

Institut Louis Favoreu
Groupe d'Études et de Recherches
sur la Justice Constitutionnelle
Équipe associée au CNRS (UMR 7318)
Aix-en-Provence

Annuaire International de Justice Constitutionnelle

XXXIII

**2017
(extraits)**

ECONOMICA
49, rue Héricart
75015 Paris

**PRESSES UNIVERSITAIRES
D'AIX-MARSEILLE**
3, Avenue R. Schuman
13628 Aix-en-Provence cedex 01

2018

TABLE RONDE
JUGE CONSTITUTIONNEL
ET INTERPRÉTATION DES NORMES

BELGIQUE

*Xavier DELGRANGE, Hugues DUMONT,
Céline ROMAINVILLE, Marc VERDUSSEN**

INTRODUCTION

1. Longtemps, la doctrine belge est restée relativement insensible au développement de la recherche sur l'interprétation des juges constitutionnels, que ce soit dans la perspective néoréaliste, théorique ou comportementale. Heureusement, des travaux récents permettent de nuancer ce constat. Tantôt ils s'inscrivent dans une approche ouverte à la théorie du droit, mais résolument ancrée dans l'observation méthodique de l'œuvre de la Cour constitutionnelle¹. Tantôt ils suivent une approche « comportementale » des juridictions². L'apport déterminant des travaux

* Centre Interdisciplinaire de Recherches Constitutionnelles (USL-B – CIRC) : Xavier DELGRANGE, Premier auditeur chef de section au Conseil d'État de Belgique, chargé d'enseignement à l'Université Saint-Louis-Bruxelles et maître de conférences à l'Université libre de Bruxelles ; Hugues DUMONT : Professeur à l'Université Saint-Louis-Bruxelles. Centre de recherche sur l'État et la Constitution (UCL – JUR-I – CRECO) ; Céline ROMAINVILLE, Professeure à l'Université de Louvain ; Marc VERDUSSEN, Professeur à l'Université de Louvain.

1 V. e.a. : H. DUMONT et Ch. HOREVOETS, « L'interprétation des droits constitutionnels », in 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*, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 146-244 ; P. MARTENS et B. RENAULD, « L'interprétation et la qualification de la norme de contrôle et de la norme contrôlée », in A. ARTS, I. VEROUGSTRAETE, R. ANDERSEN, G. SUETENS-BOURGEOIS, M.F. RIGAU, R. RYCKEBOER, A. DE WOLF (dir.), *Les rapports entre la Cour d'arbitrage, le Pouvoir judiciaire et le Conseil d'État*, Bruges, la Charte, 2006, p. 2-54 ; J. DE JAEGERE, « Verwijzingen in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof naar de ex ante-wetsevaluatie door de Raad van State : wanneer en waarom ? », *T.v.W.*, 2017/1, p. 19-30.

2 L. DALLA PELLEGRINA, J. DE MOT, M. FAURE, N. GAROUPA, « Litigating Federalism: An Empirical Analysis of Decisions of the Belgian Constitutional Court », *Eu. Const.*, 2017, juin, p. 305-346 ; J. DE JAEGERE, « Inclusiviteit als deliberatieve bouwsteen van legitimiteit : een empirische analyse van het Belgische Grondwettelijk Hof », *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht*, 2015, n° 4, p. 194-215 ; J. DE JAEGERE, *Exploring the deliberative performance of a constitutional court in a consociational political system. A theoretical and empirical analysis of the Belgian Constitutional Court*, <https://ecpr.eu/Filestore/PaperProposal/1c16e505-e983-44c9-9935-8c573f521ab0.pdf> (dernière visite le 4 septembre 2017).

de Toon Moonen doit ici être souligné ; il est en effet le premier à avoir analysé systématiquement les choix interprétatifs posés par la Cour constitutionnelle³.

2. L'interprétation développée par les juges constitutionnels a ceci de spécifique qu'elle porte en grande partie sur l'interprétation à conférer à des dispositions constitutionnelles⁴. Or, si l'indétermination, le caractère vague et la généralité d'application des normes se retrouvent à différents degrés dans la plupart des branches du droit, tout comme les lacunes, les conflits entre normes et la nécessité de choisir entre la lettre et l'esprit, les textes constitutionnels portent ces propriétés « au point le plus élevé de l'échelle »⁵. La Constitution belge ne fait pas exception à ce constat général. Si l'interprétation constitutionnelle ne porte pas sur « des objets entièrement différents » de ceux auxquels on a affaire dans les autres composantes des systèmes juridiques, on ne peut nier qu'elle porte sur des dispositions qui se distinguent des autres règles de droit *quantitativement et structurellement* par les propriétés que l'on vient de rappeler⁶. En outre, tous les auteurs sont au moins d'accord pour ajouter que l'interprétation constitutionnelle tire encore sa spécificité de la rigidité qui caractérise les constitutions au sens formel. Au plus la Constitution est rigide, au plus grand sera, fatalement, le pouvoir de ses interprètes.

3. Après avoir rappelé le contexte et les contraintes qui modèlent l'interprétation du juge constitutionnel belge (I), on identifie la théorie de l'interprétation à laquelle la Cour constitutionnelle se rattache (II). Ensuite, les grandes tendances de l'interprétation de la Cour sont exposées, ainsi que les méthodes et techniques mobilisées (III). La légitimité de l'interprétation constitutionnelle est enfin discutée (IV).

I.- LES CONTRAINTES ET LE CONTEXTE DE L'INTERPRÉTATION DU JUGE CONSTITUTIONNEL

4. Si les juges constitutionnels disposent d'une grande liberté, on ne peut pas dire qu'ils soient entièrement libres de sélectionner telle ou telle interprétation des normes applicables, ni d'embrasser n'importe quelle théorie de l'interprétation ni de développer n'importe quelle politique jurisprudentielle, dans la mesure où leur mission s'inscrit toujours dans des contextes déterminés qui en forment l'arrière-fond interprétatif, et que certaines contraintes conduisent à privilégier des méthodes de travail qui façonnent en quelque façon leurs interprétations. Ces méthodes impliquent le développement de stratégies d'interprétation, qui ne peuvent

3 T. MOONEN, *De Keuzes van het Grondwettelijk Hof. Argumenten bij de interpretatie van de Grondwet*, Brugge, die Keure, 2015 (ci-dessous T. MOONEN (A)) ; *idem*, « De keuzes van het Grondwettelijk Hof : argumenten bij de interpretatie van de Grondwet », *RW*, 2015-16, n° 26, p. 1003-1021 (ci-dessous T. MOONEN (B)).

4 On gardera à l'esprit que d'autres juges sont amenés à développer une interprétation du texte constitutionnel ; leur interprétation a d'ailleurs une influence sur celle retenue par la Cour constitutionnelle (cf. *infra*, chapitre II).

5 O. PFERSMANN, « Le sophisme onomastique : changer au lieu de connaître. L'interprétation de la Constitution », in F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *L'interprétation constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2005, p. 35. La question de savoir si l'interprétation de la Constitution reçoit une spécificité du fait de ces caractéristiques est controversée. Cf. à ce sujet H. DUMONT, « Les spécificités de l'interprétation constitutionnelle au seuil du XXI^e siècle », in ANDERSEN R., DÉOM D., LEURQUIN-DE VISSCHER F., RASSON-ROLAND A., RENDERS D., VERDUSSEN M. (éd.), *En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles, Bruylant et Paris, LGDJ, 2007, p. 481, avec les références ; R. GUASTINI, « L'interprétation de la Constitution », in M. TROPER et D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité international de droit constitutionnel. Théorie de la Constitution*, t. 1, Paris, Dalloz, coll. Traité Dalloz, 2012, p. 478-481, 489, 497 ; M. ATIENZA, « L'argumentation », in *Traité international de droit constitutionnel*, t. 1, *Théorie de la Constitution*, p. 522-528, 535.

6 Cf. en ce sens O. PFERSMANN, « Le sophisme onomastique... », *op. cit.*, p. 35.

s'expliquer, en partie du moins, que par les spécificités de ces contextes et de ces contraintes⁷.

Avec Jacques Chevallier, nous considérons que le juge constitutionnel, comme tous les autres, est soumis « à un ensemble de contraintes qui réduisent sa marge de liberté : contraintes logiques, le travail juridictionnel étant régi par des contraintes particulières d'argumentation et de justification ; contraintes institutionnelles, chaque interprétation n'étant qu'un maillon d'une chaîne dont elle est tenue de respecter la cohérence globale ; contraintes sociologiques, les interprétations du juge étant indissociables des représentations et des valeurs dominantes »⁸.

5. Il s'agit ici d'abord de mesurer le degré de sensibilité de la Cour constitutionnelle belge aux contraintes d'argumentation et de justification qui pèsent en principe sur toutes les juridictions constitutionnelles (A). L'on examinera ensuite les contraintes impliquées par le contexte institutionnel propre à la Belgique et par les méthodes de travail que le juge constitutionnel belge s'oblige à suivre (B). L'incidence des modes de saisine de la Cour sur l'interprétation sera également épinglée (C). Les interprétations dégagées par les autres juges (D) et par les autres pouvoirs (E) seront enfin évoquées, même si elles constituent moins des contraintes que des ressources interprétatives de poids pour la Cour.

A.- Les contraintes d'argumentation et de justification

1.- *La marge discrétionnaire du juge constitutionnel n'est pas celle d'un législateur, fût-il négatif*

6. La Constitution ne peut pas être pensée comme l'expression d'une volonté univoque, « toujours déjà » inscrite dans son verbe, appelant une et une seule vérité constitutionnelle qu'un juge autorisé pourrait énoncer solitairement au nom de sa science. Mais il n'y a pas lieu de verser pour autant dans le relativisme de ceux qui en déduisent que l'interprétation est une activité purement politique qui peut faire dire à la Constitution n'importe quoi. Le théoricien du droit Manuel Atienza a parfaitement montré les différences qui séparent les marges discrétionnaires du juge constitutionnel et du législateur. Le juge n'agit que sur la requête d'une partie et, dans la mesure où sa décision doit se soucier d'une certaine cohérence avec l'ordre juridique et les principes constitutionnels, elle doit en principe se préoccuper du passé à la différence de la décision du législateur, principalement orientée vers le futur et pour qui les principes constitutionnels ne représentent que des limites. Il est vrai que le juge ne peut pas être indifférent au futur. Pensons notamment aux injonctions qu'il adresse parfois au législateur et aux cas où sa décision fondera l'habilitation de celui-ci⁹. Il reste que l'impératif de la cohérence l'oblige à se tourner d'abord vers le passé. En outre, par la force des choses, le débat constitutionnel dans

7 Nous ne défendons pas la thèse d'une surdétermination de l'interprétation par les différentes contraintes et par certaines spécificités institutionnelles. Nous croyons par contre qu'il importe de révéler et de comprendre ces contraintes et ce contexte, parce qu'elles constituent parfois des éléments façonnant l'interprétation, et parce que, dans les autres cas, elles forment des ressources mobilisées stratégiquement par le juge constitutionnel dans la construction de sa propre argumentation.

8 J. CHEVALLIER, « Pour une sociologie du droit constitutionnel », in *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, p. 292. Alexandre VIALA estime, de manière plus radicale, que « le juge est juridiquement libre mais sociologiquement contraint » (*Philosophie du droit*, Ellipses, 2010, p. 220).

9 C. M. PIMENTEL, « De l'État de droit à l'État de jurisprudence ? », in A. PARIENTE (dir.), *La séparation des pouvoirs. Théorie contestée et pratique renouvelée*, Paris, Dalloz, 2007, p. 16.

les hémicycles parlementaires est différent de celui qui est mené dans le prétoire de la juridiction constitutionnelle. D'une part, il est nécessairement incident et périphérique. D'autre part, le champ des décisions juridictionnelles possibles est bien plus fermé que celui des décisions législatives¹⁰. Comme l'écrit Pierre Rosanvallon, « à la discussion proprement politique, fortement conditionnée par des éléments d'opportunité et des considérations idéologiques », la justice constitutionnelle « substitue une intervention plus objective, contrainte par les méthodes du raisonnement juridique »¹¹.

Certes, ces méthodes ont évolué et donné aux juges constitutionnels plus de liberté. Le rôle essentiel des principes dans les constitutions contemporaines appelle des raisonnements juridictionnels en termes de pondération et non plus seulement de classification ou de subsumption. Il s'agit alors inévitablement d'établir le « poids relatif de chacun d'entre eux, en relation les uns avec les autres et en fonction d'une situation donnée »¹². Cette opération ne peut pas être réalisée sous l'empire d'une méthode unique, mais par référence à des critères de deux types : ceux qui relèvent d'« une argumentation pratique de caractère justificatif (universalité, consistance, adéquation des conséquences) et ceux qui sont liés à une conception déterminée de la Constitution et du droit de l'État constitutionnel »¹³.

Mais, comme le relève encore Jacques Chevallier, « toute institution impose à ses membres un certain type de comportements et les rôles qu'elle prescrit font l'objet d'une intériorisation ; les juridictions constitutionnelles n'échappent pas à cette logique : la nomination en tant que juge constitutionnel suppose d'endosser un rôle, d'adopter une posture qui ont été progressivement formalisés et codifiés »¹⁴. Paul Martens, ancien juge à la Cour constitutionnelle belge, estime que si, dans un délibéré, un juge « défend ou pourfend une loi avec la même rhétorique que celle d'un politique, il perdra vite son influence et son crédit. Il lui faut donc, pour peser dans la discussion, ne recourir qu'à des arguments dont la valeur juridique suffit à démontrer qu'ils n'obéissent pas à une logique partisane. Il est donc tenu à un surcroît de persuasion et d'argumentation puisqu'il est, *a priori*, suspect de partialité »¹⁵, soupçon qui peut être renforcé dans le contexte belge, en raison des quatre équilibres qui commandent la composition de la Cour constitutionnelle.

Mais alors, qu'est-ce qui fait la valeur juridique d'un argument ? La question est essentielle dans la mesure où non seulement la composition de la Cour, mais le phénomène même du constitutionnalisme induit tout particulièrement une approche argumentative du droit.

10 M. ATIENZA, *op. cit.*, p. 522-523.

11 P. ROSANVALLON, *La légitimité démocratique – Impartialité, réflexivité, proximité*, Paris, Seuil, 2008, p. 232. V. égal. D. SCHNAPPER, *Une sociologie au Conseil constitutionnel*, Paris, Gallimard, p. 375 : « Le juge constitutionnel intervient selon une autre temporalité que celle des hommes politiques soumis au rythme des émotions collectives et des exigences du calendrier électoral. Il intervient aussi selon une autre logique argumentative – celle du raisonnement juridique. »

12 M. ATIENZA, *op. cit.*, p. 535.

13 *Ibidem*, *eod. loc.* Sur les principes de la raison pratique (l'universalité qui impose de décider de la même manière dans la même circonstance, la consistance qui interdit de s'appuyer sur des prémices contradictoires, la cohérence axiologique et l'acceptabilité des conséquences, selon Neil MACCORMICK), cf. *ibidem*, p. 521.

14 J. CHEVALLIER, « Pour une sociologie du droit constitutionnel », *op. cit.*, p. 291.

15 P. MARTENS, « Le métier de juge constitutionnel », in F. DELPÉRÉE et P. FOUCHER (dir.), *La saisine du juge constitutionnel. Aspects de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 29.

2.- *Le constitutionnalisme induit une approche argumentative du droit*

7. Les conflits qui opposent des principes, notamment les droits constitutionnels, ne peuvent pas être tranchés par le juge sans faire appel à des instruments qui « se trouvent nécessairement au-delà de ce que le constituant a ordonné »¹⁶. L'idéal propre au constitutionnalisme postule ainsi la soumission des pouvoirs non seulement au droit formel, mais aussi à la raison. C'est pourquoi, d'un côté, il fait peser une exigence de justification sur les autorités publiques, en ce compris les pouvoirs législatifs eux-mêmes et, de l'autre côté, il induit une conception foncièrement argumentative du droit¹⁷. Selon celle-ci, le raisonnement juridique combine trois sortes d'argumentation : formelle (fondée sur les règles d'inférence de la logique formelle), matérielle (en référence à des valeurs comme la justice et le bien commun) et pragmatique (cherchant le consensus dans l'espoir de persuader l'auditoire des récepteurs de la décision)¹⁸.

Comme l'écrivent Michel van de Kerchove et François Ost, « la recherche de la meilleure justification est d'ordre dialogique ; elle suppose la pratique coopérative de la discussion, dont les règles juridiques de la procédure donnent la mesure », pour autant que l'on ne perde pas de vue que ces règles procédurales prennent elles-mêmes appui sur l'éthique de la discussion dont une des premières exigences est que « chacun s'engage à justifier sa position et à se ranger à la loi du meilleur argument »¹⁹.

Autrement dit, l'interprète doit faire *comme* s'il n'existait qu'une seule bonne réponse, même si c'est une illusion, étant entendu que dans le droit en réseau, « un acteur n'est jamais seul, il est toujours en relation avec d'autres qui, de la même manière, vont faire "comme si" leur propre décision ou la contestation de la décision s'enracinent pareillement dans la constitution elle-même et non dans un travail de lecture particulier »²⁰. Dans ce « régime d'énonciation concurrentielle »²¹ de la volonté du constituant, on comprend que l'essentiel réside dans la motivation des positions défendues par les uns et les autres. La motivation, écrit François Ost, est le « véritable terrain de l'exercice de la responsabilité du magistrat »²². Les juges peuvent recourir aux modes d'interprétation qu'ils jugent les plus adéquats et aux choix de société qu'ils estiment les plus justes, du moment qu'ils expliquent les raisons ayant guidé leurs préférences. Une motivation claire et précise permet de s'assurer que les magistrats ont été soucieux d'inscrire leur décision dans le contexte de la société tout entière, ce qui est d'autant plus crucial lorsque les valeurs en jeu sont importantes. Sans une telle motivation, il est impossible de soumettre les décisions juridictionnelles à un débat public²³.

8. Sans vouloir accabler la Cour constitutionnelle et sans méconnaître les difficultés de s'entendre à douze ou à sept sur un raisonnement parfaitement cohérent qui doit parfois formuler en droit un compromis foncièrement politique, on

16 D. SCHNAPPER, *Une sociologie au Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 513.

17 V. les quatorze traits qui caractérisent l'approche argumentative du droit selon la belle synthèse de M. ATIENZA, *op. cit.*, p. 515-516.

