

Belgique

Anne Rasson-Roland, Marc Verdussen

Citer ce document / Cite this document :

Rasson-Roland Anne, Verdussen Marc. Belgique. In: Annuaire international de justice constitutionnelle, 30-2014, 2015. Juges constitutionnels et doctrine - Constitutions et transitions. pp. 229-245;

doi : <https://doi.org/10.3406/aijc.2015.2236>

https://www.persee.fr/doc/aijc_0995-3817_2015_num_30_2014_2236

Fichier pdf généré le 19/03/2019

BELGIQUE

*par Anne RASSON-ROLAND et Marc VERDUSSEN **

Il y a près de vingt ans, à l'occasion d'un colloque organisé sur la Cour constitutionnelle belge – qui, à l'époque, était encore appelée « Cour d'arbitrage » –, le professeur Jean-Claude Scholsem consacrait un rapport sur la doctrine et les juges constitutionnels, reconnaissant qu'il n'est « pas habituel pour la doctrine de parler d'elle-même, de réfléchir sur elle-même, du moins de façon directe et à visage découvert »¹. Cet aveu est très révélateur de la difficulté de traiter d'un sujet qui, peu ou prou, contraint à évaluer la production doctrinale sur la justice constitutionnelle belge. La prudence et la modestie sont donc de rigueur.

À titre de prolégomènes, on retiendra l'idée que la doctrine est « l'ensemble des publications – quelles que soient leurs formes – par lesquelles les auteurs commentent une matière juridique déterminée »². Si les universitaires (professeurs, assistants, chercheurs) ont vocation à incarner la doctrine, il convient d'observer que celle-ci est également alimentée par certains praticiens (magistrats, avocats, fonctionnaires,...). La doctrine est-elle « l'équivalent de la littérature scientifique dans les autres disciplines universitaires »³ ? Peut-on dire de toutes les publications juridiques qu'elles « participent à l'élaboration de la science du droit »⁴ ? Les disparités dans la qualité de la production doctrinale doivent incliner à la plus grande retenue devant cette question qui, on le reconnaît, sort largement du cadre du présent rapport. On se limitera à souligner que, selon nous, une doctrine

* Respectivement : Professeur à l'Université de Louvain, Référendaire à la Cour constitutionnelle et Professeur ordinaire à l'Université de Louvain, Directeur du Centre de recherche sur l'État et la Constitution.

1 J.-C. SCHOLSEM, « La Cour d'arbitrage et la doctrine », in *Regards croisés sur la Cour d'arbitrage* (dir. F. DELPÉRÉE, A. RASSON-ROLAND et M. VERDUSSEN), Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 301.

2 A. DE THEUX, I. KOVALOVSKY et N. BERNARD, *Précis de méthodologie juridique – Les sources documentaires du droit*, 2^e éd., Bruxelles, Editions des FUSL, 2000, p. 213. Pour une étude approfondie de la notion de doctrine et de son statut épistémologique, v. F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, « La doctrine entre “faire savoir” et “savoir-faire” », in *Les sources du droit revisitées* (dir. I. HACHEZ, Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, P. GÉRARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE), vol. 3, *Normativités concurrentes*, Limal/Bruxelles, Anthemis, Université Saint-Louis, 2012, pp. 17-43.

3 E. GEERKENS, P. DELNOY, A. BRUYÈRE et A.-L. SIBONY, *Méthodologie juridique – Méthodologie de la recherche documentaire juridique*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2010, p. 215.

4 F. RIGAUX, *Introduction à la science du droit*, Bruxelles, Editions Vie Ouvrière, 1974, p. 111.

scientifique se doit d'expliquer (mission pédagogique), mais aussi d'évaluer (mission critique).

Appliqué à la justice constitutionnelle et plus particulièrement à la production des juges constitutionnels, le rôle de la doctrine se décline en trois fonctions, dont les temporalités ne sont pas les mêmes. La première fonction est *rétrospective* : il faut situer l'arrêt commenté par rapport à la jurisprudence antérieure, celle de la Cour constitutionnelle, mais aussi – le cas échéant – celle d'autres juridictions, qu'elles soient internes (Conseil d'État, Cour de cassation,...) ou européennes (Cour européenne des droits de l'homme, Cour de justice de l'Union européenne,...). La deuxième fonction est *introspective* : l'arrêt doit être décrypté et critiqué, de manière, d'une part, à mettre en évidence les étapes du raisonnement des juges constitutionnels et à pointer les non-dits, les détours, les contradictions... et, d'autre part, à mesurer l'impact exact de l'arrêt sur l'état du droit. La troisième fonction est *prospective* : il s'agit de se projeter dans l'avenir, en suggérant au législateur des pistes visant à rencontrer les éventuelles inconstitutionnalités dénoncées par l'arrêt, mais aussi en dégagant de nouvelles questions de constitutionnalités. Le potentiel créateur de la doctrine se déploie dans les trois fonctions, si l'on veut bien admettre que l'activité doctrinale « mêle intimement construction théorique et visée pratique, propos descriptif et perspective normative, connaissance et action »⁵.

I.- L'APPRÉHENSION DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE PAR LA DOCTRINE

La Cour constitutionnelle belge rend ses premiers arrêts en 1985. Ils vont rapidement retenir l'intérêt de la doctrine. L'on constate une dualité des études doctrinales sur la Cour, selon que l'approche est institutionnelle ou substantielle. L'on s'interrogera aussi sur le statut de la doctrine relative à la Cour avant d'examiner la perception de la Cour constitutionnelle par la doctrine.

A.- La dualité des études doctrinales sur la Cour constitutionnelle

La doctrine sur la justice constitutionnelle ne se limite pas aux publications suscitées par la production jurisprudentielle de la Cour constitutionnelle, c'est-à-dire aux commentaires des décisions qu'elle rend. Il convient, en réalité, de distinguer deux approches doctrinales de la justice constitutionnelle. L'une est institutionnelle. L'autre est substantielle.

Une approche institutionnelle. L'approche institutionnelle vise à étudier l'institution même de la Cour constitutionnelle, sa composition, son organisation, son fonctionnement, ses modes de saisine, ses compétences et les modalités d'exercice de celles-ci⁶. Cette étude a parfois été réalisée par des auteurs étrangers⁷.

⁵ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *op. cit.*, p. 29.

⁶ Pour se limiter aux monographies et ouvrages collectifs, v. not., sur la Cour constitutionnelle en général, jusqu'à la réforme de 2003, F. DELPÉRÉE (dir.), *La Cour d'arbitrage – Actualité et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 1988 ; H. SIMONART, *La Cour d'arbitrage – Une étape dans le contrôle de constitutionnalité des lois*, Bruxelles, Story-Scientia, 1988 ; F. DELPÉRÉE et A. RASSON-ROLAND, *Recueil d'études sur la Cour d'arbitrage 1980-1990*, Bruxelles, Bruylant, 1990 ; J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, Anvers/Apeldoorn, Maklu, 1990 ; F. DELPÉRÉE, A. RASSON-ROLAND et M. VERDUSSEN (dir.), *Regards croisés sur la Cour d'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 1995 ; F. DELPÉRÉE et A. RASSON-ROLAND, *La Cour d'arbitrage*, extrait du « Répertoire notarial », Bruxelles, Larcier, 1996 ; V. THIRY, *La Cour d'arbitrage – Compétence et procédure*, Diegem, Kluwer, 1997 ; E. CEREXHE et M.-F. RIGAUX, *La Cour d'arbitrage*, Diegem, Story-Scientia, 1998 ; F. DELPÉRÉE, « Présentation de la Cour d'arbitrage de Belgique », CCC, 2002, n° 12, pp. 49-63.

L'approche institutionnelle est généralement menée par des universitaires. D'un auteur à l'autre, le spectre d'analyse peut être très différent, selon que l'auteur intègre une dimension historique, une vision comparatiste ou une réflexion interdisciplinaire. Les variations doctrinales sont patentes. Cependant, des convergences de vues existent.

Tout d'abord, la Cour constitutionnelle est, sans conteste, perçue comme une juridiction. La nature de ses décisions, le statut de ses membres et ses modes de procéder sont autant d'indices qui incitent la doctrine à n'être effleurée par aucun doute à ce sujet. Certes, les juges constitutionnels ne sont plus simplement « la bouche de la Constitution ». La modernité les a élevés au rang de créateurs. Il leur revient de pondérer les intérêts en présence, de concilier les valeurs en conflit et de répartir les droits en jeu. Si c'est là une évolution propre à tous les juges, cette évolution est particulièrement marquée s'agissant des juges constitutionnels, les normes constitutionnelles qu'ils manient jouissant d'un niveau élevé d'abstraction. La doctrine ne s'y trompe pas : elle y voit une raison de faire de la Cour constitutionnelle une juridiction singulière.

