du juge et contentieux constitutionnel en droit belge », in *La crise du juge*, Bruxelles, Story-Scientia, Paris, L.G.D.J., 1990, pp. 55-56.

18 Un sort particulier doit être réservé aux dispositions des lois – spéciales, voire ordinaires – qui procurent exécution à la Constitution et qui font partie des normes de référence (de contrôle) de la Cour d'arbitrage. Dans la hiérarchie des normes juridiques, ces dispositions

Il ne s'agit nullement, par là, de dénaturer l'idée même de Constitution, comme on a pu l'écrire ¹⁹.

Certes, le constitutionnalisme – tel qu'il a été conceptualisé par Carl Friedrich – ne s'accommode pas de révisions débridées, mais postule, au contraire, la pérennité du texte constitutionnel. Partant, il appelle une limitation, à tout le moins formelle, du pouvoir de révision. La Constitution doit être mise à l'abri des initiatives impromptues de majorités éphémères qui pourraient être tentées « de plier les institutions à leurs intérêts égoïstes » ²⁰. La procédure de révision organisée par l'article 195 de la Constitution répond d'ailleurs à cet objectif ²¹. L'exigence d'une majorité dite « qualifiée » pour les lois spéciales s'inscrit également dans cette perspective ²².

Cependant, au-delà des contraintes – purement procédurales – imposées par cette disposition, l'exercice de la fonction constituante ne se prête à aucun contrôle, pas davantage qu'elle ne s'accommode de limites matérielles. Qu'est-ce à dire ?

Tout d'abord, la révision de la Constitution n'est soumise à aucune forme de contrôle de constitutionnalité. Elle échappe au contrôle *a priori* de la section de législation du Conseil d'État ²³. Elle échappe également au contrôle

occupent une place particulière. Si par rapport aux autres lois – et aux normes équivalentes – elles constituent bien des normes de référence, elles n'en doivent pas moins, à leur tour, respecter la Constitution. Cette ambivalence – normes de contrôles et normes contrôlées – a été soulignée par la Cour d'arbitrage, qui s'est déclarée compétente pour en vérifier la conformité à la Constitution (arrêts n° 8/90 du 7 février 1990, B.3.1. à B.3., *Rec. C.A.*, 1990, p. 61 et n° 30/90 du 9 octobre 1990, B.1.1. à B.1.5., *ibid.*, p. 271). *Adde* : C.A., arrêt n° 34/95, du 25 avril 1995.

19 O. BEAUD, « Malaise dans la Constitution », *Libération*, 2 décembre 1993.

20 R. ERGEC, *Introduction au droit public*, t. I, *Le système institutionnel*, Bruxelles, Story-Scientia, 1990, p. 32.

21 L'article 195 est rédigé en ces termes : « Le pouvoir législatif fédéral a le droit de déclarer qu'il y a lieu à la révision de telle disposition 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. Dans ce cas, les Chambres ne pourront délibérer si deux tiers au moins des membres qui composent chacune d'elles ne sont présents ; et nul changement ne sera adopté s'il ne réunit au moins les deux tiers des suffrages ». Concernant la procédure de révision constitutionnelle, voy. F. DELPÉRÉE, « Le processus de modification de la Constitution belge », in *La révision de la Constitution*, Actes de la journée d'études de l'Association française des constitutionnalistes (20 mars et 16 décembre 1992), Paris, Economica, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1993, pp. 67-77. Voy. égal. H. SIMONART, « La révision de la Constitution », in *La Belgique fédérale*, *op. cit.*, pp. 15-45.

22 Au terme de l'article 4, alinéa 3, de la Constitution, les lois spéciales sont adoptées « à la majorité des suffrages dans chaque groupe linguistique de chacune des Chambres, à la condition que la majorité des membres de chaque groupe se trouve réunie et pour autant que le total des votes positifs émis dans les deux groupes linguistiques atteigne les deux tiers des suffrages exprimés ».