18 *Ibidem*, p. 518-519.

19 F. OST et M. van de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau*, p. 428-430.

20 D. ROUSSEAU, « Question de constitution », *Politique et Sociétés*, Montréal, vol. 19, n° 2-3, 2000, p. 28.

21 D. ROUSSEAU, « L'émergence d'un concept ? », *op. cit.*, p. 336.

22 F. OST, « Le rôle du juge. Vers de nouvelles loyautés ? », in *Le rôle du juge dans la cité*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 28.

23 M. VERDUSSEN, « La responsabilité politique et sociale des magistrats », in *La responsabilité professionnelle des magistrats*, Bruxelles, Bruylant, coll. Les Cahiers de l'Institut d'études sur la Justice, 2007, p. 175-205.

ne peut que déplorer le grand nombre de décisions dont les motivations sont déficitaires ou ambiguës au point de laisser les lecteurs de l'arrêt en peine d'en saisir les leçons utiles. On comprend sans peine que la Cour estime parfois, pour des raisons stratégiques, qu'un raisonnement vague sert mieux son objectif de garantir l'application de son dispositif. Si ce type de comportement stratégique est connu des analyses behavioristes²⁴, il est néanmoins problématique lorsqu'il empêche la mise en débat du raisonnement du juge (v. *infra*, III).

B.- Les contraintes institutionnelles

9. La Constitution belge n'oblige pas la Cour à recourir à certaines formes ou méthodes d'interprétation. Toutefois, la composition de la Cour et l'organisation de son travail, réglées par la loi spéciale du 6 janvier 1989, contraignent nécessairement ses membres à mener un dialogue suffisamment approfondi pour conduire à des décisions qui, même adoptées à la majorité des voix²⁵, transcendent en quelque façon les clivages communautaires, socio-professionnels et idéologiques.

1.- L'imputabilité des interprétations constitutionnelles

10. L'État belge étant un État fédéral bipolaire, en ce sens que les intérêts des différentes entités fédérées – les régions et les communautés – se cristallisent autour d'une profonde ligne de fracture entre un pôle francophone et un pôle flamand²⁶. Il n'est dès lors guère étonnant que la composition de la Cour constitutionnelle porte la marque de cette bipolarité : elle est composée de deux catégories linguistiques de juges, six étant d'expression française, les six autres d'expression néerlandaise²⁷. Au-delà de cette parité linguistique, deux équilibres dans la composition de la Cour sont exigés par la loi spéciale : la Cour accueille au moins un juge de sexe différent et elle comprend autant d'anciens parlementaires que de professionnels du droit²⁸. Un quatrième équilibre, dicté par une règle non écrite scrupuleusement respectée²⁹, consiste en une répartition des sièges selon la clé d'Hondt, c'est-à-dire que chaque parti politique a « droit » à un nombre de sièges proportionnel à ses succès électoraux.

11. Ce contexte particulier a été considéré comme devant nécessairement impliquer une exigence de collégialité renforcée et l'exclusion de toute possibilité d'opinions séparées. Dans un monde idéal, celles-ci ont l'avantage de montrer clairement que les interprétations des juges sont le fruit d'une confrontation collégiale d'idées et d'arguments. Elles favorisent, par ailleurs, l'intelligibilité et la prévisibilité de ces interprétations³⁰. On a cependant préféré interdire un tel procédé dans le contexte belge. Des amendements en faveur des opinions séparées avaient été

24 V. les travaux de Joséphine DE JAEGHERE sur le comportement stratégique de la Cour constitutionnelle.

25 Cf. art. 55, al. 4, et 56, al. 4, de ladite loi spéciale. En pratique, on sait que la Cour préfère chercher le consensus avant de se laisser conduire par le principe de majorité.

26 M. VERDUSSEN, « La Belgique. Un fédéralisme bipolaire mû par une dynamique de dissociation », in M. SEYMOUR et G. LAFOREST (dir.), *Le fédéralisme multinational – Un modèle viable ?*, Berne, Peter Lang, 2011, p. 211.

27 Loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle (LSCC), art. 31 et 34, § 2, al. 2.

28 V. M. VERDUSSEN, « Le mode de composition de la Cour constitutionnelle est-il légitime ? », *RBDC*, 2013, p. 76-60. L'auteur y voit une « anomalie ».

29 V. Cl. COURTOY, « La formation et le renouvellement de la Cour d'arbitrage de Belgique », *Chroniques de droit public*, 2000, p. 540.

30 V. M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 292.

proposés lors des discussions parlementaires ayant précédé la première loi organique sur la juridiction constitutionnelle belge³¹, mais ils n'ont pas été retenus.

Comme le note Paul Martens, l'idée est que « là où le clivage est non pas pluraliste mais dualiste, et où seules des solutions de compromis sont praticables, il ne paraît pas que la transparence des personnes soit souhaitable »³².

2.- La recherche du consensus

12. L'organisation du travail, orienté vers la recherche du consensus, induit le développement de méthodes particulières d'interprétation ou du moins de présentation du raisonnement. En Belgique, tout arrêt est rendu et motivé collégialement, par un siège de sept, dix ou douze juges. Dans chaque affaire, on forme un siège de sept juges, dont deux juges désignés automatiquement comme rapporteurs, de manière aléatoire³³, sans qu'une marge de manœuvre ne soit laissée aux présidents ou aux juges dans l'attribution des affaires³⁴. Par conséquent, aucune spécialisation des rapporteurs – et de leurs référendaires – n'est possible. Le juge désigné comme premier rapporteur a la responsabilité de rédiger un projet d'arrêt qui est ensuite soumis au juge corapporteur. Ce premier projet est essentiellement

31 V. not. *Doc.*, Ch. repr., sess. ord. 1982-1983, n° 647/5, p. 15-16. Plus récemment, v. la proposition de loi spéciale modifiant la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle en vue d'y introduire le système des opinions séparées, *Doc.*, Ch. repr., sess. ord. 2010-2011, n° 53-1241/1.

32 P. MARTENS, « La pratique du délibéré collégial », in J. ENGLEBERT (dir.), *Questions de droit judiciaire inspirées de l'affaire Fortis*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 19. V., dans le même sens, l'interview d'André Alen, lui aussi ancien président de la Cour constitutionnelle, 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 » (*De Juristenkrant*, 26 février 2014, p. 8). On ajoutera que la proposition d'opinions séparées anonymisées n'a jusqu'ici pas rencontré de succès, peut-être parce qu'elle ne résout pas tous les problèmes épinglés. Il n'en demeure pas moins que plusieurs juges de la Cour constitutionnelle ont à leur actif un nombre estimable de publications scientifiques. 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, puisqu'il n'existe aucun indicateur fiable de l'impact de la doctrine sur la jurisprudence constitutionnelle. 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 (A. RASSON-ROLAND et M. VERDUSSEN, « Juges constitutionnels et doctrine. Belgique », *AJJC*, XXX-2014, p. 237-239 ; M. VERDUSSEN, « La qualification juridique des acteurs du procès constitutionnel en Belgique », in P. PASSAGLIA (dir.), *I rapporti tra la giurisdizione costituzionale e la dottrina/Les rapports entre la juridiction constitutionnelle et la doctrine*, Napoli, Editoriale scientifica, 2016, p. 6).

33 « La loi prévoit un système de désignation automatique des rapporteurs, selon une répartition purement chronologique et mécanique : les sièges sont constitués sans aucun choix possible, ni du président, ni du greffier. Chaque juge est rapporteur à tour de rôle. Il y a cinq "couples" de juges rapporteurs (un francophone et un néerlandophone), et chaque couple se voit attribuer une affaire sur cinq. Si elle est en français, elle est traitée par le membre francophone de ce "couple", si elle est en néerlandais, elle est traitée par le membre néerlandophone » (Synthèse des réponses au questionnaire, in *Rapport de l'Association des Cours constitutionnelles ayant en partage l'usage du français, Les méthodes de travail des Cours constitutionnelles*, Bulletin n° 8, novembre 2007, p. 33 et B. RENAULD, « La procédure et les modes de travail internes aboutissant à la confection d'un projet d'arrêt / La délibération à la Cour d'arbitrage de Belgique », in *Rapport de l'Association des Cours constitutionnelles ayant en partage l'usage du français, Les méthodes de travail des Cours constitutionnelles*, op. cit., p. 97 et s.).

34 A. ALEN, J. DELRUELLE et P. MARTENS, « Rapport belge sur les modes de décision du juge constitutionnel », *RBDC*, 2004, p. 338-339.

l'œuvre d'un référendaire³⁵ ; il est accompagné d'un dossier de documentation qui étaye l'argumentaire retenu dans le projet d'arrêt.

Les délibérés se déroulent à huis clos et sont secrets. Des indices amènent à penser que ceux-ci sont complexes. On en veut pour preuve la tendance lourde au renvoi en formation plénière, dont la principale explication pourrait résider dans le clivage entre juges francophones et flamands, qui serait latent dans de nombreuses affaires³⁶. Dès lors que les décisions de renvoi en formation plénière ne sont aucunement motivées, il ne s'agit là toutefois que d'une hypothèse difficilement vérifiable scientifiquement³⁷.

13. La nécessité d'arriver à un compromis dans un contexte parfois très polarisé implique nécessairement que des découpages, des reformulations, voire une refonte complète du projet d'arrêt soit opérée ; elle peut aussi expliquer que certains arguments, ou certaines étapes du raisonnement, soient passés sous silence, dès lors qu'ils pourraient prêter le flanc à la critique de l'un ou de l'autre côté de la frontière linguistique, ou qu'ils pourraient par la suite contraindre la Cour à développer une position de principe sur certaines questions. La difficulté d'arriver à des compromis dans de nombreux dossiers à dimension communautaire explique la volonté de la Cour de se situer dans une approche casuistique et pragmatique des cas. Il est en effet plus aisé de s'accorder *in concreto* sur la question de savoir si la norme contestée est inconstitutionnelle que de forger, de manière théorique et générale, des principes qui risqueraient de limiter la marge de manœuvre de la Cour pour trouver de nouveaux compromis dans les dossiers suivants. Ainsi la Cour préfère-t-elle éviter de se lier pour l'avenir en développant des montées en généralités, en théorisant ou en systématisant certaines étapes clés de son interprétation. « *One case at the time* », dirait Cass Sunstein³⁸.

C.- L'incidence du mode de saisine du juge constitutionnel sur l'interprétation

14. La portée de l'interprétation n'est pas la même selon le mode et les termes de la saisine. En effet, le contrôle exercé par la Cour lorsqu'elle répond à une question préjudicielle s'avère de plus en plus souvent concret³⁹. En effet, l'examen de la

35 Raison pour laquelle, au stade de la rédaction du projet d'arrêt, l'origine du juge importe peu. Cf. M. VERDUSSEN, « Rapport », in *L'élaboration des décisions des cours constitutionnelles et européennes. Recherche réalisée avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice*, p. 95.

36 M. VERDUSSEN, « Rapport », *op.cit.*, p. 98.

37 *Ibid.*, p. 99. « Les interviews révèlent que la décision de soumettre une affaire en formation plénière est généralement justifiée par trois circonstances. D'une part, la Cour est encline à traiter dans la plus stricte parité linguistique les affaires susceptibles de générer un désaccord, voire des tensions, entre les deux groupes linguistiques ou d'avoir des conséquences sur la structure institutionnelle de l'État. D'autre part, la même sagesse incite la Cour à siéger au complet pour traiter les affaires importantes, c'est-à-dire des affaires qui pourraient impliquer une réorientation jurisprudentielle significative ou des affaires qui ont trait à des enjeux sociétaux importants ou qui ont fait l'objet d'un débat important dans la société, dans les médias ou dans les assemblées. Enfin, lors de la mise en état des affaires, la Cour décide de prendre l'affaire en formation plénière lorsqu'il apparaît déjà que l'affaire est sujette à des divergences de vue. »

38 C. SUNSTEIN, *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Harvard University Press, 1999.

39 V. P. MARTENS, « Le contrôle préjudiciel de constitutionnalité est-il un art abstrait ? », in *Mélanges en hommage à Robert Andersen*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 423-450 ; M. VERDUSSEN, « La Cour constitutionnelle belge exerce-t-elle un contrôle concret ? », *AIJC*, XXIX-2013, p. 17-23. V. égal. M. VERDUSSEN, « Table ronde. Le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* sur renvoi est-il concret ? », in L. GAY (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité – Approche de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 667-670 ; M. VERDUSSEN, « La Cour constitutionnelle de Belgique : une juridiction politique ? », in G. GRANDJEAN et J. WILDEMEERSCH (dir.), *Les juges : décideurs*

question conduit la juridiction constitutionnelle à contrôler, non pas la norme comme telle – en ce qu'elle a vocation à s'appliquer à toutes les situations qu'elle appréhende abstraitement –, mais la norme en tant qu'elle s'applique à une situation particulière, celle à laquelle est confrontée la juridiction de renvoi. Cette mise en situation de la norme conduit la juridiction constitutionnelle à contextualiser, donc à moduler, son jugement de constitutionnalité⁴⁰. Le contrôle concret permet aux juges constitutionnels de compléter l'œuvre du législateur plutôt que de la défaire. Le degré de généralité qui s'attache à toute loi ne permet pas au législateur de prévoir toutes les conséquences qui découleront de l'application de cette loi. Lorsque ces conséquences heurtent la Constitution, les juges constitutionnels s'attachent à corriger l'œuvre législative⁴¹.

À notre sens, le caractère concret du contrôle appelle, en partie tout au moins, une « interprétation pratique », selon les termes de Benoît Frydman. Il s'agit par-là de se focaliser « sur le contexte d'application de la norme » et de « déterminer le sens du texte en fonction des conséquences de sa mise en œuvre dans une situation concrète »⁴². Ce contexte d'application vise notamment « les intérêts des parties en présence, généralement dans le cadre d'un procès, ainsi que l'effet de l'interprétation sur l'issue du procès et le sort des parties »⁴³.

D. L'interprétation d'autres acteurs

15. Le juge constitutionnel intervient après un certain nombre d'acteurs, qui ont déjà interprété la règle constitutionnelle, la règle législative contestée, ou la règle conventionnelle que le juge constitutionnel concilie ou combine avec la règle constitutionnelle. Ces diverses interprétations constituent un contexte qui peut influencer l'interprétation de la Cour constitutionnelle. Elles procurent dans tous les cas une source d'arguments pour la construction de l'interprétation de la Cour.

16. L'interprétation donnée à la Constitution par le **constituant** lui-même est bien entendu pertinente, et même en principe décisive pour la Cour constitutionnelle.

17. Quant à l'interprétation par le **législateur** des normes constitutionnelles et de ses propres lois, une analyse statistique révèle que la Cour se réfère de manière quasi systématique aux travaux parlementaires dans ses arrêts⁴⁴. Ces références n'impliquent pas que la Cour se considère comme enchaînée à l'interprétation de la Constitution ou de la loi donnée par le législateur, même lorsqu'il s'agit d'interpréter son œuvre.

D'une part, il est parfois malaisé de dégager une interprétation claire et cohérente de la loi, et, de la même manière, il n'est pas toujours aisé d'identifier

politiques ? – Essais sur le pouvoir politique des juges dans l'exercice de leur fonction, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 340-342.

40 Il ne faut pas confondre cette contextualisation particulière de la norme avec la contextualisation générale de la norme. La prise en compte de circonstances factuelles générales peut en effet amener les juges constitutionnels à réinterroger une norme législative qui, au moment de son adoption, était exempte de tout vice de constitutionnalité.

41 M. VERDUSSEN, « Le contrôle des décisions de justice par la Cour constitutionnelle belge », in M. FATIN-ROUGE STÉFANINI et C. SEVERINO (dir.), *Le contrôle de constitutionnalité des décisions de justice : une nouvelle étape après la QPC ?*, Confluence des droits, 2017 (https://dice.univ-amu.fr/sites/dice.univ-amu.fr/files/article/le_controle_de_constitutionnalite_des_decisions_de_justice2.pdf), p. 208-209 et p. 453-454.

42 B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, Bruxelles, Bruylant, Paris, LGDJ, 2005, p. 607.

43 *Id.*

44 Pourcentage calculé sur une période de référence de 1985 à 2015. V. J. DE JAEGERE, « Verwijzingen in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof naar de ex ante-wetsevaluatie door de Raad van State : wanneer en waarom ? », *op. cit.*, p. 24.

l'interprétation de la Constitution élaborée par le législateur à l'occasion de travaux législatifs.

Ensuite, la Cour recourt régulièrement à la technique de « l'interprétation conciliante ». L'idée est la suivante : pour sauvegarder la constitutionnalité d'une norme législative, la Cour constitutionnelle lui procure une interprétation « conforme » ou « neutralisante », ce qui lui permet de protéger l'intégrité de l'ordre normatif. Ce faisant, la Cour joue « un rôle qui n'est pas seulement d'empêchement, mais aussi d'encadrement et d'orientation : son contrôle lui permet en effet d'exercer une influence, directe ou indirecte, sur le contenu même de la loi »⁴⁵.

18. L'interprétation donnée aux lois **spéciales** est tout à fait spécifique. Ces lois sont votées selon des modalités plus strictes que celles prévues pour l'adoption des lois ordinaires. En effet, l'article 4, alinéa 3, de la Constitution requiert la majorité des suffrages dans chaque groupe linguistique de chacune des assemblées fédérales – la Chambre des représentants et le Sénat –, 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. L'adoption des lois spéciales n'est exigée que dans les domaines expressément visés par la Constitution, qui l'impose sur les questions les plus étroitement liées au clivage communautaire entre les francophones et les Flamands. Ces lois revêtent un caractère hybride, puisqu'elles sont tout à la fois des normes contrôlées par la Cour constitutionnelle – ce sont avant tout des lois – et des normes de contrôles.

Dans l'interprétation de ces lois, la Cour constitutionnelle se montre particulièrement déférente à l'égard des mesures adoptées par les majorités politiques en place lorsque ces mesures s'inscrivent dans le cadre des réformes constitutionnelles que connaît régulièrement la Belgique. À plusieurs reprises, la Cour constitutionnelle a admis, explicitement ou implicitement, que certains transferts de compétences du niveau fédéral vers le niveau fédéré doivent s'apprécier en prenant en compte la nécessité de sauvegarder le système institutionnel général de l'État belge, dont les contours sont définis par les acteurs politiques. Par la force des choses, ce conséquentialisme politique de la Cour constitutionnelle renforce la dynamique centrifuge imprimée à la réforme de l'État par ces mêmes acteurs politiques⁴⁶.