Ensuite, si la légitimité de la Cour constitutionnelle est parfois questionnée⁸ et si sa composition est parfois discutée⁹, il n'est plus aucun auteur pour contester l'existence de la Cour et surtout le monopole réservé à cette dernière dans le contrôle de constitutionnalité des normes législatives. Certes, des doutes ont pu subsister dans certains esprits, en raison du caractère spécialisé du contrôle de constitutionnalité exercé par la juridiction constitutionnelle. Cependant, la question ne souffre plus la moindre ambiguïté depuis la révision en 1988 de l'article 142 de la Constitution, qui octroie au législateur spécial la possibilité d'étendre la compétence

Sur la Cour constitutionnelle après la réforme de 2003, v. *La Cour d'arbitrage : un juge comme les autres ?*, Actes du colloque organisé à Liège le 28 mai 2004, Ed. du Jeune barreau de Liège, 2004 ; A. RASSON-ROLAND, D. RENDERS et M. VERDUSSEN (dir.), *La Cour d'arbitrage vingt ans après – Analyse des dernières réformes*, Bruxelles, Bruylant, 2004 ; A. ALEN (ed.), *Twintig jaar Arbitragehof*, Malines, Kluwer, 2005 ; P. POPELIER, *Procederen voor het Grondwettelijk Hof*, Anvers, Intersentia, 2008 ; M.-F. RIGAUX et B. RENAULD, *La Cour constitutionnelle*, Bruxelles, Bruylant, 2009 ; S. VAN KOEKENBEEK, *Principes fondamentaux du contentieux constitutionnel belge*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010 ; M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, Bruxelles, Larcier, 2012. Les ouvrages généraux de droit constitutionnel consacrent plusieurs pages à la Cour constitutionnelle : v. not., parmi les plus récents, A. ALEN et K. MUYLLE, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Malines, Kluwer, 2011, pp. 484-562 ; Y. LEJEUNE, *Droit constitutionnel belge – Fondements et institutions*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 159-162 ; M. UYTENDAELE, *Trente leçons de droit constitutionnel*, Bruxelles, Bruylant, Limal, Anthemis, 2014, pp. 533-582 ; J. VANDE LANOTTE et G. GOEDERTIER, *Handboek Belgisch Publiekrecht*, Bruges, die Keure, 2013, n° 2119-2198.

7 En langue italienne, v. P. CARROZA, *La Cour d'arbitrage belga come corte costituzionale*, Padoue, Cedam, 1985 ; E.A. FERIOLI, « Il Belgio », in *Diritto costituzionale comparato*, op. cit., pp. 355-359 ; R. ORRÙ, « La Cour d'arbitrage tra Corte dei conflitti e Corte costituzionale a competenza generale », in *L'ordinamento federale belga*, Turin, Giappichelli, 1996, pp. 71-109 ; V. PERIFANAKI ROTOLO, « La Cour d'arbitrage in Belgio », *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1986, pp. 1068-1083 ; N. VIZIOLI, « La giustizia costituzionale in Belgio », in *Esperienze di giustizia costituzionale* (dir. J. LUTHER, R. ROMBOLI et R. TARCHI), t. II, Turin, Giappichelli, 2000, pp. 411-439. En langue espagnole, v. J.J. FERNANDEZ RODRIGUEZ, « El Tribunal de arbitraje belga », *Dereito*, 1997, pp. 129-155 ; M.J. TEROL BECERRA, « Tribunal de arbitraje belga », *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1985, pp. 502-511. En langue française, v. L. FAVOREU, « La Cour d'arbitrage vue de l'étranger. Le modèle belge de justice constitutionnelle », in *Regards croisés sur la Cour d'arbitrage*, op. cit., pp. 323-331.

8 V. not. A. ALEN et S. FEYEN, « De legitimiteit van een Grondwettelijk Hof in een democratische rechtsstaat », in *Liber Amicorum René Foqué*, Bruxelles, Larcier, Boom Juridische Uitgevers, 2011, pp. 3-10 ; M. VERDUSSEN, *Les douze juges – La légitimité de la Cour constitutionnelle*, Bruxelles, Labor, 2004 ; ID., « Un procès constitutionnel légitime », in *Renouveau du droit constitutionnel – Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 473-486.

9 V. not. M. VERDUSSEN, « Le mode de composition de la Cour constitutionnelle est-il légitime ? », *RBDC*, 2013, pp. 67-86.

de la Cour constitutionnelle à l'ensemble du texte constitutionnel. La voie ainsi tracée vers un contrôle concentré global de constitutionnalité des lois met un point final à une controverse qui a agité la doctrine pendant plusieurs années.

Une approche substantielle. L'approche substantielle étudie la production jurisprudentielle de la Cour constitutionnelle. Les publications prennent deux formes différentes : les micro-commentaires et les macro-commentaires.

On parlera de *micro-commentaire* lorsqu'il s'agit de commenter un arrêt déterminé, dans ce qu'on appelle une note d'arrêt. Un triple constat peut être fait ici. Tout d'abord, l'exercice semble de plus en plus délaissé par les spécialistes du droit constitutionnel, les commentaires sur des arrêts de la Cour constitutionnelle étant aujourd'hui plutôt rédigés par des spécialistes de la matière concernée. Ensuite, ces commentaires sont de moins en moins nombreux, spécialement dans la doctrine francophone. Enfin, trop de publications présentées comme des commentaires d'arrêt ne sont, en réalité, que le résumé de l'arrêt ou une reprise des principaux considérants. De telles publications ne relèvent guère de « l'élaboration de la science du droit », pour reprendre les termes de François Rigaux¹⁰, et peuvent frustrer le connaisseur. Elles ont, certes, leur utilité pour faire connaître la jurisprudence de la Cour à des juristes spécialisés dans l'une ou l'autre branche du droit qui ne suivent pas systématiquement la jurisprudence constitutionnelle. Elles inciteront peut-être aussi le praticien à alimenter le contentieux de constitutionnalité en suscitant de nouvelles questions de constitutionnalité. Le « faire savoir » l'emporte ici néanmoins sur le « savoir-faire », pour reprendre les concepts mis en avant par François Ost et Michel van de Kerchove¹¹. L'on attend généralement d'un commentaire d'arrêt, à défaut d'une approche critique proprement dite, au moins une contextualisation soit au regard de la jurisprudence constitutionnelle, soit au regard de l'état du droit *de lege lata* et *de lege ferenda* dont fait partie la norme contrôlée. À cet égard, on attend du spécialiste qu'il éclaire utilement le constitutionnaliste.

On parlera de *macro-commentaire* quand il s'agit de commenter un ensemble d'arrêts. Les arrêts commentés peuvent couvrir une période précise, généralement une année. Des chroniques de jurisprudence sont ainsi consacrées aux arrêts de la Cour, notamment dans la *Revue belge de droit constitutionnel*¹². Celles-ci sont

10 V. *supra*.

11 F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *op. cit.*, p. 18.

12 F. DELPÉRÉE et A. RASSON-ROLAND, « La jurisprudence de la Cour d'arbitrage en 1993 », *Revue belge de droit constitutionnel* (RBDC), 1994, pp. 147-201 ; F. DELPÉRÉE et A. RASSON-ROLAND, « La jurisprudence de la Cour d'arbitrage en 1994 », *RBDC*, 1995, pp. 289-333 ; F. DELPÉRÉE et A. RASSON-ROLAND, « La jurisprudence de la Cour d'arbitrage en 1995 », *RBDC*, 1996, pp. 357-412 ; F. DELPÉRÉE et A. RASSON-ROLAND, « La jurisprudence de la Cour d'arbitrage en 1996 », *RBDC*, 1997, pp. 285-342 ; F. DELPÉRÉE et A. RASSON-ROLAND, « La jurisprudence de la Cour d'arbitrage en 1997 », *RBDC*, 1998, pp. 149-207 ; F. DELPÉRÉE, A. RASSON-ROLAND et B. RENAULD, « La jurisprudence de la Cour d'arbitrage en 1998 », *RBDC*, 1999, pp. 149-213 ; F. DELPÉRÉE, A. RASSON-ROLAND et B. RENAULD, « La jurisprudence de la Cour d'arbitrage en 1999 », *RBDC*, 2000, pp. 235-308 ; F. DELPÉRÉE, C. HOREVOETS, A. RASSON-ROLAND et B. RENAULD, « La jurisprudence de la Cour d'arbitrage en 2000 », *RBDC*, 2001, pp. 251-318 ; F. DELPÉRÉE, C. HOREVOETS, A. RASSON-ROLAND et B. RENAULD, « La jurisprudence de la Cour d'arbitrage en 2001 », *RBDC*, 2002, pp. 425-497 ; F. DELPÉRÉE, C. HOREVOETS, F. MOLINE et B. RENAULD, « La Cour d'arbitrage. Chronique de jurisprudence 2002 », *RBDC*, 2003, pp. 271-348 ; F. DELPÉRÉE, C. HOREVOETS, F. MOLINE et B. RENAULD, « La Cour d'arbitrage. Chronique de jurisprudence 2003 », *RBDC*, 2004, pp. 153-241 ; F. DELPÉRÉE, T. BOMBOIS, F. MOLINE et B. RENAULD, « La Cour d'arbitrage. Chronique de jurisprudence 2004 », *RBDC*, 2005, pp. 177-255 ; F. DELPÉRÉE, T. BOMBOIS, F. MOLINE et B. RENAULD, « La Cour d'arbitrage. Chronique de jurisprudence 2005 », *RBDC*, 2006, pp. 313-389 ; F. DELPÉRÉE, T. BOMBOIS, F. MOLINE,