23 « La section de législation du Conseil d'Etat ne donne pas d'avis sur la régularité – même formelle – d'un projet de déclaration de révision de la Constitution. Elle n'a pas non plus à se prononcer sur la validité d'amendements qu'il est suggéré d'apporter à la Constitution. Les textes imposent cette solution, sans conteste. *De lege ferenda*, le système mis en place ne mériterait-il pas d'être corrigé ? N'y aurait-il pas lieu, à tout le moins, de vérifier si la déclaration de révision respecte les prescriptions de l'article 131 (devenu l'article 195) de la Constitution ? Ne conviendrait-il pas d'examiner au minimum si les amendements constitutionnels s'inscrivent dans les limites de la déclaration de révision ? » (F. DELPÉRÉE, « Le Conseil d'Etat a quarante ans », *Administration publique*, 1987, p. 130).

a posteriori de la Cour d'arbitrage. Celle-ci l'a rappelé de manière très nette dans un arrêt du 9 février 1994 : « ni l'article 1er 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 article constitutionnel a été adopté dans le respect des conditions fixées à l'article 131 (devenu l'article 195) de la Constitution ou de statuer sur un recours en annulation d'un article constitutionnel »²⁴. L'éventuelle illicéité d'une révision constitutionnelle est donc vouée à rester impunie.

Ensuite, comme l'a souligné Marie-Françoise Rigaux, aucune disposition de la Constitution ne peut être tenue pour « irréformable »²⁵. Dans un système qui répugne à toute hiérarchie entre les normes constitutionnelles elles-mêmes, l'existence d'un droit constitutionnel non révisable ne peut être ni affirmée, ni postulée²⁶. Ainsi, lorsque l'article 18 de la Constitution énonce que « la mort civile est abolie » et précise qu'« elle ne peut être rétablie », il formule une interdiction adressée au seul législateur ; en aucune manière, celle-ci ne peut être interprétée comme revêtant la valeur d'une limite explicite à l'exercice de la fonction constituante²⁷. Même l'article 195 de la Constitution, relatif à la procédure de révision constitutionnelle, pourrait être modifié.

Le constat s'impose également aux décrets du Congrès national des 18 et 24 novembre 1830, qualifiés abusivement de « supra-constitutionnels », à savoir le décret sur l'indépendance du peuple belge et celui sur l'exclusion à perpétuité des membres de la famille d'Orange-Nassau de tout pouvoir en Belgique. Adoptés avant la Constitution elle-même, ces décrets n'en ont pas moins la valeur que leur confère la nature de l'organe qui en est à l'origine : ils sont constitutionnels. Ajoutons : sans plus. Ils sont donc révisables, au même titre que toute autre disposition constitutionnelle.

On précisera, pour autant que de besoin, que la censure de la Cour d'arbitrage ne confère aucune espèce d'immunité aux normes de référence qui en sont le soutien ; en clair, le pouvoir constituant peut réviser, à tout moment, les dispositions de la Constitution ayant conduit la Cour à constater telle ou telle inconstitutionnalité.

24 C.A., arrêt n° 16/94, du 9 février 1994, *Rec. C.A.*, 1994, p. 255.

25 M.-F. RIGAUX, *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, Bruxelles, Larcier, 1985, pp. 51 et 54. Sur ce thème, voy. égal. F. DELPÉREÉ, *Droit constitutionnel*, t. I, *Les données constitutionnelles*, 2° éd., Bruxelles, Larcier, 1987, pp. 94-95. Adde : F. DELPÉREÉ, « La Belgique est un Etat fédéral », *Journal des tribunaux*, 1993, p. 645 ; M.-F. RIGAUX, « Sur l'opportunité d'interdire de modifier la structure fédérale de l'Etat par une clause constitutionnelle irréformable », *Administration publique*, 1994, pp. 243-246. Pour leur part, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE rappellent « le sort que l'histoire réserve à certaines de ces Constitutions qui, semblant défier l'usure du temps, proclament intangibles l'une ou l'autre de leurs dispositions » (« Pluralisme temporel et changement. Les jeux du droit », in *Nouveaux itinéraires en droit - Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 390).

26 A cela, il n'y a que deux, tempéraments : au terme de l'article 196 de la Constitution, « aucune révision de la Constitution ne peut être engagée ni poursuivie en temps de guerre ou lorsque les chambres se trouvent empêchées de se réunir librement sur le territoire fédéral » ; au terme de l'article 197 de la Constitution, « pendant une régence, aucun changement ne peut être apporté à la Constitution en ce qui concerne les pouvoirs constitutionnels du Roi et les articles 85 à 88, 91 à 95, 106 et 197 de la Constitution ».