19. La Cour refuse de se considérer comme étant strictement liée par l'interprétation **des autres juges**, mais y puise régulièrement des arguments pour justifier ses choix interprétatifs. Elle n'a pas développé, à l'instar de sa collègue italienne, une théorie du « droit vivant » ou une théorie équivalente. Sans y être indifférente, la Cour constitutionnelle ne confère pas de manière systématique une place spécifique à l'interprétation consolidée d'une loi⁴⁷. Ainsi, si elle tient compte de l'interprétation consolidée donnée par la Cour de cassation et le Conseil d'État, elle n'exclut pas l'application de sa technique de l'interprétation conciliante dans le cas d'une interprétation consolidée, ou de proposer une nouvelle interprétation de la règle législative.

On rappelle que, à la différence de certains États relevant du modèle concentré de justice constitutionnelle, la Belgique soumet le contrôle juridictionnel

45 F. HAMON et C. WIENER, *La loi sous surveillance*, op. cit., p. 125.

46 M. VERDUSSEN, « Le pouvoir judiciaire dans l'État fédéral. Approche comparée des expériences belge et canadienne », in *Le fédéralisme canadien et son avenir – Canadian federalism and its Future*, à paraître.

47 V. T. BOMBOIS et N. DUPONT, « Le droit constitutionnel belge réceptionne-t-il la théorie du “droit vivant” ? Juridiction constitutionnelle et interprétation consolidée de la loi », *CDPK*, 2008, n° 3, p. 519-541.

de constitutionnalité à une différenciation organique⁴⁸. Dans ce contexte d'une pluralité d'interprétations de la Constitution, comme le relève Toon Moonen, force est de constater l'importance des interprétations développées par le Conseil d'État ou la Cour de cassation dans l'interprétation de la Cour constitutionnelle. Un arrêt sur dix de la Cour constitutionnelle contient une référence explicite à la jurisprudence de la Cour de cassation⁴⁹. Quant aux avis critiques sur les projets ou les propositions de lois, décrets ou ordonnances de la section de législation du Conseil d'État, ils constituent clairement des sources d'inspiration majeures pour la Cour constitutionnelle⁵⁰, même si le nombre de références expresses à la jurisprudence du Conseil d'État reste relativement faible⁵¹.

20. La Cour accorde une grande importance à l'interprétation développée par les juridictions européennes. Ainsi, dans le dossier de documentation constitué par le premier juge rapporteur, figure systématiquement la jurisprudence de ces juridictions, dans la mesure où elle s'avère pertinente dans l'affaire⁵². En particulier, la Cour constitutionnelle endosse – tacitement mais certainement – la théorie de « l'autorité de la chose interprétée », développée sous l'impulsion de deux acteurs belges, Walter Ganshof van der Meersch, d'abord, et Jacques Velu, ensuite⁵³. Le respect manifesté par la Cour constitutionnelle à l'égard de la jurisprudence de la Cour de justice se traduit quant à lui principalement par le grand nombre de renvois préjudiciels⁵⁴.

48 Alors que le contrôle de la constitutionnalité des lois est du ressort exclusif de la Cour constitutionnelle, le contrôle de constitutionnalité des actes administratifs – réglementaires et individuels – est couplé avec un contrôle de légalité pour être confié, non seulement à la section du contentieux administratif du Conseil d'État (contrôle à titre principal), mais également, de manière plus générale, à toutes les juridictions judiciaires et administratives (contrôle à titre incident, sur la base de l'article 159 de la Constitution). Le Conseil d'État a pour mission d'examiner les recours dirigés contre des actes administratifs irréguliers, recours dits « pour excès de pouvoir ». Il a le pouvoir d'annuler ces actes. L'irrégularité peut résulter de l'atteinte que l'acte cause à la Constitution. Tous les actes administratifs sont concernés, qu'ils soient réglementaires ou individuels, qu'ils émanent d'autorités fédérales, communautaires ou régionales. Par ailleurs, toutes les juridictions peuvent également intervenir à titre incident dans la protection de la Constitution. En effet, en vertu de l'article 159 de la Constitution, elles sont habilitées à refuser l'application de tout acte administratif qu'elles jugent irrégulier, notamment lorsque l'acte est attentatoire à une disposition constitutionnelle.

49 Pourcentage mesuré sur une période de 1985 à 2015, par J. DE JAEGERE, « Verwijzingen in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof naar de ex ante-wetsevaluatie door de Raad van State : wanneer en waarom ? », *op. cit.*, p. 24.

50 La Cour ne se réfère explicitement aux avis de la section de législation du Conseil d'État que dans 7,9 % des cas, sur une période de référence de trente années (1985-2015), avec une exception pour l'année 2015, où le pourcentage était de 11,5 %, in J. DE JAEGERE, « Verwijzingen in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof naar de ex ante-wetsevaluatie door de Raad van State : wanneer en waarom ? », *op. cit.*, p. 24.

51 *Ibid.*

52 A. ALEN, J. DELRUELLE et P. MARTENS, « Rapport belge sur les modes de décision du juge constitutionnel », *op. cit.*, p. 342.

53 V. W. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « La garantie des droits de l'homme et la Cour européenne de Strasbourg », *JT*, 1982, p. 107 ; la conclusion de l'Avocat général J. Velu avant Cass. 14 avril 83, Pas., I, 1983, 866, n° 441 ; J. VELU, « À propos de l'autorité jurisprudentielle des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme : vues de droit comparé sur des évolutions en cours », in *Nouveaux itinéraires en droit. Mélanges en hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 527 et s.

54 V. M. VERDUSSEN, « Le renvoi par les cours constitutionnelles de questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne », in E. CARTIER, L. GAY et A. VIALA (dir.), *La QPC : vers une culture constitutionnelle partagée ?*, Paris, Institut Universitaire Varenne, 2015, p. 261-270. Cette possibilité de renvoi préjudiciel n'est pas encore ouverte s'agissant de la Cour européenne des droits de l'homme, mais pourrait l'être dans un avenir proche. Le Protocole 16 de la Convention européenne des droits de l'homme prévoit pour les hautes juridictions la possibilité d'adresser des demandes d'avis consultatif à la Cour européenne des droits de l'homme. Ce Protocole est entré en

21. Nul n'ignore que la Cour constitutionnelle appartient à plusieurs réseaux internationaux qui lui permettent de prendre aisément connaissance de la jurisprudence **des autres juridictions constitutionnelles**⁵⁵. Qu'à l'ère de la *judicial globalization*, elle puisse se laisser influencer par ces jurisprudences étrangères, et qu'un certain nombre de méthodes d'interprétation soient infléchies par des expériences étrangères n'est pas douteux⁵⁶. Un exemple patent de ce type de greffe dans la jurisprudence est l'arrêt n° 62/2016 du 28 avril 2016 sur le Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance, dans lequel la Cour emprunte une théorie, celle des réserves de constitutionnalité, et un concept, celui de l'identité constitutionnelle, à la Cour constitutionnelle allemande⁵⁷.

II.- LES FONDEMENTS THÉORIQUES DE L'INTERPRÉTATION DES JUGES CONSTITUTIONNELS

A.- L'absence d'une théorie revendiquée

22. Si l'on entend par « théorie de l'interprétation » une théorie normative, c'est-à-dire une doctrine qui prescrit aux juges constitutionnels de privilégier la poursuite de certaines finalités et le recours à certaines méthodes d'interprétation⁵⁸, on peut d'abord constater que la Cour constitutionnelle belge s'abstient de toute référence expresse à l'une de ces théories.

L'ancien juge et président Paul Martens nous a confié que jamais, il n'a entendu « dans un délibéré qu'un juge se réclamât d'une école d'interprétation, qu'elle soit positiviste, finaliste, exégétique ou constructive. Ces questions n'intéressent que les professeurs... ». Et d'ajouter : « il n'existe certainement pas un "fondement théorique" auquel se rallierait la juridiction. La méthode varie selon les contentieux et les majorités. Elle est essentiellement "casuistique" et "instrumentale" : c'est parce que l'interprétation sert l'objectif qu'il entend atteindre que le juge constitutionnel choisira l'une ou l'autre méthode. Elle est toujours "téléologique", mais en ce sens que le juge constitutionnel choisira l'interprétation littérale si c'est elle qui sert le *telos* qu'il poursuit⁵⁹. »

La doctrine⁶⁰ et l'examen auquel nous allons nous livrer donnent raison à Paul Martens. Il n'existe *a priori* aucun consensus normatif pour considérer que tel ou tel

vigueur, 10 États l'ayant signé et ratifié, mais uniquement à l'égard de ceux-ci. La Belgique n'a pour l'instant ni signé ni ratifié ce Protocole.

55 V. la liste de ces réseaux dans T. MOONEN (A), n° 101-104.

56 V. V. PERJU, « Constitutional Transplants, Borrowing and Migrations », M. ROSENFELD et A. SAJO (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 1304 à 1327 et M. J. HORWITZ, « Constitutional Transplants », *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 10, n° 2, juillet 2009, p. 535-560. Dans la littérature consacrée aux greffes constitutionnelles, on explique en effet l'augmentation des emprunts et des greffes par l'émergence d'un modèle globalisé de justice constitutionnelle largement partagé (v. particulièrement HORWITZ, *op. cit.*, p. 540-550).

57 Cf. MOONEN (B), p. 1007, note 33.

58 Nous ne retenons donc pas ici le sens que cette même expression reçoit pour viser une analyse descriptive des méthodes et des techniques effectivement employées par les juges lorsqu'ils interprètent la Constitution : cf. en ce sens : R. GUASTINI, « L'interprétation de la Constitution », *op. cit.*, p. 477. On se référera plus loin à ce second sens en parlant de théorie *descriptive* par opposition à la théorie *normative* dont il est question à ce stade de notre contribution.

59 P. MARTENS, *Quelques réflexions libres sur un questionnaire*, courriel envoyé aux auteurs le 5 juillet 2017.

60 V. notamment : L. DALLA PELLEGRINA, J. DE MOT, M. FAURE, N. GAROUPA, *op. cit.*, p. 305-346 ; F. DELPÉRÉE, « L'interprétation de la Constitution », in *La Constitution aujourd'hui*, Tunis, Académie Internationale de Droit Constitutionnel, Recueil des cours de l'AIDC, vol. XV, 2006, p. 87-135 ; J. DE JAEGERE, « Inclusiviteit als deliberatieve bouwsteen van legitimiteit : een

objectif ou telle ou telle méthode d'interprétation s'impose au juge dans telle ou telle circonstance.

B.- L'adhésion tacite de la Cour à la théorie « topique-problématisante »

23. Cette approche de la Cour constitutionnelle, qui repose sur l'idée que toutes les méthodes sont bienvenues du moment que le juge atteint le but qu'il s'est fixé, suppose en réalité nécessairement l'adhésion implicite de la Cour à une certaine théorie de l'interprétation, même si le juge Martens s'en défend. En l'occurrence, il s'agit de « la méthode topique-problématisante »⁶¹. Cette méthode consiste précisément à réduire les règles de droit à un matériau dans lequel les juges puiseraient librement les points de vue qu'ils considèrent comme pertinents pour résoudre les problèmes auxquels ils sont confrontés. Seuls importeraient les consensus dont doivent bénéficier les solutions apportées à ces problèmes.

Bien des études produites par d'éminents magistrats à propos de leur propre métier révèlent leur attirance pour cette approche topique-problématisante. Ainsi, pour le juge Barak, la méthode téléologique est le moyen d'interprétation « le plus approprié en matière constitutionnelle »⁶² en raison du caractère unique et stable de la norme, qu'il s'agit donc de faire évoluer. Pour Nicolas Valticos, dans le domaine des droits de l'homme, « c'est en définitive, la voix irréductible du for intérieur et de la conscience individuelle qui l'emportera chez chaque juge. Ce seront ses convictions profondes, son expérience individuelle et son échelle de valeurs qui l'amèneront à la position qu'il adoptera dans le cas considéré »⁶³. » Quand le juge Paul Martens cite la théorie de l'induction sociale défendue dans les années 1920 par le civiliste Henri De Page⁶⁴, quand il estime que sa juridiction fixe librement la limite qui sépare le contrôle de la constitutionnalité et le contrôle de l'opportunité⁶⁵ ou

empirische analyse van het Belgische Grondwettelijk Hof », *Tijdschrift voor Bestuurs-wetenschappen en Publiekrecht* (2015), n° 4, p. 194-215 ; J. DE JAEGERE, *Exploring the deliberative performance of a constitutional court in a consociational political system. A theoretical and empirical analysis of the Belgian Constitutional Court*, *op. cit.* ; H. DUMONT et Ch. HOREVOETS, « L'interprétation des droits constitutionnels », *op. cit.*, p. 146-244 ; P. GILLIAUX, « Aperçu des méthodes d'interprétation des règles répartitrices des compétences », in *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles, Bruylant, 1992, t. I, p. 1045-1064 ; B. JADOT, « La jurisprudence de la Cour d'arbitrage et le système constitutionnel. Les formes de l'État » et A. RASSON-ROLAND, « La Cour d'arbitrage et les évolutions du droit. L'interprétation du droit positif », in F. DELPÉRÉE, (dir.), *La Cour d'arbitrage. Évolutions et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 1988, resp. p. 215-242 et 311-320 ; P. MARTENS, « Le rôle de la Cour d'arbitrage dans l'édification du fédéralisme en Belgique », *RBDC*, 2003, p. 3-12 ; T. MOONEN (A) ; T. MOONEN (B) ; P. MARTENS et B. RENAULD, « L'interprétation et la qualification de la norme de contrôle et de la norme contrôlée », *op. cit.*, p. 2-54 ; G. ROSOUX, *Vers une « dématérialisation » des droits fondamentaux ? Convergence des droits fondamentaux dans une protection fragmentée, à la lumière du raisonnement du juge constitutionnel belge*, Bruxelles, Bruylant, 2015.

61 Cf. T. SAMPAIO FERRAZ Jr, V° « Topique », in A.J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 1993, 2^e éd., p. 615-617.

62 A. BARAK, « L'exercice de la fonction juridictionnelle vu par un juge : le rôle de la Cour suprême dans une démocratie », *RFDC*, 2006, vol. 66, p. 257.

63 N. VALTICOS, « Interprétation juridique et idéologie », cité par E. DUBOUT, « Interprétation téléologique et politique jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. b.*, 2008, p. 400.

64 Cf. P. MARTENS, « La Cour de cassation et la Cour d'arbitrage. Les paradoxes du respect », in *Imperat lex – Liber Amicorum Pierre Marchal*, Gand, Larcier, 2003, p. 102.

65 « Il est vrai qu'alors, l'opportunité devient une notion pragmatique, adaptable, existentielle, qu'elle est ce que le juge refuse d'apprécier tandis qu'il appelle légalité ce qu'il décide de contrôler. Fixant lui-même les limites de son intervention, il exerce la "compétence de la compétence" » (P. MARTENS, « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité », in *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 62.

encore quand il reconnaît que « la nature inéluctablement politique d'une juridiction constitutionnelle lui impose d'intégrer le "conséquentialisme" parmi les paramètres de son interprétation »⁶⁶, il donne aussi l'impression de se rallier à la méthode topique-problématisante⁶⁷.

24. Si ces propos reflètent certainement une part essentielle de la réalité, ils passent sous silence, même s'ils ne sauraient les ignorer, deux faits sociopolitiques décisifs.

Le premier, c'est que nous ne vivons pas dans une société aussi consensuelle que le présuppose la méthode topique-problématisante. Comme le relève Ernst-Wolfgang Böckenförde, « si viennent à se déclencher, au sein de la société, certains conflits politiques, si se produit en conséquence, une polarisation des attitudes quant aux "valeurs", l'interprétation topique, quelle qu'elle soit, n'a plus aucun ancrage solide »⁶⁸. » En ce qui concerne les droits fondamentaux, il suffit de songer aux exemples de la lutte contre le terrorisme, de la politique migratoire ou des droits sociaux pour s'aviser de ce que cette matière est loin d'être toujours consensuelle. Pour le contentieux lié au fédéralisme, particulièrement dans les systèmes fédéraux bipolaires et conflictuels, comme en Belgique, l'inexistence d'un consensus frôle l'évidence.

Le second fait décisif qu'un adepte de la théorie réaliste de l'interprétation comme Michel Troper⁶⁹ rappelle lui-même, c'est que toute juridiction, « dès lors qu'elle entend exercer un pouvoir réel et régir par des règles des catégories de comportements, [...] est contrainte à la cohérence et à la constance »⁷⁰. Il faudrait écrire : à au moins des cohérences et à une certaine constance. Ronald Dworkin a bien montré que l'exigence de cohérence est liée à une conception commune de la justice et de l'équité, c'est-à-dire à une conception partagée par la communauté à laquelle les juges appartiennent, mais que ceux-ci doivent dégager et même adapter. Quant à l'exigence de constance, elle entend éviter les revirements capricieux et conférer ainsi à la jurisprudence constitutionnelle une réelle continuité. En somme, les juges doivent être animés de la ferme volonté de « faire jurisprudence », ce qui suppose que la motivation de leurs arrêts soit articulée sur des principes.

III.- LES GRANDES TENDANCES DE LA « POLITIQUE JURISPRUDENTIELLE » DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE, SES TECHNIQUES ET SES MÉTHODES

25. L'inexistence de consensus sur certaines grandes questions politiques, voire sur certaines valeurs, au sein de nos sociétés, implique forcément que les juridictions, même si elles se revendiquent d'une approche pragmatique et embrassent la méthode topique-problématisante, sont inévitablement amenées à

L'auteur emprunte la notion de « compétence de la compétence » à L. GOLDENBERG, *Le Conseil d'État, juge du fait*, Dalloz, 1932, p. 61).

66 Cf. P. MARTENS, « Le métier de juge constitutionnel », in F. DELPÉRÉE et P. FOUCHER (dir.), *La saisine du juge constitutionnel. Aspects de droit comparé*, op. cit., p. 36 et 38.

67 V. aussi W. VAN GERVEN, « Creatieve rechtspraak », *R.W.*, 1997-1998, p. 217-219.

68 E.-W. BÖCKENFÖRDE, « Les méthodes d'interprétation de la Constitution : un bilan critique », in *Le droit, l'État et la Constitution démocratique. Essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle*, réunis et présentés par O. JOUANJAN, Bruxelles, Bruylant et Paris, LGDJ, 2000, p. 236.