également publiées dans *l'Annuaire international de justice constitutionnelle*. L'apport doctrinal réside ici dans la manière dont les arrêts sont sélectionnés, présentés, rapprochés ou classés. Déjà en 1995, année du dixième anniversaire du premier arrêt, Jean-Claude Scholsem écrivait : « car si chacun dans son domaine peut, dans une vision optimiste, se tenir à jour sans trop de mal, le besoin de synthèse, d'une vision globale n'en est que plus grand. De nombreux arrêts, trop nombreux, sans doute, restent sans commentaire : ils ne sont pas traités »¹³. Soulignons, par ailleurs, que les arrêts commentés concernent parfois une problématique ou une discipline déterminée¹⁴.

Un macro-commentaire peut aussi consister, plus fondamentalement, à dégager des tendances générales dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, que ce soit sur les méthodes utilisées ou sur les décisions elles-mêmes. On y reviendra dans le paragraphe sur la perception de la Cour constitutionnelle par la doctrine.

B.- Le statut de la doctrine sur la Cour constitutionnelle

Avant toute chose, et comme nous avons déjà pu l'écrire, il nous tient à cœur de rappeler que la légitimité d'une institution ou d'une personne « tient autant à ce qu'elle fait qu'à ce qu'elle est. Elle n'est pas un donné préalable et immuable. Elle s'acquiert. Mieux, elle se mérite »¹⁵. La doctrine n'échappe pas à cette vérité élémentaire. En clair, la qualité d'une production doctrinale découle de sa valeur intrinsèque, et non des titres de son auteur.

Sur le statut de la doctrine relative à la Cour constitutionnelle, on se limite à deux observations.

L'interdisciplinaire. L'imprégnation croissante du droit constitutionnel dans les différentes branches du droit par l'effet de la jurisprudence constitutionnelle – qui a conduit certains auteurs à se pencher sur ce phénomène¹⁶ – a pour

B. RENAULD et L. VANSNICK, « La Cour d'arbitrage. Chronique de jurisprudence 2006 », *RBDC*, 2007, pp. 109-180 ; F. DELPÉRÉE, T. BOMBOIS, F. MOLINE, B. RENAULD et L. VANSNICK, « La Cour constitutionnelle. Chronique de jurisprudence 2007 », *RBDC*, 2008, pp. 117-185 ; F. DELPÉRÉE, T. BOMBOIS, F. MOLINE, B. RENAULD et L. VANSNICK, « La Cour constitutionnelle. Chronique de jurisprudence 2008 », *RBDC*, 2009, pp. 27-110 ; F. DELPÉRÉE, T. BOMBOIS, F. MOLINE, F. DOPAGNE et N. DUPONT, « La Cour constitutionnelle. Chronique de jurisprudence 2009 », *RBDC*, 2010, pp. 233-299 ; F. DELPÉRÉE, T. BOMBOIS, F. MOLINE, F. DOPAGNE et N. DUPONT, « La Cour constitutionnelle. Chronique de jurisprudence 2010 », *RBDC*, 2011, pp. 229-295 ; F. DELPÉRÉE, T. BOMBOIS, F. DOPAGNE, N. DUPONT et P. NIHOUL, « La Cour constitutionnelle. Chronique de jurisprudence 2011 », *RBDC*, 2012, pp. 161-227 ; F. DELPÉRÉE, T. BOMBOIS, N. DUPONT, P. NIHOUL et F. VANDEVENNE, « La Cour constitutionnelle. Chronique de jurisprudence 2012 », *RBDC*, 2013, pp. 365-427 ; P. NIHOUL, T. BOMBOIS, N. DUPONT, F. VANDEVENNE et J.-T. DEBRY, « La Cour constitutionnelle. Chronique de jurisprudence 2013 », *RBDC*, 2014, pp. 221-258. Des chroniques de jurisprudence sont également publiées dans la *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht*.

13 J.-C. SCHOLSEM, « La Cour d'arbitrage et la doctrine », *op. cit.*, p. 307.

14 V., par exemple, C.-E. CLESSE (dir.), *Les grands arrêts de la Cour constitutionnelle en droit social*, Bruxelles, Larcier, 2010 ; P. MARTENS, « La Cour constitutionnelle et la famille », *Revue trimestrielle de droit familial*, 2008, pp. 657-672 ; F. TULKENS, « L'incidence de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle sur le droit des assurances », *Bulletin des assurances*, 2011, pp. 254-265 ; M. VAN DE KERCHOVE, « Le sens de la peine dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle belge », *Revue de droit pénal et de criminologie*, 2008, pp. 954-985.

15 M. VERDUSSEN, *Les douze juges – La légitimité de la Cour constitutionnelle*, Bruxelles, Labor, 2004, p. 65.

16 V. not. D. CACCAMISI et G. PIJCKE, « La constitutionnalisation du droit. Etude d'un bouleversement de perspective (accompli) », in *Les droits constitutionnels en Belgique – Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation* (dir. M. VERDUSSEN et N. BONBLED), Bruxelles, Bruylant, 2011, vol. 1^{er}, pp. 441-493 ;

conséquence que les commentaires de la jurisprudence constitutionnelle ne sont plus monopolisés par les constitutionnalistes – tant s'en faut¹⁷ – mais sont également pris en charge par des spécialistes de la discipline concernée. Est-il besoin de préciser que les angles d'analyse sont fondamentalement différents, sans pour autant que cela débouche sur des appréciations divergentes. De la sorte, « un nouveau lieu commun, c'est-à-dire un lieu de rencontre est offert aux juristes, au-delà de leurs cloisonnements multiples et spécialisations parfois ésotériques »¹⁸. Lorsque les plumes se rejoignent dans une approche interdisciplinaire, la qualité de la publication y gagne certainement. Si l'on peut aujourd'hui constater que la jurisprudence constitutionnelle est connue de la plupart des spécialistes des branches du droit et parfois attendue avec impatience et curiosité, l'on ne peut attendre de ces spécialistes une connaissance de toutes les subtilités du contentieux constitutionnel. Et les constitutionnalistes passent parfois à côté des subtilités et des aspects techniques du droit matériel en cause.

Ainsi, le droit de la famille a été en Belgique rapidement investi par la Cour constitutionnelle parce que, dès l'extension des compétences de la Cour au contentieux de l'égalité et de la non-discrimination, suite à la lecture d'un article dans une revue juridique, un juge a eu l'idée de poser une question préjudicielle sur l'une des nombreuses différences de traitement entre pères, mères et enfants contenues dans le Code civil. Personne ne l'avait vu venir : ni les parties au litige, ni le Conseil des ministres ne sont venus défendre ou attaquer la loi. L'arrêt a conclu à une violation des règles constitutionnelles d'égalité et de non-discrimination qui a stupéfié les spécialistes de la matière, dans un tout premier temps. Rapidement cependant, les praticiens, encouragés par la doctrine, ont multiplié et affiné les questions préjudicielles. Le législateur a tenté de rectifier le tir, mais le contentieux a redémarré et s'est complexifié, notamment suite à l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme que la Cour constitutionnelle intègre dans son analyse combinée des règles constitutionnelles et conventionnelles. Un commentaire approfondi de ces arrêts de la Cour constitutionnelle implique de manier avec précision, non seulement les dispositions du droit de la famille, mais aussi des notions complexes de contentieux constitutionnel, telles l'autorité relative de chose jugée, les lacunes auto réparatrices ou non, les limites de la saisine préjudicielle, la motivation des arrêts et ses limites, les influences réciproques des droits constitutionnel et européen. Au terme de cette réflexion interdisciplinaire, les auteurs pourront utilement faire le point sur l'état du droit, critiquer le raisonnement du juge constitutionnel en pointant les non-dits, les contradictions, les étapes franchies, contournées ou évitées et inviter le législateur à affiner les dispositions législatives censurées ou à combler les lacunes inconstitutionnelles¹⁹.