27 En ce sens : F. DELPÉREÉ, *Droit constitutionnel*, t. Ier, *Les données constitutionnelles*, 2° éd., Bruxelles, Larcier, 1987, p. 94 ; M.-F. RIGAUX, *La théorie des limites ...*, *op. cit.*, p. 55. Voy. égal. l'art. 25, al. 1er, de la Constitution : « La presse est libre ; la censure ne pourra jamais être établie [...] ».

C'est donc bien le pouvoir constituant, et lui seul, qui fait office de dernière instance. Cette solution n'est-elle pas inévitable dans un système qui entend attribuer au juge constitutionnel une légitimité démocratique ? A cet égard, la doctrine constitutionnelle belge ne s'écarte généralement pas des enseignements du droit comparé²⁸. Jan Delva, président émérite de la Cour d'arbitrage, a ainsi rappelé que le pouvoir constituant est le « seul pouvoir souverain dans l'État de droit constitutionnel tributaire d'un contrôle de constitutionnalité »²⁹.

On peut dès lors s'interroger : pourquoi le Constituant belge s'est-il gardé, jusqu'à présent, de procéder à des révisions neutralisantes ? On dira que l'explication tient peut-être au degré élevé d'adhésion que suscite une juridiction relativement jeune, née dans le flanc d'un fédéralisme pacificateur. La Cour d'arbitrage jouirait ainsi d'une sorte d'état de grâce. L'explication est-elle réellement convaincante ? Ne s'est-il pas trouvé des responsables politiques pour brandir, à la suite de tel ou tel arrêt, le spectre du gouvernement des juges ? Le législateur – ou plutôt les législateurs – n'ont-ils pas cherché, parfois, à riposter aux coups de semonce désapprobateurs de la Cour d'arbitrage, en agissant non plus sur la norme de contrôle mais sur la norme contrôlée ? Certaines modifications législatives procèdent, à cet égard, d'une alchimie subtile. C'est ainsi que la lutte contre la surconsommation des analyses effectuées par les laboratoires de biologie clinique, par exemple, a donné lieu à d'habiles rebondissements de la part du législateur fédéral.

En réalité, la question posée recèle un paradoxe : la révision neutralisante est perçue comme une atteinte portée au juge constitutionnel, alors qu'en réalité, elle en renforce la légitimité.

D. - La révision forcée

La Belgique n'a pas encore connu de cas de révision de la Constitution qui aurait été rendue inévitable par une décision du juge constitutionnel. La compétence de la Cour à l'égard des lois – décrets ou ordonnances – d'assentiment aux traités internationaux pourrait toutefois aboutir un jour à une telle situation.

La loi spéciale relative à la Cour d'arbitrage admet en effet – au moins implicitement – la compétence de la Cour pour statuer sur un recours en annulation à l'encontre d'une loi d'assentiment à un traité. Elle prévoit dans ce cas que le délai pour agir est limité à soixante jours³⁰. Le législateur a voulu ainsi préserver la sécurité et la stabilité des relations internationales³¹. Le conflit entre le droit interne et le droit international est évité, pour autant que la ratification n'intervienne qu'après que le délai de recours en annulation soit

28 « Il est bien connu en droit constitutionnel comparé que l'un des fondements de la légitimité de la justice constitutionnelle réside dans la possibilité pour le pouvoir constituant de lever l'obstacle que le juge constitutionnel a opposé à une loi ordinaire » (L. FAVOREU, « La légitimité du Conseil tient à ce qu'il n'a pas le dernier mot », *Le Figaro*, 27 août 1993).

29 J. DELVA, « Légitimité du juge constitutionnel belge, rouage clé d'une démocratie en quête d'une nouvelle identité », in *Présence du droit public et des droits de l'homme – Mélanges offerts à Jacques Velu*, t. Ier, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 125.

30 Art. 3, § 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage. R. ERGEC en déduit que ce délai ne peut être rouvert (« La Cour d'arbitrage et l'assentiment aux traités internationaux », in *Mélanges Raymond Vander Elst*, t. I, Bruxelles, Nemesis, 1986, p. 281).

31 Voy. R. ERGEC, *ibid.*, p. 281.

épuisé ou qu'après que la Cour d'arbitrage ait rejeté le recours en annulation introduit contre la loi d'assentiment.