69 Cf. not. M. TROPER, « La liberté d'interprétation du juge constitutionnel », in P. AMSELEK (dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant et Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1995, p. 235-245.

70 *Ibidem*, p. 847. Pour les aménagements que cette observation a justifiés dans sa théorie réaliste de l'interprétation, cf. M. TROPER, V. CHAMPEIL-DESPLATS et Ch. GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Bruxelles, Bruylant et Paris, LGDJ, 2005. Pour le surplus, v. les commentaires et les références dans H. DUMONT, « Les spécificités de l'interprétation constitutionnelle au seuil du XXI^e siècle », op. cit., p. 481, note 16.

trancher entre plusieurs options politiques au sens large dans l'interprétation qu'elles donneront de la Constitution. Par ailleurs, la volonté de « faire jurisprudence » explique que si la Cour s'octroie un large pouvoir pour identifier les méthodes d'interprétation propres à justifier les résultats qu'elle veut atteindre, en revanche, elle ne se sent manifestement pas libre de choisir n'importe quel objectif au gré de chaque cas d'espèce ni d'argumenter n'importe comment pour justifier sa solution. Il n'y a pas de consensus méthodologique et normatif au sein de la Cour pour retenir systématiquement tel ou tel objectif ou une méthode déterminée dans des situations types. Cependant, parce qu'elle est une juridiction, la Cour se lie elle-même en privilégiant certains objectifs compatibles avec son environnement institutionnel et en s'imposant un minimum de cohérence dans ses argumentations.

26. Partant, il est bel et bien censé se mettre à la recherche⁷¹ des théories normatives qui sous-tendent les interprétations, les pondérations et plus largement les argumentations qu'une Cour constitutionnelle effectue dans les marges de pouvoir discrétionnaire qui lui reviennent, que ladite Cour ait conscience ou non de ces théories. Dans la même perspective, Toon Moonen, dans sa belle thèse sur l'interprétation de la Constitution par la Cour constitutionnelle, considère qu'il est plus riche d'identifier les choix interprétatifs posés par les juges, les contraintes et les facteurs qui déterminent ces choix et les arguments auxquels ils apparaissent sensibles que de chercher à échafauder de grandes théories de l'interprétation dont la jurisprudence de la Cour constitutionnelle serait l'expression⁷². Ce qu'il y a lieu de découvrir, en somme, ce sont les grands axes de la « politique jurisprudentielle », de la Cour constitutionnelle belge en l'occurrence. Cette notion⁷³ vise ici⁷⁴ l'ensemble des options politiques (au sens large⁷⁵) qu'une juridiction choisit plus ou moins consciemment⁷⁶, de manière partiellement libre, et qui sont sous-jacentes aux

71 Celle-ci devrait donc conduire à une théorie descriptive au sens indiqué *supra* sous la note 60.

72 T. MOONEN (B), p. 1004.

73 Le concept de « politique jurisprudentielle » apparaît avec l'école du « réalisme légal », qui met en lumière, dans les années 1920, la dimension politique de l'activité juridictionnelle. Définie par Robert Dahl dans une étude démontrant la nécessité d'envisager les juridictions comme des acteurs intervenant dans le processus d'élaboration des décisions politiques (R. DAHL, « Decision-making in a Democracy : The Supreme Court as a National Policy Maker », *Journal of Public Law*, vol. 6, 1975, p. 279-285), la notion fera l'objet de nombreux développements dans la doctrine anglo-saxonne. Du côté francophone, les références à cette notion sont plus timides – comme, plus largement, la reconnaissance de l'existence de stratégies juridictionnelles. V. cependant : G. CANIVET (alors Premier président de la Cour de cassation de France) et N. MOLFESSIS, « La politique jurisprudentielle », in *La création du droit jurisprudentiel. Mélanges en l'honneur de Jacques Boré*, Paris, Dalloz, 2007, p. 79-96 et G. ZAGREBELSKY (Président honoraire de la Cour constitutionnelle italienne), « Existe-t-il une politique jurisprudentielle de la Cour constitutionnelle italienne ? », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 20, 2006, p. 132-134.

74 Ce concept est classiquement défini comme la « stratégie juridictionnelle globale et systématisée d'instrumentalisation du droit à des fins institutionnelles ou politiques au sens large », E. DUBOUT, *Rev. trim. dr. b.*, p. 388.

75 En ce compris d'éventuels compromis politiques : cf. P. MARTENS, « Le métier de juge constitutionnel », *op. cit.*, p. 32 : « Est-il possible qu'une cour constitutionnelle dans un État démocratique moderne ne soit pas le reflet du pluralisme des opinions ? ».

76 G. ZAGREBELSKY insiste sur le caractère non délibéré de la politique jurisprudentielle : « Si l'on peut parler de politique jurisprudentielle, c'est seulement dans un sens rétrospectif, c'est-à-dire comme bilan *a posteriori* d'une œuvre qui se prête à être mise en cohérence, à la manière d'un paramètre d'interprétation, même si elle n'obéit pas à des desseins prédéterminés » (« Existe-t-il une politique jurisprudentielle de la Cour constitutionnelle italienne ? », *op. cit.*, p. 132), tandis que G. CANIVET et N. MOLFESSIS, (« La politique jurisprudentielle », *op. cit.*, p. 79 et s.) assument pleinement l'idée d'une politique jurisprudentielle consciente et délibérée : il s'agit de faire des choix herméneutiques pour répondre aux besoins controversés d'un système juridique et social. Notre propos, qui n'est pas prescriptif mais descriptif, laisse ces deux versions de la notion ouvertes.

interprétations, aux pondérations et aux argumentations qu'elle privilégie, sans être contraignantes⁷⁷, ni nécessairement présentes dans toutes ses décisions⁷⁸.

Il demeure instructif de confronter la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, à trois des alternatives les plus connues en matière d'interprétation constitutionnelle. La Cour pratique-t-elle une doctrine essentiellement statique ou dynamique ? Particulariste ou universaliste ? Restrictive (*judicial restraint*) ou activiste (*judicial activism*)⁷⁹ ?

A.- La tendance de la Cour constitutionnelle belge à pratiquer une doctrine dynamique de l'interprétation

27. La doctrine *statique* est associée à l'interprétation dite « originaliste » qui tend à privilégier les significations que les normes avaient dans l'esprit des pères fondateurs du texte constitutionnel. Elle cherche à produire une jurisprudence stable et donc prévisible. La doctrine *dynamique* préfère au contraire les interprétations évolutives pour compenser ce qu'elle considère comme des déficits d'adaptation du texte constitutionnel à l'évolution des données politiques, économiques, sociales ou idéologiques jugées pertinentes. Elle accueille en conséquence n'importe quelle technique d'interprétation dès lors que celle-ci permet d'atteindre cet objectif⁸⁰.

28. La Cour témoigne d'une préférence pour la doctrine dynamique. La nature de « principe » qui s'attache à bon nombre de normes constitutionnelles et les raisonnements en termes de pondérations qu'ils impliquent induisent presque nécessairement une telle approche. Celle-ci est toutefois loin d'induire une jurisprudence imprévisible. Appuyée sur la construction de divers principes que nous évoquerons, sa jurisprudence se soucie de respecter des constantes que le président Jean Spreutels n'a pas manqué de souligner à l'occasion du trentième anniversaire du premier arrêt de la Cour. Mais, preuve supplémentaire de son attachement à une doctrine dynamique, la Cour n'exclut pas quelques revirements de jurisprudence qu'elle veille alors à motiver, le cas échéant, de manière détaillée⁸¹. Il y a revirement de jurisprudence lorsqu'« une proposition juridique contenue dans une décision est incompatible avec celle qui résulte d'une décision antérieure », cette contradiction étant « assumée », à tout le moins implicitement, par la juridiction en cause⁸².

77 Comme l'écrivent G. CANIVET et N. MOLFESSIS, « la politique jurisprudentielle supplée à l'absence d'autorité du précédent, puisqu'elle opère en soubassement, source réelle de la jurisprudence », mais « elle n'exige pas [...] l'arrêt de règlement, puisqu'elle trace une voie sans contraindre » (« La politique jurisprudentielle », *op. cit.*, p. 86).

78 Une jurisprudence d'espèce peut se justifier, notamment quand la juridiction se cherche une politique jurisprudentielle en tâtonnant.

79 Cf. R. GUASTINI, « L'interprétation de la Constitution », *op. cit.*, p. 482-485.

80 Cf. R. GUASTINI, *op. cit.*, p. 483.

81 Cf. J. SPREUTELS, « Trente ans de jurisprudence de la Cour constitutionnelle : évolutions et constantes », in A. ALEN, J. SPREUTELS et al., *Grondwettelijke Hof 1985-2015 – Cour constitutionnelle 1985-2015*, Bruxelles-Brugge, la Charte-die Keure, 2016, p. 16-18 ; M. BELMESSIERI, « Revirement spectaculaire de jurisprudence en matière d'indemnité de procédure ou conséquence d'un régime législatif incohérent ? », note sous CC, 21 mai 2015, n° 68/2015, n° 69/2015 et n° 70/2015, *AP*, 2015, p. 595-607 ; E. VAN BRUSTEM, « Réflexions sur le temps judiciaire : quand la loi rétroagit afin d'anticiper l'exploitation d'un revirement jurisprudentiel », commentaire sur CC, 26 novembre 2009, n° 186/2009 et sur CC, 17 décembre 2009, n° 199/2009, *Rev. dr. ULg*, 2010, p. 31-67 ; J. VAN COMPERNOLLE, « D'un revirement jurisprudentiel au constat d'une lacune législative : quelques réflexions sur des arrêts récents de la Cour constitutionnelle », in ANDERSEN R., DÉOM D., LEURQUIN-DE VISSCHER F., RASSON-ROLAND A., RENDERS D., VERDUSSEN M. (éd.), *En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, *op. cit.*, p. 1575-1586 ; F. DELPÉRÉE, « Le revirement de jurisprudence en Belgique », *Cab. const.*, n° 20, 2006, p. 117-122.

82 I. ROÏVE, *Le revirement de jurisprudence – Étude de droit anglais et de droit belge*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 5.

1.- Dans le domaine des droits fondamentaux : les méthodes combinatoire et conciliatoire

29. Dans la mesure où le titre II de la Constitution consacré aux droits fondamentaux, qui contient encore de nombreuses dispositions datant de 1831, est très loin d'avoir bénéficié de la mise à jour que l'évolution de la société et du droit international des droits de l'homme appelle et où la procédure de révision de la Constitution est assez rigide, il n'est guère étonnant que la Cour constitutionnelle ait cherché à compenser ces retards structurels en pratiquant une doctrine particulièrement dynamique dans ce domaine. Elle a puisé la source de son dynamisme essentiellement dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, notamment à propos de l'interprétation des principes d'égalité et de non-discrimination⁸³ ainsi que des critères de licéité des restrictions aux droits fondamentaux. Or on connaît la propension de la Cour strasbourgeoise à écarter toute velléité originaliste et à plutôt adhérer aux méthodes dynamiques et évolutives⁸⁴.

30. Le « tropisme international »⁸⁵ et l'« européanisme »⁸⁶ de la Cour constitutionnelle constituent à n'en pas douter une de ses caractéristiques majeures, qui l'ont conduite à mettre en œuvre deux méthodes d'interprétation, l'une « conciliatoire », l'autre « combinatoire »⁸⁷.

La méthode « conciliatoire » consiste à considérer que dans une situation de « concours de droits fondamentaux », c'est-à-dire lorsqu'est invoqué devant la Cour un droit fondamental consacré par la Constitution, mais qui est analogue à un droit fondamental reconnu par un traité international, les garanties issues de la disposition conventionnelle constituent « un ensemble indissociable » avec celles contenues dans la disposition constitutionnelle en cause. Dès lors, dans son examen portant sur le respect de cette dernière, « la Cour tient compte » des dispositions de droit international qui garantissent le droit ou la liberté analogue⁸⁸.

L'autre technique est la « méthode combinatoire ». Elle demeure pertinente à défaut de pouvoir mettre en œuvre la précédente, lorsque la Constitution ne garantit pas un droit fondamental analogue à celui que protège une disposition conventionnelle liant la Belgique. Elle consiste à rattacher la violation du droit international ou européen au principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination qui est placé sous sa garde en considérant que toute atteinte à un droit internationalement garanti, si elle est discriminatoire, est constitutive d'une violation de ce principe constitutionnel. Cette méthode peut s'autoriser du détour par le texte de la Constitution dans la mesure où son article 11 dispose que « la jouissance des droits et libertés reconnus aux Belges doit être assurée sans discrimination ». Mais, en pratique, la Cour « fait preuve d'une grande souplesse et admet presque toujours le lien »⁸⁹ entre la violation du droit international et le

83 Cf. CC, 13 juillet 1989, n° 21/89 : formule quasi constante.

84 Cf. en ce sens T. MOONEN (A), n° 215-217 et 221-222 ; H. DUMONT et Ch. HOREVOETS, « L'interprétation des droits constitutionnels », *op. cit.*, p. 151-154 ; p. 180-182 et p. 235-238.

85 H. DUMONT et Ch. HOREVOETS, *op. cit.*, p. 235-238.

86 A. ALEN et W. VERRIJDT, « Les relations entre la Constitution belge et le droit international et européen », in *Liber Amicorum Ruxen Ergeç*, Luxembourg, Pasirisie luxembourgeoise, 2017, p. 45 et p. 50-54.

87 M. VERDUSSEN, « La Convention européenne des droits de l'homme et le juge constitutionnel », in *La mise en œuvre interne de la Convention européenne des droits de l'homme*, Éditions du Jeune barreau de Bruxelles, 1994, p. 44.

88 CC, 22 juillet 2004, n° 136/2004 (jurisprudence constante).

89 A. ALEN et W. VERRIJDT, « Les relations entre la Constitution belge et le droit international et européen », *op. cit.*, p. 44.

principe d'égalité. La Cour a ainsi estimé qu'une règle législative qui méconnaît la liberté de circulation des biens et des services garantie par le droit de l'Union européenne est *ipso facto* contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution puisque, par hypothèse, les producteurs ou prestataires des autres États membres subissent, en raison de pareille règle, une entrave dans leur accès au marché belge⁹⁰.

31. Ce comportement qui témoigne d'une ouverture très large au droit européen et international des droits de l'homme⁹¹ ne doit pas faire oublier que, formellement, la Cour constitutionnelle n'a pas reçu la compétence d'opérer un contrôle de conventionnalité des normes législatives.

Une chose pour la Cour est de s'être ménagé la faculté d'effectuer de tels contrôles de conventionnalité, une autre est de les exercer en suivant docilement toutes les interprétations de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice de l'Union. Cette docilité est une caractéristique majeure des interprétations de la Cour constitutionnelle belge. Sa tendance à faire de la jurisprudence strasbourgeoise l'unique standard de ses évaluations est poussée tellement loin que la doctrine a souligné le danger qu'elle entraîne d'une méconnaissance des protections constitutionnelles spécifiques que le principe de subsidiarité du droit de la Convention européenne des droits de l'homme l'oblige à sauvegarder⁹². On a pu parler d'un « tropisme international déresponsabilisant », même s'il faut relever que la jurisprudence de la Cour en offre heureusement quelques démentis bien motivés par référence à l'incontournable article 53 de la CEDH⁹³. En ce qui concerne le droit de l'Union européenne, l'eurocentrisme de la Cour l'a conduite à gagner le titre de championne dans le classement des fournisseurs de questions préjudicielles parmi ses consœurs⁹⁴.

2.- Dans le contentieux de la répartition des compétences : de l'originalisme à l'interprétation dynamique centrifuge

32. Face aux importantes limites d'une interprétation originaliste de la distribution des compétences en droit belge⁹⁵, la Cour constitutionnelle a dû, dès ses premiers arrêts, construire des principes d'interprétation généraux. Elle l'a fait à

90 Cf. CC, 22 décembre 2010, n° 149/2010.

91 Cette ouverture au droit européen et international est revendiquée par certains de ses membres. Ainsi, par exemple, en 2010, le juge Martens enjoignait ses collègues d'oublier « leurs chauvinismes nationaux, lesquels ne peuvent ressurgir que s'ils nous hissent plus haut que la Cour européenne ne l'exige dans la protection des droits et libertés » (P. MARTENS, « L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *CDPK*, 2010, p. 358). L. Lavrysen et Jan Theunis se demandent si la Cour constitutionnelle n'est pas un « satellite » de la Cour européenne des droits de l'homme (L. LAVRYSEN et J. THEUNIS, « The Belgian Constitutional Court: a satellite of the ECtHR ? », in A. ALEN, V. JOOSTEN, R. LEYSEN et W. VERRIJDT (dir.), *Liberæ Cogitationes, Liber Amicorum M. Bossuyt*, Anvers, Intersentia, 2013, p. 331 et s.).

92 Cf. notamment H. DUMONT et Ch. HOREVOETS, « L'interprétation des droits constitutionnels », *op. cit.*, p. 212-213, 235-238 ; M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 134-135 ; H. DUMONT, « La Constitution, source des sources, tantôt renforcée, tantôt débordée », *op. cit.*

93 Cf. les arrêts cités dans H. DUMONT et Ch. HOREVOETS, *op. cit.*, p. 213.

94 Cf. A. ALEN et W. VERRIJDT, « Les relations entre la Constitution belge et le droit international et européen », *op. cit.*, p. 50-54. V. M. VERDUSSEN, « Le renvoi par les cours constitutionnelles de questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne », in E. CARTIER, L. GAY et A. VIALA (dir.), *La QPC : vers une culture constitutionnelle partagée ?*, Paris, Institut Universitaire Varenne, 2015, p. 261-270.

95 La Cour a bien dû constater en effet que les nombreuses règles qui procèdent à des répartitions de compétences en dentelles induisent des problèmes de délimitation que ces méthodes classiques laissent sans solution.

partir d'un ensemble d'arguments dans lesquels il est malaisé de faire la part de ce qui relève des interprétations historiques, logiques ou téléologiques⁹⁶.