L'intercommunautaire. Le statut de la doctrine sur la Cour constitutionnelle est également lié au caractère fédéral de l'État belge et, plus particulièrement, à la configuration bipolaire du fédéralisme belge : en Belgique, les intérêts des communautés et régions se cristallisent autour d'une profonde ligne de

A. RASSON-ROLAND, « L'apport de la Cour d'arbitrage à la communicabilité entre les branches du droit », in *Liber Amicorum Jean-Claude Escarras – La communicabilité entre les systèmes juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 363-374.

17 V. *supra*.

18 J.-C. SCHOLSEM, « La Cour d'arbitrage et la doctrine », *op. cit.*, p. 308.

19 Pour un exemple de cette réflexion interdisciplinaire, v. A. RASSON-ROLAND et J. SOSSON, « Coups de tonnerre constitutionnels dans la filiation : l'article 318 du Code civil dans la tourmente », *Revue de droit familial*, 2011, pp. 581-613.

fracture entre un pôle francophone et un pôle flamand²⁰. Il n'est pas étonnant, dans ce contexte, qu'un clivage se soit progressivement affirmé entre la doctrine francophone et la doctrine flamande sur la Cour constitutionnelle. Ce clivage n'est certes pas général. Il ne doit, par ailleurs, nullement être surdimensionné. Il concerne certains arrêts qui ont pu eux-mêmes susciter d'âpres discussions au sein de la Cour entre les juges des deux groupes linguistiques. Sur un plan plus épistémologique, il concerne aussi, et peut-être surtout, les modalités de l'approche doctrinale. Ainsi, pour se limiter à l'exemple de la méthodologie comparatiste, l'on a le sentiment – l'hypothèse mérite d'être éprouvée scientifiquement – que les sources d'inspiration étrangère ne se recoupent pas nécessairement. Sans doute serait-il intéressant qu'à l'instar des approches interdisciplinaires, se développent davantage d'approches intercommunautaires.

3.- La perception de la Cour constitutionnelle par la doctrine

La grande hétérogénéité des commentateurs d'arrêts de la Cour constitutionnelle – phénomène révélateur d'une métamorphose plus profonde de la doctrine en général – rend difficile toute conclusion décisive sur la perception générale que ceux-ci ont de la justice constitutionnelle. Cette difficulté est d'autant plus épineuse que, par la force des choses, les appréciations de la doctrine sur le travail de la Cour ont évolué, en fonction notamment du plus ou moins grand activisme des juges. Par ailleurs, les études systématiques, voire statistiques, sur l'écho qu'ont les arrêts de la Cour dans la doctrine manquent²¹.

La perception des méthodes utilisées par la Cour constitutionnelle. Sur les options méthodologiques de la Cour constitutionnelle, deux observations reviennent de manière récurrente dans les travaux doctrinaux.

Tout d'abord, la doctrine s'accorde pour considérer que la Cour constitutionnelle a su faire preuve d'une puissante imagination pour étendre son contrôle au-delà des limites qui lui étaient formellement imparties, succombant ainsi à une tentation que Paul Martens qualifie de « totalitaire »²² et Jean-Claude Scholsem de « boulimique »²³. Ainsi, – c'est un exemple parmi d'autres, mais il est symptomatique – à défaut d'être autorisée à opérer une application autonome des normes internationales pour résoudre les litiges dont elle est saisie, la Cour a réservé à ces normes une place dans le bloc de constitutionnalité, en les utilisant tantôt comme modèle d'interprétation (méthode conciliatoire), tantôt comme valeur de référence (méthode combinatoire) des normes constitutionnelles²⁴.

Ensuite, tout en louant le style simple et dépouillé des arrêts de la Cour constitutionnelle²⁵, la doctrine regrette souvent la motivation par trop laconique de

20 V. M. VERDUSSEN, « La Belgique. Un fédéralisme bipolaire mû par une dynamique de dissociation », in *Le fédéralisme multinational – Un modèle viable ?* (dir. M. SEYMOUR et G. LAFOREST), Peter Lang, 2011, pp. 218-224.

21 V. cependant L. THÉRY et N. DUPONT, « Une analyse scientifique et statistique de l'écho des arrêts de la Cour. Quels arrêts et quels thèmes touchent la doctrine et l'opinion publique ? », *CDPK*, 2010, pp. 328-347 ; ID., « Het Grondwettelijk Hof en "de doos van Pandora": leerzaam professioneel ramptoerisme of rechtsleer nijgend naar sensatieberichtgeving ? », *ibid.*, pp. 594-611.

22 P. MARTENS, « Le métier de juge constitutionnel », in *La saisine du juge constitutionnel – Aspects de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 34.

23 J.-C. SCHOLSEM, « La Cour d'arbitrage », *Revue de droit de l'ULB*, 1999, n° 20, p. 237.

24 Pour plus de détails, v. M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, *op. cit.*, pp. 125-138.

25 V. *infra*, III, 2.

ces arrêts, qui oblige le lecteur à lire entre les lignes, à débusquer les non-dits, à faire des suppositions et à se lancer dans des extrapolations, parfois périlleuses²⁶.

La perception des décisions rendues par la Cour constitutionnelle. Sur les options idéologiques de la Cour constitutionnelle, on distingue, pour la clarté des choses, les deux missions qui lui sont confiées. En effet, la Cour est chargée de contrôler la conformité des normes législatives à l'égard, d'une part, des règles qui sont établies par la Constitution ou en vertu de celles-ci pour déterminer les compétences respectives de la collectivité fédérale et des collectivités fédérées (régions et communautés) et, d'autre part, de tous les droits fondamentaux consacrés par le Titre II et par les articles 170, 172 et 191 de la Constitution.

S'agissant de la première mission, liée au caractère fédéral de l'État, les appréciations concernent surtout l'influence de la jurisprudence sur la dynamique centrifuge propre au fédéralisme belge qui, à la différence de la plupart des autres États fédéraux, s'est formé par désagrégation²⁷. Dans un contexte politique marqué par une distanciation croissante entre les deux grandes composantes sociologiques de l'État, la Cour constitutionnelle « contribue-t-elle à faire baisser la fièvre » ou « accompagne-t-elle le mouvement, en allant jusqu'à attiser le feu communautaire »²⁸ ? Paul Martens résume assez bien l'esprit de la doctrine lorsqu'il écrit que la Cour s'est trouvée « chargée de faire la police des conflits de compétences entre législateurs, sans que lui fût indiquée une finalité claire. Le fédéralisme était, pour les uns, un facteur d'unité, pour les autres, un tremplin vers le séparatisme. C'était une mission à la fois importante, puisque la jurisprudence de la Cour pouvait faire pencher les institutions en accentuant la séparation ou en préservant l'union, difficile puisqu'on ne lui fournissait que de maigres directives d'interprétation, et évolutive puisque la fédéralisation s'est réalisée par étapes successives [...]. La Cour a donc dû s'imprégner des avancées successives de la fédéralisation, en tenant compte à la fois de la volonté du législateur spécial de l'approfondir mais aussi de son refus de la mener jusqu'au séparatisme »²⁹.

S'agissant de la seconde mission, les appréciations sont orientées sur la manière dont la Cour constitutionnelle, dans un contexte mondial marqué par la pluralité des ordres juridiques, s'attache à articuler la protection constitutionnelle des droits fondamentaux et la protection de ces mêmes droits fondamentaux par des instruments européens ou internationaux. C'est ainsi qu'un ouvrage corédigé par plusieurs dizaines d'auteurs a permis de montrer que la Cour constitutionnelle néglige de plus en plus le texte constitutionnel, au détriment d'une logique de subsidiarité et au profit d'une interprétation conforme au droit international ou

26 V. M. VERDUSSEN, *Les douze juges – La légitimité de la Cour constitutionnelle*, op. cit., pp. 65-67. V. encore récemment T. MOONEN, « Graag meer aandacht voor besluitvorming Grondwettelijk Hof », *Juristenkrant*, 26 février 2014, p. 12, qui plaide pour plus de transparence sur la manière dont la Cour constitutionnelle prend ses décisions, afin de garantir sa légitimité de manière durable. Selon l'auteur, la Cour devrait indiquer plus clairement ses choix et sa méthodologie dans sa manière d'aborder une affaire. Différentes approches sont d'emblée possibles ; la Cour devrait préciser quelle voie elle suit ou ne suit pas et surtout pourquoi.

27 V. M. VERDUSSEN, « La Belgique. Un fédéralisme bipolaire mû par une dynamique de dissociation », op. cit., pp. 212-218.

28 F. DELPÉRÉE, « La Constitution, l'État et la Cour constitutionnelle », in *Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois – Le dialogue des juges*, Paris, Dalloz, 2008, p. 326.

29 P. MARTENS, « Le rôle de la Cour d'arbitrage dans l'édification du fédéralisme en Belgique », *RBDC*, 2003, pp. 4-5.

européen, seul véritable canon herméneutique dans l'interprétation des droits constitutionnels³⁰.