On peut se demander si le législateur a correctement perçu les difficultés qui résulteraient d'une inconstitutionnalité intrinsèque d'un traité. En effet, lorsqu'il a prévu en 1983 la compétence de la Cour pour connaître d'une loi ou d'un décret d'assentiment à un traité, la Cour ne pouvait censurer que la violation des règles qui répartissent les compétences entre l'État, les Communautés et les Régions. Si la Cour devait donc à ce moment annuler la norme qui lui était soumise, le vide juridique créé pouvait se combler sans modification de la Constitution, par l'intervention du législateur compétent pour donner assentiment au traité. En 1988, la compétence de la Cour a été élargie au contrôle des normes législatives au regard des règles consacrant l'égalité, la non-discrimination et les libertés de l'enseignement. Dans la loi spéciale du 6 janvier 1989, le législateur spécial a intégré la disposition contenue dans la loi de 1983 sans s'interroger sur l'incidence de l'extension des compétences de la Cour³². Désormais, la Cour peut annuler la loi d'assentiment à un traité parce que, dans son contenu, le traité est contraire à des dispositions constitutionnelles relatives aux droits et libertés. Seule une modification du traité ou une modification de la Constitution peuvent résoudre la situation conflictuelle. Si l'annulation intervient avant que le traité ait été ratifié par la Belgique – dans l'esprit de la loi organique sur la Cour d'arbitrage qui fixe un délai raccourci –, le problème ne se pose pas de manière trop aiguë, la ratification pouvant être postposée jusqu'au moment où intervient soit une modification de la Constitution, soit une renégociation du traité. Par contre, si la ratification est déjà intervenue, la responsabilité internationale de l'État belge est engagée et la décision du juge constitutionnel rend nécessaire une modification de la Constitution sur les points litigieux.

Le problème se complique encore lorsque la Cour est saisie d'une question préjudicielle portant sur une loi, un décret ou une ordonnance d'assentiment à un traité. Dans ce cas, la limite du délai pour agir n'existe plus. Il peut s'agir d'un traité qui est d'application dans l'ordre interne depuis de nombreuses années³³. On pouvait donc s'interroger sur la compétence de la Cour pour connaître d'une telle question préjudicielle. La Cour d'arbitrage a admis sa compétence à cet égard dans un arrêt qui n'a pas échappé à la doctrine, parfois critique³⁴. La Cour précise par ailleurs dans cet arrêt que son contrôle

32 Voy. C. NAOME, « Les relations entre le droit international et le droit interne belge après l'arrêt de la Cour d'arbitrage du 16 octobre 1991 », *Revue de droit international et de droit comparé*, 1994, p. 47.

33 La Cour a ainsi été saisie récemment d'une question préjudicielle portant sur la loi qui approuve la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : arrêt n° 33/94 du 26 avril 1994, *Rec. C.A.*, 1994, p. 419.

34 Arrêt n° 26/91 du 16 octobre 1991 (B.1. à B.3.), *Rec. C.A.*, 1991, p. 271. Pour un commentaire, voy. Y. LEJEUNE et Ph. BROUWERS, « La Cour d'arbitrage face au contrôle de constitutionnalité des traités », *Journal des tribunaux*, 1992, pp. 671 à 676 ; J. VELU, « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de compatibilité avec les traités », *J.T.*, 1992, pp. 729 et 749 ; C. NAOME, *op. cit.*, spéc. pp. 42-51 ; A. BEIRLAEN, « Omtrent de verhouding tussen het internationaal en het Belgisch recht », in *Présence du droit public et des droits de l'homme...*, t. I, *op. cit.*, pp. 149-150. Voy. égal. le rapport de la Cour d'arbitrage de Belgique présenté par les présidents M. MELCHIOR et L. DE GRÈVE à l'occasion de la IXe Conférence des Cours constitutionnelles européennes (« Protection constitutionnelle et protection internationale des droits de l'homme : concurrence ou complémentarité ? », Paris, 10-13 mai 1993), dactyl., pp. 26-44. Dans le même sens, voy. l'arrêt n° 12/94 du 3 février 1994 (B.1. à B.5.), *Rec. C.A.*, 1994, p. 221. Pour un commentaire, voy.

implique l'examen du contenu des dispositions du traité mais qu'elle devra l'exercer en tenant compte de ce qu'en l'espèce il s'agit non d'un acte de souveraineté unilatéral mais d'une forme conventionnelle produisant également des effets de droit en dehors de l'ordre juridique interne. Il n'en demeure pas moins que la Cour pourrait être amenée à constater la violation par l'acte d'assentiment de dispositions constitutionnelles. Pareil constat n'aboutit pas à l'annulation de l'acte mais empêche le juge *a quo* et tous les juges qui seraient saisis de la même affaire d'appliquer le traité auquel l'acte d'assentiment donnait force obligatoire en droit interne³⁵. Dans ce cas, la seule possibilité de résoudre le conflit entre le droit interne et le droit international, tel qu'il résulte de la décision du juge constitutionnel, sera la révision de la Constitution³⁶.

III. - LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE EN AVAL DE LA RÉVISION

L'institution de justice constitutionnelle trouve sa raison d'être dans la Constitution. Elle a pour mission de dire le droit. Ce faisant, elle inscrit son action dans le prolongement de la norme qu'elle interprète et qu'elle protège. Parmi les institutions publiques, la Cour d'arbitrage est celle qui se situe de la manière la plus immédiate dans l'orbite du pouvoir constituant. Plusieurs éléments de son statut attestent de cette proximité institutionnelle.

La Cour d'arbitrage est, selon la définition qu'elle donne d'elle-même, une juridiction constitutionnelle spécialisée. Elle pourrait aussi se présenter comme une Cour fédérale. A ce double titre, elle ne peut être identifiée aux institutions traditionnelles de justice – ni à celles qui composent le pouvoir judiciaire, ni à celles qui relèvent des juridictions administratives³⁷.

Certes, la Cour est, sans nul doute, une juridiction. Elle relève du pouvoir juridictionnel, entendu au sens large de l'expression. Les arrêts qu'elle rend, au contentieux de l'annulation, sont revêtus de l'autorité absolue de la chose jugée. Ceux qu'elle prononce, au contentieux des questions préjudicielles, interviennent suite à un « dialogue de juge à juge », au terme duquel le juge constitutionnel impose au juge du litige principal les éléments de droit qui inspireront sa propre décision.

Mais, la Cour d'arbitrage inscrit aussi son action dans le sillage du pouvoir constituant. Selon la formule consacrée, elle prolonge et actualise l'opération constitutionnelle. Elle donne aux dispositions de la Constitution leur correcte interprétation. Elle en infléchit la signification en tenant compte des données politiques et sociales du moment. Elle donne vie à la Constitution, en se situant à l'interface des textes et de la pratique.

Ph. BROUWERS et H. SIMONART, « Le conflit entre la Constitution et le droit international conventionnel dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage de Belgique », *Cahiers de droit européen*, 1995, pp. 8 à 22 ; J.-V. LOUIS, « La primauté, une valeur relative ? », *ibid.*, pp. 23 à 28.

35 Concernant l'autorité de chose jugée des arrêts rendus sur question préjudicielle, voy. l'art. 28 de la loi spéciale du 6 janvier 1989.

36 En droit constitutionnel belge, la lourdeur de la procédure de révision peut apparaître inadaptée aux nécessités des relations internationales (voy. Y. LEJEUNE et Ph. BROUWERS, *op. cit.*, p. 676).

37 F. DELPÉRÉE, « Unité, dualité ou trinité de juridiction en Belgique ? », *Revue française de droit administratif*, 1990, pp. 869 à 871.

Ainsi, en 1988, après que le Constituant a remplacé l'article 18 – devenu l'article 24 – de la Constitution relatif à l'enseignement (liberté de l'enseignement, droit à l'enseignement, égalité dans l'enseignement...), la Cour d'arbitrage a été amenée à interpréter les différents éléments de cette nouvelle disposition. Elle a considéré, par exemple, que la liberté de l'enseignement « assure non seulement le droit de créer – et par conséquent celui de choisir entre – des écoles basées sur une philosophie confessionnelle ou non confessionnelle déterminée, mais également le droit de créer des écoles dont la spécificité réside dans certaines conceptions d'ordre pédagogique ou éducatif » ³⁸. Ce n'est là qu'une illustration parmi bien d'autres.

Il y a plus. Dans un État fédéral, l'institution de justice constitutionnelle ne relève ni du système fédéral de gouvernement, ni – *a fortiori* – de l'un des systèmes fédérés. Comme le pouvoir constituant lui-même, elle appartient à la fédération tout entière ³⁹. Elle en constitue l'une des armatures essentielles.

Plusieurs éléments techniques font apparaître la place particulière occupée par la Cour d'arbitrage au sein de l'État.