33. Le premier principe, cardinal, qui s'est imposé à elle est celui de l'**exclusivité** des compétences. Le fédéralisme belge se caractérise en effet par l'équipollence des normes législatives : le décret régional ou communautaire a la même valeur que la loi fédérale, il a « force de loi ». Pour éviter tout conflit de norme, il faut qu'un seul législateur soit compétent pour régler une matière déterminée sur un territoire déterminé. La Cour constitutionnelle en déduit que « la répartition des compétences entre les diverses composantes de l'État fédéral repose sur le principe de l'exclusivité qui suppose que toute situation juridique est en principe réglée par un seul et unique législateur. Lorsqu'une réglementation a [...] des liens avec plusieurs attributions de compétence, la Cour doit rechercher où se trouve l'élément prépondérant de la situation juridique réglée »⁹⁷.

34. Mais dès l'origine, la Cour s'est inscrite dans la logique du fédéralisme centrifuge, qui voit chaque réforme de l'État renforcer les compétences des communautés et des régions aux dépens de l'autorité fédérale, en ajoutant au principe de l'exclusivité des compétences celui de l'**autonomie** des collectivités fédérées.

Ce deuxième principe a été exposé comme suit dans un arrêt du 28 juin 1986 : « [l]a réforme institutionnelle intervenue en 1980 a incontestablement approfondi l'autonomie des communautés et appliqué le principe de l'autonomie pour la Région wallonne et la Région flamande. Il faut considérer que le constituant et le législateur spécial, dans la mesure où ils n'en disposent pas autrement, ont attribué aux communautés et aux régions toute la compétence d'édicter les règles afférentes aux matières qui leur ont été transférées. » Le principe d'autonomie confère ainsi une sorte d'atout aux compétences des entités fédérées lorsqu'il faut, conformément au principe de l'exclusivité des compétences, désigner l'unique autorité compétente. On aurait pu penser que la construction de ces principes allait favoriser une doctrine plutôt statique dans le contentieux des règles répartitrices des compétences. Il n'en a rien été pour deux raisons. D'abord parce qu'entre l'affirmation du principe et sa concrétisation dans les cas d'espèce, il y a souvent place pour des raisonnements très contextualisés. Ensuite, l'évolution des pratiques législatives, des rapports de force politiques et des travaux doctrinaux a parfois conduit la Cour à se distancier de ses propres principes généraux d'interprétation aux fins d'épouser ou d'encadrer ces évolutions.

35. Aux côtés du principe de l'autonomie, trois autres principes modalisent le principe fondateur de l'exclusivité des compétences⁹⁸. Les deux premiers introduisent une dimension centripète dans notre fédéralisme centrifuge en imposant des contraintes au législateur qui agit dans la sphère de ses compétences. Il s'agit des principes de l'union économique et monétaire, d'une part, et de la loyauté fédérale, d'autre part.

Le principe de l'**union économique et monétaire** est exprimé dès son arrêt n° 47 du 27 février 1988, dans lequel la Cour a déduit « de la conception globale de l'État qui se dégage des révisions constitutionnelles de 1970 et de 1980 [...] que la nouvelle structure de l'État belge repose sur une union économique et monétaire, c'est-à-dire le cadre institutionnel d'une économie bâtie sur des composantes et

96 Cf. en ce sens T. MOONEN (A), n° 209.

97 CC, not. 21 juin 2000, n° 76/2000, B.4.1. et 28 mai 2009, n° 87/2009, B.10.

98 Sur l'érosion du principe d'exclusivité des compétences, v. C. ROMAINVILLE et M. VERDUSSEN, « The Enforcement of Federal Law in the Belgian Federal State », in A. JAKAB and D. KOCHENOV (eds.), *The Enforcement of EU Law and Values – Ensuring Member States' Compliance*, Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 283-299.

caractérisée par un marché intégré (l'union dite économique) et l'unité de la monnaie (l'union dite monétaire). L'existence d'une union économique implique au premier chef la libre circulation des marchandises et des facteurs de production entre les composantes de l'État. En ce qui concerne les échanges de biens, ne sont pas compatibles avec une union économique les mesures établies de façon autonome par les composantes de l'union – en l'espèce les Régions – qui entravent la libre circulation »⁹⁹. Le principe de l'union économique et monétaire a immédiatement été consacré par la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles¹⁰⁰. Mais, tout comme le principe de l'exclusivité des compétences, ce principe est toutefois érodé par celui de l'autonomie des entités fédérées.

Deuxième principe théoriquement propre à contenir la dynamique centrifuge : la Cour constitutionnelle a progressivement défini les contours du **principe constitutionnel de loyauté fédérale**, dans une démarche audacieuse, preuve éclatante de son dynamisme interprétatif. Selon elle, « le respect de la loyauté fédérale suppose que, lorsqu'elles exercent leurs compétences, l'autorité fédérale et les entités fédérées ne perturbent pas l'équilibre de la construction fédérale dans son ensemble. La loyauté fédérale concerne plus que le simple exercice des compétences : elle indique dans quel esprit il doit avoir lieu. Le principe de la loyauté fédérale oblige chaque législateur à veiller à ce que l'exercice de sa compétence ne rende pas impossible ou exagérément difficile l'exercice, par les autres législateurs, de leurs propres compétences¹⁰¹. » Mais, à nouveau, l'écart entre ce principe et son contrôle est frappant.

Le troisième principe modalisant celui de l'exclusivité des compétences s'inscrit, lui, dans la logique centripète puisqu'il y déroge : l'article 10 de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 permet à une collectivité fédérée d'empiéter sur une compétence fédérale, pour autant que cet empiètement soit nécessaire. La Cour a ajouté deux autres conditions à respecter : il faut que l'incidence de ce dépassement sur la compétence fédérale soit marginale et qu'il intervienne dans une matière qui se prête à un traitement différencié. Ces trois critères autorisent chacun des raisonnements particularistes¹⁰². Mais ici encore, la Cour fait montre d'une grande mansuétude face aux empiètements des entités fédérées¹⁰³.

Ainsi, loin de rester rivée au principe originel de l'exclusivité des compétences, elle en a construit quatre autres et s'est donné ainsi les moyens de les pondérer mutuellement. Force est de constater que, dans ces pondérations, c'est le

99 CC, 47/88, 27 février 1988, 6.B.4.

100 V. X. DELGRANGE (dir.), *L'union économique et l'unité monétaire en Belgique*, Namur-Bruxelles, la Charte, 1993.

101 CC, 18 février 2016, arrêts n° 21/2016, B.12 ; 28 avril 2016, n° 56/2016, B.16.1.

102 Cf. T. MOONEN (B), p. 1011, note 75.

103 L'article 161 de la Constitution, inséré en 1993, réserve à l'autorité fédérale la compétence de créer des juridictions administratives. La Région flamande a toutefois créé différentes juridictions administratives, dont une dans le domaine de l'environnement et de l'urbanisme. La Cour constitutionnelle a validé cette création. Elle accueille ainsi l'argument de la nécessité de disposer en la matière d'une « instance impartiale et indépendante qui disposerait de l'expertise suffisante ». Pourtant, sans la juridiction régionale, le recours atterrirait devant le Conseil d'État, dont on ne conteste pas qu'il présente ces qualités... Selon la Cour, l'impact de la création de cette juridiction n'est que marginal sur le fonctionnement du Conseil d'État fédéral. Pourtant, comme le Conseil d'État le relève lui-même, cette nouvelle juridiction influe de manière importante sur le nombre de recours introduit devant lui et sur l'équilibre entre les contentieux néerlandophone et francophone (CC, 27 janvier 2011, n° 8/2011, B.8.7.2.). « La vérité est que, dans le champ de la nécessité, la Cour s'est contentée, le 27 janvier 2011, de recevoir pour argent comptant les objectifs affichés par le législateur régional flamand, sans opérer l'examen approfondi qui aurait été [...] nécessaire » (D. RENDERS et D. DE VALKENBER, « Où peut aller la justice administrative flamande, en particulier si la coupole n'est pas encore pleine ? », *APT*, 2016/4, p. 568).

principe de l'autonomie favorable à la logique centrifuge qui a souvent pesé plus lourd que les principes concurrents propices aux effets centripètes.

B.- La tendance de la Cour constitutionnelle belge à pratiquer une doctrine particulariste

36. Centrée sur les principes d'égalité et de sécurité juridique, la doctrine *universaliste* enjoint d'appliquer le texte de chaque norme « uniformément à tous les faits compris dans son domaine d'application, *sans exceptions* »¹⁰⁴. La doctrine *particulariste* préfère l'équité à l'égalité de sorte que si l'application stricte du texte au cas concret produit des conséquences jugées injustes, des exceptions doivent être ménagées sur la base de la raison qui justifie la norme au-delà de sa lettre. Pour situer la jurisprudence de la Cour constitutionnelle sous l'angle de cette alternative, on peut faire trois observations qui suggèrent que la Cour a plutôt tendance à privilégier une doctrine particulariste.

37. *Première observation.* La Cour est incitée à pratiquer une doctrine plus universaliste quand elle est saisie de recours en annulation que quand elle l'est sur renvoi préjudiciel, en raison d'une tendance à la concrétisation du contrôle préjudiciel¹⁰⁵. Or la majorité des arrêts sont rendus au contentieux préjudiciel¹⁰⁶. Dans certains domaines du droit, comme celui de la filiation, l'approche extrêmement particulariste de la Cour l'a amenée à déclarer inconstitutionnelles de nombreuses normes législatives en raison de leurs conséquences dans certains cas particuliers¹⁰⁷.

38. *Deuxième observation.* Aussi bien dans le domaine des règles répartitrices des compétences entre la collectivité fédérale et les collectivités fédérées que dans celui des droits fondamentaux, la Cour a dû construire des principes d'interprétation généraux comme ceux de l'exclusivité des compétences, de la territorialité ou des pouvoirs implicites ou ceux de l'égalité, de la légalité ou de la proportionnalité des restrictions admissibles aux droits fondamentaux.

Certains de ces principes sont formulés de manière à rendre leur application nécessairement casuistique. Au contentieux des conflits de compétence, il en est ainsi, comme on l'a montré plus haut, de la théorie des pouvoirs implicites. Au contentieux des droits fondamentaux, entre la formulation d'un principe très général comme celui de l'égalité (formulation stable issue du reste de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme) et sa concrétisation, il y a un passage qu'une motivation précise devrait éclairer. Or il n'est pas rare que cet éclairage soit franchement déficitaire¹⁰⁸.

Dans sa thèse, Tom Moonen recense un grand nombre d'arrêts qui souffrent d'une motivation trop condensée ou trop équivoque¹⁰⁹. Si ces silences ou ces approximations s'expliquent souvent par les probables divisions internes à la Cour, ils cachent aussi des raisonnements très contextualisés. Il est également manifeste que la Cour fera montre d'une beaucoup plus grande rigueur dans l'application des principes lorsque l'enjeu ne dépasse guère le périmètre du litige et ne met pas en

104 Cf. R. GUASTINI, « L'interprétation de la Constitution », *op. cit.*, p. 484 (souligné par cet auteur).

105 V. *supra*.

106 En 2016, la Cour a rendu 110 arrêts sur question préjudicielle sur 52 au contentieux de l'annulation (Rapport annuel 2016, p. 49, www.const-court.be).

107 Cette jurisprudence présente des traits similaires à celle des « automatismes législatifs » de la Cour constitutionnelle italienne : la norme législative est remise en question non pas parce qu'elle est trop spécifique mais au contraire en raison de sa généralité.

108 Cf. en ce sens T. MOONEN (A), n° 205.

109 Cf. T. MOONEN (B), p. 1018-1020 ; T. MOONEN (A), p. 271-278.

péril les fragiles équilibres sur lesquels repose l'État belge : elle privilégie alors une interprétation particulariste de ces principes, qui implique un contrôle à géométrie variable.

Pour illustrer le propos, on peut évoquer les différences d'intensité du contrôle exercé par la Cour dans la matière du financement de l'enseignement¹¹⁰. Dans l'enseignement obligatoire, cette question fait l'objet de tensions entre les établissements officiels (publics) et libres (privés), ces derniers ne recevant que des subventions qui ne correspondent pas totalement aux dotations des écoles des communautés. Cette situation résulte du difficile compromis issu du Pacte scolaire qui, en 1958, a mis fin aux guerres scolaires encore très vivaces dans la mémoire collective¹¹¹. En revanche, toutes les universités, qu'elles soient officielles ou libres, sont financées de manière égale, en fonction du nombre d'étudiants¹¹². Appliquant le principe d'égalité, la Cour constitutionnelle s'inspire directement de la méthode adoptée par la Cour européenne des droits de l'homme. Pourtant, à propos du financement des écoles, matière sensible par excellence, lorsqu'elle doit aborder le critère de la nécessité, elle s'estime incompétente pour « vérifier si l'objectif recherché par le législateur [...] ne pourrait pas être réalisé d'une autre manière », renonçant par-là à la recherche de la voie la moins dommageable¹¹³. Mais, confrontée à une différence de traitement dans l'enseignement universitaire, matière moins sensible, elle s'engage au contraire dans cette voie et conduit donc son contrôle plus loin¹¹⁴.

39. *Troisième observation.* Nous avons vu aussi que la Cour ne se sent pas toujours systématiquement liée par ses propres principes. La distance déjà relevée qu'elle a progressivement prise avec celui de l'exclusivité des compétences offre un exemple très frappant de cette liberté. Elle se ménage alors un espace de pouvoir discrétionnaire propice à des approches aussi particularistes qu'imprévisibles. Dans certains cas, la doctrine est obligée de dénoncer de véritables incohérences.

C.- L'oscillation de la Cour constitutionnelle belge entre *judicial restraint* et *judicial activism*

40. La doctrine du *judicial restraint* préconise de ne déclarer une loi inconstitutionnelle que si son inconstitutionnalité s'impose de manière évidente, sans discussion possible. Sont dès lors favorisées les interprétations littérales (quitte à constater des lacunes qui laissent le législateur libre d'agir à sa guise¹¹⁵) ou celles

110 V. X. DELGRANGE, « L'égalité dans l'enseignement à la lecture de la jurisprudence de la Cour d'arbitrage », in *Quels droits dans l'enseignement ? Enseignants, parents, élèves*, Actes du colloque de Namur des 13 et 14 mai 1993, Namur-Bruxelles, la Charte, 1994, p. 51-92.

111 V. M. EL BERHOUMI, *Le régime juridique de la liberté d'enseignement à l'épreuve des politiques scolaires*, Bruxelles, Bruylant, 2013 ; du même auteur, « VIII.1. – Le droit au subventionnement et l'égalité en matière de financement » in X. DELGRANGE, L. DETROUX et M. EL BERHOUMI (dir.), *Les Grands arrêts en droit de l'enseignement*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 619-633 ; X. DELGRANGE, « La gratuité de l'enseignement obligatoire au regard du droit international des droits de l'homme. Audition devant le groupe de travail "Démocratie scolaire, gratuité et qualité de la vie à l'école" du Pacte pour un enseignement d'excellence », *Rev. b. dr. const.*, 2016/1, p. 7-25.

112 V. L. DETROUX, « Les principes du financement de l'enseignement supérieur en Communauté française », *Bull. doc. SPF Finances*, 2009/4, p. 139-165, https://financien.belgium.be/sites/default/files/downloads/BdocB_2009_Q4f_Detroux.pdf

113 CC, 2 avril 1992, n° 25/92, 4.B.7.

114 CC, 27 janvier 1993, n° 8/93, B.3.2.

115 Il convient de préciser que lorsque la Cour a recours au mécanisme des « lacunes auto-réparatrices » (par lequel la Cour habilite la juridiction de renvoi sur question préjudicielle à combler la lacune constatée), elle ne fait pas spécialement preuve de *judicial restraint*, particulièrement lorsque l'extension du régime juridique n'est pas requise, ou permise, par le droit en vigueur.

fondées sur les intentions supposées du constituant ou encore celles qui s'alignent fidèlement sur les précédents de la juridiction. La doctrine du *judicial activism* se soucie, elle, d'abord et avant tout de servir certaines valeurs comme l'exigence de justice, les droits des justiciables ou les droits des minorités, de sorte que les juges ne devraient pas se laisser enfermer dans les contraintes juridiques invoquées par la doctrine inverse. Ils sont plutôt invités à se tourner vers l'interprétation évolutive ou vers « la construction de normes implicites à partir des principes constitutionnels »¹¹⁶, ceux-ci pouvant régler toutes les questions constitutionnelles sans lacune. Six observations vont nous permettre de rendre compte de l'oscillation de la Cour entre ces deux approches.

41. *Première observation.* Il est notoire, comme nous l'avons déjà constaté à propos du Pacte scolaire, que la Cour a tendance à se montrer particulièrement prudente et respectueuse des choix politiques du législateur chaque fois qu'il est question d'une loi issue d'un accord politique important, sinon crucial, pour les équilibres de la « démocratie consociative » ou de « concordance » belge, même si les vices de constitutionnalité allégués sont très plausibles. Tout comme la « paix scolaire », la « paix communautaire », à propos des relations entre les Communautés flamande et française dont se compose l'État, a aussi été qualifiée par la Cour constitutionnelle d'objectif « supérieur » du législateur propre à justifier de sérieuses atteintes au principe d'égalité. Le souci de ne pas mettre en cause la « paix sociale » explique également que la Cour ait laissé intact un système de contrôle des conventions collectives de travail dont on peut penser qu'il est objectivement discriminatoire¹¹⁷.

42. *Deuxième observation.* Au-delà du cas particulier de ces accords politiques sensibles que l'on vient d'évoquer, de manière plus générale, on doit constater que la Cour constitutionnelle, comme ses consœurs du reste, a tendance à observer une retenue de principe dans l'exercice de ses pouvoirs de contrôle, consciente qu'elle est de ne disposer ni du titre ni de la légitimité pour censurer les choix proprement politiques des législateurs qui ne sont pas manifestement inconstitutionnels¹¹⁸. Plusieurs juges de la Cour ont affirmé expressément ce souci de respecter *a priori* la volonté des élus et la façon dont ils interprètent la Constitution¹¹⁹. La jurisprudence elle-même confirme cette prudence¹²⁰.

Dans le contentieux des droits fondamentaux, il est rare que la Cour se réfère explicitement aux interprétations que le législateur procure à la Constitution. Mais elle use souvent du critère de l'inconstitutionnalité manifeste¹²¹. Ainsi quand elle applique le principe de proportionnalité aux ingérences dont les droits fondamentaux peuvent faire l'objet, elle recourt au critère du manifestement

116 Cf. R. GUASTINI, « L'interprétation de la Constitution », *op. cit.*, p. 485.

117 Sur les arrêts relatifs à ces enjeux, v. H. DUMONT et Ch. HOREVOETS, « L'interprétation des droits constitutionnels », *op. cit.*, p. 210-212 et 232-234 et CIRC, « La Cour d'arbitrage et Saint-Polycarpe : un brevet de constitutionnalité mal motivé », *JT*, 2003, p. 521-537.