II.- L'INFLUENCE DE LA DOCTRINE SUR LA COUR CONSTITUTIONNELLE

En Belgique, on enseigne que « de plus en plus, la jurisprudence s'imprègne de la doctrine : les juges belges n'ont plus, pour les auteurs, ni dédain ni mépris »³¹. Ce constat trouve-t-il à s'appliquer à la Cour constitutionnelle ?

A.- La participation de la doctrine à la Cour constitutionnelle

Les modes de recrutement des juges et des référendaires de la Cour constitutionnelle garantissent, indirectement, la présence au sein de celle-ci de juristes ayant, peu ou prou, fait œuvre doctrinale.

La participation des juges. La Cour constitutionnelle est composée de deux catégories professionnelles de juges, conformément à l'article 34 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 : six juges sont d'anciens parlementaires et six juges sont des juristes de profession. Ces derniers sont nommés parmi les candidats pouvant attester qu'ils ont, pendant au moins cinq ans, occupé une des fonctions suivantes : conseiller, procureur général, premier avocat général ou avocat général à la Cour de cassation ou conseiller d'État ou auditeur général, auditeur général adjoint ou premier auditeur ou premier référendaire au Conseil d'État (première fonction) ; professeur ordinaire, professeur extraordinaire, professeur ou professeur associé de droit dans une université belge (deuxième fonction) ; référendaire à la Cour constitutionnelle (troisième fonction). Sur ces six juges, la Cour doit comprendre au moins un juge de chacune de ces trois fonctions. La plupart des juges relevant de cette catégorie ont à leur actif un nombre estimable de publications. Ils ne sont pas pour autant choisis en fonction de la qualité ou de la quantité de leur production doctrinale. En revanche, dans certains arrêts, la circonstance que tel ou tel juge s'est déjà exprimé dans des écrits antérieurs autorise à penser que, tout en respectant les contraintes de la collégialité, il a pu exercer une influence déterminante dans le dispositif ou les motifs de l'arrêt. Mais cela reste des supputations, puisque, comme nous allons le voir, il n'existe aucun indicateur fiable de l'impact de la doctrine sur la jurisprudence constitutionnelle. Quoi qu'il en soit, une question reste ouverte à cet égard : les publications doctrinales d'un juge ne sont-elles pas de nature, dans des circonstances très précises, et donc exceptionnelles, à mettre en cause son impartialité objective ? Dans un arrêt du 13 octobre 2011³², la Cour constitutionnelle, statuant sur une demande de récusation dirigée contre un juge ayant des activités universitaires, relève notamment que « l'université est un lieu privilégié de la liberté académique, qui traduit le principe selon lequel les enseignants et les chercheurs doivent jouir, dans l'intérêt même du développement du savoir et du pluralisme des opinions, d'une très grande liberté pour mener des recherches et exprimer leurs opinions dans l'exercice de leurs fonctions »³³. Elle ajoute que « le récusant ne fait pas valoir d'éléments concrets de nature à compromettre l'impartialité subjective du juge dont

30 M. VERDUSSEN et N. BONBLED (dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique – Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation* (2 tomes), Bruxelles, Bruylant, 2011, 1898 pp.

31 J.-F. VAN DROOGHENBROECK, F. BALOT et G. WILLEMS, *Leçons de méthodologie juridique*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 18.

32 CC, arrêt n° 155/2011 du 13 octobre 2011.

33 B.8.

il demande la récusation » et qu'« il reste plus particulièrement en défaut de démontrer que ledit juge ait pris position ouvertement, à quelque moment que ce soit et d'une manière qui témoignerait d'un parti pris négatif répréhensible à l'égard d'une des parties au procès, au sujet des questions de constitutionnalité soumises à la Cour »³⁴.

La participation des référendaires. Les référendaires sont recrutés sur concours. C'est la Cour constitutionnelle qui fixe les conditions et constitue le jury, composé pour moitié de juges de la Cour et pour moitié de personnes extérieures à l'institution, dans le respect de la parité linguistique³⁵. Réussir le concours implique une connaissance approfondie du droit public et du contentieux constitutionnel. Parmi les épreuves écrite et orale, un commentaire d'arrêt est souvent demandé. Le dernier concours demandait de rédiger un projet d'arrêt. Le nombre de lauréats est réduit et l'on constate souvent qu'ils ont une expérience professionnelle de quelques années comme assistant ou chercheur en droit constitutionnel. Des auteurs de doctrine sont ainsi associés au travail de la Cour et ils ou elles peuvent, en tant que référendaires, exercer des fonctions d'enseignement dans l'enseignement supérieur dans certaines limites horaires, moyennant une dérogation royale, sur avis favorable et motivé de la Cour. Plusieurs référendaires restent ainsi associés à leur université et participent à des projets de recherche collective ou individuelle. Certains ont mené à terme une recherche doctorale.

B.- La prise en compte de la doctrine par la Cour constitutionnelle

Dès l'origine, la Cour constitutionnelle a estimé essentiel de développer un service « Bibliothèque et Documentation » performant³⁶, ainsi que des collaborations avec d'autres bibliothèques. L'accès à la doctrine utile pour l'étude d'une affaire n'est pas optionnel. Le service « Bibliothèque et Documentation » offre, par ailleurs, un service de veille documentaire qui informe tous les magistrats de la Cour des dernières publications relatives aux affaires en cours. Ce service dépouille systématiquement les ouvrages et les revues acquis par la Cour et encode dans une banque de données toutes les contributions qui portent sur un arrêt de la Cour ou qui sont en lien avec un arrêt, ce qui les rend rapidement accessibles par tous les magistrats. Ce travail est aussi mis à la disposition du public *via* la publication de tables de doctrine³⁷. Par ailleurs, les juristes du service ont analysé les arrêts qui ont été les plus commentés³⁸ et ont publié à plusieurs reprises dans une revue juridique des « Echos de la place Royale » qui mettent en perspective « un (des) arrêt(s) important(s) prononcé(s) par la Cour constitutionnelle, avec les commentaires qu'en a donnés la doctrine. Il pourra aussi s'agir d'aborder une thématique particulière. Les

34 B.9.

35 Art. 37 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle. V. M. JOASSART, « La valorisation du statut des référendaires de la Cour d'arbitrage », in *La Cour d'arbitrage vingt ans après – Analyse des dernières réformes*, op. cit., pp. 63-77.

36 A. RASSON-ROLAND, « Les méthodes de travail des juridictions constitutionnelles. Belgique », *A.I.J.C.*, 1992, vol. VIII, p. 216.

37 V. notamment N. DUPONT, L. THERY et K. VAN PUT, *Rechtspraak Grondwettelijk Hof 2008-2011. Overzicht van rechtsleer zoals gepubliceerd tot 15 augustus 2012 - Jurisprudence de la Cour constitutionnelle 2008-2011. Table de doctrine telle que publiée à la date du 15 août 2012*, Bruges, Vanden Broele, 2012. Un même ouvrage existe pour les années 2005, 2006 et 2007.

38 L. THERY, « Markante arresten uit twintig jaar rechtspraak van het Arbitragehof : een vergelijking tussen de commentaren in de rechtsleer en de weerklank in de geschreven pers », *CDPK*, 2010 ; L. THERY et N. DUPONT, « Une analyse scientifique et statistique de l'écho des arrêts de la Cour. Quels arrêts et quels thèmes touchent la doctrine et l'opinion publique ? », op. cit., pp. 328-347.

auteurs n'entendent pas commenter la jurisprudence de la Cour, mais plutôt fournir les diverses clés de lecture qui pourront être utiles aux praticiens du droit confrontés à la jurisprudence constitutionnelle »³⁹.

Avant la mise en état d'une affaire, le référendaire du premier rapporteur compose un dossier de documentation sur la base des documents cités par les parties et de ses recherches personnelles dans les banques de données de la Cour et dans d'autres banques de données. Ce dossier contient les sources législatives, jurisprudentielles et doctrinales pertinentes pour la compréhension du projet d'arrêt. Il arrive qu'un dossier complémentaire soit constitué par un autre juge ou son référendaire, à l'appui d'amendements au projet d'arrêt⁴⁰. Les dossiers de documentation sont mis à la disposition de tous les juges et référendaires par l'intermédiaire d'une banque de données gérée par le service « Bibliothèque et Documentation ».

Il n'y a cependant pas d'indicateurs objectifs de l'influence de la doctrine sur la construction de la jurisprudence. La Cour ne cite, en effet, jamais la doctrine dans ses décisions et les sources de référence ayant servi à l'élaboration de celles-ci ne font pas l'objet d'une publication. Certes, « les projets d'arrêts contiennent des notes en bas de page qui réfèrent aux travaux préparatoires, à la jurisprudence ou à la doctrine » et qui « visent à illustrer ou renforcer la position défendue dans le projet », mais « ces notes ne sont cependant pas reprises dans les arrêts prononcés par la Cour »⁴¹.