Son indépendance à l'égard du pouvoir législatif fédéral, communautaire ou régional est garantie par les règles de majorité qualifiée qui s'imposent pour la modification de la loi organique la régissant. L'institution de justice constitutionnelle est ainsi mise à l'abri de modifications que des majorités parlementaires changeantes pourraient être tentées de lui imposer. Requéran, par surcroît, des majorités au sein de chaque groupe linguistique, le recours à ce mode particulier d'élaboration de la loi « contribue à associer les Communautés à l'adoption de dispositions législatives qui peuvent apparaître essentielles dans la perspective d'une coexistence harmonieuse entre l'État, les Communautés et les Régions. En ce sens, le recours à la majorité spéciale vise à réaliser un véritable modèle de coopération entre l'État et ses composantes » ⁴⁰.

Une même préoccupation communautaire apparaît dans la composition paritaire de la Cour. La règle de la parité linguistique impose la présence de six juges d'expression française et de six autres d'expression néerlandaise. Elle est révélatrice de la structure dualiste de l'État belge ⁴¹.

Cette préoccupation communautaire explique par ailleurs l'exigence de la majorité des deux tiers, au sein de la Chambre des représentants ou du Sénat, pour la présentation des candidats à la nomination de juges à la Cour d'arbitrage ⁴². La majorité qualifiée qui est exigée oblige l'assemblée à présenter des candidats qui n'ont pas seulement la confiance de la majorité parlementaire, mais aussi celle de l'opposition. Elle l'amène à présenter des candidats qui n'ont pas uniquement l'appui de la communauté linguistiquement majoritaire, mais aussi celle de la communauté minoritaire.

38 Arrêt n° 28/92 du 2 avril 1992 (6.B.2.), *Mon. b.*, 14 mai 1992, p. 11000.

39 Voy. M.-F. RIGAUX, *La théorie des limites...*, *op. cit.*, pp. 147-148 ; J. DELVA, *op. cit.*, pp. 131 et sv.

40 F. Delpérée, in *La Cour d'arbitrage – Actualité et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 398.

41 Voy. F. DELPÉRÉE et A. RASSON-ROLAND, « La Cour d'arbitrage belge », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, vol. IV (1988), Paris, Economica, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1990, p. 69 ; F. DELPÉRÉE et M. VERDUSSEN, « Le système fédéral », in *La Belgique fédérale*, *op. cit.*, p. 56.

42 Art. 32 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, tel que modifié par la loi spéciale du 16 juillet 1993.

*
* *

En bonne logique, la Constitution vient en premier et la justice en second. Mais la vie des États ne répond pas à cette logique ordonnée. La Constitution crée, en effet, en même temps, les diverses autorités constituées : le pouvoir constituant, le juge constitutionnel, les différents législateurs, ... C'est entre elles qu'un ordre de priorité va, selon les circonstances, s'instaurer.

Dans l'hypothèse la plus simple, c'est la Constitution qui établit les principes de l'action des pouvoirs publics. Le législateur s'attache à les concrétiser. Le juge constitutionnel intervient en dernier ressort pour censurer les normes qui méconnaîtraient le dessein initial.

Autre scénario. Dans le silence, au moins relatif, de la Constitution, le législateur intervient en premier. Le juge est invité à se prononcer sur la validité de la norme qui est entrée en vigueur. Il en procure des éléments d'interprétation ou d'appréciation. Le pouvoir constituant peut en tirer sur-le-champ la leçon. Il prend le parti de modifier le droit de la Constitution.

Peut-être sera-t-il permis d'imaginer une autre procédure encore ? Celle où le juge constitutionnel s'arroge le droit de censurer l'œuvre du pouvoir constituant, à prétexte qu'elle est illicite ? Mais, à ce faire, ne scie-t-il pas la branche sur laquelle la Constitution l'a assis ? Puisqu'aucune disposition de la Constitution belge n'est irrévisable, le juge constitutionnel ne peut s'empêcher de penser, dans un réflexe de réalisme, que l'entreprise – certains diront : la folle entreprise – dans laquelle il serait entraîné pourrait inciter d'aucuns à revoir, de manière radicale, une disposition particulière de la Constitution, celle qui instaure la justice constitutionnelle...

Si, contrairement aux apparences, le premier mot ne revient pas à la Constitution, le dernier mot, au moins, lui appartient. Ou, alors, elle n'est plus la Constitution.

Mis à jour au 1^{er} juin 1995