118 V. C. MÖLLERS, *The Three Branches. A Comparative Model of Separation of Powers*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

119 V. les écrits des juges Arts, Wasseige, Suetens, Bossuyt et Martens cités par T. MOONEN (A), n° 153-155. V. aussi la doctrine de la référendaire M.-F. RIGAUX, « Le contrôle de l'opportunité exercé par la Cour d'arbitrage et le pouvoir discrétionnaire du législateur », in *Mélanges Jacques Van Compernelle*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 591-609.

120 Cf. not. CC, 19 décembre 1991, n° 39/91, 6.B.8 ; 7 février 2001, n° 10/2001, B.4.6. En revanche, on ne rangera pas dans les indices d'une doctrine de *judicial restraint* la technique de l'interprétation conciliante qui permet de sauvegarder la constitutionnalité de la norme en lui procurant une interprétation « conforme » ou « neutralisante ». En effet, sur le fond, une interprétation dite « conciliante » peut fort bien se révéler très opposée à celle que le législateur entendait privilégier. Cf. en ce sens T. MOONEN (A), n° 144-145.

121 Cf. en ce sens T. MOONEN (A), n° 158.

déraisonnable¹²². Dans son contrôle de l'égalité, on observe la même réserve au profit du législateur en cause. *Primo* : la légitimité du but de la mesure examinée telle qu'elle apparaît dans les travaux préparatoires n'est jamais mise en cause. *Secundo* : il est rare que la Cour conteste les explications par lesquelles le législateur justifie l'adéquation de la mesure au but poursuivi. *Tertio* : la Cour s'est finalement reconnu le pouvoir de vérifier le respect du critère de la nécessité, qui implique l'obligation pour le législateur de préférer la mesure la moins intrusive pour la liberté¹²³. Cependant, elle demeure très hésitante à réellement mettre en œuvre ce test de nécessité, comme l'illustre notamment l'arrêt n° 124/2016 du 6 octobre 2016, où elle estime que « lorsque, dans une matière qui touche à des intérêts économiques divergents, le législateur a choisi la solution qu'il a considérée comme étant la plus favorable à l'intérêt général, la Cour ne pourrait censurer ce choix que s'il était manifestement déraisonnable ou que s'il portait une atteinte manifestement disproportionnée aux intérêts d'une catégorie de personnes » (B.14). *Quarto* : quant au critère de la proportionnalité *stricto sensu* qui fait intervenir des éléments aussi disparates que le contexte juridique et socio-économique de la norme, le degré de l'ingérence, la nature du droit en cause, l'analyse du législateur lui-même et l'intérêt général, il est aussi apprécié avec retenue¹²⁴. *Quinto* : lorsque l'application de la rigueur juridique à un cas d'espèce aurait des conséquences trop lourdes, en matière budgétaire ou sur la scène internationale, il est arrivé que la Cour se réfugie derrière des arguments comme celui de l'intérêt à agir. Ainsi, en avril 2016, la Cour a évité l'annulation d'une loi donnant assentiment au Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire réclamée par la Ligue des droits de l'homme, des syndicats et des citoyens, en considérant qu'aucune des parties requérantes ne démontrait un intérêt suffisant¹²⁵.

43. *Troisième observation*. De manière générale, sur la question des relations de primauté entre Constitution, traités internationaux et droit européen, la Cour constitutionnelle a, jusqu'ici, fait preuve d'une grande retenue dans le contrôle de constitutionnalité des traités. Si elle a toujours défendu le principe de la primauté de la Constitution, la Cour fait preuve de la plus grande retenue – quitte à accueillir des objections d'irrecevabilité avec un empressement inhabituel, comme on vient de le voir – quand elle est invitée à contrôler la constitutionnalité d'un traité par le biais de sa loi d'assentiment de sorte qu'aucune censure n'est intervenue jusqu'à présent. On doit toutefois nuancer cette déférence, dès lors que, dans un *obiter dictum* de

122 Cf. *ibidem*, n° 158-159. Sur une éventuelle évolution de la jurisprudence de la Cour vers un contrôle plus approfondi, marqué par la disparition de l'adverbe « manifestement » dans l'exposé de sa méthode de raisonnement, cf. J. SPREUTELS, *op. cit.*, p. 26, note 93. *Contra* CC, 6 juillet 2017, n° 85/2017, B.14 ou CC, 19 juillet 2017, n° 96/2017, B.11.

123 À vrai dire, le précédent cité par le président J. SPREUTELS, *op. cit.*, p. 26, à l'appui de cette intégration dans le contrôle de la proportionnalité, au titre de la nécessité, de la recherche de la voie la moins dommageable n'est lui-même guère convaincant : cf. CC, n° 132/2005 du 19 janvier 2005, B.5.6. : « Selon les parties requérantes, le législateur aurait également pu, aux fins de lutter contre les abus dans les établissements crématoires privés, opter pour un renforcement du contrôle, sans exclure l'initiative privée indépendante pour leur création et leur exploitation. Rien ne permet cependant à la Cour d'affirmer avec certitude que les mesures alternatives suggérées par les parties requérantes auraient permis d'atteindre les objectifs poursuivis par le législateur décréteur. Il n'appartient pas à la Cour de censurer le choix du législateur décréteur, dès lors que celui-ci est justifié par des considérations qui ne sont pas manifestement déraisonnables. »

124 Cf. T. MOONEN (A), *op. cit.*, n° 160-161. Pour d'autres manifestations d'un contrôle marginal, au sujet de l'autonomie locale, du concept de droit politique, de l'autonomie du juge répressif, des délégations au pouvoir exécutif et des droits sociaux, v. *ibidem*, n° 162.

125 CC, 28 avril 2016, n° 62/2016. V. M. EL BERHOUMI, L. DETROUX, J. CLARENNE, P.-O. de BROUX, H. LEROUXEL, Y. MOSSOUX, C. NENNEN, C. RIZCALLAH, N. TULKENS, S. VAN DROOGHENBROECK, D. VAN ECKHOUTTE et J. VAN MEERBEECK, « La Cour constitutionnelle face au Pacte budgétaire européen : un arrêt sans intérêt ? », *JT*, à paraître.

l'arrêt du 28 avril 2016 précité, la Cour, sur un ton inhabituellement viril, formule un embryon de théorie des réserves de constitutionnalité, en considérant que l'article 34 de la Constitution (qui concerne les transferts de compétences vers les instances européennes et internationales) « ne peut être réputé conférer un blanc-seing généralisé, ni au législateur, lorsqu'il donne son assentiment au traité, ni aux institutions concernées, lorsqu'elles exercent les compétences qui leur ont été attribuées. L'article 34 n'autorise en aucun cas qu'il soit porté une atteinte discriminatoire à l'identité nationale inhérente aux structures fondamentales, politiques et constitutionnelles ou aux valeurs fondamentales de la protection que la Constitution confère aux sujets de droit »¹²⁶.

44. *Quatrième observation.* Elle confirme que la tendance au *judicial restraint* connaît des exceptions notables. Dans plusieurs situations, il arrive en effet que la Cour se départît de cette politique de prudence et de modération. Elle est encline à se montrer plus audacieuse tout d'abord quand le législateur ne prend pas la peine de justifier les raisons pour lesquelles il prend quelques libertés discutables avec les principes constitutionnels. Elle est aussi plus sévère lorsque cette sévérité n'a pas d'incidences budgétaires trop lourdes. Elle est plus audacieuse encore lorsque l'application docile du droit conduirait tout droit à une impasse. Ainsi, lorsque deux matières relevant de législateurs différents sont trop imbriquées pour pouvoir être réglées unilatéralement, la Cour va jusqu'à leur imposer, au nom de la loyauté fédérale, l'adoption d'une réglementation commune par le biais d'accords de coopération¹²⁷. C'est aussi le cas lorsque certains droits fondamentaux sont atteints, notamment quand la sphère privée du citoyen est menacée¹²⁸ ou quand des critères de discrimination suspects sont employés. La doctrine n'est pas toujours en mesure de trouver l'explication cohérente de ces variations dans l'intensité des contrôles opérés¹²⁹.

Il faut relever que ces poussées d'activisme jurisprudentiel ont même pu atteindre des lois qui touchent aux équilibres de la démocratie consociative. Ainsi, dans le domaine des conflits communautaires, l'arrêt n° 73/2003 du 26 mai 2003 – jugé très sévèrement par la doctrine francophone¹³⁰ – relatif à la circonscription électorale de Bruxelles-Hal-Vilvorde (BHV) a montré que la Cour peut parfois remettre en cause des compromis particulièrement délicats, quitte à provoquer des tensions politiques majeures¹³¹. Dans deux arrêts touchant aux contentieux idéologiques et philosophiques, la Cour s'est également montrée capable de remettre en cause des normes directement liées à des accords politiques aussi historiques que

126 CC, 28 avril 2016, n° 62/2016, B.8.4. V. sur le droit dérivé de l'Union européenne comme cause de justification d'inconstitutionnalité P. NIHOUL, « Le droit dérivé de l'Union européenne, justification d'une législation prétendument inconstitutionnelle ? », in *Les visages de l'État. Liber amicorum Yves Lejeune*, P. D'ARGENT, D. RENDERS et M. VERDUSSEN (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 614-620.

127 CC, not. 25 janvier 1990, n° 7/90, 2.B.3 ; 14 juillet 2004, n° 132/2004, B.6.2 ; 18 octobre 2001, n° 128/2005, B.6.4 ; 8 novembre 2006, n° 163/2006, B.10.

128 Il est intéressant de constater que la Cour de justice de l'Union européenne fait également preuve d'un activisme judiciaire particulièrement aigu sur la même question de la protection de la vie privée, en particulier des données personnelles.

129 Cf. T. MOONEN (A), n° 165. V. également sur les variations dans le contrôle des droits fondamentaux : P. POPELIER, « Het evenredigheidsbeginsel in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof : tussen grondrechtenbescherming en scheiding der machten », in *Liège, Strasbourg, Bruxelles : parcours des droits de l'homme. Liber amicorum Michel Melchior*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, p. 173, 192-194.

130 Cf. J.-Cl. SCHOLSEM, « Des "principes" et de l'usure du temps », *J.L.M.B.*, 2003, liv. 27, p. 1165-1176 ; M. VERDUSSEN, *Les douze juges – La légitimité de la Cour constitutionnelle*, Bruxelles, Labor, 2003, p. 76.

131 V. C. C., 26 mai 2003, n° 73/2003 ; B. BLÉRO, « Bruxelles-Hal-Vilvorde, couronne d'épines de l'État fédéral belge ? », *Pouvoirs*, n° 136, p. 112 et s.

les Pactes culturel et scolaire¹³². Compte tenu de la tendance générale au *judicial self restraint* de la Cour, il semble que l'on ne peut expliquer, en dernière instance, ces censures audacieuses infligées au législateur fédéral que par un facteur extra-juridique, à savoir l'évolution des esprits parmi ce que les sociologues appellent « la fraction dominante de l'opinion publique »¹³³. Dans l'arrêt BHV n° 73/2003, il faut toutefois remarquer qu'en se montrant plus attentive aux attentes de l'opinion publique d'une des deux communautés, elle a failli à sa fonction de pacification et d'arbitrage.

44 bis. *Cinquième observation.* Dans le contentieux des règles répartitrices des compétences, il faut relever que quand le *self restraint* de la Cour a bénéficié au législateur d'une région ou d'une communauté bien déterminée, une autre région ou une autre communauté peut être tentée de dénoncer l'exercice d'un activisme discutable, préjudiciable à ses intérêts et à ceux de ses habitants. Cette perception par l'autre collectivité d'un activisme de mauvais aloi devient celle d'une injustice lorsqu'elle subit, en comparaison, un contrôle plus sévère exercé sur son décret ou son ordonnance. Tel est par exemple le sentiment qui a été éprouvé par la Région de Bruxelles-Capitale quand la Cour a censuré une de ses initiatives qui visait à pallier le manque de moyens des autorités communautaires francophones (la Communauté française et la Commission communautaire française) par le financement à sa charge de la construction de bâtiments scolaires et de crèches. La Cour a invoqué le principe du fédéralisme financier qui veut qu'une autorité ne peut financer des politiques qui ne sont pas de sa compétence alors que, par comparaison avec d'autres affaires concernant une autre collectivité dans lesquelles la Cour s'est montrée bien moins exigeante, il y va d'une interprétation particulièrement stricte de ce principe et, en outre, d'une interprétation étonnement lâche de l'intérêt de la requérante¹³⁴.

44 ter. *Sixième observation.* Un dernier terrain privilégié du *judicial activism* de la Cour concerne l'interprétation de ses propres règles de compétence. Ce phénomène-là est banal : il est pratiquement inhérent à toute institution. Il est notoire en tout cas que la Cour a fait preuve d'imagination pour élargir le bloc de constitutionnalité et, partant, pour étendre son contrôle au-delà des limites qui lui étaient formellement imparties, succombant ainsi à une tentation « boulimique »¹³⁵. Le résultat le plus frappant de cette interprétation extensive consiste en l'intégration des normes internationales et européennes dans l'ensemble des règles confiées à son pouvoir de contrôle¹³⁶. Elle s'est appuyée pour ce faire sur deux techniques – la méthode conciliatoire ou « du tout indissociable » et la méthode combinatoire déjà évoquées.

132 V. sur l'arrêt n° 65/93 du 15 juillet 1993 qui censure une disposition de la loi du Pacte culturel H. DUMONT et X. DELGRANGE, « La loi du pacte culturel et la directive de l'équilibre idéologique et philosophique dans les nominations : sagesse ou monstruosité ? », *JT*, 1994, p. 2-12 ; et sur l'arrêt n° 34/2015 du 12 mars 2015 qui censure une norme du Pacte scolaire X. DELGRANGE, « Le sort du cours de morale : activisme juridictionnel contre attentisme politique », observations sous C.E., arrêt n° 226.627 du 6 mars 2014, de Pascale et de Thier, et CC, arrêt n° 34/2015 du 12 mars 2015, *Administration publique*, 2015/2, p. 241-265.

133 Dans ces cas, la Cour considère qu'il est préférable de mettre sa jurisprudence au diapason des tendances profondes de la société, de manière à ne pas se situer « never too far ahead or behind » (B. FRIEDMAN, « Dialogue and Judicial Review », *Michigan Law Review*, vol. 91, 1993, p. 678).

134 V. X. DELGRANGE et M. EL BERHOUMI, « Le découpage des compétences régionales et communautaires à Bruxelles ou la tentation de la transgression », in P.-O. de BROUX, B. LOMBAERT et D. YERNAULT, *Le droit bruxellois, un bilan après 25 ans d'application (1989-2014)*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 76-83.

135 J.-C. SCHOLSEM, « La Cour d'arbitrage », *Rev. dr. ULB*, 1999, n° 20, p. 237.

136 V. la synthèse de A. ALEN et W. VERRIJDT, « Les relations entre la Constitution belge et le droit international et européen », *op. cit.*, p. 31-54 (cf. surtout n° 20 à 26).

IV.- LA LÉGITIMITÉ DE L'INTERPRÉTATION DES JUGES CONSTITUTIONNELS

45. Nous aborderons la légitimité de l'interprétation des juges constitutionnels sous trois aspects : le concept de gouvernement des juges et la place des contraintes argumentatives (A), l'exigence de motivation (B) et les contre-pouvoirs interprétatifs (C).

A.- La Cour constitutionnelle, épargnée par l'accusation du « gouvernement des juges »¹³⁷

46. En Belgique, la Cour constitutionnelle est relativement préservée de l'accusation de gouverner, au contraire de la Cour de cassation et du Conseil d'État¹³⁸. Cela peut paraître paradoxal dans la mesure où une partie du monde politique a tout fait pour éviter l'institution d'une juridiction constitutionnelle et lui refuse toujours une compétence relative à l'intégralité de la Constitution, en brandissant justement le fameux spectre du gouvernement des juges¹³⁹. En outre, vu leurs compétences respectives, le rôle de la Cour constitutionnelle est encore plus politique que celui des deux autres juridictions suprêmes. Comment est-elle parvenue à rassurer le politique alors que les deux autres provoquaient son ire ? Deux éléments de réponse peuvent être avancés.

Le premier réside dans sa composition qui a été soigneusement dosée (*supra* I). La parité « d'origine » est le plus souvent avancée pour garantir que la Cour constitutionnelle est prémunie contre toute tentation de se muer en gouvernement des juges¹⁴⁰. Comme le relèvent Thierry Giet – président du Parti socialiste devenu juge à la Cour constitutionnelle – et Géraldine Rosoux – référendaire à la Cour constitutionnelle –, « cette représentation inédite¹⁴¹ de la fonction législative, par un

¹³⁷ On relèvera d'abord que l'expression « gouvernement des juges » est inadéquate. Christophe Möllers, en particulier, a montré que, s'il y a une incontestable montée en puissance du pouvoir des juges, et en particulier des juges constitutionnels, et s'il est vrai qu'il existe de bonnes raisons de rester critique à l'égard des compétences des juges et de débattre de leur légitimité politique, on ne peut qualifier ce pouvoir de « gouvernement ». Si elles ne gouvernent pas, l'œuvre des juridictions constitutionnelles peut potentiellement poser un problème de légitimité. En effet, il s'agit de juridictions indépendantes, qui vont être amenées, au terme d'une procédure judiciaire enclenchée par des individus, à suspendre ou annuler des lois, c'est-à-dire à prendre des décisions qui, en principe, nécessitent une forme de légitimité démocratique (C. MÖLLERS, *The Three Branches...*, *op. cit.*, p. 128). Les juridictions constitutionnelles doivent donc être appréhendées comme des institutions hybrides « that are misunderstood by being pressed into either one of two schemes: the judicial court scheme or the scheme of majoritarian power politics. As it is the central function of constitutions to bridge the relation between law and politics in a way that protects the differences between them, constitutional courts cannot be categorized by reference to only one of these two » (C. MÖLLERS, *ibid.*, p. 142).

¹³⁸ Faut-il toutefois citer le récent brûlot lancé par Alain ZENNER, avocat et ancien sénateur, selon qui « à peine installés, les juges de l'ex-Cour d'arbitrage s'arrogeaient des pouvoirs que le constituant ne leur avait pas conférés (...) ». Cela s'appelle un coup d'État » (« Gouvernement des juges : le coup d'État permanent », *La Libre Belgique*, 4 mai 2017, p. 44). V. la réponse cinglante de D. de CALLATAÏ, « Gouvernement des juges, vraiment ? », *JT*, 2017, p. 355-356.