III.- LA CONSTRUCTION D'UNE DOCTRINE PAR LA COUR CONSTITUTIONNELLE

La Cour constitutionnelle peut-elle faire œuvre de « doctrine » ? Cette question implique, à notre sens, un élargissement de l'acception traditionnelle de la notion de doctrine, que l'on étend alors aux écrits publiés, voire aux propos tenus, par ceux-là mêmes qui ont construit la jurisprudence commentée. Apparaît ainsi une doctrine « intrinsèque » – appelée parfois « organique » – en ce qu'elle appartient à l'objet étudié, qu'elle a elle-même façonné. Pour ce qui nous concerne, c'est la juridiction ou ses membres qui commentent leur propre production jurisprudentielle. On parle aussi parfois de doctrine « institutionnelle » ou « organique ».

L'on se gardera de considérer la décision de la Cour constitutionnelle comme relevant de la doctrine, tant la distinction entre doctrine et jurisprudence gagne à être maintenue.

39 L. THERY et N. DUPONT, « Echos de la place Royale », *CDPK*, 2011, pp. 557-561 ; *CDPK*, 2012, pp. 166-170 ; *CDPK* 2013, pp. 71-73.

40 V. A. ARTS, « Achter de schermen van het Arbitragehof », in *Liber Amicorum Paul Martens – L'humanisme dans la résolution des conflits : utopie ou réalité ?*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 739-740.

41 A. ALEN et K. MUYLLE, « Du (non-)usage de précédents étrangers par la Cour constitutionnelle belge », Rapport national à l'occasion du XIXe Congrès international de droit comparé, Vienne, 20-26 juillet 2014, n° 17. Les deux auteurs notent que « les arrêts de la Cour ne citent jamais de sources doctrinales, ni de la jurisprudence de juridictions inférieures. Ceux-ci citent ou se réfèrent uniquement aux travaux préparatoires, à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne ou de la Cour européenne des droits de l'homme, aux arrêts de la Cour de cassation, ainsi qu'aux avis ou aux arrêts du Conseil d'État » (*id.*). V. égal. A. ALEN, J. DELRUELLE et P. MARTENS, « Rapport belge sur les modes de décision du juge constitutionnel », *RBDC*, 2004, p. 342.

A.- La doctrine intrinsèque des juges constitutionnels

Si les juges constitutionnels belges ne peuvent pas rédiger des opinions séparées, ils sont, en revanche et sous certaines conditions, autorisés à s'exprimer dans des publications.

L'interdiction des opinions séparées. En Belgique, le procédé des opinions séparées n'est pas autorisé. Des amendements en ce sens avaient pourtant été déposés lors des discussions parlementaires ayant précédé la première loi organique sur la juridiction constitutionnelle belge, mais ils n'ont pas été adoptés⁴². « Le ou les juges qui auraient été mis en minorité lors du vote sur le texte définitif ne disposent dès lors d'aucun moyen qui leur permettrait d'exprimer publiquement leur opinion ou de faire savoir qu'ils n'approuvent pas l'arrêt rendu par la Cour »⁴³. Pour le juge mis en minorité, il s'agit donc d'« assumer dans l'anonymat de la décision collective la paternité de l'œuvre qu'il voudrait désavouer »⁴⁴. Le procédé des opinions séparées offre autant de vertus qu'il comporte de risques. Ceux-ci sont trop connus pour être rappelés ici. Mais surtout, ce qui fut déterminant en Belgique dans le rejet du procédé, c'est le risque d'exacerbation du clivage entre les Flamands et les Francophones, risque lié au contexte spécifique du fédéralisme belge⁴⁵.

De lege ferenda, la rédaction d'opinions séparées anonymes⁴⁶ est-elle une alternative crédible ? Comme l'écrit Marie-Françoise Rigaux, « cette solution met mal à l'aise : l'anonymat est une démarche éthiquement douteuse ; elle pourrait favoriser l'expression d'opinions juridiquement délicates, voire moralement ou politiquement incorrectes. Et surtout, même à supposer l'intérêt scientifique réel qu'une telle expression anonyme permettrait, il faut rappeler qu'une juridiction n'est pas un collège d'universitaires ou d'experts chargés de débattre théoriquement de problématiques juridiques. La Cour constitutionnelle doit dire le droit pour mettre un terme à un conflit juridique dont les enjeux sociaux, politiques et humains sont à cet égard très différents de l'intérêt de connaître l'une ou l'autre opinion scientifique exprimée dans le confort de l'anonymat qui met à l'abri de toute forme de responsabilité, pour la science et pour autrui »⁴⁷. Paul Martens, qui se dit pourtant « plutôt convaincu par les arguments "pour" que par ceux qui s'accrochent au secret absolu du délibéré et au mythe de la solution unique », pense que la Belgique n'est pas mûre « pour rompre totalement avec une tradition, même si ses fondements vacillent », surtout sur les questions communautaires. « Cela, écrit-il, ne doit cependant pas empêcher la transparence des idées et la révélation des controverses. Une solution médiane permettrait d'enrichir les motivations sans décourager les consensus. Elle consisterait à insérer les argumentations opposées à celles de la

42 V. not. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1982-1983, n° 647/5, pp. 15-16. Plus récemment, v. la proposition de loi spéciale modifiant la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle en vue d'y introduire le système des opinions séparées, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2010-2011, n° 53-1241/1.

43 A. ALEN, J. DELRUELLE et P. MARTENS, *op. cit.*, pp. 349-350.

44 P. MARTENS, « Le métier de juge constitutionnel », *op. cit.*, p. 41.

45 V., dans le même sens, l'interview récente de André Alen, Président de la Cour constitutionnelle, « We zijn geen juristen in een ivoren toren », *De Juristenkrant*, 26 février 2014, p. 8, qui fait valoir que des opinions publiques individuelles rendraient impossible ou très difficile le consensus qui doit être réalisé entre les différentes communautés : « Dat zou het einde van het Hof betekenen, denk ik ».

46 V. D. RENDERS, « Pour un aménagement du dialogue devant le juge constitutionnel », *RBDC*, 1999, p. 283.

47 M.-F. RIGAUX, « La Cour constitutionnelle et les opinions séparées », *Justice en ligne*, 17 février 2012 (<http://www.justice-en-ligne.be/article404.html>).

majorité dans le corps de la décision, sans pour autant faire apparaître les noms des juges dissidents »⁴⁸.

Les publications des juges constitutionnels. Si les juges constitutionnels sont privés de la possibilité de rédiger des opinions séparées, sont-ils autorisés à publier des ouvrages, des contributions et des articles ? Certes, et ils ne s'en privent pas⁴⁹. Mais il est malvenu pour un juge constitutionnel de contourner l'interdiction des opinions séparées en s'exprimant sur des arrêts auxquels il a participé. Les juges sont, en effet, tenus par un devoir de réserve qui ne leur est pas formellement imposé par la loi, mais qui découle du caractère secret des délibérations⁵⁰ et qui, au demeurant, se fonde sur une éthique professionnelle largement intégrée dans la culture judiciaire en Belgique⁵¹. On ne niera pas que, s'agissant spécialement des membres de la Cour constitutionnelle qui sont professeurs d'université, il existe une « tension entre leur devoir de réserve comme juge et leur liberté académique comme professeur »⁵². Dans une récente interview donnée peu après son installation, André Alen, Président de la Cour constitutionnelle, insiste sur le fait que les publications des juges et des présidents sont données du chef de leurs fonctions académiques et non juridictionnelles⁵³. Un rapport des présidents de la Cour et du greffier responsable des relations avec les médias pointe tout à la fois les risques d'une politique de communication⁵⁴ et le devoir de réserve des juges qui ne peut les priver de toute liberté d'expression en ce qui concerne la jurisprudence de la Cour. « Lors de son installation en tant que nouveau président néerlandophone de la Cour constitutionnelle, André Alen, se référant à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, a plaidé pour que les juges puissent s'exprimer de manière

48 P. MARTENS, « La pratique du délibéré collégial », in *Questions de droit judiciaire inspirées de l'affaire Fortis* (dir. J. ENGLEBERT), Bruxelles, Larcier, 2011, p. 19. La citation est reprise de Gustavo Zagrebelsky, in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2000, n° 8, p. 109. V., dans le même sens, M. MELCHIOR, « La Cour d'arbitrage de Belgique. Entretien avec MM. Alex Arts et Michel Melchior. Propos recueillis par M. Francis Delpérée », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2002, n° 12 : « D'une façon générale, nous essayons d'obtenir un consensus ou, en tout cas, la majorité la plus large possible. Pour arriver à ce résultat, il faut faire entrer dans l'arrêt les idées qui sont soutenues fermement par un juge quitte à considérer que son point de vue ne peut être suivi. Les délibérés sont de véritables délibérés. Ce sont de véritables échanges de vue avec des propositions d'amendements, éventuellement des projets en sens inverse. C'est très particulier. Le fait de travailler à sept ou à douze induit des modes de fonctionnement différents de ceux d'autres institutions ».

49 « Contrairement à d'autres juridictions constitutionnelles, comme par exemple le Conseil constitutionnel français, la Cour constitutionnelle n'édite pas de revue constitutionnelle qui lui soit propre. Différents juges de la Cour et référendaires sont cependant membres de la rédaction de revues juridiques générales ou spécifiques au droit public » (A. ALEN, J. DELRUELLE et P. MARTENS, *op. cit.*, pp. 361-362).

50 L'article 108 de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle dispose que les délibérations sont secrètes.

51 V. A. ALEN, J. DELRUELLE et P. MARTENS, *op. cit.*, pp. 358-359.

52 *Ibid.*, p. 359.

53 A. ALEN, « We zijn geen juristen in een ivoren toren », *op. cit.*, p. 8. Interrogé sur l'influence qu'un président peut exercer sur la Cour, il compare la Cour constitutionnelle belge, qui est une institution collégiale, à la Cour suprême des États-Unis, qui est une institution présidentielle : « Bij ons komt de invloed meer via academische bijdragen, waarin bepaalde stellingen worden verdedigd die zeker een invloed kunnen uitoefenen ».

54 « Donner de l'information concernant les arrêts autrement que par le texte même des arrêts reste une matière délicate. En effet, les arrêts sont issus de délibérés parfois longs, avec une mise en balance de nuances juridiques et avec une formulation qui reflète les motifs indispensables pour justifier le résultat : le dispositif de l'arrêt » (J. SPREUTELS, A. ALEN et F. MEERSSCHAUT, « Les cours constitutionnelles et les médias. Rapport belge » (<http://www.const-court.be>), 7^e Conférence des Chefs d'institution de l'Association des Cours constitutionnelles ayant en partage l'usage du français (ACCPUF), Ottawa (Canada), 28-30 avril 2014, n° 28).

générale au sujet de la jurisprudence de la Cour, moyennant une certaine réserve toutefois. Il s'est dit convaincu que, moyennant le respect de ces restrictions, il est important, pour que sa jurisprudence soit acceptée par la société, que le monde extérieur comprenne mieux la façon de penser et de raisonner de la Cour constitutionnelle parce qu'elle doit, dans le cadre des règles de droit souvent ouvertes, opérer un choix raisonné entre les valeurs à réaliser. Selon lui, une plus grande ouverture qui ne met pas en danger l'indépendance de la juridiction peut uniquement contribuer à une plus grande légitimité de la Cour constitutionnelle »⁵⁵. Lors de la création de la Cour, en 1984, une plus grande réserve avait d'abord été décidée, voire même une interdiction de publications puis une obligation de communiquer préalablement aux présidents toute publication sur des sujets concernant directement la Cour. « Ce n'est que le 17 septembre 1986 que la Cour décide que désormais tous les membres ont le droit de faire des exposés et des communications (pédagogiques) sur l'origine, la nature, l'organisation, la compétence et le fonctionnement de la Cour, à l'exclusion de tout commentaire portant sur un arrêt »⁵⁶.

Comme les juges de la Cour constitutionnelle, les référendaires et les collaborateurs participent à la rédaction de chroniques de jurisprudence ainsi qu'à la rédaction d'ouvrages relatifs à la Cour et à sa jurisprudence, en respectant le devoir de réserve. Plusieurs sont membres du comité de rédaction de revues juridiques et les tiennent au courant des dernières évolutions jurisprudentielles, ce qui contribue à la publication d'arrêtés ou de sommaires ou à la recherche de commentateurs d'arrêtés.

L'intervention des juges constitutionnels dans la presse. Le même devoir de réserve interdit aux juges constitutionnels d'exprimer dans la presse des opinions sur des affaires particulières. Des dérapages ont pu être constatés⁵⁷, mais ils ne sont pas légion. En revanche, rien n'empêche un juge d'exprimer des idées générales, par exemple sur sa fonction de juge constitutionnel, sur le rôle de la Cour constitutionnelle dans la société, voire sur les tendances fondamentales de la jurisprudence constitutionnelle⁵⁸.

B.- La doctrine intrinsèque de la Cour constitutionnelle elle-même

Au fil du temps, la Cour constitutionnelle a pris l'initiative de publier différents types de documents que l'on qualifiera de « doctrinaux », au sens élargi de l'expression.

Les communiqués de presse. Dans un premier temps, relativement long, la Cour constitutionnelle a fait preuve d'une grande réserve à cet égard, comme le développe un récent rapport des présidents de la Cour et du greffier responsable des

55 *Ibid.*, n° 29.

56 *Ibid.*, n° 1-3 et n° 5.

57 A la suite de l'arrêt rendu par la Cour constitutionnelle, en 2003, sur la circonscription électorale de Bruxelles-Hal-Vilvorde (arrêt n° 73/2003), et compte tenu des lourdes incertitudes générées par cet arrêt, trois présidents de la Cour se sont exprimés dans la presse, à des moments différents, en ajoutant des considérations qui ne se trouvent pas l'arrêt et qui sont juridiquement discutables. V. *Le Soir* du 14 novembre 2007 (interview de Michel Melchior et Marc Bossuyt) et du 25 novembre 2009 (interview de Paul Martens).

58 V. par exemple les interviews donnés par des juges à l'occasion de leur éméritat : v., par exemple, les interviews d'Irène Pétry (*Le Soir*, 20 juin 1992) et de Paul Martens (*La Libre Belgique*, 5 octobre 2010). Parfois, c'est à l'occasion de l'élection d'un juge comme président que l'interview est donnée : v., par exemple, l'interview de Michel Melchior (*Le Soir*, 16 avril 1993).

relations avec les médias⁵⁹. Jusqu'il y a peu, elle se refusait à diffuser des communiqués de presse sur ses propres décisions. En effet, comme juridiction, « elle s'est toujours rangée à l'idée que ses arrêts parlent par eux-mêmes et que la seule explication et le seul commentaire de sa décision doivent être trouvés dans la motivation. La Cour redoute au plus haut point que la « retraduction » dans un communiqué de presse de la langue – strictement juridique – utilisée dans les arrêts et qui se prête aux nuances, pourrait faire naître des controverses quant à la portée de ses décisions – et pourrait précisément peut-être donner lieu à l'application de la procédure prévue à l'article 118 de la loi spéciale organique concernant l'interprétation »⁶⁰. La Cour considérerait, par ailleurs, cette communication superflue dès lors qu'elle avait, depuis le début, décidé de soigner la lisibilité de ses arrêts par un style direct⁶¹.

Fin 2002, la Cour constitutionnelle a désigné deux référendaires en tant que responsables des relations avec la presse⁶². L'un de ses référendaires a été admis à la retraite et l'autre est devenu greffier et exerce désormais seul la fonction de responsable des relations avec la presse. Fin 2012, la Cour a décidé de diffuser, pour certains arrêts qu'elle détermine en fin de délibéré, une « note informative » dont la rédaction est confiée au responsable des relations avec la presse, sous le contrôle des référendaires des juges-rapporteurs et du siège de la Cour. « Plusieurs éléments peuvent intervenir dans le choix des arrêts, comme, en substance, la complexité technique ou le caractère médiatique du sujet, l'importance juridique ou la portée délimitée de la décision, sans que la Cour estime devoir justifier son choix »⁶³. La Cour s'est inspirée des communiqués de presse de la Cour européenne des droits de l'homme pour déterminer le contenu de la note informative⁶⁴. Sur chaque note, il est bien indiqué que « cette note informative, rédigée par le greffe, ne lie pas la Cour constitutionnelle. En raison même de la nature du résumé, elle ne contient pas les raisonnements nécessaires développés dans l'arrêt ni les nuances spécifiques de l'arrêt ». L'on retrouve sur le site de la Cour, sous la rubrique « Publications », une sous-rubrique « Notes informatives ». Pour 2013, 7 arrêts (sur un total de 183) ont

59 J. SPREUTELS, A. ALEN et F. MEERSSCHAUT, *op. cit.*

60 A. ALEN, J. DELRUELLE et P. MARTENS, *op. cit.*, pp. 354-355. L'article 118 de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle règle les demandes en interprétation. À la demande des parties au recours en annulation ou de la juridiction qui a posé la question préjudicielle, la Cour constitutionnelle peut interpréter un arrêt. La demande d'interprétation est introduite conformément à l'article 5 ou à l'article 27, selon le cas, de la loi spéciale et elle est communiquée à toutes les parties en cause. Elle est traitée en respectant la procédure prévue pour la requête en annulation ou pour la question préjudicielle. Le cas échéant, la minute de l'arrêt interprétatif est annexée à la minute de l'arrêt interprété et une mention de l'arrêt interprétatif est faite en marge de l'arrêt interprété.