¹³⁹ V. M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 67 ; M.-F. RIGAUX, « La nécessité d'un contrôle global de constitutionnalité : l'extension des compétences de la Cour constitutionnelle », *RBDC*, 2013/1, p. 53-66 ; T. GIET et G. ROSOUX, « Du rôle intrinsèquement politique du juge constitutionnel belge. Brèves réflexions sur un lieu commun », in *Les juges : décideurs politiques ?*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 277-308, sp. p. 278-279.

¹⁴⁰ V. not. C. BERX, *Rechtsbescherming van de burger tegen de overheid*, Antwerpen, Intersentia, 2000, p. 246 ; P. POPELIER, « Constitutionele toetsing van wetgeving in België », *T.v.W.*, 2006/3, p. 273.

¹⁴¹ Note 65 de l'article de J. SOHIER, « L'impartialité du juge constitutionnel en question – "Justice must not only be done, it must also be seen to be done" », *I.D.j.*, 1994/7, p. 579, note 3 : « À titre

quota de moitié d'anciens parlementaires [...], au sein même de la juridiction constitutionnelle belge constitue, depuis l'origine, la condition *sine qua non* de la création de la Cour, une juridiction constitutionnelle n'ayant été acceptée en Belgique qu'avec la garantie qu'elle ne serait pas abandonnée à de "purs" juristes¹⁴². » Thierry Giet et Géraldine Rosoux estiment en outre que les anciens parlementaires « se révèlent parfois, paradoxalement, moins déférents envers le législateur que les juges constitutionnels nommés en qualité de "purs" juristes »¹⁴³. Tout est évidemment dans le « parfois ».

Le second élément qui permet à la Cour d'éviter l'accusation de gouvernement des juges doit être trouvé dans sa jurisprudence, généralement considérée comme plutôt empathique à l'égard des pouvoirs politiques (*supra* II). Un exemple révélateur de cette attitude a été offert à l'occasion de la cinquième réforme de l'État, dite de la Saint-Polycarpe, survenue en 2001. La Constitution n'étant à cette époque pas ouverte à révision, la réforme ne pouvait se faire que par une modification des lois spéciales. Il était notamment prévu de régionaliser par ce biais les compétences relatives aux pouvoirs locaux. La section de législation du Conseil d'État s'y est opposée, estimant que la Constitution réserve cette matière à l'autorité fédérale¹⁴⁴. Au terme d'un raisonnement particulièrement critiqué¹⁴⁵, la Cour constitutionnelle a néanmoins validé la réforme¹⁴⁶. La section de législation du Conseil d'État a subi les foudres du politique et s'est vue menacée de perdre une part substantielle de ses compétences¹⁴⁷, tandis que la Cour constitutionnelle était encensée¹⁴⁸.

47. Il est permis de ne pas partager sans réserve cet enthousiasme. Comme on l'a souligné dans la première section de cette étude, l'une des sources les plus importantes de la légitimité de l'interprétation des juges constitutionnels procède de l'approche argumentative du droit qu'elle doit développer, et des contraintes de justification qui s'adressent aux juridictions. La qualité, la clarté et la pertinence des arguments juridiques mobilisés dans l'interprétation des juridictions constitutionnelles, et le caractère non partisan de ses jugements, c'est-à-dire de

de comparaison, les anciens présidents de la République sont membres de droit du Conseil constitutionnel ; aux États-Unis, les membres de la Cour suprême sont souvent d'anciens gouverneurs nommés principalement en fonction de leur passé politique. Il n'existe cependant, à notre connaissance, aucun autre exemple où un quota déterminé du nombre de sièges de juge à la Cour constitutionnel doit être attribué, comme chez nous, à des mandataires politiques » ; M. VERDUSSEN et N. CARDON DE LICHTBUER, « L'empreinte des juridictions constitutionnelles européennes sur l'aménagement de la Cour d'arbitrage de Belgique », in *Liber amicorum Jean-Claude Escarras – La communicabilité entre les systèmes juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 267-278, ici p. 270.

142 T. GIET et G. ROSOUX, « Du rôle intrinsèquement politique du juge constitutionnel belge... », *op. cit.*, p. 289.

143 *Ibid.*, p. 289.

144 V. X. DELGRANGE, « Les matières réservées. Faut-il choisir entre rationalité et constitutionnalité ? », in F. DELPÉRÉE (dir.), *Les lois spéciales et ordinaire du 13 juillet 2001, la réforme de la Saint-Polycarpe*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 45-66, sp. p. 52-56.

145 V. not. M. VERDUSSEN, *Les douze juges – La légitimité de la Cour constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 67.

146 CC, 25 mars 2003, n° 35/2003.

147 V. F. DELPÉRÉE, « Dix remarques en guise de conclusion », in *Les lois spéciales et ordinaire du 13 juillet 2001, la réforme de la Saint-Polycarpe*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 246-247 ; H. DUMONT et F. TULKENS, « La section de législation du Conseil d'État : un acteur constitutionnel indispensable pour une bonne gouvernance », in L. WINTGENS, *La compétence d'avis du Conseil d'État*, Brugge, die Keure, 2003, p. 137-143 ; M. UYTENDAELE, « Les matières réservées ou l'agonie bienvenue d'une fiction », *APT*, 2002, p. 159.

148 M. UYTENDAELE, « Conclusions générales », in *Les accords du Lambermont et du Lombard, approfondissement du fédéralisme ou erreur d'aiguillage ?*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 531-532.

l'absence de parti pris, en faveur des requérants ou du gouvernement, revêtent une importance capitale¹⁴⁹.

Paraphrasant Danièle Lochak, le CIRC (Centre interdisciplinaire de recherches constitutionnelles) avait relevé à propos de l'arrêt Polycarpe qu'« un double danger menace le fragile équilibre qui commande les rapports entre le pouvoir politique et le juge constitutionnel. On a très souvent aperçu le premier : que le juge fasse prévaloir ses propres vues, remettant ainsi en cause le principe démocratique qui exige que la responsabilité des affaires publiques soit assumée par des organes représentatifs, investis de la confiance du peuple. On a moins souvent identifié le second danger, qui est celui d'une trop grande soumission du juge au pouvoir politique, alors que le juge doit jouir d'une indépendance suffisante pour accomplir sa mission avec impartialité et imposer aux autorités politiques le respect du droit »¹⁵⁰. Or, pour la Cour constitutionnelle belge, le risque de l'illégitimité provient plutôt de la grande déférence qu'elle manifeste pour les accords politiques ou institutionnels fragiles (déjà documentée *supra*) et par rapport auxquels elle refuse, sauf exception, d'exercer un contrôle strict de constitutionnalité. La Cour peut alors se voir reprocher une interprétation partisane, en faveur du gouvernement.

Une critique identique peut être adressée à certains arrêts intervenant dans la matière des droits fondamentaux, lorsque les enjeux sociétaux sont d'une ampleur telle qu'ils semblent paralyser la Cour. Les arrêts validant l'interdiction du voile à l'école¹⁵¹ ou de la burqa dans l'espace public¹⁵² sont d'une telle pauvreté argumentative – tout en respectant *prima facie* les étapes d'un test de proportionnalité qui peut rapidement être privé d'effet utile – qu'ils révèlent que la Cour ne se soucie guère de protéger les minorités, ni même de les convaincre de se rallier aux pratiques dominantes, mais ont plus pour objet de satisfaire la majorité, oubliant par là leur raison d'être, qui est justement de s'assurer que la loi est adoptée par la majorité mais dans le respect de la Constitution et de la minorité.

B.- La motivation des arrêts

48. Dans le faisceau de facteurs qui déterminent le degré de légitimité d'une Cour constitutionnelle¹⁵³, la déficience de la motivation, qu'elle conduise à une validation ou à une invalidation, joue un rôle prépondérant, même si l'on y est plus ou moins sensible selon l'accueil réservé à ses décisions dans l'opinion publique. Ainsi, le juge revêt certainement les habits du législateur lorsqu'il renonce à protéger le citoyen pour valider des compromis politiques sans motivation suffisante.

49. Sur ce point, on remarquera d'abord la volonté de la Cour de s'inscrire dans une approche pédagogique. Selon Jean Spreutels, l'actuel président francophone de la Cour constitutionnelle, « sur le plan formel, la Cour a voulu, en choisissant le

149 C. MÖLLERS, *The Three Branches...*, *op. cit.*, p. 128.

150 Le CIRC, « La Cour d'arbitrage et Saint-Polycarpe : un brevet de constitutionnalité mal motivé », *JT*, 2003, n° 6103, p. 521 et s.

151 CC, 15 mars 2011, n° 40/2011. V. M. EL BERHOUMI, « Foulard à l'école : le Conseil d'État clôt la saga carolorégienne », *APT*, 2013/4, p. 383-409 ; G. NINAME et J. RINGELHEIM, « IV.1. – La neutralité de l'enseignement officiel », in X. DELGRANGE, L. DETROUX et M. EL BERHOUMI (dir.), *Les Grands arrêts en droit de l'enseignement*, *op. cit.*, p. 193-241.

152 CC, 6 décembre 2012, n° 145/2012. V. X. DELGRANGE et M. EL BERHOUMI, « Pour vivre ensemble, vivons dévisagés. Le voile intégral sous le regard des juges constitutionnels belge et français », observations sous Cons. const. fr., 7 octobre 2010 et CC, 6 décembre 2012, n° 145/2012, *Rev. trim. dr. b.*, 99/2014, p. 635-661. Dans l'arrêt en suspension, la Cour s'était même permis d'inviter la requérante à une certaine forme de désobéissance civile (X. DELGRANGE, « La désobéissance civile, seul recours effectif contre la loi ? », observations sous CC, 5 octobre 2011, n° 148/2011, *JT*, 2011, p. 709-711).

153 M. VERDUSSEN, *Les douze juges – La légitimité de la Cour constitutionnelle*, *op. cit.*

style direct pour la rédaction des arrêts, s'exprimer de manière simple. Elle a aussi cherché à donner à ceux-ci une valeur pédagogique »¹⁵⁴. Il est vrai que les arrêts sont généralement très lisibles et qu'ils sont intelligibles même par un non-juriste, pourvu qu'il soit de très bonne volonté.

Sur le fond, la Cour manifeste également sa volonté de faire œuvre pédagogique. À titre d'exemple, elle a ainsi récemment assumé explicitement un revirement de jurisprudence dans une question délicate en matière de *standstill*¹⁵⁵.

50. Toutefois, les efforts pédagogiques de la Cour sont parfois réduits à néant par la déficience de la motivation de ses arrêts, qui révèle le plus souvent soit la recherche d'un compromis au sein du siège, soit l'adoption d'une solution à laquelle un raisonnement juridique rigoureux n'aurait pas conduit. Ainsi, lorsqu'elle adopte une interprétation de l'union économique et monétaire belge moins exigeante que la version européenne, Melchior Wathelet¹⁵⁶ doit bien constater qu'il « n'est pas aisé de dégager les lignes jurisprudentielles de la Cour constitutionnelle » en cette matière¹⁵⁷.

Manquent également de pédagogie les arrêts qui déclarent adopter une méthodologie qu'ils ne respectent pas. L'on songe notamment aux décisions qui annoncent l'application du principe de proportionnalité mais qui n'affirment l'adéquation et la nécessité d'une mesure qu'à coups de pétitions de principe. Pourtant, comme l'a écrit l'un d'entre nous, les arrêts « doivent être motivés avec la clarté et la précision que requièrent les règles de la pédagogie, reflétant par là le caractère délibéré et argumenté de la décision [...]. Elle doit aussi révéler les choix herméneutiques et axiologiques qui ont nourri le raisonnement des juges. C'est au cœur de leurs discussions, de leurs options et de leurs réflexions que les juges doivent nous mener »¹⁵⁸.

Les efforts pédagogiques de la Cour sont particulièrement compromis quand elle suit une approche purement casuistique. Ainsi, en matière de filiation, elle s'oppose à ce que la législation adoptée en vue de garantir la paix des familles – notamment les questions de possession d'état¹⁵⁹ et de filiation incestueuse¹⁶⁰ – empêche le juge d'apprécier *in concreto* l'intérêt supérieur de l'enfant. Selon Paul Martens, « [...] une certaine conception de la sécurité juridique voudrait que ceux que le législateur a oubliés ne puissent faire entendre leur voix devant un juge, sous peine d'offenser la généralité des lois. En instituant des juges constitutionnels, et en

154 J. SPREUTELS, « Trente ans de jurisprudence de la Cour constitutionnelle : évolutions et constantes », *op. cit.*, p. 21, n° 13. Francis DELPÉRÉE l'écrivait déjà : « La présentation des arrêts de la Cour d'arbitrage surprendra sans doute ceux qui sont habitués aux fioritures de la Cour de cassation ou ceux que charment les formules stéréotypées du Conseil d'État [...]. Il y a l'utilisation de la langue ordinaire, quasiment de la langue de tous les jours, en tout cas de celle du droit public [...]. La Cour s'exprime manifestement avec le souci de se faire comprendre. Elle se livre à une démarche que l'on qualifiera de pédagogique » (« Lire un arrêt de la Cour d'arbitrage », *Rev. b. dr. const.*, 1996, p. 285).

155 Pour apprécier s'il y a un recul, faut-il comparer la norme entreprise avec l'état de la législation existant au moment de l'entrée en vigueur de la norme de référence, la Constitution ou le traité énonçant l'exigence de *standstill* (c'est la théorie du point fixe), ou faut-il être plus ambitieux en comparant la norme entreprise avec la législation la plus généreuse en vigueur depuis l'existence de l'exigence de *standstill* (c'est la théorie du point mobile) ? V. X. DELGRANGE et I. HACHEZ, « Qui n'avance pas ... », commentaire de l'arrêt CC 18 avril 2013, n° 53/2013, *APT*, 2013/3, p. 303-307.

156 Qui n'est pourtant pas le premier venu en la matière puisqu'il était Vice-Premier ministre en 1988, lorsque l'union économique et l'unité monétaire ont été consacrées dans la loi spéciale de réformes institutionnelles, et qu'il est actuellement avocat général à la Cour de justice.

157 M. WATHELET, M. BOURGEOIS et J. WILDEMEERSCH, « Situations purement internes, discriminations à rebours et fiscalité », *op. cit.*, p. 481.

158 M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 395.

159 Not. CC, 3 février 2011, 20/2011 et CC, 7 juillet 2011, 122/2011.

160 CC, 9 août 2012, n° 103/2012 ; 13 juillet 2007, n° 95/2007.

permettant à chacun d'en appeler devant eux des injustices des lois, le constituant a indiqué qu'il préfère le désordre qu'ils créent à l'injustice qu'ils évitent¹⁶¹. » Cette vision n'est pas partagée par toute la doctrine. Ainsi, Nicole Gallus et Alain-Charles Van Gysel peuvent dénoncer l'insécurité juridique qui résulte de cette attitude de la Cour, puisque « toute personne pourra à tout moment remettre en cause une situation juridique, aussi ancienne et consacrée socialement soit-elle, puisque cette personne peut avoir l'espoir – oserions-nous dire “raisonnable” ? – que la Cour constitutionnelle la prendra en pitié, et écartera la règle légale abstraite au profit de l'équité concrète, au nom de l’“intérêt de l'enfant”, tel que discerné *in concreto* par la juridiction [...] »¹⁶².

C.- Pouvoirs et contre-pouvoirs interprétatifs : à qui revient le dernier mot ?

51. L'une des critiques traditionnellement dirigées contre la légitimité de la Cour constitutionnelle réside dans le caractère final dont seraient revêtues ses décisions. Pourtant, le pouvoir du dernier mot n'appartient pas aux juges constitutionnels¹⁶³. En réalité, il n'appartient à personne. Comme l'a bien écrit Paul Martens que nous suivrons plus volontiers sur ce point, « l'idée d'un dernier mot sur la chose juridique évoque la nostalgie d'un pouvoir absolu qui ne peut concevoir une cohérence juridique sans une autorité qui serait le “patron du droit”, conception héritée non seulement de la méthode géométrique mais aussi de l'obéissance militaire¹⁶⁴. » Certes, tout litige doit trouver un aboutissement. La Cour constitutionnelle n'échappe pas à cette inéluctabilité. Cependant, lorsqu'elle clôt un litige, elle impose, non pas *la* vérité, mais *une* vérité. Sa situation n'est à cet égard pas différente de celle des autres juridictions constitutionnelles. Avec Dominique Rousseau, il faut considérer qu'une cour constitutionnelle « est, seulement, un élément de la chaîne argumentative qui intervient, à un moment donné, pour sanctionner par sa décision le sens d'un énoncé constitutionnel, sans pour autant arrêter par sa sanction cette chaîne »¹⁶⁵.

Une juridiction constitutionnelle créée sur le modèle kelsenien doit s'accommoder d'un certain nombre de contre-pouvoirs interprétatifs potentiels. On en distingue cinq.

52. À condition de respecter la procédure de révision prévue par l'article 195 de la Constitution, le **constituant** peut réviser les dispositions constitutionnelles ayant conduit la Cour constitutionnelle à constater telle ou telle inconstitutionnalité. Il peut ainsi « neutraliser » l'interprétation que les juges constitutionnels donnent

161 P. MARTENS, « Inceste et filiation : égalité et tabou », *J.L.M.B.*, 2012/27, p. 1287-1289.

162 N. GALLUS et A.-C. VAN GYSEL, « Les décisions récentes de la Cour constitutionnelle en matière de filiation : humanisme ou aberration ? », *Rev. not.*, 2013/6, p. 404-405. Nathalie MASSAGER et Jehanne SOSSON vont dans le même sens : « [...] que tous ou presque admettent le tour imprévisible, voire aléatoire pris par la jurisprudence de la Cour, suffit à générer à nouveau un profond sentiment de frustration et de malaise d'être placés dans l'incapacité de connaître les droits de ceux à qui ils sont destinés, à savoir les justiciables » (« Ligne du temps : recadrage », *Actualités de droit des familles*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 63).

163 M. VERDUSSEN, *Les douze juges – La légitimité de la Cour constitutionnelle*, Bruxelles, Labor, 2004, p. 81-85.

164 P. MARTENS, « L'égalité et le droit privé », in *La Cour d'arbitrage et le droit privé*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 327.