61 J. SPREUTELS, A. ALEN et F. MEERSSCHAUT, *op. cit.*, n° 4. V. aussi M. MELCHIOR, « La Cour d'arbitrage de Belgique, Entretien avec MM. Alex Arts et Michel Melchior. Propos recueillis par M. Francis Delpérée », *op. cit.* : « Au cours de la première réunion, nous nous sommes également posé cette question : « Comment rédiger nos arrêts ? » [...] Nous étions convaincus que nos arrêts devaient être compréhensibles et qu'ils devaient permettre à toutes les parties de retrouver ce qu'elles avaient pu émettre comme opinion. C'est ce qui explique la longueur des points A dans nos arrêts. Nous avons envisagé plusieurs modèles. Nous nous sommes inspirés, en définitive, de la manière d'écrire de la Cour européenne des droits de l'homme. [...] En ce qui concerne la technique de rédaction des arrêts, je pense, en effet, que mon expérience (de membre de la Commission européenne des droits de l'homme) a été utile. Mais j'ai été rapidement suivi par d'autres et notamment par Louis-Paul Suetens. Les anciens parlementaires souhaitaient, par ailleurs, rédiger des arrêts lisibles par le citoyen moyen. La technique de la Cour de cassation n'a pas été suivie mais il semble qu'elle-même cherche aujourd'hui à simplifier la rédaction de ses arrêts ».

62 V. A. ALEN, J. DELRUELLE et P. MARTENS, *op. cit.*, p. 358.

63 J. SPREUTELS, A. ALEN et F. MEERSSCHAUT, *op. cit.*, n° 60.

64 Pour plus de détails, v. *ibid.*, n° 59 à 64.

fait l'objet d'une note et pour 2014, 7 arrêts (sur un total de 191). La Cour envisage d'évaluer cette nouvelle pratique dans un proche avenir⁶⁵.

On peut aisément s'accorder sur l'idée que les commentaires officiels d'une juridiction constitutionnelle – sous la forme de communiqués, par exemple – sont d'autant moins nécessaires que les juges prennent la peine de motiver à suffisance leurs décisions. Cela étant, la question est délicate, car elle touche aux limites de l'exigence de motivation formelle : on attend des juges que, dans un souci de transparence, ils s'ouvrent sur toutes les réflexions qui ont conduit au dispositif de leur arrêt – ce qu'on appelle communément la *ratio decidendi* –, mais pour autant il serait illusoire de croire qu'une motivation puisse être épuisée dans toute sa finitude. Précisons qu'il est tout aussi illusoire de croire qu'un communiqué officiel puisse se limiter à informer du contenu d'un arrêt, toute information de ce type étant nécessairement réductrice et donc orientée.

Les rapports. Depuis 2003, la Cour constitutionnelle publie annuellement un rapport. « Il s'agissait d'une des initiatives qu'a prises la Cour dans le cadre de son vingtième anniversaire »⁶⁶, le législateur ne lui en imposant pas l'obligation, comme il le fait pour la Cour de cassation et le Conseil d'État⁶⁷. Les rapports annuels contiennent un résumé des principaux arrêts rendus au cours de l'année couverte. C'est la Cour qui sélectionne les arrêts à l'issue du délibéré. La commission de rédaction du rapport est composée de deux juges et de deux référendaires. Le rapport contient également des statistiques relatives aux activités de la Cour qui sont élaborées par les juristes du service « Banque de données » de la Cour. Les rapports annuels sont disponibles sur le site Internet de la Cour. En janvier 2014, la Cour constitutionnelle a décidé « que le rapport annuel sera encore édité à l'avenir, mais qu'il y a lieu d'en revoir le concept et d'examiner quelle information doit être publiée dans ces rapports, et comment elle doit l'être »⁶⁸.

Dans le même ordre d'idées, on peut encore considérer comme doctrine intrinsèque les rapports que la Cour constitutionnelle élabore en tant que membre de la Conférence mondiale sur la justice constitutionnelle, de la Conférence des cours constitutionnelles européennes et de l'Association des cours constitutionnelles ayant en partage l'usage du français (ACCPUF). Ces rapports sont depuis peu disponibles sur le site Internet de la Cour, sous la rubrique « Publications. Études ». Plusieurs de ces rapports ont fait l'objet de publications dans des revues scientifiques, certains ayant eu un impact scientifique remarquable⁶⁹.

L'on signalera également qu'à l'occasion du vingtième anniversaire de son premier arrêt, la Cour constitutionnelle a pris l'initiative d'organiser un symposium sur les relations qu'elle entretient avec le pouvoir judiciaire et le Conseil d'État. « L'organisation était aux mains d'un comité directeur créé pour l'occasion et composé des chefs de corps de la Cour, de la Cour de cassation, du Conseil d'État et de magistrats choisis par ces institutions, ainsi que de professeurs de facultés de droit et d'avocats. Le comité directeur a invité pour sa part des juristes issus des mêmes milieux afin d'échanger leurs vues dans des groupes de travail et de faire rapport sur cinq thèmes »⁷⁰. Les travaux ont fait l'objet d'une publication⁷¹. Il est intéressant de

65 V. *ibid.*, n° 64.

66 *Ibid.*, n° 84.

67 A. ALEN, J. DELRUELLE et P. MARTENS, *op. cit.*, p. 362.

68 J. SPREUTELS, A. ALEN et F. MEERSSCHAUT, *op. cit.*, n° 87.

69 V. par exemple M. MELCHIOR et C. COURTOY, « L'omission législative ou la lacune dans la jurisprudence constitutionnelle », *Journal des tribunaux*, 2008, pp. 669-678.

70 J. SPREUTELS, A. ALEN et F. MEERSSCHAUT, *op. cit.*, n° 91.

relever que l'un des rapports du symposium a conduit à une modification de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle, quant à la saisine préjudicielle en cas de concours des droits fondamentaux⁷².

Le site internet. La Cour constitutionnelle a consenti un effort important pour mettre à disposition des outils performants permettant de faire des recherches ciblées dans la jurisprudence. Elle a, dès 1985, dégagé les enseignements de ses arrêts dans des sommaires auxquels étaient attribués des mots-clés hiérarchisés. Les évolutions informatiques ont permis d'optimiser ce travail et de faire des recherches ciblées sur une question précise : l'intérêt à agir d'un justiciable, la liberté de commerce et d'industrie ou la détention préventive, par exemple. Ces outils sont restés internes dans un premier temps⁷³. La création du site Internet en 2000 a rendu possible une diffusion des outils de recherche. Le site de la Cour permet donc au chercheur de faire des recherches efficaces. Sous le verbo « Affaires pendantes et jurisprudence », l'onglet « Rechercher » permet de faire des recherches portant sur les requérants ou juridictions *a quo*, les normes contrôlées, les normes de référence, la table systématique des matières, les mots-clés et résumés d'arrêts, le texte intégral des arrêts, les mots-clés des arrêts et affaires pendantes. Sous ce même verbo, le chercheur pourra consulter le tableau des affaires pendantes et des arrêts de la Cour qui donne quelques informations (saisine, norme en cause, mots-clés, et pour les arrêts, type de dispositifs). Il est aussi possible de souscrire à une Newsletter qui permet d'être informé par mails des arrêts prononcés le jour du prononcé. Le mail reprend les informations relatives à l'arrêt indiquées ci-dessus.

CONCLUSION

Nombreuses sont les publications qui permettent de mieux connaître la jurisprudence constitutionnelle et qui répondent ainsi à l'objectif de « faire savoir ». La doctrine « intrinsèque » apporte à cet égard une contribution importante et certains outils permettent aujourd'hui d'accélérer le processus de communication. La mission pédagogique que nous évoquions au début de cette contribution est ainsi incontestablement remplie.

La mission critique nécessiterait cependant davantage d'investissement. Il ne s'agit plus ici d'expliquer la production jurisprudentielle mais de l'évaluer. Cette mission ne peut donc être assurée par l'institution elle-même et gagne aujourd'hui à être prise en charge par des équipes de recherche pluridisciplinaires. C'est un défi à relever, nous semble-t-il, pour une approche critique et approfondie des arrêts des cours, au stade actuel du développement de la justice constitutionnelle.

71 A. ARTS, I. VEROUGSTRAETE, R. ANDERSEN, G. SUETENS-BOURGEOIS, M.-F. RIGAUX, R. RYCKEBOER et A. DE WOLF (eds), *Les rapports entre la Cour d'arbitrage, le Pouvoir judiciaire et le Conseil d'État/De verhouding tussen het Arbitragehof, de Rechterlijke Macht en de Raad van State*, Bruxelles, La Chartre, Bruges, die Keure, 2006.

72 V. M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 228.

73 V. A. RASSON-ROLAND, « Les méthodes de travail des juridictions constitutionnelles. Belgique », *op. cit.*, p. 216.