165 D. ROUSSEAU, « La jurisprudence constitutionnelle : quelle nécessité démocratique ? », in G. DRAGO et al. (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1999, p. 376.

de telle ou de telle norme constitutionnelle¹⁶⁶. La lourdeur de la procédure de révision, qui implique une dissolution préalable des Chambres législatives fédérales, explique sans doute qu'à la différence de certains États mais à l'instar d'autres¹⁶⁷, une telle révision « neutralisante » n'ait jamais vraiment eu lieu en Belgique, à une exception près : l'affaire BHV. À la suite de l'arrêt déjà cité de la Cour constitutionnelle du 26 mai 2003, le constituant a en effet inséré une disposition qui établit qu'« aux fins de garantir les intérêts légitimes des néerlandophones et des francophones dans l'ancienne province de Brabant, des modalités spéciales sont prévues » par une loi spéciale.

Le constituant a déjà eu également recours à un autre procédé : celui de l'immunisation constitutionnelle. Dans ce cas, il prive tout simplement la Cour constitutionnelle du pouvoir de se prononcer sur la constitutionnalité de certaines lois consolidant des accords politiques. L'idée est « de faire déclarer explicitement et de manière univoque, par le constituant lui-même, que tel ou tel dispositif législatif en voie d'adoption est conforme à la Constitution »¹⁶⁸. Il ne s'agit pas de conférer un rang constitutionnel à la norme législative adoptée mais d'expressément valider le choix du législateur dans la Constitution elle-même. Par ce procédé, ce choix – qui traduit des compromis politiques ultrasensibles – devient inattaquable devant la Cour constitutionnelle, puisqu'il est ratifié par la Constitution elle-même¹⁶⁹. Ce procédé d'immunisation a été mis en œuvre lors de la Sixième réforme de l'État dans le cadre de la révision dérogatoire de l'article 195 de la Constitution. Cette disposition, qui concerne la procédure de révision de la Constitution, a été révisée de manière à déroger à cette procédure pour une législature déterminée. Cette dérogation a ainsi permis, au cours de la même législature, tout à la fois d'ouvrir à révision une série de dispositions non contenues dans la déclaration de 2010 et de procéder à la révision de ces dispositions « exclusivement dans le sens indiqué », c'est-à-dire de manière à bétonner le compromis politique trouvé au terme d'une longue crise et à l'immuniser de toute forme de remise en cause par la Cour constitutionnelle.

53. En sens inverse à ces deux procédés de neutralisation et d'immunisation, à notre connaissance, la Cour constitutionnelle n'a jamais suggéré explicitement au pouvoir constituant de réviser telle ou telle disposition constitutionnelle. En revanche, il est arrivé que des options jurisprudentielles soient ultérieurement entérinées, donc consolidées, par une modification de la Constitution ou des lois prises en vertu de la Constitution, qui ont repoussé les frontières du bloc de constitutionnalité. Ainsi, en 2003, la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle (LSCC) a été modifiée pour étendre la compétence de celle-ci à tous les droits fondamentaux reconnus par le Titre II de la Constitution et aux articles 170, 172 et 191 de la Constitution ; en 2014, la même loi spéciale a été modifiée pour ranger formellement le principe constitutionnel de loyauté fédérale dans le bloc de constitutionnalité, la Cour étant désormais compétente lorsque la violation alléguée ou suspectée concerne l'article 143, § 1^{er}, de la Constitution. On doit y voir une

166 V. les actes de la X^e table ronde internationale de justice constitutionnelle d'Aix-en-Provence des 16 et 17 septembre 1994, *AIJC*, X-1994, p. 27-282.

167 V. J. GOLDSWORTHY, « Constitutional Interpretation », in M. ROSENFELD et A. SAJO (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, op. cit., p. 690 : « Legislatures can readily change other laws if they disapprove of the way judges have interpreted them, but constitutions are usually much more difficult to amend, and erroneous or undesirable judicial interpretations therefore more difficult to correct. »

168 H. DUMONT et al., *La Sixième réforme de l'État : l'art de ne pas choisir ou l'art du compromis ?*, Bruxelles, Bruylant, Les Dossiers du Journal des tribunaux, 2016, p. 31.

169 *Ibid.*, p. 31.

« ratification »¹⁷⁰ par le législateur de l'interprétation que la Cour retient de cette disposition depuis de nombreuses années¹⁷¹.

54. Tout **législateur** – le législateur fédéral comme un législateur fédéré – peut ne pas souscrire à une interprétation que la Cour constitutionnelle donne de telle ou telle disposition constitutionnelle. Le principe mal dénommé de la « souveraineté » parlementaire l'autorise à faire de la résistance, au risque de voir la Cour réitérer sa jurisprudence. On remarquera toutefois que, en vertu de l'article 20, 2°, de la LSCC, si un législateur adopte « une norme identique ou similaire à une norme déjà annulée par la Cour constitutionnelle et qui a été adoptée par le même législateur », non seulement il s'expose à un nouveau recours en annulation dirigé contre cette norme, mais qui plus est la Cour pourra, si le requérant le demande, suspendre la norme. La Cour considère que l'intention du législateur spécial a été de « garantir que l'autorité méconnue d'un arrêt [...] puisse être immédiatement rétablie au cas où un législateur, après avoir vu annuler une de ces normes, adopterait une norme identique ou similaire »¹⁷².

La Cour constitutionnelle veille à mettre en place un ensemble de méthodes, techniques et mécanismes propres à alimenter le dialogue avec le législateur sur l'interprétation constitutionnelle, dans l'espoir de le convaincre de son interprétation et de stimuler l'initiative législative¹⁷³. En particulier, l'usage toujours plus intensif de la technique de l'interprétation conciliante évite à la Cour d'infliger un affront au législateur tout en envoyant un signal extrêmement clair à ce dernier, particulièrement lorsque l'interprétation conciliante altère le contenu de la disposition législative¹⁷⁴. Le recours à cette technique a conduit le législateur fédéral à mettre sur pied un comité parlementaire de suivi législatif destiné notamment à suivre la jurisprudence de la Cour constitutionnelle¹⁷⁵. Il ne faudrait toutefois pas exagérer l'importance du dialogue entre Cour constitutionnelle et législateurs. En effet, l'analyse des réactions parlementaires aux arrêts constatant des lacunes et invitant les parlements à y remédier montre que dans un tiers des cas, la réaction législative se fait toujours attendre¹⁷⁶.

55. Dans un système où le contrôle de constitutionnalité est éclaté entre plusieurs juridictions distinctes, l'interprétation de la Constitution est l'affaire de tous les **juges**, et pas seulement des juges constitutionnels. Des divergences d'interprétation apparaissent inévitablement. De telles divergences s'observent dans d'autres États du modèle concentré de justice constitutionnelle¹⁷⁷. L'existence d'interprétations concurrentielles, tant de la Constitution que de la loi, est de nature à générer des tensions entre les hautes juridictions, à un point tel qu'un symposium fut organisé afin de mieux dialoguer sur ces importantes questions¹⁷⁸.

170 *Doc.*, Sén., sess. ord. 2012-2013, n° 5-2232/5, p. 284.

171 On citera aussi le cas de la notion d'union économique et monétaire, qui a connu pareil processus de ratification par le Constituant.

172 CC, 18 janvier 2006, n° 9/2006, B.3. V. égal. CC, 28 novembre 1996, n° 67/96, B.4. Les deux arrêts précédents rejettent les demandes de suspension. Pour un cas de suspension, v. CC, 14 juin 2006, n° 100/2006.

173 J. DE JAEGHERE, J. BEYERS, P. POPELIER, « Exploring the deliberative performance of a constitutional court in a consociational political system », *op. cit.*, p. 20.

174 J. DE JAEGHERE, « Actieve rechtsvorming door het Grondwettelijk Hof. Waar ligt de grens ? », *TBP*, 2014/1, p. 22-32.

175 J. DE JAEGHERE, J. BEYERS, P. POPELIER, « Exploring the deliberative performance of a constitutional court in a consociational political system », *op. cit.*, *ibid.*, p. 20.

176 S. VERSTRAELEN, « Constitutional Dialogue on Legislative Lacunae », présentation à ICON, mercredi 7 juillet 2017.

177 M. TUSHNET, *Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law*, Elgar, 2014, p. 52.

178 A. ARTS, I. VEROUĞSTRAETE, R. ANDERSEN, G. SUETENS-BOURGEOIS, M.-F. RIGAUX, R. RYCKEBOER et A. DE WOLF (éd.), *Les rapports entre la Cour d'arbitrage, le Pouvoir judiciaire et*

Enfin, on rappellera que la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice de l'Union européenne peuvent proposer une interprétation différente de celle retenue par la Cour constitutionnelle, voire condamner cette dernière pour une interprétation incorrecte de la Convention.

56. Les critiques adressées par la **doctrine** à tel ou tel arrêt de la Cour constitutionnelle, ou à la jurisprudence développée dans tel ou tel domaine, sont parfois dirigées contre l'interprétation procurée à la Constitution par les juges constitutionnels. Il est arrivé que ces critiques induisent un renversement de jurisprudence. Ainsi, dans un arrêt rendu en 1991¹⁷⁹, la Cour constitutionnelle a considéré que l'aménagement des droits fondamentaux ressortissait de la compétence exclusive du législateur fédéral. Cette jurisprudence a fait l'objet de vives critiques doctrinales. Dans un arrêt rendu en 1999¹⁸⁰, la Cour d'arbitrage opère un spectaculaire revirement de jurisprudence. Elle estime que « la consécration, par la Constitution et les traités internationaux, de droits et libertés fondamentaux ne signifie en aucune manière que leur réglementation n'appartiendrait, en tant que telle, qu'à l'autorité fédérale ». En effet, « c'est à chaque autorité qu'il appartient d'en assurer le respect en les concrétisant lorsqu'elle exerce les compétences qui sont les siennes. »

CONCLUSIONS

57. En l'absence d'indication fournie par le constituant sur les méthodes d'interprétation à privilégier, la Cour constitutionnelle ne s'est pas engagée dans l'élaboration d'une théorie systématique de l'interprétation constitutionnelle. Certains de ses membres réfutent même l'idée d'une adhésion à une théorie déterminée. Ils se réclament d'une approche pragmatique et conséquentialiste, rivée sur la recherche d'un consensus, et ils mobilisent les méthodes d'interprétation propres à atteindre celui-ci. En revendiquant ainsi l'absence de choix en faveur d'une doctrine de l'interprétation, en réalité, la Cour constitutionnelle belge adhère à une théorie déterminée de l'interprétation : la « méthode topique problématisante ».

58. Le ralliement à cette théorie n'implique pas que la Cour constitutionnelle se sente libre de choisir n'importe quel objectif ni n'importe quelle argumentation. S'il n'existe pas de consensus méthodologique et normatif en son sein qui systématiserait le choix de tel objectif ou de telle méthode d'interprétation dans certaines situations, la Cour pratique cependant une « politique jurisprudentielle » constituée d'un ensemble d'options politiques – au sens large – qu'elle choisit plus ou moins consciemment et qui sous-tendent ses interprétations, ses pondérations et ses argumentations, même si elles ne sont pas présentes dans toutes ses décisions. Pour comprendre comment raisonnent réellement les juges constitutionnels, il importe non seulement d'identifier la politique jurisprudentielle de la Cour, mais également les contraintes et les facteurs qui déterminent cette politique, ainsi que les arguments auxquels la Cour apparaît plus sensible. Le rapport s'est ainsi attaché à dégager les lignes de force d'une telle politique jurisprudentielle et les facteurs qui la déterminent, en matière de droits fondamentaux, premièrement, et de répartition des compétences, deuxièmement.

le Conseil d'État –De verhouding tussen het Arbitragehof, de Rechterlijke Macht en de Raad van State, Brugge, die Keure, Bruxelles, la Charte, 2006.

179 CC, 28 mai 1991, n° 14/91.

180 CC, 25 novembre 1999, n° 124/99. Dans le même sens, v. C.A., 29 novembre 2000, n° 124/2000. V. égal. C.A., 7 février 2001, n° 10/2001 : « Il appartient au législateur compétent de prendre les mesures qu'il estime nécessaires ou souhaitables en vue de garantir le respect des libertés et droits fondamentaux. »

En ce qui concerne les droits fondamentaux, la Cour fait preuve d'un tropisme international au moyen de deux méthodes d'interprétation : la méthode conciliatoire et la méthode combinatoire. Dans une jurisprudence qui fait grand cas de l'interprétation dynamique et téléologique des droits fondamentaux, elle accorde une place de premier ordre à l'interprétation des droits fondamentaux des Cours strasbourgeoise et luxembourgeoise, auxquelles elle reconnaît implicitement mais certainement une autorité de la chose interprétée. Le catalogue désuet et lacunaire du Titre II de la Constitution belge a ainsi été remis à niveau et enrichi, et ceci en dépit de l'incurie d'un constituant manifestement incapable de redéfinir les droits constitutionnels. Mais cette importation des jurisprudences strasbourgeoise et luxembourgeoise a posé quelques problèmes d'articulation avec le catalogue constitutionnel de protection des droits fondamentaux, dès lors que la logique du droit international et européen des droits fondamentaux postule un principe de subsidiarité et donc l'idée d'une protection plus spécifique au niveau national. Ce tropisme international a tout récemment été quelque peu nuancé par la Cour, à la faveur d'une ébauche de théorie des réserves de constitutionnalité destinée à redessiner son appréhension de l'articulation des relations entre Constitution, traités et droit de l'Union européenne.

Dans le domaine du contrôle du respect des règles répartitrices de compétences, la Cour a rapidement été confrontée à la nécessité de dépasser une interprétation originaliste des textes. Elle a ainsi construit des principes d'interprétation généraux. Le principe cardinal est celui de l'exclusivité des compétences. Mais celui-ci a rapidement été joint à un principe d'autonomie qui s'inscrit dans la logique du fédéralisme centrifuge. Ce principe d'autonomie constitue une sorte d'atout pour les collectivités fédérées, au même titre que le mécanisme des compétences implicites. Ces principes ont ainsi vocation à modaliser – voire parfois à contourner – le principe de l'exclusivité des compétences. Toutefois, d'autres principes à vocation centripète ont été forgés par la jurisprudence constitutionnelle : la loyauté fédérale et l'union économique et monétaire. Mais il ressort de notre examen de la jurisprudence que la Cour s'est donné les moyens de pondérer ces principes qu'elle a elle-même forgés. *In fine*, c'est le principe de l'autonomie qui a pesé le plus lourd face aux principes concurrents, à un point tel que certains y ont vu une réforme de l'État « latente » menée par une juridiction constitutionnelle qui « avalise » régulièrement la politique du « fait accompli » de certaines collectivités fédérées.

59. La politique jurisprudentielle de la Cour constitutionnelle la conduit à favoriser une doctrine dynamique et évolutive de l'interprétation. En outre, cette politique jurisprudentielle et le caractère parfois très concret du contrôle de constitutionnalité l'amènent à développer une doctrine plutôt particulariste de l'interprétation, à un point tel que la doctrine s'interroge sur la marge de manœuvre qu'il reste encore au législateur pour édicter des règles générales et abstraites dans certaines matières, notamment dans le droit de la filiation. Cette doctrine particulariste est également favorisée par le poids de principes formulés de telle manière que leur application est nécessairement casuistique. Il n'est pas rare qu'ils soient concrétisés sans qu'une motivation claire n'explique le passage du principe général à sa concrétisation.

60. Dans les lignes qui précèdent, l'on a également pu souligner l'oscillation de la Cour constitutionnelle entre *judicial restraint* et *judicial activism*. Elle manifeste plutôt une propension à la déférence envers le pouvoir politique, dans un contexte où le spectre de « gouvernement des juges » est rarement agité à son encontre, notamment en raison de sa composition, censée refléter les équilibres communautaires, idéologiques et philosophiques. Prudente, la Cour

constitutionnelle apparaît particulièrement respectueuse des choix politiques du législateur dès lors que ces choix sont le fruit d'un accord politique important pour les équilibres de la « démocratie consociative » belge, même lorsqu'existent de sérieux doutes quant à la constitutionnalité de ces choix. De manière générale, la Cour fait preuve de retenue dans l'exercice de ses pouvoirs. Elle s'interdit un contrôle trop intrusif dans les choix proprement politiques des législateurs lorsque ceux-ci ne sont pas manifestement inconstitutionnels. Dans le contentieux des droits fondamentaux, la mise en œuvre pusillanime des critères de l'adéquation de la mesure contestée et de sa nécessité confirme une attitude déferente à l'égard du législateur. Les poussées d'activisme de la Cour ont surtout eu pour objet l'interprétation de ses propres compétences. D'autres poussées concernent des choix politiques parfois sensibles et apparaissent principalement explicables par l'évolution de la société, et la nécessité de mettre sa jurisprudence en concordance avec celle-ci.

61. Au-delà de ce débat entre *judicial activism* et *self restraint*, la légitimité démocratique du travail interprétatif des juges constitutionnels postule une certaine qualité du raisonnement et de la motivation des décisions. Plus particulièrement, le constitutionnalisme implique une approche argumentative du droit. Dans cette perspective, l'interprétation des juges constitutionnels peut être critiquée lorsqu'ils n'expliquent pas les raisons ayant guidé leurs préférences, lorsque leurs décisions sont peu ou pas motivées. En Belgique, de telles décisions sont souvent l'expression d'une tension entre, d'une part, la volonté sincère des juges d'approfondir le débat démocratique, vocation de toute juridiction constitutionnelle, et, d'autre part, la nécessité ressentie par ces mêmes juges de préserver les fragiles équilibres sur lesquels repose la paix « consociative ». Cette faiblesse de la motivation reflète, dans d'autres affaires récentes comme celle relative au Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance, au port du voile ou de la burqa, une forme de paralysie de la Cour face aux enjeux sociétaux soulevés. Cette insuffisance de la motivation est, dans tous les cas, problématique, en ce qu'elle rend impossible le dialogue constitutionnel que postule une démocratie, dialogue pourtant aménagé par le système constitutionnel belge et favorisé par l'inventivité et l'ouverture dont la Cour peut faire preuve dans d'autres contentieux. Le danger qui menace la légitimité démocratique de la Cour constitutionnelle ne provient donc pas tant de son audace – plutôt rare – à censurer le législateur que de ses refus à procéder à un strict contrôle de constitutionnalité, sans autre forme de justification.